

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

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

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Abuso de derecho.—El abuso de derecho constituye un límite al ejercicio derecho subjetivo, de ahí su carácter de remedio extraordinario, su índole excepcional y su alcance restrictivo. Por ello, como institución de equidad, sólo procede apreciarlo cuando el derecho se ejercita con intención bien definida de causar daño a otro o cuando se utiliza de modo anormal o contradictorio con la convivencia social. Según recoge la STS de 14 de diciembre de 2007, para su apreciación es necesario que se ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (ejercicio anormal) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) que caracterizan su existencia y que vienen determinada por

la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima en el ejercicio del derecho y por la objetiva de exceso en su ejercicio.

Inexistencia de abuso de derecho.—No existe abuso de derecho cuando la intención del sujeto es defender sus intereses legítimos y en su actuación existe una finalidad seria que impide apreciar la existencia de una voluntad encaminada únicamente a causar perjuicio. Ello es así, aunque el sujeto actúe creyéndose amparado por la titularidad de derechos cuya existencia pudiera ser discutible, pues aún cuando la creencia fuera errónea, por no existir en realidad tales derechos, no por ello desaparece la seriedad y la legitimidad del interés cuya protección se persigue, ni surge la voluntad encaminada a perjudicar, ni se llega a convertir en malicioso o abusivo el ejercicio del derecho. (**STS de 20 de junio de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La empresa constructora P. se disponía a edificar en un solar colindante con el negocio que explotaban J. y L. La construcción proyectada exigía el cierre de una ventana que existía en el local ocupado por J. y L., por lo que la constructora les envió un requerimiento exigiendo el cierre del hueco y la retirada de un tubo extractor de humos. J. y L. se opusieron al requerimiento afirmando que tenían derechos legítimos sobre la ventana (concretamente, alegaron la existencia de una servidumbre de luces y vistas) y apercibieron a la constructora para que se abstuviese de realizar cualquier acto que impidiese el ejercicio legítimo de tales derechos. Como consecuencia de dicha oposición, y ante el temor de tener que soportar un interdicto de obra nueva, la empresa constructora realizó una modificación en el proyecto de la obra que supuso una reducción del espacio a construir.

La empresa constructora interpuso una demanda de responsabilidad extracontractual exigiendo la indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la oposición de los demandados al requerimiento que en su día les había realizado. Dichos daños los concreta la actora en la modificación de la obra y la consiguiente reducción del espacio construido.

La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia que desestima la demanda y declaró que, a pesar de que nominalmente se ejercitó una acción de responsabilidad extracontractual, la pretensión indemnizatoria debe enmarcarse en el ejercicio de una acción indemnizatoria por abuso de derecho, concluyendo que la conducta de los demandados no puede ser calificada de abusiva ni contraria a la buena fe, puesto que su oposición no carecía totalmente de causa ni tenía como motivación causar un daño a la constructora, sino proteger sus intereses. La empresa constructora interpuso recurso de casación. (*L. P. S. M. P.*)

2. Culpa extracontractual: responsabilidad del arquitecto por daños causados en las fincas colindantes: artículo 1909 CC: Interpretación de «tiempo legal»: plazo de prescripción.—El artículo 1909 CC establece que si el daño resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto, o, en su defecto, contra el cons-

structor, dentro del tiempo legal. Esta última expresión constituye una referencia al momento en que debe aparecer el defecto para que pueda ser atribuido a los técnicos que han intervenido en la construcción que ha producido el daño; se trata, por tanto, de una remisión al plazo de garantía del artículo 1591 CC, que era el aplicable en el momento en que se produjeron los daños que se reclaman y que ahora debe entenderse efectuada a los plazos previstos en el artículo 17 de la Ley 38/1999, de 5 noviembre, de Ordenación de la construcción. Ello no quita que deba aplicarse el plazo del artículo 1968, 2.º CC para computar el plazo de prescripción de la acción de los terceros afectados *desde que lo supo el agraviado*, porque al tratarse de una responsabilidad extracontractual, debe regirse por el plazo de prescripción indicado, a contar desde el momento que en él se prevé, siempre que se produzca dentro del plazo legal. No hay ninguna duda de que en el presente litigio el *tiempo legal* a que se refiere el artículo 1909 CC, en base al que se ha interpuesto la acción, eran los diez años previstos en el artículo 1591 CC, y que a partir del momento en que los agraviados conocieron los daños, el plazo para el ejercicio de la acción era de un año, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1968, 2.º CC.

Interrupción del plazo de prescripción: doctrina general: no hay interpretación extensiva de los supuestos legales.—La interrupción de la prescripción es una forma de mantener la vigencia del derecho, porque el efecto extintivo propio de la prescripción deja de producirse cuando se demuestra que se ha ejercitado la acción o reclamado el derecho antes de la llegada del plazo; el CC prevé tres formas de interrupción, de acuerdo con el artículo 1973 CC: a) la reclamación judicial; b) la reclamación extrajudicial; y c) cualquier acto de reconocimiento de deuda efectuado por el deudor. En este recurso sólo interesa la segunda opción.

El Código Civil introdujo la reclamación judicial como forma de interrumpir la prescripción. Tal interrupción constituye un acto de naturaleza conservativa que tiene por finalidad la defensa del mismo derecho, por lo que no puede hablarse de interpretación extensiva cuando se considera que se ha producido un auténtico acto de interrupción, puesto que se trata de un acto ligado al principio de defensa; lo que debe determinarse es si dicha interrupción tuvo o no lugar. Para que se produzca interrupción prescriptiva: 1.º) No se requiere que se formulen reclamaciones por escrito ni que éstas asuman ninguna forma: otra cosa será la prueba, pero no debe confundirse la dificultad de prueba con la forma de determinados actos, y así la jurisprudencia ha entendido que puede adoptar diversas formas, como cartas reclamando daños (SSTS de 11 de febrero de 1966 y 11 de marzo de 2004), o reclamaciones efectuadas según mandato verbal por un abogado «en nombre de mis clientes» (STS de 18 de enero de 1968); según STS de 27 de junio de 1969, esta Sala entendió que «a los efectos interruptores de la prescripción son eficaces tanto los actos del titular de la acción como los de quien ostente la debida representación», y admitió que el Abogado, a estos efectos, tenía las mismas facultades que el Procurador; la STS de 10 de marzo de 1983 afirma que la sentencia recurrida afirma categóricamente la existencia de una conversación en búsqueda de un acuerdo entre las partes, así como de posteriores contactos telefónicos entre los Letrados de ambos litigantes, conductas que valora como actos interruptivos por ejercicio extrajudicial del derecho; la STS de 14 de diciembre de 2004 admite que una carta interrumpiera la prescripción. Como resumen de esta doctrina la STS de 27 de septiembre de 2007, citando las de 22 de noviembre de 2005 y 6 de febrero de 2007, declara que el artículo 1973 CC no avala una interpretación

rigurosa y formalista de lo que ha de entenderse por reclamación extrajudicial, pues no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial, como medio para interrumpir la prescripción, por lo que cualquiera de ellos puede servir para tal fin. 2.º) Probada la reclamación extrajudicial se producirá interrupción de la prescripción, que existirá siempre que el titular del derecho demuestre al sujeto pasivo su voluntad inequívoca de reclamar el daño, con independencia de la forma utilizada para reclamarlo. 3.º) Esta Sala ha considerado siempre que la interrupción de la prescripción es una cuestión de hecho, cuya existencia compete a la sala de instancia (así, entre las antiguas las SSTs de 29 de junio de 1964 y 31 de mayo de 1965, y, entre las más modernas, SSTs de 29 de octubre de 2001 y 28 de octubre de 2003).

En el presente procedimiento han quedado probadas las conversaciones entre los Abogados de las partes sobre las reparaciones a efectuar en los edificios de cada una de ellas, por lo cual debe entenderse que se produjo la interrupción de la prescripción en forma extrajudicial. Y aunque esta Sala ha venido entendiendo que la prescripción es una institución que debe aplicarse con cautela (por todas, la STS de 2 de noviembre de 2005 y el resumen que se hace de la doctrina jurisprudencial), también lo es que cuando no hay duda de que los titulares del derecho lo han ejercido, la aplicación de las reglas sobre interrupción extrajudicial no constituye una interpretación extensiva sino una forma de protección del derecho, con la aplicación rigurosa de las normas que regulan la prescripción. (STS de 21 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

3. Eficacia del reconocimiento de deuda.—Según el artículo 1973 CC, el acto de reconocimiento de la deuda por el deudor opera como causa de interrupción de la prescripción. De esto se infiere que no comporta por sí mismo una alteración de la naturaleza de la obligación a efectos del régimen de prescripción, puesto que la interrupción implica la amortización del tiempo pasado, que se tiene por no transcurrido, y a partir de la interrupción se comienza a computar el nuevo plazo para que se cumpla el tiempo de la prescripción. Sólo existiría una modificación del régimen de prescripción aplicable si se hubiera producido una novación extintiva o propia de la primitiva obligación, la cual ha de constar expresamente en la escritura de reconocimiento, según establece el artículo 1224 CC.

Plazo aplicable a la obligación de retribuir gestiones de intermediación.—En el artículo 1967.1.º CC se incluyen los honorarios y derechos de diversos profesionales, entre ellos los agentes, y en dicha categoría se hallan incluidos los encargados de gestionar negocios ajenos (STS 18 de abril de 1967 y 22 de enero de 2007). (STS de 16 de abril de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El 8 de junio de 1988 don Simón, don Juan Ramón y don Darío, como consejeros delegados de G.C., SA (solo firmaba el primero de ellos), doña Laura (en nombre propio y de sus hijas), don Francisco (en nombre propio y de sus hermanos) y doña Irene (en nombre propio y de sus hijos), don Daniel, que representaba a P. M., S.A., y don Matías, que representaba a M., S.A., firmaron un instrumento privado en el que se comprometen solidariamente a retribuir por las gestiones de intermediación ante el Ayuntamiento a P. M. y a M. Concretamente se acordó que, con imputación al con-

junto de solares que les sean asignados por la Junta de Compensación, se adjudique a P.M. y M., conjuntamente, o a una sola de dichas compañías, una parcela edificable de mil doscientos metros cuadrados de superficie, y que «los 1200 metros cuadrados que se citan en la Estipulación Primera podrán ser sustituidos por su valor en metálico mediante justiprecio convenido entre las partes».

El 16 de octubre de 1997 P.M. y M. presentaron demanda contra todos los firmantes del documento citado reclamando el cumplimiento de la obligación. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a los demandados a abonar solidariamente a las sociedades actoras 26.215.200 pesetas, suma que debía ser actualizada con la aplicación del IPC. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revocó y desestimó la demanda, fundándose en que no era válido el consentimiento prestado en nombre de G.C., pues dos de los tres consejeros delegados mancomunados no habían firmado el documento; y, respecto de los restantes deudores, en que la deuda había prescrito por el transcurso del plazo de tres años establecido en el artículo 1967.1.ª del CC.

NOTA.—La cuestión principal que se plantea en el recurso de casación es la calificación de la obligación reclamada a efectos de la determinación del plazo de prescripción. En la sentencia anotada el Tribunal Supremo reitera la jurisprudencia que señala que el carácter restrictivo de la prescripción debe ser tenido en cuenta para interpretar la voluntad del acreedor de conservación o abandono de su derecho; pero no obsta a la debida calificación de la obligación a efectos de determinar el plazo de prescripción.

Como declara la STS 17 de noviembre de 2006 (RJ 2006, 9245), en cuanto el reconocimiento contiene la voluntad propia de un negocio jurídico de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, la jurisprudencia le anuda el efecto material de obligar al cumplimiento por razón de la obligación cuya deuda ha sido reconocida, y el efecto procesal de dispensar de la prueba de la relación jurídica obligacional preexistente. (M. C. L. J.)

DERECHO DE LA PERSONA

4. Derecho al honor. Intromisión ilegítima. La constituye la falsa atribución de hechos constitutivos no sólo de un ataque a su dignidad personal y profesional, sino también de verdaderos ilícitos punibles.—

Acreditada la falta de veracidad de los hechos que la demandada imputaba a la actora en el escrito que dirigió a la Consejería, es de ver que se trataba de conductas cuya comisión encerraba en sí misma la idea de desvalor y que, habiendo trascendido al ámbito donde la demandante realizaba su trabajo, afectaron no sólo a su dignidad personal, sino también a su honorabilidad profesional, por cuanto en la denuncia de los hechos se ponía expresamente de manifiesto el arbitrario e injusto proceder de ésta, al obstaculizar deliberadamente la actuación y desarrollo de la empresa de la demandada, y al favorecer, del mismo modo arbitrario e injusto, al centro propiedad de su esposo, todo ello como reacción al despido de éste en el centro de estudios de que era titular la demandada. Hechos que dieron lugar a una investigación que, pese

a su carácter reservado, llegó a difundirse entre sus compañeros de trabajo, entre quienes quedó, cuando menos, la duda acerca de la honorabilidad profesional de la denunciada. Y sin que el reconocimiento de la falsedad de la imputación, reduzca en modo alguno el reproche, pues lejos de servir para eliminar la ilicitud de la intromisión en el derecho al honor de la actora, coadyuva precisamente a su carácter ilícito. Son precisamente estos elementos, la inveracidad de los hechos denunciados y el descrédito del prestigio profesional de la demandante, los que conducen a la solución recogida en la sentencia recurrida. (STS de 21 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Doña S. interpuso demanda de protección del derecho al honor contra doña L., por intromisión ilegítima en su honor derivada de la presentación por la segunda de un escrito en la Administración para la que trabaja la actora en el que se vertían acusaciones contra S., haciéndola responsable de ciertos informes negativos que determinaron que L. no recibiese subvenciones para la realización de cursos de formación en el centro académico de su propiedad. Atribuyendo la actuación de S. a un deseo de venganza generado por el despido de su esposo como profesor del centro de la denunciante. Dándose la circunstancia de que, poco tiempo después de presentar dicho escrito, su autora se desdijo de todo lo afirmado. No obstante lo cual, su presentación determinó la apertura de un expediente de investigación para clarificar las posibles responsabilidades, que fue concluido al no probarse ninguna de las imputaciones. La apertura de dicho expediente trascendió en el entorno personal y profesional de la afectada, quien consideró lesionado su derecho al honor. La demanda fue estimada tanto por el Juzgado como por la Audiencia Provincial de Granada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación de la demandada. (L. A. G. D.)

5. Derecho al honor. Caducidad. *Dies a quo*.—El artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, establece que las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas a dichos valores constitucionales caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

Tratar de dilatar el día de inicio del plazo de caducidad hasta el final del período temporal para el que esté prevista la publicación es una interpretación de todo punto ilógica con el texto legal, pues la posibilidad de ejercicio de la acción, salvo prueba en contrario de imposibilidad o desconocimiento, con independencia de cuánto tiempo esté vigente la publicación, se produce desde el momento en el que la noticia sale a la luz y, por tanto, desde el momento en que puede perjudicar a la consideración pública de la persona legitimada activamente para su ejercicio (FD. 2.º). (STS de 17 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El 13 de abril de 1990 se publica un artículo en una revista con el siguiente titular «*Vuelve la normalidad al colegio público “S. M.” Educación aparta de sus funciones de inspección a*

José Augusto». El 20 de abril de 1994, don José Augusto presentó demanda por considerar que se había vulnerado su derecho al honor. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda apreciando las excepciones de litispendencia y de caducidad de la acción. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial no aprecia la excepción de litispendencia, pero desestima el recurso de apelación por apreciar la excepción de caducidad de la acción.

NOTA.—El Tribunal Supremo en la sentencia anotada confirma la decisión de la Audiencia Provincial al apreciar la caducidad de la acción por tener en cuenta como *dies a quo* el día de la publicación, 13 de abril de 1990, habiéndose presentado la demanda con fecha de 20 de abril de 1994. El recurrente mantenía que, al tratarse de un semanario, la vigencia del mismo se produce desde la fecha de publicación (13 de abril de 1990) hasta el último día de la semana (19 de abril de 1990), debiendo considerarse este último día como el día de inicio del cómputo.

En este punto la doctrina jurisprudencial no asume una respuesta concluyente, sino que procura facilitarla en cada supuesto concreto. Así, en la STS de 28 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4090) se entendió que, respecto al tiempo inicial del cómputo, coincidían el momento en que lo supo el agraviado y el instante en que éste pudo ejercitar la acción; y que dicho día fue aquél en que la demandante tuvo conocimiento de los escritos forenses donde se conocieron las injurias reputadas como ofensivas. En la S de 9 de julio de 2004 (RJ 2004, 5244), relativa a la utilización de un título nobiliario como nombre comercial de un hotel, se dice que «*mientras no deje de utilizar dicho nombre la intromisión ilegítima sigue perpetrándose, por lo que no empezaría a contar el plazo de caducidad*». (M. C. L. J.)

6. Caracterización del derecho a la propia imagen.—Aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya considerado que el artículo 8 del Convenio no permite construir un derecho autónomo a la imagen, el Tribunal Constitucional le ha otorgado un valor autónomo, distinto a los derechos a la intimidad y al honor, con los que se halla ligado en la formulación constitucional y en la LO 1/1982. El Tribunal Constitucional ha definido este derecho de la forma siguiente: «*el derecho a la propia imagen consagrado en el artículo 18.1 Constitución Española se configura como un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener dimensión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero, sea cual sea la finalidad—informativa, comercial, científica, cultural, etc.—perseguida por quien la capta o difunde*» (STS de 22 de febrero de 2006).

El derecho a la propia imagen tiene un aspecto negativo, como facultad de exclusión, y un aspecto positivo, como facultad de aprovechamiento; es, por tanto, una facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad.

Derecho a la propia imagen. Consentimiento.—El consentimiento ha de ser expreso, para la obtención y publicación de las fotografías, y la carga de su concurrencia corresponde a quien ha publicado las fotografías (STS de 18 de octubre de 2004). El consentimiento debe versar sobre la obtención de la imagen y sobre su concreta publicación en un determinado medio de comunicación social (SSTS de 24 de abril de 2000 y 7 de julio de 2004). (STS de 24 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—En una revista se publica un reportaje con fotografías en las que se encontraban juntas doña Celestina y doña Mariana, paseando y haciendo ejercicio dentro de una finca privada. Las fotografías se tomaron con un potente teleobjetivo, desconociéndose si desde dentro o desde fuera de la indicada propiedad privada. Igualmente, tales fotografías se obtuvieron sin conocimiento y sin el consentimiento de doña Celestina, y de igual modo se publicaron sin contar con el conocimiento y consentimiento de la misma.

Doña Celestina interpuso demanda en la que solicitaba que se declarase la intromisión ilegítima de la firma *H.F., S.A.* y doña Asunción, en su intimidad personal e imagen, condenando a estos últimos solidariamente a indemnizar a la misma, como resarcimiento del daño que le han producido, en la cantidad que discrecionalmente se acordase en trámite ejecución de sentencia, y a la entidad *H.F., S.A.*, a publicar el texto íntegro de la sentencia que se dictase en la revista.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, declarando que las indicadas fotografías constituyen una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de la demandante, condenando a los demandados a la reparación del daño causado en la cantidad que se fije en ejecución de sentencia, y la inexistencia de intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad. La Audiencia, desestimó el recurso de apelación interpuesto.

NOTA.—En la presente sentencia anotada el Tribunal Supremo considera que el hecho de que se haya estimado que el texto escrito del reportaje no constituía una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la actora, no tiene por qué impedir que las fotografías captadas y publicadas en el medio periodístico puedan constituir una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandante.

Asimismo, el Alto Tribunal estima que el que la demandante haya consentido en otras ocasiones la realización de entrevistas o reportajes en la finca privada, en modo alguno puede suponer que consienta de modo indefinido en el tiempo, e incondicionado en la forma y momento, para la obtención de imágenes de su vida privada en el interior de la misma. Máxime si, como acontece en el supuesto, las fotografías de la demandante en su finca privada son obtenidas de modo subrepticio, utilizando medios fotográficos capaces de captar imágenes a distancia. (*M. C. L. J.*)

7. Derecho a la propia imagen. Explotación económica. Cesión del derecho de explotación de imagen ajena. Ausencia de responsabilidad del cesionario cuando ha actuado con la debida diligencia.—La intromisión en el derecho a la imagen debe producir una lesión que sea contraria a la

dignidad de la persona, y ello no se ha producido en el presente supuesto, dadas las características que concurren. Debe concluirse que el codemandado no podía ceder el derecho a la imagen de la actora, aunque esta conclusión se base en un contrato verbal y por ello de imposible interpretación. A pesar de ello debe considerarse que la demandante no le había cedido su derecho ni le había apoderado para ello. Pero otra cosa distinta es la responsabilidad del codemandado cesionario de aquel derecho, que lo recibe de quien aparenta ser titular de los derechos económicos de la imagen reproducida y de los «derechos de modelo», porque falta aquí el elemento de negligencia que le obligaría a indemnizar. No se niega que se haya vulnerado el derecho a la imagen de la recurrente; lo que se considera es que el cesionario no lo ha hecho al concurrir la cesión expresa efectuada por quien aparecía como titular de la imagen reproducida, lo que creó una apariencia en la que confió la recurrente, de que quien le estaba cediendo los derechos era titular de los mismos. (STS de 22 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—M.I. cedió mediante acuerdo verbal a F. el uso de la imagen de la primera para la promoción de los peinados de este último. Al cabo de dos años y de la publicación de ciertas fotos de M.I. con los peinados de F., éste cedió a la compañía R., S.A. algunas de aquellas imágenes para la promoción de un producto de peluquería de esta entidad mercantil. M.I. demandó a F. y a R., S.A. alegando que se había utilizado su imagen sin su consentimiento, lo que le habría producido un daño patrimonial cuya indemnización económica solicitaba. F fue declarado en rebeldía y el Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona acogió el recurso de apelación de la codemandada y la absolvió de la condena, manteniendo la misma para F. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (C. O. M.)

8. Requisitos para la prevalencia del ejercicio de la libertad de expresión frente al derecho al honor.—Para que el ejercicio de la libertad de expresión no lesione el derecho al honor de una persona es preciso que se den los siguientes requisitos: 1) que la información publicada no contenga insultos, vejaciones o injurias, de modo que en este punto se convierte en un límite al derecho a la libertad de expresión e información (STC 20/1990, de 15 de febrero); 2) no ampara la información redactada en términos formalmente injuriosos e innecesarios para el mensaje que se desea divulgar, por lo que excluye la basada en simples rumores, y 3) exige que sea veraz y que ostente relevancia pública (SSTS de 30 de junio y 26 de julio de 2006). (STS de 16 de julio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Tras la publicación de un artículo en una revista en la que se le atribuía a don Darío un romance con un empresario de la moda y se le calificaba como "aventurero del sexo", don Darío demandó a la revista, a su director y la redactora y autora del artículo en cuestión, por entender que se había atentado a su honor y solicitaba como indemnización 50.000.000 de pesetas. El Juzgado de

Primera Instancia estimó la demanda y, tras considerar que se había producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del actor, condenó a los demandados a indemnizar la cantidad de 5.000.000 de pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto y absolvió a los demandados.

NOTA.—En esta sentencia, el Tribunal Supremo reconoce una vez más que el derecho al honor no es absoluto y queda limitado por el derecho a la información, reconocido asimismo como derecho fundamental en el artículo 20 CE.

Es jurisprudencia reiterada en todas las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que la libertad de expresión no protege la mera curiosidad ajena (STC 134/1999, de 15 de julio [RTC 1999, 134]), sino que es necesaria la relevancia pública de la información. Así, el ejercicio de derecho reconocido en el artículo 20 CE no puede amparar la información sobre datos pertenecientes a la vida íntima de las personas, aunque estos hechos sean veraces.

Para el Tribunal Supremo es preciso el respeto a la dignidad de la persona. Por ello, el empleo innecesario de términos vejatorios o injuriosos no precisos para transmitirla constituye una lesión del derecho al honor, porque como ha afirmado la STC 105/1990, de 6 de junio (RTC 1990, 105), el derecho a la información no autoriza el insulto (STC 158/2003, de 15 de septiembre de [RTC 2003, 158] y STSS de 3 de marzo de 2003 y de 22 de febrero de 2006 [RJ 2006, 830]). (M. C. L. J.)

9. Transexualidad. Requisitos para la rectificación registral del sexo.—

Seguendo la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, la rectificación registral del sexo se acordará una vez que la persona solicitante pruebe que se le ha diagnosticado disforia de género y que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. El artículo 4.2 de la mencionada ley señala que no es necesario que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual.

Además de una plena acreditación de que el interesado se siente psicológicamente perteneciente al sexo distinto al que le corresponde biológicamente, lo importante es que se pruebe plenamente una seriedad en la petición de rectificación registral.

Transexualidad. Derechos de la personalidad.—«Al individuo que sufre la patología denominada “disforia de género”, hay que reconocerle la facultad de conformar su identidad sexual de acuerdo con sus sentimientos profundos, con sus convicciones de pertenecer a otro sexo, pues de otro modo ni se protege su integridad, ni se le concede la protección a la salud, ni se trata adecuadamente el derecho a la imagen y a la intimidad familiar. Se trata, en una palabra, de dejar que el libre desarrollo de la personalidad se proyecte en su imagen y se desarrolle dentro de un ámbito de privacidad, sin invasiones ni injerencias» (FD.1.º). (STS de 18 de julio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Don Bernardo, que se identifica como Elsa, formuló demanda solicitando la rectificación de género en la partida de nacimiento y posterior cambio de nombre.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda sobre la base de que la parte demandante era morfológica y biológicamente varón, si bien dicho género no coincidía con su deseo, pudiendo en caso de someterse a intervención quirúrgica obtener la declaración constitutiva pretendida. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—En el presente caso encontramos una pretensión de cambio de la mención de sexo y de nombre formulada antes de la vigencia de la Ley 3/2007, de 15 de marzo.

El Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida y en una ponderación de los intereses que se hallan en juego, considera que han de prevalecer los valores de respeto y protección a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (arts. 10, 15 y 18 CE) y, por tanto, reconoce la posibilidad a la demandante de obtener el cambio de sexo registral sin exigir el cambio de sexo morfológico y quirúrgico. (*M. C. L. J.*)

10. Registro Civil. Inscripción de cambio de sexo y rectificación del nombre.—Inscribir un nombre a favor de persona que figure registralmente con sexo opuesto al que resulta característico de tal nombre dificultaría la identificación e induciría a confusión. En estos casos para la rectificación del nombre en el Registro Civil es previamente necesaria la de la mención del sexo.

Según la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas para rectificar registralmente el nombre, no es precisa la intervención quirúrgica de reasignación de sexo. (**STS de 17 de julio de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—A doña M.^a Ángeles se le reconoció en sentencia la rectificación del sexo y del nombre. Posteriormente, de acuerdo con el artículo 54 de la Ley de Registro Civil se le deniega el cambio de nombre por constar en el Registro como varón y pretender la inscripción de un nombre inequívocamente femenino como es el de María Angeles.

Ante estos hechos, doña M.^a Ángeles interpuso demanda solicitando se proceda a la inscripción de dicho nombre propio de mujer, y ello sin necesidad de cambiar el sexo que figura en el Registro Civil. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirmó la decisión de primera instancia.

NOTA.—En el estado de cosas existente al tiempo de interposición de la demanda, y con la jurisprudencia existente del Tribunal Supremo, a su vez inspirada en la emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cambio del sexo que figura en el Registro Civil sólo se admitía cuando el solicitante cumplía con el requisito de haber sido sometido a una operación quirúrgica de reasignación de sexo, adaptando sus órganos genitales a los propios del sexo reclamado. Sin embargo, la entrada en vigor de la Ley 3/2007 ha venido a cambiar el estado de la cuestión, puesto que la cirugía de reasignación sexual ya no se erige en requisito para la rectificación registral de la mención del sexo (art. 4.2). (*M. C. L. J.*)

11. Sucesión en los títulos nobiliarios. Igualdad. Discriminación por razón de sexo.—El artículo 1 de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y de la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios (LITN) establece que *«el hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamientos»*.

Disposición Transitoria Única LITN. Orden jurisdiccional civil.—La Disposición Transitoria Única, apartado 3, LITN dispone que, no obstante lo dispuesto en el apartado 1 sobre las transmisiones ya acaecidas, la LITN *«se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso, así como a los expedientes que se hubieran promovido a partir de aquella fecha [...]»*. La Disposición Transitoria Única, apartado 3, de la LITN se refiere no solo a los expedientes administrativos sobre títulos nobiliarios y a los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones dictadas por la Administración, sino también a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil.

Disposición Transitoria Única LITN. Retroactividad.—La Disposición Transitoria Única LITN comporta la eficacia retroactiva de la Ley respecto de las sucesiones en títulos nobiliarios que se hallen pendientes de resolución mediante expediente o proceso ante la autoridad administrativa o judicial, siempre que no hubiera recaído sentencia firme.

La posesión de un título nobiliario (haciendo abstracción de consecuencias económico-patrimoniales o de otra índole que hayan podido derivarse de su ejercicio) no constituye un derecho que, por su naturaleza, pueda considerarse incorporado al patrimonio de la persona, en la situación propia de un derecho consolidado o agotado determinante de una relación jurídica consagrada apta para calificarlo como derecho comprendido en la prohibición de retroactividad de las disposiciones que puedan afectarle, establecida por el artículo 9.3 CE. (STS de 3 de abril de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Ricardo, poseía por rehabilitación el título de Conde con Grandeza de España. Al fallecer don Ricardo el 2 de marzo de 1983, don José Daniel (hijo de don Luis Francisco, hermano menor del fallecido) solicitó el título, que le fue otorgado por Real Carta de 26 de abril de 1984. Doña Isabel (hija de doña Victoria, hermana mayor del fallecido) interpuso demanda con el fin de que se declarara su mejor y preferente derecho para poseer, usar y ostentar el título de Conde. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revocó y desestimó la demanda.

NOTA.—En la sentencia anotada, el Tribunal Supremo revoca la sentencia de la Audiencia Provincial que desestimaba la demanda fundándose en que el varón tiene preferencia en el sistema usual de cesión de los Títulos.

El Alto Tribunal confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que consideró que no se había probado la adquisición por prescripción por parte del demandado y que no se había probado que el título de Conde se hallara vinculado a un mayorazgo, por lo

que debían aplicarse las reglas sobre sucesión nobiliaria regular. Concluyó que debía considerarse derogado el principio de masculinidad al amparo del artículo 14 CE, de lo que resultaba que la actora doña Isabel era de mejor línea y por lo tanto el pariente más próximo del último poseedor legítimo de la merced.

En la sentencia anotada el Tribunal Supremo reitera la doctrina que sostiene que *«la posesión de una merced nobiliaria no comporta un derecho incorporado al patrimonio hereditario de su titular, sino sólo el reconocimiento de su condición de óptimo poseedor para ostentar la merced en el orden sucesorio, objeto de una única apertura por el fallecimiento de su primer concesionario y de sucesivas delaciones y aceptaciones, que se desenvuelven sin perjuicio de la concurrencia de tercero de mejor derecho, a la que aparece condicionado el reconocimiento del título en cada caso particular, de tal suerte que el otorgamiento no constituye una relación jurídica que pueda estimarse como consagrada o agotada en tanto no transcurra el plazo de cuarenta años para la usucapión, que esta Sala ha admitido, al hilo de la tradición dimanante de la Ley 41 de Toro (la cual forma parte de las normas que rigen tradicionalmente la sucesión de los títulos, rehabilitadas por la Ley de 4 de mayo de 1948, para hacer compatible el principio de la imprescriptibilidad de los títulos nobiliarios con el principio de seguridad jurídica que hoy consagra la Constitución Española (SSTS de 27 de marzo de 1985 [RJ 1985, 1215], 14 de junio de 1986 [RJ 1986, 3552], 7 de julio de 1986 [RJ 1986, 4414], 14 de julio de 1986 [RJ 1986, 4512], 5 de junio de 1987 [RJ 1987, 4044], 20 de febrero de 1988 [RJ 1988, 1075], 7 de diciembre de 1988 [RJ 1988, 9324], 6 de marzo de 1991 [RJ 1991, 3072], 21 de febrero de 1992 [RJ 1992, 1420], 11 de junio de 2001 [RJ 2001, 4334] y 29 de mayo de 2006 [RJ 2006, 3054])»*. (M. C. L. J.)

12. Derecho de asociación. Faceta negativa del artículo 22 CE: derecho a no ser obligado a pertenecer o permanecer como miembro de una asociación.—La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental de asociación, aplicable también a la pertenencia a sociedades civiles (SSTC 67/1985, de 24 de mayo; 23/1987, de 23 de febrero; y 183/1989, de 3 de noviembre), establece que el artículo 22 C.E. además de garantizar, en su aspecto positivo, el derecho a asociarse libremente, tiene también una vertiente negativa que reconoce el derecho del individuo a no ser obligado a formar parte o seguir perteneciendo a una asociación, por tratarse de un derecho fundamental de carácter irrenunciable. De manera que cualquier cláusula obligacional que lo desconozca es nula y carece de eficacia (art. 1.255 CC), pues tal derecho fundamental no puede quedar condicionado o impedido por cargas reales o personales de ningún tipo, sin perjuicio de las consecuencias que en el ámbito meramente contractual pueda tener la libre decisión personal de integrarse o no en una asociación y la de dejar de pertenecer a ella.

La pérdida de la condición de miembro de una asociación de propietarios no exime de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos comunes.—El derecho a no pertenecer a la asociación de propietarios no exime del cumplimiento de las obligaciones contractuales de naturaleza primordial que, en su condición de titulares de un inmueble, hayan asumido

en beneficio de aquélla. Sin que la sujeción al cumplimiento de estas obligaciones implique de facto la imposición de la condición de socio o asociado, ya que tiene su causa y justificación en el levantamiento de los gastos comunes; cuestión que es independiente y por completo ajena al ejercicio del derecho fundamental de asociación. (**STS de 7 de mayo de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El actor demandó a la asociación de propietarios, constituida en forma de sociedad civil, para que se reconociese su derecho a no seguir formando parte de la misma, pese a ser propietario de una parcela en la urbanización sobre la que estaba constituida la demandada desde hacía años. El Juzgado estimó parcialmente la demanda pero por la Audiencia Provincial de Valencia, con estimación del recurso de apelación de los demandados, se desestimó íntegramente la demanda del actor. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (*I. D. L. S.*)

13. Asociaciones. Convocatoria de la Junta. Analogía.—De los artículos 6 párrafo 1.º, de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre y 10.1 del Decreto 1440/1965, 10 de mayo, se desprende que las asociaciones se rigen por sus propios Estatutos y por las reglas dictadas por sus propios órganos, dentro de su competencia. En lo no previsto, hay que acudir a la Ley de regulación y al Reglamento. Nada más se dice respecto de una eventual laguna no ya de la regulación estatutaria o de la reglamentación interior, sino de las normas de integración (Ley y Reglamento).

En defecto de una previsión para el caso de que la Junta Directiva no exista o sencillamente no convoque, el socio o asociado ha de acudir a las reglas dictadas para supuestos que guarden con el planteado semejanza, apreciándose entre ambos «identidad de razón» que se puede encontrar en la previsión de órganos colectivos competentes para tomar decisiones que requieren una solución para los casos en que no proceden a desarrollar sus cometidos. Argumento que se refuerza cuando se observa que, además de en las sociedades anónimas, una previsión semejante se encuentra en las sociedades de responsabilidad limitada (art. 45.2.II Ley 2/1995, de 23 de marzo), en materia de sociedades de garantía recíproca (art. 39 Ley 1/1994, de 11 de marzo) y en las sociedades cooperativas (art. 23.2 Ley 27/1999, de 16 de julio), expresando la proyección de un principio general en virtud del cual ante la inoperancia de los órganos encargados de realizar la convocatoria de las Juntas o Asambleas, el socio ha de acudir al auxilio judicial, y no a un remedio que consista en la autoconvocatoria. La aplicación analógica exige similitud jurídica esencial entre el caso que se pretende resolver y el regulado, debiendo acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados (SSTS 20 de febrero de 1998 y 21 de noviembre de 2000. (**STS de 12 de junio de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Don Plácido, socio y Presidente de una asociación fue citado por telegrama, dirigido por don Adolfo (uno de los asociados), a Junta General Extraordinaria a celebrar en el domicilio de un abogado. Nueve de los once asociados con voto se reunieron y expresaron una voluntad ampliamente mayoritaria de disolver.

Don Plácido interpuso demanda contra la asociación y contra don Adolfo solicitando que se declarase la nulidad de la asamblea celebrada y de la de todos los acuerdos adoptados en ella. Estima que la Junta es nula, por no haber sido convocada por la Junta Directiva y no haberse citado en plazo estatutario de 10 días, y además por haberse acordado la liquidación sin nombramiento e inscripción de Junta liquidadora.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al entender que la asociación ha expresado una voluntad colectiva clara y directa. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revoca y valora más el elemento formal: no ha habido una verdadera Junta, puesto que no se ha convocado regularmente, ni cabe atribuir a cada socio la facultad de llevar a efecto la convocatoria y, por tanto, declaró la nulidad de la asamblea.

NOTA.—En el caso, la cuestión se ciñe a determinar qué regla se ha de aplicar para convocar la Asamblea en el supuesto de una Asociación que no ha nombrado su Junta Directiva, por lo que carece del órgano competente para efectuar las pertinentes convocatorias de las Asambleas o Juntas Generales competentes, entre otras materias, para decidir sobre la disolución de la asociación, cuando es claro que se da una de las causas prevenidas por la Ley.

Para el Alto Tribunal es cierto que la Audiencia Provincial se ha referido a la aplicación del artículo 101 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas como Derecho supletorio, lo que no es exacto, pero la solución a la que llega se ha de sostener, aunque por otra vía, que es la aplicación por analogía. (*M. C. L. J.*)

14. Responsabilidad civil. Doctrina del levantamiento del velo. Procedencia cuando se acredita la inexistencia de vida propia de la sociedad.—Ha resultado acreditado que la cooperativa en cuestión era ficticia, creada en fraude de acreedores, sin que tuviera un capital social o patrimonio y domicilio propios, ni contara con una gestión independiente. Sin que sea suficiente prueba de la exención de responsabilidad de los socios fundadores el que estos hubieran transmitido sus participaciones, pues no acreditaron que su salida de la sociedad fuera real y efectiva; de modo que no tuvieran ninguna participación en la realización de las obras por las que se demanda, pues tales socios se han limitado a escudarse en la formalidad aparente de las escrituras otorgadas para la venta de sus participaciones. (**STS de 28 de mayo de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La entidad actora demandó a los socios de la cooperativa *T. S.C.L.*, en reclamación de diversas cantidades por obras que la demandante ejecutó en beneficio de aquella y que resultaron impagadas. La reclamación se dirigió a los socios que constituyeron dicha cooperativa al considerar que debía aplicarse la doctrina del levantamiento del velo, pues entendían que tal sociedad tenía una existencia ficticia, pues no era más que un modo de ocultar la responsabilidad adquirida por sus miembros, de manera que estos debían responder de las deudas contraídas. Tanto el Juzgado de Pri-

mera Instancia como la Audiencia Provincial de Ciudad Real dieron lugar a la demanda y condenaron solidariamente a los socios demandados. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los mismos. (*L. A. G. D.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

15. Compraventa. Causa.—La causa no puede ser confundida con el fin individual (mero interés o motivo) que anima a cada contratante en su proceder, y en consecuencia, para que los móviles subjetivos de los otorgantes repercutan en la plenitud del negocio, como tiene previsto el ordenamiento positivo en determinadas hipótesis, será necesario que tales determinantes, conocidas por ambos intervinientes, hayan sido elevadas a presupuesto determinante del pacto concreto, operando a manera de causa impusiva. (**STS de 12 de junio de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—A consecuencia de las deudas —contraídas con la Seguridad Social y con la Hacienda Pública por la empresa *C.L., S.L.* (de la que don Jesús Miguel era gerente)— don Jesús Miguel y su esposa Elisa simularon la venta de una vivienda y un garaje a don Imanol, hermano de la esposa. El comprador no llegó a desembolsar el precio estipulado (4.600.000 pesetas), —el cual, además de ficticio, era notoriamente inferior al valor de mercado—; no existió entrega real de la cosa vendida, —puesto que los vendedores siguieron viviendo en la casa y usando el garaje, sufragando todos los gastos derivados de los diferentes impuestos y suministros. Posteriormente, don Imanol hipoteca ambos bienes. Don Imanol se niega a elevar a público el contrato privado de compraventa entre las mismas partes, por el que el demandado retransmitía la vivienda y el garaje al actor y su esposa a cambio de un precio de 5.000.000 de pesetas.

Don Jesús Miguel interpuso demanda contra don Imanol solicitando la nulidad, tanto del contrato de compraventa, como de las hipotecas constituidas después por el comprador sobre los inmuebles adquiridos en garantía de deuda ajena, y la cancelación de las inscripciones y asientos respectivos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia dictada en primera instancia y absolvió al don Imanol de las pretensiones de la demanda.

NOTA.—Al Tribunal Supremo en esta sentencia no le parece razonable las consecuencias obtenidas por la Audiencia Provincial sobre la concurrencia de causa torpe o ilícita. Para el Alto Tribunal de los hechos se aprecia que no existe transmisión alguna, no existe un subyacente al que se aparenta en el contrato de compraventa; considera que ni el demandante que figura como vendedor, vende, ni el demandado que figura como comprador, compra. Por tanto, el Tribunal Supremo concluye que en el presente caso no hay causa torpe o ilícita, sino que hay inexistencia de causa.

Sigue así el Tribunal Supremo la línea jurisprudencial de las sentencias que consideran que la causa no puede confundirse con el

fin individual de los contratantes (entre otras, *vid.* SSTs de 27 de diciembre de 1966 (RJ 1966, 5856), 1 de abril de 1982 (RJ 1982, 1930), 30 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6620) y 17 de febrero de 1989 [RJ 1989, 972]). (*M. C. L. J.*)

16. Venta en garantía.—La transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia *cum creditore*. El fiduciante transmite la propiedad formal del bien con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario —si son terceros de buena fe— protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario. El fiduciario no se hace dueño real —propietario— del objeto transmitido, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión. La falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación. El fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, sobre el que le corresponde una especie de derecho de retención, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo. La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o «venta en garantía», es un negocio jurídico en que, de modo indirecto, normalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, como es la de asegurar el cumplimiento de una obligación. No puede pretenderse otro fin ilícito, como es el de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la «venta en garantía» como un negocio en fraude de ley. (**STS de 30 de mayo de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El matrimonio demandante (más tarde recurrido) recibe una cantidad de dinero (2.900.000 de las antiguas pesetas) del matrimonio demandado para liberar la finca de su propiedad del procedimiento de ejecución hipotecaria al que estaba sujeta. Pero en vez de instrumentar esa entrega bajo la figura contractual del préstamo simple o mutuo, las partes otorgan en su lugar escritura de compraventa (de fecha de 13 de enero de 1994), elevando a público el contrato, celebrado el día anterior, sobre dicha finca. El Juzgado de Primera Instancia afirma que los prestamistas demandados son propietarios de la vivienda. Pero la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia entendiendo que el otorgamiento de la escritura pública de compraventa de la finca a favor de los demandados tiene como finalidad, exclusivamente, garantizar la devolución del préstamo, condenado a aquellos a que otorguen escritura pública de compraventa a favor del matrimonio demandante. (*Alma R. G.*)

17. Obligaciones solidarias.—El artículo 1137 CC determina que la solidaridad debe establecerse por las partes del contrato de forma expresa. No obstante, esta redacción ha sido suavizada por la jurisprudencia, en el sentido de entender que la clara intención exigida en el artículo 1137 CC puede derivar no sólo de la utilización de un término en este sentido, sino también de que se deduzca de la concurrencia de los antecedentes del negocio o del conjunto de circunstancias, por tanto, que de una forma tácita, se pueda llegar a interpretar que la voluntad de los interesados fue la de establecer la responsabilidad solidaria de los deudores.

Límites objetivos de la cosa juzgada.—La identidad de la causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción. (STS de 18 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—S., S.A. celebró con las entidades M.R., S.L. y B., S.A. sendos contratos de arrendamiento de un hotel en la localidad de Lloret de Mar. Dicho hotel estaba compuesto de dos fincas, de explotación conjunta, una de ellas propiedad de M.R. y la otra, de B. Estos contratos se resolvieron por cumplimiento del plazo pactado. El 30 de agosto de 1995 se cerró el hotel por retirada temporal de la licencia, debido a las deficiencias que presentaba. En el mes de enero de 1996, una empresa de turismo holandesa que había pactado el alojamiento de sus clientes en dicho hotel, pagó a S. la cantidad de 10 millones de pesetas como adelanto del pago total; al no poder cumplir S. su obligación, debió indemnizar a dicha compañía con el pago de 20 millones de pesetas, según una cláusula penal que figuraba en el contrato. La arrendataria S. había demandado a las arrendadoras en un anterior juicio, pretendiendo que realizaran las obras que impedían la apertura del hotel. La sentencia de la Audiencia Provincial, confirmó el fallo de la apelada en el sentido de considerar que, al haberse resuelto ya el contrato de arrendamiento por el transcurso del plazo pactado, en nada aprovecharía la realización de dichas obras y ello sin perjuicio de las posibles acciones que S. pudiera interponer contra las arrendadoras por los posibles daños y perjuicios que la falta de realización de las obras le pudiera haber ocasionado. S. ejercitó contra M.R. y B. la acción en reclamación de los daños y perjuicios que se le irrogaron al no realizarse las obras de reparación necesarias después de la clausura del hotel por parte del Ayuntamiento.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. Rechazó la excepción de cosa juzgada y consideró que las reparaciones que debían realizarse eran necesarias y que existiendo la obligación, no se llevaron a cabo, por lo que se incumplieron las obligaciones establecidas en los artículos 1554 CC y 107 LAU. En relación a los daños, entendió que los ocasionados por el pago de lo establecido en la cláusula penal en el contrato con la empresa turística holandesa correspondía exclusivamente a la arrendataria, pero, en cambio, señaló que debía indemnizarse por el lucro cesante, distribuyendo la cantidad a pagar para cada arrendadora según el número de habitaciones de cada edificio; por tanto,

no aceptó la condena solidaria. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia recurrida.

NOTA.—En la sentencia anotada el Tribunal Supremo reitera la doctrina que manifiesta que «no es preciso para entender que existió una solidaridad que se haga una expresión causal o literal en tal sentido, sino que puede ser estimada su concurrencia por el conjunto de antecedentes demostrativos de que se ha querido por los interesados aquel resultado económico [...]» (en este sentido, SSTS de 6 de marzo de 1999 [RJ 1999, 2246], de 24 de febrero de 2005 [RJ 2005, 4033] y 24 de septiembre de 2003 [RJ 2003, 6204]).

Para el Alto Tribunal no se puede deducir en este caso de ninguna manera la concurrencia de una voluntad tácita que implique solidaridad, puesto que aunque la explotación hotelera era única, ello afectaba sólo a la explotación económica del hotel, no al contrato de arrendamiento, con dos propietarios que ostentaban la propiedad de partes absolutamente diferenciadas del complejo. Además, las circunstancias concurrentes relativas a la celebración primero de un único contrato y después de que se realizara uno para cada uno de los arrendadores lleva a la misma conclusión. (M. C. L. J.)

18. Resolución por incumplimiento. No es necesaria una reiterada voluntad rebelde: basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento.—La jurisprudencia, a la hora de interpretar y aplicar el artículo 1124 CC, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales o 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 (STS de 17 de julio de 2007). La doctrina jurisprudencial ha sufrido un cambio evolutivo progresivo en el sentido de abandonar el requisito subjetivista de la voluntad deliberadamente rebelde, sustituyéndole 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 puede tener lugar (SSTS de 5 de junio de 1989 y 11 de marzo de 1991), que es a lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde», 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 (STS de 9 de marzo de 2005). (STS de 14 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Don F. y doña M., como vendedores, realizaron un contrato de compraventa sobre dos locales y un parking, en el que se subrogó la entidad R., S.L. como compradora, mediante designación hecha por el primitivo comprador. Una vez vencidas e impagadas tres mensualidades, se realizó por los vendedores requerimiento resolutorio, continuando la compradora con la posesión de las fincas hasta alcanzar nueve cuotas impagadas, momento en que procedió a consignarlas.

Don F. y doña M. formularon demanda contra R., S.L. solicitando la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento del pago del precio por la entidad compradora, con pérdida de las cantidades entregadas hasta la fecha a favor de los actores en concepto de indemnización por daños y perjuicios causados hasta la resolución, y que se condene a la demandada al inmediato desalojo de dichas tres fincas con reintegro a los actores de la posesión de las mismas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando resuelto el contrato de compraventa sobre las tres fincas y condenando a R., S.L. a devolver a los demandantes la posesión de los citados inmuebles, con apercibimiento de lanzamiento si no lo verificase, y a indemnizar a los demandantes por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento y ocupación de los inmuebles, indemnización que se fija en el importe de las cantidades ya cobradas como parte del precio.

Interpuesto recurso de apelación por R., S.L., la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, R., S.L. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

19. Lucro cesante. Fundamento.—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, lo que exige, como dice el artículo 1106 CC, que se le indemnice también la ganancia dejada de obtener (SSTS de 14 de julio de 2003 y 30 de octubre de 2007).

Lucro cesante. Cuantificación.—Las ganancias que pueden reclamarse son aquéllas en que concurre similitud suficiente para ser reputadas como muy probables, en la mayor aproximación o su certeza efectiva, siempre que se acredite la relación de causalidad entre el evento y las consecuencias negativas derivadas del mismo, con relación a la pérdida del provecho económico (STS de 8 de julio de 1996).

Lucro cesante. Distinción venta mercantil y no mercantil.—En el ámbito del tráfico mercantil, en el que una empresa se dedica a la adquisición y reventa de maquinaria industrial, siendo dicha actividad su objeto social, la pérdida de una venta perfeccionada supone, en sí misma, una pérdida de beneficio y una disminución de su negocio. Distinto razonamiento merece el hipotético caso de frustración de una venta no mercantil. En este caso, ante la falta de venta de cualquier bien, de forma puntual y sin que la actividad de venta forme parte de la actividad económica del vendedor, no podríamos hablar de lucro cesante si se acredita la venta posterior en los mismos términos que la pactada con el incumplidor (FD 2.º). (STS de 5 de junio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—G.M.I.S.I., S.A., empresa dedicada a la comercialización de maquinaria para obras, construcción y servicios de limpieza municipal, recibió una solicitud de pedido de B., S.L. para la adquisición de una máquina barredora de calles, cuyo precio era de

17.000.000 de pesetas. Ello motivó que la *G.M.I.S.I., S.A.* efectuase el correspondiente encargo a la fabricante de la máquina, la mercantil *A.M.A.* Posteriormente, *G.M.I.S.I.* tuvo conocimiento de que *B.* había adquirido la máquina barredora a otra empresa.

Ante estos hechos, *G.M.I.S.I.* interpuso demanda contra *B.* por incumplimiento de contrato y solicitud de indemnización por el lucro cesante dejado de obtener por frustración del referido negocio jurídico. Solicitaba, en primer lugar, que se declarase resuelto el contrato de compraventa y, en segundo lugar, que se le indemnizase en la cantidad de 3.097.951 pesetas (resultado de restar al precio de venta el coste de adquisición) en concepto de lucro cesante por las expectativas de negocio que, en virtud del incumplimiento de la contraparte, se habían visto fracasadas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revocó la sentencia parcialmente y absolvió a *B.* respecto al pago de la indemnización.

NOTA.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que afirma que la exigencia del 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 que no han de ser dudosas y contingentes (entre otras, SSTS de 17 de noviembre de 1954 [RJ 1954, 2870], de 6 de mayo de 1960 [RJ 1960, 1716], de 30 de diciembre de 1977 [RJ 1977, 4897] y las mencionadas en la de 30 de octubre de 2007 [RJ 2007, 8264]).

En relación con la indemnización solicitada por lucro cesante, la Audiencia Provincial entendió que no resultó acreditado, al haberse probado que la demandante vendió la máquina barredora a otro comprador y sin que se haya acreditado que se vendiese por precio inferior al convenido por *B., S.L.*, concluyendo que *«de donde se sigue que falta el elemento básico para estimar el daño y perjuicio reclamado pues para su estimación debía quedar probado por el actor que el precio obtenido por el nuevo comprador ha sido inferior al pactado con B., lo que al no probar conlleva la desestimación de la demanda»*. Para el Tribunal Supremo el razonamiento anterior es erróneo e infringe el artículo 1106 CC, puesto que confunde la pérdida de beneficio con el daño emergente. (*M. C. L. J.*)

20. Concepto de daño moral.—Aunque el daño moral no se encuentre específicamente nominado en el Código civil, tiene encaje en la amplia expresión «reparar el daño causado» del artículo 1902. La construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad está hoy superada tanto por la doctrina de los autores como por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo. Así, en la actualidad, predomina la idea del daño moral representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión inmediata a bienes materiales, cuanto si el ataque afecta al ámbito extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de la persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc). De ahí que junto a la obligación de resarcir los daños patrimonia-

les, la doctrina jurisprudencial ha dado carta de naturaleza en nuestro ordenamiento a la reparación del daño moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, de modo principal, a proporcionar, en la medida de lo posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento causado. (STS de 5 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El recurso de casación objeto de examen se dirige contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que tras declarar la vigencia del contrato de arrendamiento de industria, que tiene por objeto la expendiduría de tabacos de la que es titular la arrendadora demandada, condena a ésta última a estar y pasar por dicha declaración, absolviéndola, por el contrario, de las pretensiones indemnizatorias tanto del daño moral como del lucro cesante solicitadas en la demanda, no obstante haber apreciado el incumplimiento del contrato por parte de la demandada, al no haberse acreditado el perjuicio. Dicho incumplimiento de la arrendadora demandada consiste en que, al retirar la autorización que había concedido a la arrendataria para aprovisionarse de las labores de tabaco y timbre de *Tabacalera, SA*, vulnera una de las obligaciones esenciales del contrato. Pero no puede ligarse a dicho incumplimiento consecuencia indemnizatoria alguna, ya que la arrendataria continua explotando el negocio de estanco, no sólo vendiendo artículos para fumador, sino también tabaco y timbre adquirido a otros estancos, sin que se haya acreditado por la actora que esa distinta fuente de suministro le hubiese producido un lucro cesante que debiera resarcirse. (*Alma R. G.*)

21. Tercería de mejor derecho. Leasing de bienes muebles.—La preferencia del crédito es la del contrato de *leasing*, intervenido por fedatario público mercantil que equivale a la escritura pública que menciona el artículo 1924, 3.º, CC: éste es el negocio jurídico, base del crédito, cuya fecha no cede ante un aplazamiento del pago, ni ante la dilación de un proceso que termina por sentencia. En toda tercería de mejor derecho, se fija la fecha para determinar la preferencia de los créditos por aquel negocio jurídico plasmado en escritura pública o equivalente que da lugar al crédito, sin que le afecten instrumentos de crédito, como letras de cambio o pagarés, ni tampoco un proceso que termina por sentencia (STS de 11 de octubre 2006). (STS de 18 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El 9 de septiembre de 1988 se celebra entre la sociedad *P., S.A.* (posteriormente *F.E., S.A.*) y don Juan Enrique un contrato de arrendamiento con opción de compra (o arrendamiento financiero o *leasing*). El 28 de septiembre de 1989 se celebra un contrato de préstamo entre un Banco y don Juan Enrique y doña Marisol (su esposa). Uno y otro contrato fueron intervenidos por Agente de Cambio y Bolsa y Corredor de Comercio, respectivamente.

F.E., S.A. interpuso demanda contra el Banco, don Juan Enrique y doña Marisol para que se reconociese su mejor derecho. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto.

NOTA.—En la sentencia anotada el Tribunal Supremo sigue la doctrina jurisprudencial que sostiene que la preferencia se determina por la fecha del contrato, con independencia de las opciones que tenga la parte acreedora cuando se produce el incumplimiento del contrato y de la determinación del saldo deudor, entre otras, *vid.* SSTs de 7 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2424); 25 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2297); 30 de abril de 2002 (RJ 2002, 4060); 3 de mayo de 2002 (RJ 2002, 3672); 4 de julio de 2002 (RJ 2002, 8221); 11 de octubre de 2006 (RJ 2006, 9003). (*M. C. L. J.*)

22. Anotación preventiva. Leasing inmobiliario.—Quien negligente o a propósito omite solicitar la prórroga de una anotación preventiva que le favorece, determinando con ello su caducidad, no puede imponer al tercero que adquiere confiado en el Registro de la Propiedad un deber especial de averiguación de todo lo sucedido en el juicio ejecutivo causante de la anotación caducada. (**STS de 2 de julio de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El 26 de junio de 1989 *Ch., S.A.* concierta (arrendataria) un contrato de arrendamiento financiero sobre un inmueble con F. (arrendador). El 29 de abril de 1992, *Co., S.A.* adquirió en subasta judicial, los derechos de arrendamiento financiero embargados a Ch. (circunstancia que no accedió al Registro de la Propiedad). El 30 de enero de 1990 F. había hipotecado la finca objeto del arrendamiento financiero, y otra más, a favor de una Caja de Ahorros; al no atender F. sus obligaciones del préstamo frente a la Caja de Ahorros, ésta promovió juicio de ejecución; subastada la finca en dicho juicio hipotecario, *I., S.L.* se adjudicó exclusivamente la propiedad del inmueble. F. compensó con Co. el valor actualizado de su derecho de crédito, pero declarada aquélla en quiebra, incumple su obligación de entrega de los pagarés pertinentes.

Co. SA, interpuso demanda contra las compañías *I., Ch.,* y *FL.* solicitando que se reconociera su condición de arrendataria financiera; se declarase su derecho a ejercitar la opción de compra de la finca, reconocida en dicho contrato a la arrendataria; se declarase la obligación de F. de entregar a la actora los pagarés derivados del arrendamiento financiero; se declarase igualmente el precio que Co. debía pagar por el ejercicio de la opción de compra y finalmente, se ordenase cancelar cuantas anotaciones contradijeran o afectaran a lo solicitado.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto contra dicha sentencia recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó.

NOTA.—La sentencia anotada se centra en la omisión de la actora al no solicitar la prórroga de la anotación preventiva del embargo de los derechos como arrendataria financiera. El artículo 86 LH atribuye la facultad de instar la prórroga de las anotaciones preventivas a «los interesados», condición que indudablemente tenía la actora en el juicio ejecutivo como adjudicataria de los derechos embargados y subastados, y sin embargo prescindió por completo de ejercitar tal facultad por las razones que fuesen.

El Tribunal Supremo al igual que la sentencia dictada en primera instancia considera que la anotación preventiva del embargo caducó antes de que un tercero inscribiera su adquisición, y el artículo 97 LH dispone que «cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiera». (M. C. L. J.)

23. Compraventa mercantil y compraventa civil. Distinción.—La nota que caracteriza la compraventa mercantil frente a la civil es el elemento intencional, que se desdobra en un doble propósito por parte del comprador: el de revender los géneros comprados, bien sea en la misma forma que los compró o adecuadamente transformados, y el ánimo de lucro, consistente en obtener un beneficio en la reventa. La compraventa mercantil se hace no para que el comprador satisfaga sus propias necesidades, sino para lucrarse con tal actividad, constituyéndose el comprador en una especie de mediador entre el productor de los bienes comprados y el consumidor de los mismos, una vez transformados o manipulados. (STS de 9 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Ante el incumplimiento de la obligación de pago del precio de mobiliario adquirido durante los años 1988 a 1991 para quedar instalados en un complejo hotelero, don Luis Carlos (vendedor) demandó el 21 de abril de 1999 a *Apartamentos Turísticos S.C., SA*, don Arturo y don Gaspar.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al entender que en el momento de ejercicio por el demandante de la acción de reclamación ante los tribunales ésta había prescrito. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincia desestimó el recurso y confirmó la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—En el caso, el Alto Tribunal consideró, al igual que las sentencias de instancia, que el empleo de los muebles adquiridos para quedar instalados en un complejo hotelero excluye la nota de especulación propia de la compraventa mercantil, que requiere la adquisición con ánimo de reventa y de obtención de lucro en la misma; por lo cual el contrato fue correctamente calificado como de compraventa civil con la consecuencia de resultarle aplicable el referido plazo de prescripción de tres años previsto en el artículo 1967.4.ª CC. Así, la sentencia anotada sigue la jurisprudencia que distingue entre la compraventa civil y mercantil, *vid.*, entre otras, SSTS de 20 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5617), 10 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 7869) y 25 de junio de 1999 (RJ 1999, 5963) (M. C. L. J.)

24. Precontrato. Diferencias con la compraventa y con la promesa de vender o comprar. Necesidad de interpretar el acuerdo al que han llegado las partes.—Mediante el precontrato las partes no quieren o no pueden, por el momento, celebrar el contrato definitivo y se comprometen a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro (STS de 4 de julio de 1991). Fijan sus elementos pero aplazan su perfección (STS de 3 de junio de 1994), y adquieren la obligación de establecer el contrato definitivo en virtud de la relación jurídica obligacional nacida del precontrato, por lo que pueden recla-

mar su cumplimiento de la otra parte (SSTS de 23 de diciembre de 1995 y de 11 de mayo de 1999). Se diferencia del *pactum de contrahendo* en que no se requiere actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, sino que basta la aceptación para la perfección del contrato (SSTS de 17 de marzo de 1993, de 11 de abril de 2000 y de 30 de enero de 2008). En el precontrato unilateral sólo una parte viene obligada a poner en vigor el contrato y la otra tiene derecho a exigírselo, como ocurre en el contrato de opción de compra. En la opción, una parte atribuye a otra un derecho que permite a esta última decidir, dentro de un determinado periodo de tiempo y unilateralmente, la puesta en vigor del contrato. Por tanto, si se ejercita la opción de compra, aparece la compraventa; pero ésta no nace si, al no ejercitar la opción en el plazo previsto, queda caducada (SSTS de 18 de junio de 1993, 14 de noviembre de 2000 y 22 de diciembre de 2005). La distinción entre unas y otras figuras debe deducirse de la voluntad de los contratantes en virtud de las reglas de interpretación de los contratos. En tal línea, los elementos que subraya la sentencia recurrida apuntan, en sentido favorable a la calificación del negocio como precontrato pendiente de aceptación, pues se fija un plazo para la aceptación de la propuesta por el vendedor que parece identificarse en las condiciones generales con la celebración de la compraventa y, por otra parte, se declara que la propuesta es vinculante únicamente para el comprador. (STS de 17 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don J.F. demandó a J.C. y L., como propietarios del piso objeto del acuerdo, y al matrimonio C. y A., como adquirentes del mimos, al entender que al vender los primeros a los segundos la finca urbana, habrían incumplido el contrato de compraventa que se habría celebrado con el actor. En mérito a lo cual solicitó se les condenase a la elevación a escritura pública de dicho contrato o, en caso de no ser posible, a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por el demandante. La parte contraria alegó que se trataba de un mero precontrato en su modalidad de opción de compra; y que el actor había dejado transcurrir el plazo para pedir la celebración del auténtico contrato, pese a que había sido reclamado para ello en un par de ocasiones. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Navarra desestimaron la demanda y absolvieron a los demandados. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (L. A. G. D.)

25. Cláusula de desistimiento. Cláusulas abusivas.—La Disposición Adicional Primera, I, 2.^a de la Ley 7/1998, de 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación señala como abusiva la cláusula por la que se «*reserva a favor del profesional las facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivo válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado si al consumidor no se le reconoce la misma facultad o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por incumplimiento del contrato o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo*».

Por otra parte, la III, 17 añade: «La autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato». (STS de 3 de junio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—En contrato celebrado el 1 de agosto de 1987 entre compradora e inmobiliaria consta, a modo de recibo, la entrega de 500.000 de pesetas «en concepto de reserva y como señal o arras por la compra» de determinada e identificada vivienda, cuyo contrato de compraventa «se formalizará...» antes de que transcurra «el día 31 de diciembre de 1997» y añade, la siguiente cláusula: «Caso de que el titular de la reserva-comprador desistiera de la compra o no se presentase a formalizar y firmar el correspondiente contrato o escritura pública de compraventa dentro del plazo indicado, perderá todo derecho a la reserva, que quedará nula y sin valor ni efecto, y la cantidad entregada en este acto quedará en poder y propiedad de la parte vendedora, conforme a lo dispuesto en el artículo 1454 del CC y en concepto de indemnización por los perjuicios ocasionados y por la limitación de la facultad de disposición que esta reserva comporta. Si fuera P., S.L. quien desistiera de la operación, deberá devolver al comprador la cantidad que hoy recibe como señal o arras». Este contrato se fue prorrogando hasta cuatro veces, llegando al de 30 de octubre de 1998 que fijaba el día de formalizar en escritura pública el contrato el 30 de enero de 1999; lo cual no se hizo porque la parte vendedora P., SA no se presentó el día que se había fijado, ni los días sucesivos.

Tras estos hechos, la compradora, doña Daniela requirió notarialmente a la inmobiliaria vendedora P., SL para formalizar notarialmente el contrato de compraventa y, en la misma fecha 5 febrero 1999, dicha inmobiliaria vendedora requirió notarialmente a la compradora comunicándole su desistimiento del contrato basándose en la cláusula contractual transcrita.

Posteriormente, la compradora interpuso demanda contra P., S.L., en la que solicitaba 1) Que se condenase a la inmobiliaria vendedora a la formalización del contrato de compraventa; 2) A que se condene a la inmobiliaria a indemnizar por la negativa a la formalización del contrato de compraventa; 3) Subsidiariamente si el Juzgado entendiera que existe derecho de desistimiento a favor de la demandada, conforme a lo previsto en el artículo 1454 CC, se condene a P., S.L. a entregar el duplo de la cantidad entregada en concepto de señal, con indemnización de los daños y perjuicios irrogados.

El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad de la facultad de desistimiento de la inmobiliaria y, en consecuencia, la condenó a formalizar el documento de compraventa. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revocó la anterior e integró el contrato en el sentido de condenar a la inmobiliaria a entregar a la compradora el duplo de la cantidad que ésta había pagado, manteniendo la facultad de desistimiento.

NOTA.—En este caso el Alto Tribunal confirma la sentencia dictada en primera instancia y declara la nulidad de la cláusula de desistimiento, es decir, la nulidad total de la cláusula en el sentido de quedar eliminada tanto la facultad de desistimiento de la sociedad vendedora, como la de la compradora, quedando así integrado el contrato de compraventa, que deberá ser formalizado adecuadamente. Considera el Tribunal Supremo que la sentencia recurrida llega a una solución injusta, puesto que tras años de dilatar el cumplimiento, pierde una cantidad, pero desiste impunemente del contrato basándose en una cláusula claramente abusiva. (*M. C. L. J.*)

26. Compraventa de inmueble como cuerpo cierto.—Según reiterada jurisprudencia (entre otras, STS de 26 de junio de 1956, mencionada en STS de 29 de mayo de 2000), existe compraventa a cuerpo cierto no sólo cuando en el contrato no se precisa el precio singular por unidad de medida o cuando no se especifican las dimensiones globales del inmueble, sino también cuando, a pesar de que se especifica la dimensión total del inmueble, no se indica un precio singular por unidad de medida. Así, cuando el inmueble se vende a tanto alzado, por un precio único que no se calcula en razón de la concreta superficie de la finca, aunque se indique en el contrato la dimensión total de la finca, se presume *iuris et de iure* que la individualización de la finca no ha tenido valor esencial para las partes y que, por tanto, no significa que las partes hayan convenido el precio global sólo en cuanto el inmueble tuviese efectivamente las dimensiones descritas en el contrato.

Revisión del precio por falta de cabida.—Afirma el Tribunal Supremo que, ante la pretensión de revisión del precio por la existencia de diferencias entre la extensión efectiva de la finca, la regulación aplicable es la específica contenida en los artículos 1469 a 1472 CC, que contemplan un plazo de prescripción de seis meses (frente al general de quince años) que comienza a contar desde el momento de la entrega del inmueble y que había transcurrido en el momento de interposición de la demanda, con lo que procede admitir la excepción de prescripción alegada por la parte vendedora.

Venta de cuerpo cierto. Falta de cabida.—El Tribunal Supremo no sólo declara que ha prescrito la acción, sino que añade que, aunque esta se hubiera ejercitado en plazo, sería improcedente la pretensión de los compradores porque, según afirma el alto Tribunal, en las ventas de cuerpo cierto, las posibles diferencias de metros en las cabidas no amparan una pretensión de rebaja del precio pactado, que tiene carácter de precio alzado. En el caso concreto, además, se añade la circunstancia de que la diferencia entre la extensión registral de la finca y la pactada radica en una discrepancia que trae causa de una segregación anterior de la que se informó a los compradores en el momento de celebrar la compraventa.

La regla *iura novit curia* y el principio *da mihi factum dabo tibi ius*. La regla *iura novit curia* autoriza al juez para calificar de manera distinta a como lo han hecho las partes, siempre que exista una estricta acomodación a las pretensiones entabladas y a los hechos que las fundamentan, y siempre que la parte contraria tenga la posibilidad de hacer alegaciones y de practicar prueba. Conforme al principio general *da mihi factum dabo tibi ius*, la correcta calificación de la acción verdaderamente ejercitada en un proceso (sobre la

base inalterable de los hechos alegados) es una *quaestio iuris* que es de exclusiva competencia del órgano jurisdiccional. (STS de 5 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Las partes celebran un contrato de compraventa de una finca, que se describe en el contrato con una extensión de 50 hectáreas, pero que resultó tener 41 hectáreas. El precio se fija a tanto alzado, sin que se contemple un precio singular por unidad de medida. Los compradores demandan al vendedor por incumplimiento contractual y exigen el resarcimiento de daños y perjuicios. Frente a ello, el vendedor alega la prescripción de la acción en virtud del artículo 1472 CC. Los compradores presentan un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, confirmando la sentencia de primera instancia que desestima la demanda y estima la excepción de prescripción, según el plazo de prescripción previsto en el artículo 1472. Sostienen que la acción ejercitada por ellos es de cumplimiento y simultáneo resarcimiento de daños y perjuicios, que se ampara en los artículos 1101 y 1124 CC, en relación con el artículo 1964. El Tribunal Supremo reitera la solución de la prescripción de la acción, pero añade que, aunque la acción se hubiera ejercitado en plazo, procedería rechazar la solicitud de la rebaja del precio (*L. P. S. M. P.*)

27. Venta de cosa ajena: validez del contrato. Ineficacia de la transmisión. Posible protección del tercero como adquirente *a non domino*.— Es doctrina del Tribunal Supremo que la venta de cosa ajena es un contrato válido. No puede calificarse de inexistente por falta de objeto ya que el objeto existe. Sin embargo, sí puede afirmarse que el vendedor no propietario carece del poder de disposición sobre la cosa, lo que hace ineficaz la transmisión de la propiedad. Con todo, el tercero hipotecario, titular inscrito, puede quedar protegido como adquirente *a non domino* en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 LH —*en aras a la seguridad jurídica y a la confianza que debe tenerse en el Registro de la Propiedad por la presunción de exactitud registral*—, con la consiguiente pérdida de la propiedad del titular extrarregistral. (STS de 5 de mayo de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—En procedimiento administrativo de apremio, se vendió un inmueble que realmente no pertenecía al titular registral embargado, pues éste lo había vendido previamente mediante escritura pública, que no llegó a inscribirse. El adjudicatario inscribió su título en el Registro de la Propiedad. Los primeros compradores del inmueble embargado solicitaron la declaración de nulidad o de inexistencia de la segunda venta y la cancelación de la inscripción causada a favor del adjudicatario. En primera instancia se desestimó la demanda. La Audiencia revocó la anterior y estimó la demanda. En casación, hubo lugar. (*C. J. D.*)

28. Nulidad contratos. Falta elementos esenciales.—La nulidad radical a que conduciría la falta en el contrato de alguno de los elementos del

mismo según lo dispuesto en el artículo 1261 CC es un vicio que afectaría al contrato en su conjunto, sin que resulte admisible la pretensión de declaración de nulidad parcial.

Venta de cosa ajena y artículo 1124 CC.—La venta de una cosa que no pertenece a quien actúa como vendedor le obligará a adquirirla para cumplir con el requisito de la *traditio*, o ante una imposibilidad de cumplir el contrato por causa que le es imputable, a indemnizar los daños y perjuicios correspondientes (arts. 1101 y 1106 CC). Todo ello, naturalmente, si el comprador no se conforma, y exige válida y lícitamente la anulación del negocio por error (ha creído de buena fe que la cosa era del vendedor) o por dolo (el vendedor le ha hecho creer que es suya). También podrá pedir la resolución por incumplimiento del vendedor, pues no está obligado a aceptar como cumplimiento de la obligación del vendedor una cosa sobre la que ni tiene la libre disposición ni capacidad para enajenarla (art. 1160 CC) (STS de 11 de noviembre de 1997).

Cuando la venta sea sobre cosa parcialmente ajena, como contempla la S de 7 de noviembre de 2007, se tratará en realidad de un incumplimiento del contrato concebido como un todo unitario y se podrá dar lugar a la resolución por tal incumplimiento cuando se haya frustrado la finalidad del negocio. (STS de 7 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El 31 de diciembre de 1983, B., S.A. compró a una Caja de Ahorros mediante escritura pública una parcela de superficie 2.482,69 m², por un precio total de ciento sesenta millones de pesetas. En la fecha de la venta, era conocido que la mayor parte de la parcela (95,40% de su superficie) estaba integrada por viales, excepto 114 m² que eran edificables, de modo que B. adquirió la parcela para segregrar y vender partes de la finca a los titulares de parcelas colindantes que necesitaban tales terrenos para obtener licencias de obras, efectuando así B. diversas transmisiones a terceros para tal finalidad. No obstante, resultó que un resto de 217 m² de terreno no pudo ser vendido a terceros porque el Ayuntamiento sostenía que era de su propiedad exigiendo de B. el otorgamiento de la correspondiente escritura pública a su favor.

B. interpuso demanda contra la Caja de Ahorros solicitando que se declarara: a) La nulidad parcial de la escritura de compraventa de fecha 31 de diciembre de 1983; b) Subsidiariamente, la resolución parcial de la escritura de compraventa (sic) de fecha 31 de diciembre de 1983 por incumplimiento parcial de la Caja de Ahorros; c) En cualquiera de ambos casos, se condene a la entidad demandada a pagar a la actora la cantidad de ciento cincuenta y cinco millones trescientas cincuenta y tres mil trescientas treinta y cuatro pesetas, más los intereses.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso.

NOTA.—El Tribunal Supremo entiende en esta sentencia que el contrato de compraventa no estaba viciado de nulidad, ni siquiera parcial, por lo que no puede sostenerse violación alguna de las normas que regulan las consecuencias de la nulidad. Además el Tribunal Supremo tiene en cuenta, al igual que lo hiciera la Audiencia Provincial, que precisamente va contra los propios presupuestos en

que pretendía asentarse la nulidad contractual el hecho de que la parte compradora haya enajenado a terceros, en una u otra forma, los terrenos adquiridos mediante nuevos negocios jurídicos, los cuales había adquirido precisamente con conocimiento de sus condiciones urbanísticas.

Para el Alto Tribunal, lo que en ningún caso queda al alcance del comprador es optar por aprovechar los efectos del contrato en cuanto le beneficia e interesar, en primer lugar, la nulidad parcial y, subsidiariamente, la resolución parcial, con mantenimiento de la validez de una parte del contrato. (M. C. L. J.)

29. Permuta de solares por pisos y locales a construir: Incongruencia.—

La desestimación por la Audiencia Provincial se produce por no haber ejercitado la acción para elevar a escritura pública la transmisión de los locales construidos a favor del recurrido, pero tal *ratio* no puede aceptarse como razonable porque en la pretensión de ejecución del contrato y en la cancelación de la estipulación de resolución por incumplimiento, y en la principal, de inscripción de los locales a favor de los herederos del contratante, está forzosamente implícita la elevación a escritura pública para la transmisión de la propiedad de los mismos, ya que la inscripción es de imposible realización sin el previo otorgamiento de la necesaria escritura. El cambio de punto de vista jurídico no da lugar a incongruencia, salvo que la aplicación del principio *iura novit curia* afecte al objeto del proceso, al componente jurídico de la acción o tenga carácter sorpresivo hasta el punto de producir indefensión. El principio de congruencia no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentaban, pero no una literal concordancia, y por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada por los contendientes, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entiende más ajustada, y de aquí que el juzgador pueda, en atención al principio *iura novit curia* en relación al de *da mihi factum, dabo tibi ius*, aplicar normas distintas, e, incluso, no invocadas por los litigantes, a los hechos por los mismos establecidos, según reiterada jurisprudencia (SSTS de 20 de junio de 1991, 17 de marzo de 1992, 10 de marzo y 2 de diciembre de 1993). Por todo lo expuesto los motivos tienen que ser estimados, lo que supone la estimación del recurso, sin necesidad de análisis de los demás y la asunción de la instancia para la estimación o desestimación de la demanda en lo que sea procedente.

Enajenación de inmuebles gananciales por uno sólo de los cónyuges: Interpretación del artículo 1377 CC.—La venta de un inmueble ganancial por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro no es nula de pleno derecho, sino simplemente anulable a instancia del cónyuge que no concurrió a prestar el consentimiento o de sus herederos, no a instancia del que vendió, ni de la persona que con él contrató, por lo que si tal acción de anulabilidad no se ejercita, el contrato es plenamente válido y vinculante para los que lo concertaron. Sin perjuicio de que el consentimiento de uno solo de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o expresa, tanto por su asentimiento, como por su aquietamiento y conformidad a la actividad dispositiva materializada por el otro, pero con apoyo en las voluntades coincidentes de ambos (SSTS de 10 de octubre de 1982, 28 de enero y 6 de diciembre 1983, 5 de mayo de 1986 y 20 de junio de 1991) con-

sentimiento tácito que aparece evidenciado en el presente supuesto litigioso en ambas sentencias de instancia (en parecidos términos las SSTs de 22 de diciembre de 1993, 29 de enero y 2 de julio de 2003). En el presente caso, la interposición de la demanda conjuntamente por los cónyuges acredita el consentimiento de la esposa al otorgamiento unilateral por parte de su marido en escritura pública de cesión de solares por locales a construir.

Litis consorcio pasivo necesario: no hay novación.—Procede estimar la excepción de litis consorcio pasivo necesario por cuanto que el presente litigio no se plantea entre todos los que intervinieron en el contrato privado inicial de permuta de finca urbana por volumen de obra, luego elevado a escritura pública con distintas partes. La novación nunca se presume ni puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, debiendo constar de modo inequívoco la voluntad de novar, estando atribuida a la Sala de instancia la apreciación de los hechos determinantes de la misma (SSTs de 25 de abril de 1950, 23 de abril de 1962, 18 de marzo y 17 de febrero de 1987, y 27 de junio de 1992). La excepción estimada determina forzosamente la desestimación de la demanda con absolucón de los demandados, sin perjuicio de la posibilidad de interposición de nueva demanda contra todos los intervinientes en el primer contrato de permuta de terrenos por obra.

Costas.—En virtud de la complejidad que se acaba de exponer y de los extraños cauces por los que ha discurrido el conflicto, es razonable la no imposición expresa del pago de costas en ninguna de las instancias, y tampoco en casación por estimación del recurso con devolución del depósito. (STS de 5 de julio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

NOTA.—El 5.º FD alude literalmente a la *complejidad* y a los *extraños cauces por los que ha discurrido el conflicto*, lo que se comprueba de inmediato repasando los hechos básicos. No estamos en presencia de los clásicos supuestos en este tipo de contrato, de incumplimiento por parte del constructor, sino de la existencia de una pluralidad de documentos, suscritos por las partes, en los que aparecen y desaparecen los sujetos intervinientes sin alegarse razón de ello, y en los que también se incrementa el número de locales a entregar, al parecer por vía de corrección de errores. Así hay un documento privado de 28 de junio de 1995 en el que intervienen tres propietarios de solares y un constructor; una escritura pública otorgada el 25 de abril de 1996 en la que sólo intervienen dos de los cedentes de solares y el constructor acompañado de su esposa; pero en la misma fecha se firma un documento privado que se dice complementario del primero, en el que intervienen las mismas personas de la escritura pública, que además amplían el número de locales a entregar. La demanda se interpone por dos de los cedentes de solares contra los herederos del constructor para formalizar la titulación de los locales a entregar (ya construidos, al parecer). En ambas instancias se desestima aquélla, entre otras razones, por defectuosa constitución del litis consorcio pasivo necesario. Parece que por causa de una deficiente dirección letrada de las partes se retrasa casi un decenio la formalización documental de uno de los contratos relativamente más frecuentes en los pasados últimos años del boom de la construcción. (G. G. C.)

30. Simulación. Donación de inmuebles disimulada bajo compraventa: nulidad. Cambio jurisprudencial.—Al examinar la causa del negocio y la sanción contemplada en los artículos 1275 y 1276 CC, la jurisprudencia ha venido distinguiendo tradicionalmente entre la simulación absoluta —caracterizada por un inexistente propósito negocial por faltar la causa—, y relativa —en los casos en que el aparente o simulado encubre otro real o disimulado— (así, la STS de 22 de marzo de 2001), y también que la nulidad de una compraventa por simulación relativa de la causa no priva *per se* de eficacia a la donación encubierta, en cuanto la auténtica voluntad negocial, disimulada bajo la apariencia de una compraventa sin precio, encuentra su causa verdadera y lícita en la liberalidad del donante (SSTS de 29 de enero de 1945, 16 de enero de 1956, 15 de enero de 1959, 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 19 de noviembre de 1992, 21 de enero de 1993, 20 de julio de 1993, 14 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 1999).

Sin embargo, la doctrina actual, plasmada en la STS de Pleno de 11 de enero de 2007, es contraria a admitir que bajo la apariencia y la forma de una compraventa pueda ampararse válidamente una donación cuando de inmuebles se trata, y así, partiendo de lo declarado en la STS de 3 de marzo de 1932, la referida sentencia manifiesta con rotundidad que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública, y cuando el artículo 633 CC hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubre no reúne para su validez y eficacia aquéllos. (STS de 5 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Doña A. adquirió de sus padres, por compraventa, la vivienda que constituía el domicilio familiar de éstos. Doña S., hermana de aquélla, interpuso demanda contra doña A. y su esposo don D., por la que solicitaba que se declarase nulo por inexistencia de causa (precio) el referido contrato de compraventa, y que se declarase igualmente la nulidad de los asientos registrales que traían causa del mismo, sobre la base de que su hermana A., con intención de defraudar los derechos legítimos que correspondían a la demandante en la herencia de su padre difunto, había simulado adquirir a sus padres, por compraventa, la vivienda que constituía el domicilio familiar de éstos, lo que en realidad encubría una donación por no haberse satisfecho precio alguno.

Dicha demanda es desestimada en primera instancia y estimada en segunda por la Audiencia Provincial, declarando la nulidad de la compraventa y del negocio disimulado. Don D. y doña A. interpusieron recurso de casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

31. Derecho Canónico. Fuentes del Derecho.—El Código de Derecho Canónico no es fuente del Derecho español y, por tanto, no vincula a los jueces y magistrados en el ejercicio de la función judicial. Tampoco tiene rango de tratado internacional, ya que no es un instrumento consensuado entre sujetos de derecho internacional público, e incluso si lo fuera carecería de eficacia en España porque no se ha incorporado al derecho interno como impone el artículo 96 CE.

Donación *mortis causa*. Formalidades testamentarias.—Tratándose en el caso de una donación *mortis causa* la misma se rige por lo dispuesto en el artículo 620 CC, según el cual «*las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por la reglas establecidas para la sucesión testamentaria*», siendo así que para su validez era necesario guardar las formas y solemnidades del testamento.

No cabe confundir lo que constituye la normativa propia de las fundaciones erigidas en forma canónica por la Autoridad correspondiente de la Iglesia Católica (que sin duda es materia reservada al Derecho canónico) con un negocio jurídico mediante el cual se dispone de determinados bienes para la constitución o aumento del patrimonio separado que integra una fundación canónica, pues tal negocio de atribución constituye materia propia del Derecho civil que resulta regulada por él mismo. Incluso la propia normativa canónica refuerza dicha afirmación ya que el canon 1299 del vigente Código de Derecho Canónico establece, en su apartado 1, que «*quien, por el derecho natural y canónico, es capaz de disponer libremente de sus bienes, puede dejarlos a causas pías, tanto por acto inter vivos como mortis causa*», y añade en su apartado 2 que «*para las disposiciones mortis causa en beneficio de la Iglesia, obsérvense, si es posible, las solemnidades prescritas por el ordenamiento civil; si éstas se hubieran omitido, se ha de amonestar a los herederos sobre la obligación que tienen de cumplir la voluntad del testador*»; lo que viene a reflejar el propio reconocimiento por el Derecho canónico de la ineficacia jurídica de aquellas disposiciones patrimoniales que no se ajusten al ordenamiento civil, sin perjuicio de la procedente amonestación a los herederos para que, voluntariamente, cumplan lo que viene a considerarse como una obligación de orden moral, pero no jurídico (FD 4.º). (STS de 19 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El Obispado y Diócesis de Santander interpuso demanda contra los herederos de don Armando en la cual solicitaba: a) La plena validez legal civil (en cuanto la tiene canónica) del documento de Fundación-donación canónico de 14 de enero de 1984 otorgado por don Armando ante el Obispado de Santander por el que constituyó la Fundación Canónica «Familia B. G.», cuyo patrimonio está constituido por determinados títulos valores cuya donación otorgaba el constituyente; b) Alternativa y subsidiariamente, se condene a los demandados, como titulares de los derechos hereditarios de don Armando al otorgamiento del correspondiente documento de transmisión de los mismos ante fedatario público a favor del Obispado de Santander, lo que en su defecto habría de hacer de oficio el Juzgado, declarando además que es de titularidad del Obispado de Santander el saldo existente actualmente en el banco; y c) Se condene a los demandados a estar y pasar por todo ello y al pago de las costas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso.

NOTA.—En la sentencia anotada el Tribunal Supremo reitera la doctrina jurisprudencial acerca del contenido y alcance del recurso de casación: a) Este recurso no se da contra todos los fundamentos de la sentencia recurrida, por más que pueda ser de interés de la parte extraer de alguno de ellos sus particulares conclusiones, sino únicamente contra los que constituyan *ratio decidendi* (SS de 29 de enero [RJ 2004, 570] y 2 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 6866], 6 de junio de 2005 [RJ 2005, 6410], y 1 de febrero de [RJ 2007, 705] y 15 de noviembre de 2007 [RJ 2007, 8422]); no pudiendo fundarse en la impugnación de argumentos «dialécticos», «obiter», «de refuerzo», o «a mayor abundamiento» (SS de 30 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 9383]; 16 de julio de 2001; 2 de noviembre de 2004; 3 de marzo, 7 y 21 de septiembre de 2006; 31 de octubre y 12 de diciembre de 2007 [RJ 2007, 8923]); b) La casación no es una tercera instancia sino un recurso de carácter extraordinario ordenado a corregir las posibles infracciones legales que pudieran haberse cometido al conocer del recurso de apelación (SS, entre otras muchas, de 7 de febrero de 2003 [RJ 2003, 859], 12 de mayo de 2005 [RJ 2005, 3994] y 23 de noviembre de 2007 [RJ 2007, 8516]) y fueran oportunamente denunciadas por la parte que se considere perjudicada por la resolución dictada; y c) En modo alguno es competencia del Tribunal Supremo, como afirma la S de 16 de mayo de 2006 (RJ 2006, 5940), reconstruir el recurso de casación, pues su misión es juzgar las infracciones de Ley que se aleguen —salvo en los contados casos en que deba proceder de oficio— sin que pueda plantearse otras distintas de las expresamente denunciadas con olvido en tal caso de que existe otra parte, la recurrida, que tiene derecho a que el recurso se falle tal y como se ha articulado por la recurrente y ha sido admitido por la Sala. (M. C. L. J.)

32. Responsabilidad del abogado: naturaleza contractual: prescripción de la acción para reclamar daños causados al cliente por negligencia profesional.—Atendiendo a los hechos narrados en el escrito de demanda, la indemnización solicitada con ocasión de los pretendidos daños producidos por la supuesta negligencia profesional de los demandados, se derivaría de una relación de arrendamiento de servicios profesionales, siéndole de aplicar el plazo prescriptivo quincenal del artículo 1964 CC a la reclamación del cliente; plazo que no había transcurrido cuando la demanda fue presentada, por lo cual debe casarse la resolución recurrida debiendo esta Sala asumir la instancia.

Falta de prueba del contrato de servicios.—No se ha probado suficientemente la existencia de un verdadero encargo profesional de asumir la defensa del actor en el juicio ejecutivo que se le seguía; en el caso del demandado Sr. Ángel Daniel, únicamente resulta acreditado que se valió de un poder notarial para instruirse del procedimiento ejecutivo, en avanzado estado de tramitación, para ofrecer su visión profesional al respecto, y sin que dicha visión implique por sí sola una asunción de la defensa de los intereses del actor, especialmente cuando ni siquiera existe provisión de fondos; en el caso del co-demandado Sr.

Benedicto, si bien ha resultado acreditado que redactó un escrito para su presentación en el juicio ejecutivo con el fin de suspender la tercera subasta, no puede entenderse que existiese un mandato genérico de actuación, sino que, más bien, parece un servicio puntual de asesoramiento y gestión jurídica, pues ninguna otra prueba de existencia del contrato se deriva de las actuaciones.

Requisitos de la negligencia profesional: relación causal: la causa del daño es la contumaz conducta omisiva del propio actor.—Aún aceptando la tesis de que los letrados no actuasen —pese a haberseles encargado— la defensa de los intereses de la parte actora, de la eventual conducta omisiva de los abogados no se deriva una relación de causa a efecto para la producción del daño, cuando el actor era conocedor en todo momento de la situación procesal en que se encontraba el asunto, bien personalmente, bien a través de edictos, y sabía que debía pagar la deuda que en todo momento reconoce tener con el Banco de Galicia. A mayor abundamiento, dada la naturaleza de la acción ejercitada y atendiendo a los escasos medios de defensa de que disponía el ejecutado una vez dictada sentencia por la que se mandaba seguir la ejecución despachada hasta hacer trance y remate de los bienes embargados, la intervención de los letrados no hubiera impedido la celebración de las subastas, sino exclusivamente el pago, la consignación de la deuda o la satisfacción extraprocesal por acuerdo con el ejecutante, lo cual ni siquiera intentó el actor. Por todo lo cual procede desestimar la demanda, si bien por motivos diferentes a los establecidos en la sentencia recurrida.

Irrelevancia de la estimación del recurso.—Tal como viene reiterando esta Sala (SSTS de 22 de octubre, 28 de noviembre y 10 de diciembre de 2007, y 30 de abril de 2008) no puede producir efecto casacional un motivo que no determine una alteración del fallo recurrido. **(STS de 18 de julio de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.]

NOTA.—Evidente desmesura del recurrente que reclama la suma de casi 142 millones de pesetas a dos letrados con quienes mantuvo alguna relación —que la sentencia reputa irrelevante a efectos de la demanda—, mientras se tramitaba en su contra un juicio ejecutivo; demanda que se desestima en ambas instancias y que también fracasa al plantear un recurso de casación que, no obstante, declararse que debe estimarse, resulta, a la postre, ineficaz por confirmarse por otras razones la sentencia recurrida. La sentencia extractada analiza en detalle la intervención de los dos abogados demandados en sus relaciones con el actor; en un caso el letrado trata de instruirse del estado del procedimiento ejecutivo para ofrecer su visión profesional del asunto, y en el segundo la sentencia admite un servicio puntual de asesoramiento y gestión jurídica, pero sin que por ello se considere pactado un encargo profesional para asumir la defensa del ejecutado. Podríamos ver a modo de unos tratos preliminares que no desembocaron en el contrato de servicios que podrían calificarse de contrato principal.

Sorprende también el esfuerzo de la sentencia extractada por poner de relieve —caso con cierta dosis de innecesaria exageración— la *contumaz conducta omisiva* del actor desplegada a lo largo del juicio ejecutivo. No se aclara tampoco si aquél poseía, de alguna manera, conocimientos jurídicos, pero la sentencia da por supuesto que estaba en condiciones de conocer su difícil situación procesal y el significado de las decisiones judiciales que se le iban

notificando por edictos; pienso, sin embargo, por mi parte, que al ciudadano medio no se le puede exigir, por lo general, un conocimiento tan puntual y minucioso por ejemplo del juicio ejecutivo de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, como parece dar por supuesto la sentencia extractada. Lo que si cabría indagar es sobre su posible o eventual negligencia en el hecho de no asesorarse debidamente ante aquella situación, lo cual parece que intentó, al menos parcialmente. En todo caso, la solución de fondo parece indudablemente justa. (G. G. C.)

33. Responsabilidad civil. Responsabilidad profesional del abogado. Necesidad de que la infracción de las normas de la *lex artis* determinen una disminución de las posibilidades de defensa de la parte.—El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto a la *lex artis* o reglas del oficio, que implica una obligación de medios, en el sentido de que no implica obtener un resultado estimatorio o resolución favorable por parte del tribunal. Por lo que ha de examinarse si, como consecuencia del incumplimiento, se produce una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte, suficiente para ser considerada como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva y, por ello, un daño resarcible en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC. En el caso se aprecia cómo han existido actos promovidos por el abogado demandado aptos en principio para operar la interrupción de la prescripción, de suerte que la declaración de haber prescrito la acción no dependió de la conducta del abogado demandado, lo que pone de relieve la concurrencia de elementos ajenos suficientes para desvirtuar la influencia en el resultado dañoso de la conducta del abogado.

Responsabilidad del abogado. Daños patrimoniales por pérdida de chances u oportunidades.—Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico (STS de 15 de febrero de 2008). Este principio implica el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada. El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a la indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades, cuando los criterios de imputación autorizan a estimarla, exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). (STS de 23 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—J.P. sufrió un grave accidente laboral por el que fue declarado en situación de invalidez permanente total. Con posterioridad a tal declaración encargó la defensa de los intereses económicos resultantes del accidente al abogado L.M. Mientras duró la relación, el profesional promovió diversos actos de conciliación frente al INSS, que terminaron sin avenencia. Desestimada igualmente la acción planteada, y rotas las relaciones entre cliente y abogado, J.P. acudió a otro profesional que instó nuevas reclamaciones

en la vía social, pero sin éxito al estimarse que la acción intentada había prescrito. El perjudicado ejercitó acción de indemnización contra el primer abogado al estimar que con su actuación había dejado prescribir la acción para dicha reparación. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial desestimaron la acción de responsabilidad contra el letrado. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por el actor. (*C. O. M.*)

34. Responsabilidad contractual. Funciones del notario.—Los notarios son profesionales a quienes compete el ejercicio privado de funciones públicas (art. 1 LN), presentando su actuación así una doble vertiente, funcionarial y profesional (art. 1.II RN). Cuando asumen funciones de tramitación de documentos actúan como profesionales y no ejercen función pública (RDGRN de 16 de enero de 1996), y sus obligaciones se rigen entonces por el contenido del contrato mediante el que se obligan a realizar estas funciones en favor del cliente y por la regulación profesional de carácter colegial, en cuanto les sea aplicable. En cambio, las actividades de asesoramiento con ocasión de la autorización de escrituras públicas pertenecen de manera plena al ámbito de sus funciones públicas en el ejercicio de la fe pública notarial en la esfera de los hechos y en la esfera del Derecho, que se centran en la extensión o autorización de instrumentos públicos y, como recoge la RDGRN de 26 de octubre de 1995, el notario tiene el deber de asesorar debidamente a los otorgantes informándoles de forma exhaustiva sobre las circunstancias y los efectos del documento otorgado con una actuación profesional cuya imparcialidad, legalmente exigida, implica «una asistencia especial al otorgante necesitado de ella», deber derivado de la regulación establecida para la función pública notarial (arts. 1.2 y 147 RN).

Es distinta la naturaleza de la obligación que corresponde al notario de asesorar a sus clientes, por una parte, y la de tramitar las escrituras autorizadas, por otra, y ambas se asientan sobre bases de hecho distintas. La obligación de asesorar consiste en una actividad de comunicación, dimana de la condición profesional del notario y resulta ínsita en su función como fedatario público. La obligación de tramitar consiste en una actividad de gestión, no es específica de dicha profesión y requiere un encargo concreto. (**STS de 14 de mayo de 2008**; no ha lugar a uno de los recursos y sí al otro.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don L., don M., don O., don R. y don R. prestaban sus servicios para la empresa *T.S.M., S.A.*, y por resolución de la autoridad laboral se facultó a la empresa para rescindir los contratos de determinado número de trabajadores, entre los que se encontraban aquéllos. Encargada la tramitación de sus asuntos al letrado don S., quien en su nombre instó diversas acciones ante los órganos jurisdiccionales de lo Social para cobrar lo que se les debía, acudieron por indicación del mismo —aunque no los acompañó— al notario Sr. G., otorgando escritura en la que aceptaban la hipoteca unilateral constituida a su favor por *A., S.A.* (adjudicataria de las fincas inicialmente hipotecadas en garantía de las obligaciones contenidas en el plan de viabilidad, y que se había comprometido solidariamente con *A.M., S.A.* a abonar a los citados trabajadores con carácter vitalicio los complementos del citado plan de viabilidad), sin

que en la misma se contuviera información alguna respecto a la necesidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad para la efectividad del acto, ni tampoco se la proporcionaron de palabra ni por el notario ni por el abogado, que advirtió a los dos años que no había sido inscrita la referida escritura de aceptación de la hipoteca, lo que hizo decaer los derechos de aquéllos.

Con posterioridad, se declaró la insolvencia de las empresas A.M., S.A., y A., S.A., lo que hizo imposible el cobro por los citados trabajadores de la suma reconocida.

Don L., don M., don O., don R. y don R. interpusieron demanda contra el letrado don S. y el notario don G. y su aseguradora, en la que solicitaron se les condenara al resarcimiento de los daños y perjuicios causados derivados del supuesto incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento de servicios entre los actores y los demandados.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda y absolviendo a los demandados. Interpuesto recurso de apelación por los actores, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia del Juzgado, y, con estimación de la demanda, condenó a los demandados a abonar a los actores diversas cantidades. Contra esa sentencia, don G. y la aseguradora recurrieron en casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo el recurso de la aseguradora y estimado el de don G., absolviéndole de la pretensión de condena contra él y manteniendo los pronunciamientos relativos a los demás codemandados. (F. J. J. M.)

35. Contrato de usuario de autopista con la empresa concesionaria: caída en hueco notable existente en la mediana y no protegido debidamente.—La sentencia de apelación afirma que la existencia de un hueco de notables proporciones en la mediana de la autopista, cuya peligrosidad era evidente para vehículos y peatones que pudieran tener acceso a la misma en una situación extraordinaria —en el caso, prestación de ayuda a un accidentado—, no había sido acompañada de las debidas medidas de protección, por cuanto las barreras se habían colocado sólo en el sentido de la circulación y, por otra parte, no se había demostrado que fueran suficientes para evitar el peligro, sino, al contrario, se habían instalado sin observar las recomendaciones del Ministerio de Fomento y de forma menos segura que las colocadas en una autovía de la zona para cubrir un tragaluz de características similares existente a la sazón. Hay jurisprudencia reiterada declarando que la relación contractual entre el concesionario de una autopista y el usuario de la misma impone al primero una obligación de diligencia extrema para garantizar las condiciones de seguridad adecuadas a las características de las vías de aquella naturaleza, concebidas para la circulación rápida de vehículos. Establecido el nexo de causalidad entre la omisión de sus obligaciones por parte de la concesionaria y el resultado producido, únicamente resta en casación la facultad de examinar si se ha verificado adecuadamente la imputación objetiva del daño a la entidad de la que se exige responsabilidad, pues la imputación objetiva, que integra una *quaestio iuris*, comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño cau-

sado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias. Desde esta perspectiva, el juicio de imputación se atiende rigurosamente a un criterio de diligencia rigurosa extraída de las obligaciones impuestas al concesionario por la Ley de Autopistas. Es cierto que se nos ofrecen como circunstancias relevantes el accidente previo producido y la propia conducta de la víctima que corrió desinteresadamente a socorrer a los accidentados; pero estos factores no son suficientes para eliminar la imputación objetiva del daño a la concesionaria. Las medidas de seguridad que se infringieron tienen por finalidad no sólo evitar los accidentes, sino también limitar o paliar los efectos de los que se produzcan, por lo que opera en contra del recurrente el criterio de imputación objetiva que se infiere del ámbito de protección de la norma que resultó incumplida. También operó en su contra el criterio de la normalidad de riesgos, pues no puede considerarse como un acontecimiento que libere de responsabilidad al concesionario el hecho de que un vehículo pueda desviarse de la calzada y penetrar en la mediana, a pesar de ser un espacio en principio ajeno al tráfico y a la circulación de personas, y de que otros conductores se presten a ofrecerle asistencia deambulando por dicho espacio en lógicas condiciones de dificultad y de falta de visibilidad durante la noche, pues debe recaer sobre el titular de la concesión y no sobre quienes se ven inmersos en estas difíciles circunstancias, la responsabilidad de apurar la máxima diligencia en la instalación de las medidas de seguridad tendentes a evitar que las consecuencias de los accidentes puedan verse agravadas por peligros que no sean de los inevitables inherentes a la circulación de vehículos.

Cuantía de la indemnización: inaplicación de baremos.—La jurisprudencia ha venido declarando la inadmisibilidad de recursos o motivos fundados en la falta de aplicación analógica del sistema de valoración legal tasada de daños corporales derivados de accidentes de circulación (ATS de 5 de mayo de 1998 y STS de 19 de mayo de 2006), pues la jurisprudencia sólo ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de aplicación de los sistemas basados en la valoración legal, y, en especial, de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, puedan resultar orientativos para la fijación del *pretium doloris* y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, pero no tienen carácter vinculante fuera de los daños corporales derivados de accidentes de circulación, ni es preceptivo aplicarlos por vía analógica.

Intereses del artículo 20 LCS.—La parte recurrente funda únicamente su defensa frente a la aplicación de los intereses moratorios impuestos a la aseguradora, en el carácter no líquido de la cantidad fijada como indemnización y en que fue necesaria una sentencia para determinarla, pero no justifica las razones concretas por las que estima que su oposición estaba fundada y necesitaba de una actuación judicial para la determinación de la cobertura del seguro o de las causas del accidente, frente a la afirmación de la sentencia recurrida en la cual se formula claramente la conclusión de que el fallecimiento se produjo por la caída en un tragaluz existente en la mediana de la autopista, que no se encontraba, ni debidamente protegido, ni debidamente señalizado, por lo que existía responsabilidad por parte de la concesionaria y de su compañía aseguradora. (STS de 30 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Supuesto de hecho complejo y que no deja de ser, en cierto modo, paradójico. Un vehículo que circula por una autopista sufre un accidente y queda cruzado en la mediana, pero no se ventilan en este litigio las posibles responsabilidades derivadas de aquél. Otro conductor que lo observa, se detiene —se supone que lo hace en el arcén y adoptando las precauciones oportunas—, y se dirige al lugar en donde se ha parado el accidentado para prestar eventualmente ayuda. A partir de ese momento se inicia otro drama con peores consecuencias. El buen samaritano parece al caer a un hueco existente en la mediana, mal iluminado y peor señalizado. Es un hecho dañoso, que ocurre en la autopista, pero que no es accidente de circulación, aunque sí se origina o deriva de otro anterior en el tiempo, ocurrido en el mismo lugar. Son las cinco de la mañana de un día de agosto de 1999, y todavía no puede decirse que haya amanecido, y cabe pensar que la circulación era escasa, de aquí que el deber legal de prestar ayuda a un accidentado resulta todavía más apremiante. Ciertamente cabría imaginar un auxiliador que actuase imprudentemente en su propósito de prestar auxilio, pero aquí no hay ningún indicio de ello. Creo, por tanto, que ha sido acertado profundizar en los deberes que asume la concesionaria en relación con la seguridad de personas y coches que transitan por la autopista, y que se integran en la relación contractual que mantiene todo usuario con aquélla. Un hueco de 7,5 x 7,5 metros en la mediana es algo que requiere inmediata actuación de la concesionaria, las defensas que habían sido colocadas, han impedido que el vehículo primeramente accidentado cayera al hueco, pero las barandillas han sido destrozadas y han caído al hueco, y van a causar la muerte de la víctima al tropezar y caer en él. Doctrina plenamente de aprobar. (G. G. C.)

36. Responsabilidad civil. Vicios de la construcción. Diferencias entre la acción por incumplimiento contractual y la acción por vicios ruinógenos. El incumplimiento de lo acordado en el contrato no integra per se un defecto constructivo del que deban responder los técnicos intervinientes.—La falta de construcción de la piscina, así como la supresión de una escalera de acceso al sótano y la disminución de la zona diáfana respecto a la prevista en el proyecto, no son defectos que constituyan ruina en la acepción más amplia del concepto, ya que manifiestamente se trata de supuestos incumplimientos contractuales de la promotora. El artículo 1.591 CC se refiere a los daños y perjuicios derivados de una deficiente construcción de un edificio, y sobre él instrumenta la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en su ejecución, excluyendo aquellos defectos que pudieran resultar del contrato de compraventa de las viviendas y locales radicados en el mismo. De manera que la falta a las condiciones del contrato no da lugar a la responsabilidad decenal, sino a acciones y a responsabilidades distintas que afectan a la relación propia del contrato entre compradores y vendedores con proyección jurídica que viene dada no por el artículo 1.591 CC, sino por los artículos 1101 y 1124 CC. En este sentido, el compromiso de construir una piscina, así como la escalera de acceso al sótano y el resultado final de ser la zona diáfana del edificio menor que la prevista en el proyecto, son defectos que afectan a quien oferta tales elementos en el contrato, y no a quien construye el edificio. Es decir, afectan al promotor condenado por

la vía del artículo 1101 CC; por más que dichas previsiones estuvieran incluidas en el proyecto original, pues las diferencias estructurales entre proyecto y obra realizada y vendida es materia que afecta a la relación contractual entre compradores y vendedores (STS de 12 de abril de 1988), puesto que la controversia no se refiere en este caso a las deficiencias existentes por una incorrecta ejecución de aquellos elementos, sino a la falta de compromiso del promotor con los compradores respecto a los mismos. **(STS de 13 de mayo de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. Don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio demandó a todos los intervinientes en el proceso de construcción por las deficiencias, omisiones e incumplimientos observados con motivo de la edificación, ejercitando sus acciones al amparo de los artículos 1591 y 1101 CC. La demanda fue estimada parcialmente tanto en primera como en segunda instancia, absolviendo a los demandados de responsabilidad por determinados defectos. Tanto la constructora como el arquitecto y el aparejador recurrieron en casación, combatiendo la condena por defectos consistentes en la no construcción de determinados elementos prometidos en la promoción de la obra, como eran, entre otros, la piscina o la elaboración de una escalera de acceso al sótano. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación. *(I. D. L. S.)*

37. Responsabilidad civil. Vicios de la construcción. Responsabilidad del arquitecto por infracción de sus deberes profesionales al realizar el proyecto confiando en el estudio hecho por un tercero, sin haber comprobado personalmente la veracidad del contenido del informe.—Es responsable el arquitecto, como autor del proyecto, al no haber valorado, en su realización, las características del terreno y la previsión de un sistema de impermeabilización adecuado, habida cuenta de la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención; de manera que ha de responder de las consecuencias de la falta de cumplimiento de estos deberes, sin que le exonere el estudio geotécnico realizado por un tercero, y encargado por la promotora, toda vez que es obligación del arquitecto el examen previo del suelo, verificando, o al menos comprobando personalmente, su análisis y consiguiente estudio geológico, sin poder eximirse de las nocivas consecuencias para atribuir su causa a informes recibidos de entidades o personas ajenas, ya que de producirse, al aceptarlos y aplicarles sus conocimientos técnicos, los hace suyos y asume posibles responsabilidades que, por otra parte, le son exigibles por la dignidad y competencia inherente a su intervención. **(STS de 14 de mayo de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. Don Román García Varela.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios demandó a todos los agentes que intervinieron en la construcción del edificio, reclamándole la reparación de diversos vicios constructivos. Tanto en instancia como en alzada fueron condenados a diversas reparaciones, pero absueltos de otras. En concreto, la promotora y el arquitecto proyectista-director fueron absueltos de la patología principal consistente en la producción de filtraciones de agua subterránea en las uniones de diversos muros y elementos con la solera del aparcamiento por

ausencia de un sistema de impermeabilización bajo la losa de cimentación. El motivo de la exclusión de responsabilidad residía en que fue encargada a una empresa especializada la realización de un estudio geotécnico sobre el suelo, cuyos resultados habrían sido erróneos y llevado a error al arquitecto a la hora de realizar el proyecto. La comunidad de propietarios demandante interpuso recurso de casación al no estar de acuerdo con la exención de condena a estos agentes por el defecto denunciado. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. (*I. D. L. S.*)

38. Responsabilidad civil. Vicios de la construcción. Inversión de la carga de la prueba.—Acreditada que una construcción es defectuosa, se presumirá que existe una acción u omisión negligente del sujeto agente, que siempre responderá del daño, salvo que concurran las circunstancias enervantes de la acción, de tal forma que la falta de prueba sobre el origen del daño no recae sobre los demandantes, sino sobre los demandados. Es por tanto de plena aplicación el principio de inversión de la carga de la prueba, que obliga al perjudicado a acreditar que existe un daño vinculado a la actuación de los agentes de la edificación, y que éste ha ocurrido dentro del periodo de garantía, como en la actualidad resulta del artículo 17.8 LOE.

Exoneración de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor. Aplicación del artículo 1105 CC a los defectos o vicios constructivos.—La aplicación del caso fortuito del artículo 1105 CC, que también recoge el artículo 17.8 LOE, exige que conste acreditada la imprevisibilidad del evento dañoso. Lo que constituye una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde al juzgador de instancia. Doctrina que determina la desestimación del motivo en un supuesto en el que la sentencia descarta que no sea previsible un hecho de la construcción en el que intervienen personas específicamente expertas en el estudio y valoración de las condiciones del suelo, de la resistencia y de las previsiones de seguridad y funcionamiento de las edificaciones, máxime cuando el estado de la ciencia y de la técnica en estas materias hacían posibles calcular o prever la aparición de las grietas y su posterior reparación y evitación. (**STS de 28 de abril de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Los actores demandaron a la cooperativa-promotora, a la constructora, así como a los arquitectos y aparejadores que habían intervenido en la edificación, solicitando la condena solidaria de todos ellos a la reparación de los daños por los vicios ocultos en la construcción de las viviendas, que imputaban a todos ellos indistintamente. Tras ser desestimada la acción por el Juzgado, la Audiencia Provincial de Madrid acogió parcialmente el recurso de apelación y, absolviendo a la cooperativa demandada, condenó al resto de los demandados como responsables solidarios de los vicios constructivos, consistentes en lo esencial en grietas y fisuras en las juntas de los edificios; desestimando asimismo los motivos de oposición de los técnicos que se fundaban, principalmente, en la falta de prueba de la imputación de los daños y, eventualmente, en la causación de los mismos por caso fortuito. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*I. D. L. S.*)

39. Responsabilidad decenal. Responsabilidad del promotor.—En la Ley de Ordenación de la Edificación el promotor figura como uno más de los agentes que la misma refiere, y si no fuera por la declaración inicial contenida en el artículo 17, relativo a que «las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de edificación responderán frente a los propietarios y adquirentes de los edificios...», se podría decir que la Ley constituye al promotor en responsable exclusivo de los defectos constructivos, o lo que es igual, en garante de la calidad del producto final elaborado. El promotor, dice el artículo 17.3, responde solidariamente «en todo caso» con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionado por vicios o defectos de construcción. El promotor responde aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo, pues otra interpretación no resulta de esas palabras «en todo caso» que señala la norma con la que se pretende unir a responsables contractuales con extracontractuales o legales y con la que se establece la irrenunciabilidad de la misma (SSTS de 24 de mayo y 29 de noviembre de 2007).

Distinción entre vicio constructivo e incumplimiento contractual.—*«Una cosa es el daño o vicio constructivo y otra la falta a las condiciones del contrato. El daño es el resultado que origina las consecuencias que prevé la norma, mientras que la falta a las condiciones del contrato no da lugar a la responsabilidad decenal, sino a acciones y a responsabilidades distintas, que afectan a la relación propia del contrato entre compradores y vendedores con proyección jurídica que no viene dada por el artículo 1591 CC, sino por los artículos 1101 y 1124 CC, puesto que no derivan de la construcción propiamente dicha, sino de las obligaciones convenidas en el contrato, ni merecen por tanto el calificativo de dañosos en el sentido de la norma. Es razón de la remisión que en la actualidad hace la Ley de Ordenación de la Edificación a las responsabilidades contractuales, desde la inconcreta e insegura expresión «sin perjuicio», utilizada en el apartado 1 del artículo 17, o desde la cita de los artículos 1484 y siguientes CC del apartado 9, respecto del vendedor frente al comprador, para el ejercicio de las acciones previstas específicamente para los vicios ocultos»* (STS de 13 de mayo de 2008). **(STS de 26 de junio de 2008;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Ante la existencia de vicios en los elementos comunes del inmueble y en las viviendas, así como de unidades de obra presupuestadas en el proyecto de ejecución y no ejecutadas, una comunidad de propietarios interpuso demanda contra la promotora, constructora, el arquitecto superior y el arquitecto técnico.

El Juzgado de Primera Instancia condena solidariamente a los demandados. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto.

NOTA.—En esta sentencia el Tribunal Supremo sigue la jurisprudencia sentada en aplicación del artículo 1591 CC que parte de la caracterización del promotor como beneficiario económico del negocio constructivo (STS 13 de diciembre de 2007 [RJ 2008, 529]). La jurisprudencia ha reiterado que el hecho de que la promotora no sea constructora no le priva de la legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de responsabilidad decenal (SSTS de 21 de febrero de 2000 [RJ 2000, 752]; 8 de octubre de 2001 [RJ 2001, 7549]; 13 de mayo de 2002 [RJ 2002, 5705]).

Para el Alto Tribunal, las sentencias dictadas en primera y segunda instancia incurren en el mismo error de apreciar vicios constructivos ruinógenos lo que son incumplimientos contractuales de la promotora para con los compradores, teniendo en cuenta que los contratos de compraventa de las viviendas son concertados entre ésta y los adquirentes, quienes integran, a su vez, la comunidad de propietarios. Por ello el Tribunal Supremo estima en parte los recursos de casación formulados por las representaciones procesales de la constructora, el Arquitecto Superior y el Arquitecto Técnico (a los que absuelve del pronunciamiento por el que les condena solidariamente a ejecutar las unidades de obras presupuestadas, y no ejecutadas) y desestima el recurso interpuesto por la promotora. (M. C. L. J.)

40. Principio de solidaridad en la responsabilidad decenal.—Cada uno de los intervinientes en el proceso constructivo responde de los daños y perjuicios ocasionados por la ruina que tenga causa en su respectiva actuación; por ello, si la causa de la ruina está perfectamente delimitada, no surge problema, ni tampoco cuando siendo varias las causas se encuentra igualmente concretado el grado de causalidad de cada una de ellas en la producción de la ruina. No obstante, si cuando concurren varios sujetos responsables, no es posible determinar la participación de cada uno de ellos en la causación del resultado, la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por aplicar el principio de solidaridad, con seguimiento de la tendencia de aplicar con mayor rigor la responsabilidad de los profesionales de la construcción y de conseguir la adecuada reparación a favor del perjudicado.

Motivación de las sentencias.—La exigencia constitucional de motivación no impone 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 numero 101/92, de 25 de junio). Sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 CE (STC de 16 de noviembre de 1992). (STS de 30 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Román García Varela.]

HECHOS.—Ante la existencia de vicios ruinógenos motivados por el empleo de una piedra artificial, material inadecuado al ser excesivamente poroso para el lugar para el que fue diseñado (ambiente marino), una comunidad de propietarios demandó a don Jesús Miguel, don Evaristo, don Jose Daniel, la compañía C.P., S.A. y la entidad G.F., S. A.

El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente la demanda inicial y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia en el sentido de absolver a los demandados del pago de 417.600 pesetas, importe del informe realizado por técnico, y estableciéndose como límite, caso de indemnización en 43.007.286 pesetas más el IVA y el impuesto que lo sustituya con un incremento basado en la inflación anual desde la interposición de la demanda.

NOTA.—En la sentencia anotada el Tribunal Supremo recuerda que la doctrina jurisprudencial admite la fundamentación por remisión; así, si la resolución de primer grado es acertada, la que confirma en apelación no tiene porque repetir o reproducir los argumentos, y sólo, en aras de la economía procesal, debe corregir aquéllos que resulten necesarios (STS de 16 de octubre de 1992 [RJ 1992, 7826]). (M. C. L. J.)

41. Contrato de obra. Extinción del contrato por desistimiento unilateral del dueño de la obra. Doctrina jurisprudencial.—La doctrina jurisprudencial sobre el desistimiento unilateral contemplado en el artículo 1594 CC tiene declarado que tal facultad no está condicionada a la concurrencia de requisito alguno, sino que se determina como una facultad *ad nutum*, dependiente de la sola voluntad del comitente (SSTS de 2 de noviembre de 1993 y de 4 de febrero de 2002); por lo que resultan irrelevantes los motivos que le lleven a ello y, también, la innecesariedad del previo incumplimiento del contratista (SSTS de 9 de marzo de 1999 y 25 de noviembre de 2002). El desistimiento es una declaración de voluntad unilateral, recepticia e irrevocable que no está sometida a forma alguna, y cuya corrección exige que simultáneamente a su ejercicio se ofrezca indemnizar al contratista de la obra de todos los gastos, trabajos y utilidad que pudiera obtener de ella (SSTS de 7 de octubre de 1982 y 26 de abril de 2005).

Imposibilidad sobrevenida de la prestación. No exime de la obligación de indemnizar los gastos y trabajos realizados, cuando tal imposibilidad se pactó a riesgo del comitente.—La imposibilidad de ejecución de la obra no cabía calificarla como definitiva, sino temporal, pues fue promovido un recurso contencioso-administrativo contra la resolución que ordenaba paralizar los trabajos y, en todo caso, se trataba de un riesgo asumido por la dueña de la obra, según las estipulaciones del contrato suscrito con la actora, donde se precisa que la obtención de las autorizaciones y permisos administrativos necesarios sería por cuenta y responsabilidad de la demandada, pese a lo cual ésta ordenó el comienzo de los trabajos cuando la resolución administrativa aún no era firme y mantuvo la maquinaria e instalaciones mientras se resolvía el recurso interpuesto contra la denegación. (STS de 17 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Román García Varela.]

HECHOS.—La mercantil *D., S.A.* demandó a su comitente *P.R., S.A.* el abono de los trabajos y gastos originados por el dragado de arena y relleno para la construcción de una playa artificial por cuenta de esta última, así como la indemnización de los perjuicios ocasionados por la ruptura unilateral del contrato comunicada por la demandada a la actora, a consecuencia de no haber obtenido el permiso definitivo de la autoridad administrativa de costas para proceder a los trabajos encargados. La demandada alegaba su derecho a no indemnizar perjuicio alguno, toda vez que la prestación —en ausencia de dicho permiso administrativo— se había tornado imposible, lo que de por sí llevaba aparejada la extinción del contrato. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial de Las Palmas estimaron la demanda y condenaron a la empresa que había encargado la obra. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (*L. A. G. D.*)

42. Contrato de arrendamiento de obra. La acción del artículo 1597 CC es directa y no subrogatoria.—El artículo 1597 CC reconoce una acción directa «a los que ponen su trabajo y materiales» para exigir del dueño de la obra el pago de los créditos que tienen contra el contratista, sin que se trate de una acción subrogatoria (art. 1111 CC), pues el titular de esta acción no ejercita el derecho del contratista en sustitución de éste, sino que hace valer su propio crédito.

Los subcontratistas se incluyen en la acción directa del artículo 1597 CC.—Las doctrinas científica y jurisprudencial incluyen a los subcontratistas entre los legitimados activamente para el ejercicio de esta acción. La STS de 19 de abril de 2004 declara que «el artículo 1597 otorga al subcontratista acción contra el dueño de la obra y no se trata precisamente de acción sustitutiva, sino directa, que excepciona al principio de relatividad de los contratos proclamado por el artículo 1257 CC (STS de 29 de octubre de 1987, 15 de marzo de 1990, 29 de abril de 1991, 22 de diciembre de 1992, 15 de mayo de 1994 y 2 de julio de 1997), y opera dentro de la limitación cuantitativa que el precepto establece, sin necesidad de tener que reclamar previamente al contratista (STS de 16 de marzo de 1996)».

Momento desde el que se devengan los intereses de demora. Requerimiento extrajudicial por vía notarial.—Sobre el momento en que deben devengarse los intereses de demora, la controversia gira en torno a varios momentos: las fechas de la presentación de la demanda o, en su caso, del requerimiento extrajudicial, la del emplazamiento del demandado o de la contestación de la demanda, o la de la sentencia. Si bien el requerimiento notarial no supone el ejercicio de la acción directa establecida en el artículo 1597 CC, pues sólo lleva consigo una exigencia de conducta o de abstención hacia el destinatario, la jurisprudencia ha declarado que los intereses moratorios de una cantidad líquida se devengarán desde la interposición de la demanda a falta de reclamación anterior (SSTS de 30 de diciembre de 1994, 8 de febrero y 15 de noviembre de 2000), cuya posición es de aplicación al caso debatido, con el entendimiento de que el referido acto notarial comporta una intimación precedente a la formulación del escrito inicial por el que se inició el presente litigio. **(STS de 8 de mayo de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. Don Román García Varela.]

HECHOS.—CME, S.A. era la dueña de una obra de construcción de una nave industrial, en la que EG, S.A. intervenía como subcontratista de los trabajos de excavación y terraplenado. Ante la existencia de ciertas cantidades que le adeudaba la contratista, EG, S.A. se dirigió notarialmente a CME, S.A. reclamándole la retención y abono de 16.333.811 pesetas. Ante la desatención a ese requerimiento, EG, S.A. presentó demanda contra CME, S.A., solicitando que se declarara la obligación de retener de la demandada, y la condena de la misma al pago de la suma que debió retener más sus intereses desde que se hizo la reclamación.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda de EG, S.A. contra CME, S.A. Interpuesto recurso de apelación por CME, S.A., la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia de primera instancia salvo en lo referente a los intere-

ses, que deberían correr desde dicha resolución. Contra esa sentencia, *EG, S.A.* recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo, que anuló la sentencia de la Audiencia y ratificó íntegramente la del Juzgado. (*F. J. J. M.*)

43. Nulidad de préstamos usurarios.—La Ley de 23 de julio de 1908 únicamente regula unas determinadas relaciones obligatorias surgidas de un préstamo: las situaciones puramente obligacionales. El silencio sobre las garantías que se hubiesen pactado para su cumplimiento no significa otra cosa que han de seguir los principios y normas generales y comunes, así el de que la garantía es accesoria de un crédito, y que sin su existencia, aquéllas no pueden subsistir. (**STS de 15 de julio de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Doña Amanda y su esposo don Juan Miguel, como prestatarios, y F., S. A., como prestamista, conciertan un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Con posterioridad, doña Amanda demandó a F. solicitando que: se declarara la nulidad del contrato por tratarse de un préstamo usurario, así como la nulidad de la adjudicación a nombre de F. del piso objeto de la garantía en ejecución de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia, sin entrar a conocer del fondo de la demanda, la desestimó por apreciar falta de litisconsorcio positivo necesario, ya que no se había demandado a don Juan Miguel. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó y en su lugar estimó parcialmente la demanda. Declaró la nulidad del préstamo con garantía hipotecaria y el procedimiento de ejecución hipotecaria seguido para la realización de la hipoteca, y la adjudicación a F. de la finca objeto del mismo. Al haber pasado a tener adquirente protegido, condenó a F. al pago a la actora de la suma de 21.813.083 pesetas, más los intereses previstos en el artículo 921 LEC. (*M. C. L. J.*)

44. Extensión de la hipoteca a nuevas edificaciones y mejoras: interpretación de los artículos 110 y 111 LH.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 2 de enero de 1991, 20 de marzo de 1992 y 16 de octubre de 1993), así como la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 6 de febrero de 1986, 23 y 26 de octubre de 1987 y 19 de enero de 1996) mantienen que las citadas normas tienen carácter dispositivo y, por tanto, las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, pueden pactar la extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones que se realicen en la finca hipotecada. (**STS de 19 de junio de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—En un proceso de ejecución hipotecaria instado por la entidad financiera C. contra doña A., se adjudicó el inmueble hipotecado a la sociedad mercantil ISG.

En el contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre doña A. y la entidad financiera C. se pactó que «la hipoteca se

extenderá a todos los muebles, frutos y rentas que detalla el artículo 111 LH, las accesiones y mejoras en los términos del artículo 110 del mencionado cuerpo legal, incluso a las agregaciones y toda clase de construcciones, mayores elevaciones, ampliaciones y obras en profundidad o nuevas...».

Posteriormente, doña A. realizó obras y mejoras en la finca hipotecada.

A este respecto doña A. defiende que el artículo 110 LH contiene un mandato imperativo que no admite pacto en contrario y considera que la hipoteca no se extiende a las nuevas construcciones realizadas en la finca hipotecada. Por esta razón interpone una demanda contra la sociedad adjudicataria ISG., solicitando, entre otras cosas, que se declare la propiedad a su favor de los apartamentos de nueva construcción existentes en la finca, así como una indemnización por las mejoras efectuadas y, con carácter subsidiario, una indemnización por el valor global de las nuevas construcciones y mejoras realizadas.

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

45. Culpa extracontractual: accidente laboral: criterios para determinar la jurisdicción competente.—Esta Sala, siguiendo la STS Pleno de 15 de enero de 2008, considera que en las reclamaciones civiles como consecuencia del incumplimiento de una relación laboral creada por un contrato de trabajo, para deslindar la competencia es decisivo determinar si el daño se imputa a un incumplimiento laboral o bien a una conducta ajena totalmente al contrato de trabajo. En el ilícito laboral el fundamento para imputar la responsabilidad se halla en la infracción de una norma reguladora de esta materia, ya sea estatal o colectiva. Para delimitar el incumplimiento laboral se debe estudiar, por tanto, si existe la infracción del deber de protección y la calificación de los hechos, en los que se requiere que el empresario actúe como tal. Por ello, para que sea competente la jurisdicción civil, el daño ha de deberse a normas distintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral. En el presente caso, el accidente y las graves consecuencias que se derivaron de él se sitúan en el marco del incumplimiento por la empresa de las normas sobre seguridad en el trabajo, bien por no haber facilitado a la empleada lesionada la necesaria formación para el desempeño, en condiciones que le aseguraran su total indemnidad, de las funciones del puesto de trabajo que le había sido encomendado, bien por razón de la falta de revisión y mantenimiento de los equipos y por el deficiente funcionamiento de la maquinaria cuyo manipulación tenía encargada y que formando parte del contenido del contrato de trabajo, tienen su origen en la Ley. En consecuencia se declara la competencia de la jurisdicción social. (STS de 4 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

NOTA.—Obsérvese que de aplicarse estos criterios al caso resuelto por STS de 11 de julio de 2008, habría que haber declinado la jurisdicción en favor de la Sala Social, aspecto —no se olvide—, de orden público, pues en esta sentencia el *thema decidendi* es el de la seguridad en el trabajo que deben mantener las empresas eléctricas

en relación con sus empleados, incluso aunque subcontraten sus servicios. Sin embargo la Sala, en estos dos casos, se compone de distintos Magistrados, y ninguna de las partes hizo valer la excepción de jurisdicción. Podría concluirse que resulta largo el camino que conduce a la unificación de criterios competenciales en materia civil y laboral. (*G. G. C.*)

46. Responsabilidad civil *ex delicto*. Extinción de la acción civil por transcurso del plazo si no se hizo reserva expresa de su ejercicio en el proceso penal.—El recurrente, que ejercitó en el proceso civil la acción derivada del delito, se aquietó con el pronunciamiento judicial denegatorio de la responsabilidad civil propugnada como acusador particular, al no haber recurrido el auto denegatorio de la misma, y sin que se reservase expresamente la acción civil para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, como impone el párrafo primero del artículo 112 LECr, sino que acabó dando por buena la exclusión de cualquier responsabilidad civil al retirar tal petición de su escrito de calificaciones en el acto del juicio oral. Esta conducta procesal acabó equivaliendo a una renuncia de derechos, pues la jurisprudencia considera imprescindible la reserva expresa porque los posibles defectos de la sentencia penal no pueden ser corregidos en la vía civil (STS de 21 de enero de 2000), ya que el proceso civil posterior a la sentencia penal firme condenatoria por delito no permite suplir las deficiencias de dicha sentencia penal ni, menos aún, las omisiones o defectos de planteamiento de la parte acusadora luego demandante (SSTS de 25 de septiembre de 2000 y 13 de mayo de 2004). (**STS de 24 de julio de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El demandante había sufrido un accidente de trabajo que determinó su incapacidad laboral permanente total para su profesión habitual, sin que pudiera obtener las prestaciones que le habrían correspondido de la Seguridad Social por no haber sido dado de alta por su empleador, a consecuencia de lo cual resultó este último condenado en vía penal por un delito contra la libertad y la seguridad en el trabajo. En dicho proceso no se acordó indemnización alguna para el lesionado, pese a que éste se personó como parte acusadora solicitando una determinada cantidad a la que no accedió el juez instructor, sin que el interesado hiciese reserva del ejercicio de las acciones civiles. Tiempo después acciona en la vía civil reclamando indemnización de daños y perjuicios, pero tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda por haber prescrito la acción. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. P. M.*)

47. La exención de responsabilidad criminal por aplicación de la exigente de legítima defensa no vincula a los tribunales civiles imposibilitando, sin más, una eventual indemnización posterior.—Conforme al artículo 116.1.º LECr («la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiera podido nacer»), y como ya señaló la STS de 28 de junio de 1996, la exención de responsabilidad criminal por legítima defensa no vincula a los Tribunales del orden civil impo-

sibilitando, sin más, una eventual indemnización posterior, desplazándose la controversia, en el ámbito civil, a determinar la concurrencia o no de antijudicialidad en la conducta del demandado como elemento subyacente de la responsabilidad aquiliana configurada en el artículo 1902 CC.

Vinculación de los tribunales del orden civil a las sentencias penales firmes: se produce respecto de los hechos declarados probados integrantes del tipo de delito, y en cualquier caso constituyen medio de prueba cualificado de los hechos, en cuanto hubieran sido determinantes de su parte dispositiva.—La vinculación de las sentencias penales firmes para los tribunales del orden civil, como recuerda la STS de 11 de septiembre de 2007, «se produce respecto de aquellas declaraciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo de delito, que se refiere y castiga (SSTS de 10 de diciembre de 1992 y 15 de mayo de 2004), e incluso en las de carácter absolutorio cuando se declara la inexistencia del hecho del que nace la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito o cuando se declara expresamente que una persona determinada no ha sido autor del hecho (SSTS de 28 de noviembre de 1992 y 15 de mayo de 2004, entre otras); debiéndose de tener en cuenta que toda sentencia firme, aunque no produzca los efectos de cosa juzgada, genera otros accesorios o indirectos, entre los cuales debe destacarse el consistente en constituir la misma, en un ulterior proceso, medio de prueba cualificado de los hechos en ella contemplados y valorados, en cuanto hubieran sido determinantes de su parte dispositiva (SSTS de 3 de noviembre de 1993, 27 de mayo de 2003 y 6 de octubre de 2006), lo que es consecuencia de la doctrina del Tribunal Constitucional (así, en la S. 34/2003, de 25 de febrero, y las que en ella se citan), según la cual son contrarios al principio de seguridad jurídica (unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado) y al derecho a la tutela judicial efectiva (integrado también por la expectativa legítima de obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia) los pronunciamientos contradictorios de distintos órganos judiciales». En suma, la falta de vinculación del juez civil a la resultancia probatoria del previo proceso penal no puede comportar, no obstante, la imposibilidad de alcanzarse en ambas jurisdicciones las mismas conclusiones probatorias.

La tendencia de la jurisprudencia hacia la objetivación de la culpa extracontractual no supone una admisión general de la inversión de la carga de la prueba.—La tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual, mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido de la responsabilidad por culpa extracontractual. Así pues, no se admite con carácter general la inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en los supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (STS de 17 de diciembre de 2001, que cita las anteriores de 2 de marzo de 2006 y 22 de febrero de 2007). (STS de 5 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don D. agredió a don L. F., ocasionándole diversas lesiones. El proceso penal concluyó con sentencia absolutoria, confirmada en apelación.

Don L. F. interpuso demanda contra don D., solicitando que se condenara al demandado a indemnizarle por las lesiones y secuelas sufridas, a lo que éste se opuso con remisión a los hechos probados en el previo procedimiento penal, justificando su conducta, también en sede civil, por la concurrencia de legítima defensa.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo al demandado sobre la base de la existencia de legítima defensa en su actuación. Interpuesto recurso de apelación por don L. F., la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia. Contra esa sentencia, don L. F. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

48. Responsabilidad civil extracontractual. Daños sufridos por el operario en accidente de trabajo. Responsabilidad de la promotora, constructora y del arquitecto.—El empresario principal que contrata con otro la realización de la obra es responsable de las negligencias en que incurra el contratista por incumplimiento de medidas de seguridad, entre otros supuestos, cuando aquél asume funciones de control, vigilancia o dirección (SSTS de 20 de diciembre de 1996, 18 de julio de 2005 y 2 de octubre de 2007). La responsabilidad de la empresa contratista deriva de que el trabajador estaba bajo sus directas órdenes y, en consecuencia, a ella incumbía, junto con los demás responsables, velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad, no obstante lo cual el accidente se produjo, sin que por los encargados de la obra se efectuara la correspondiente diligencia y vigilancia. De manera que se ha incurrido en una clara culpa *in vigilando*, ante la expresada falta de control y precaución sobre la seguridad de sus trabajadores. Ciertamente al arquitecto autor del proyecto no le alcanza el deber de velar por el cumplimiento de las concretas medidas de seguridad durante la ejecución de la obra (SSTS 27 de noviembre de 1993, 22 de enero de 2003 y 16 de marzo de 2005). Sin embargo, en la medida en que corresponden a los arquitectos la superior dirección de la obra, incurre en responsabilidad cuando se aprecia una negligencia en el deber de vigilancia inherente a las funciones de dirección.

Responsabilidad solidaria de los distintos agentes causantes del daño. Solidaridad impropia. Doctrina jurisprudencial.—Es reiterada la jurisprudencia que declara que existe solidaridad impropia entre los sujetos responsables por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia de causa única. Esta responsabilidad no tiene su origen en la ley o en el pacto, sino que nace con la sentencia de condena (SSTS de 17 de junio de 2002, 14 de marzo de 2003 y 2 de octubre de 2007). Se trata de una responsabilidad *in solidum*, que obedece a razones de seguridad e interés social, en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados adecuado para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual, pero exige para su aplicación que no sea posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades (SSTS de 18 de mayo de 2005, 18 de abril de 2006 y 7 de septiembre de 2006). Se encuadra, por lo demás en el contexto de la regulación seguida por muchos códigos europeos, los cuales tienen como característica común el establecimiento de

la responsabilidad solidaria para los varios responsables de un daño. (STS de 20 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor había sufrido graves lesiones a consecuencia de una caída que se produjo, mientras realizaba trabajos de remate en la cubierta de un chalet por cuenta de la constructora para la que prestaba servicios. La causa directa había sido quitarse el cinturón fuera de la zona de seguridad marcada para ello, cayendo al vacío desde una altura de ocho metros, y sin que hubieran medidas de seguridad adicionales, tales como redes, andamios u otras que hubieran impedido o, al menos, minimizado los daños sufridos por el trabajador. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial condenaron solidariamente a la constructora para la que prestaba servicios por encargo de la promotora, también condenada, así como al arquitecto y aparejador, a través de sus respectivas aseguradoras. La base de la condena estaba en haber incurrido en culpa, ya *in eligendo*, ya *in vigilando*, al no haber adoptado las medidas adecuadas y no haber hecho que las mismas se cumplieran, en las diversas funciones de vigilancia y control que tenían encomendadas. Asimismo, la condena a pago de la indemnización concedida se impuso solidariamente a todos los demandados. Tanto las aseguradoras como la constructora interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo no dio lugar al mismo. (I. D. L. S.)

49. Responsabilidad civil extracontractual. Sistema culpabilístico de los artículos 1902 y 1903 CC. Imputación del daño al riesgo creado: necesidad de acreditar que el daño sufrido es consecuencia directa de la omisión de las medidas de seguridad procedentes.—Más allá de la situación de riesgo que supone mandar a trabajar a una persona con un vehículo carente de las medidas de seguridad exigidas por la normativa vigente, este hecho no ha sido determinante en sí mismo del resultado. Pues no siempre que se produce un resultado dañoso se debe responder porque las medidas adoptadas resultaron ineficaces e insuficientes, pues tal conclusión, sin matices, conduce a la responsabilidad objetiva pura o por daño, que no es el sistema que regulan los artículos 1902 y 1903 CC. El riesgo actúa como criterio de imputación objetiva, asociado a la causalidad jurídica, cuando resulta relevante para la producción del daño; y lo que la sentencia dice es que se omitieron determinadas medidas pero sin razonar a cerca de cómo estas omisiones, de haberse adoptado, con absoluta certeza, o al menos gran probabilidad, propiciaron el riesgo de un resultado jurídicamente desaprobado al ser este previsible en el curso normal de los hechos dadas las características del tractor, cuando la propia sentencia desconoce si la salida del conductor de la senda forestal se produjo por una distracción suya, por un deficiente funcionamiento de la dirección del tractor o por la falta de agarre de las ruedas. Y este extremo resulta decisivo para el enjuiciamiento de la causalidad y corresponde acreditarlo a quien reclama. En definitiva, la sentencia parte de la existencia de un daño y de una causalidad

dad simplemente especulativa e insuficiente para fundamentar una responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana del artículo 1902 CC. (STS de 24 de julio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Mientras trabajaba como tractorista en el arranque de troncos, don M. tuvo un accidente al salirse el tractor de la pista por la que transitaba, volcando y saliendo despedido su conductor con fatales consecuencias al quedar atrapado entre el suelo y la máquina; lo que determinó su fallecimiento. Durante el proceso se acreditó que el tractor carecía de cinturón de seguridad y que las ruedas tenían un dibujo insuficiente para que el vehículo se agarrara al suelo; igualmente se comprobó que tampoco había pasado las revisiones periódicas de la I.T.V. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y condenó a la empresa titular del tractor y a su administrador al pago de 36.722.444 pesetas. La Audiencia Provincial de Ávila estimó parcialmente el recurso de apelación de los demandados y redujo la indemnización a 15.112.349 pesetas. Interpuestos sendos recursos de casación por ambas partes litigantes, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al de la actora y estimó el de los demandados. (L. A. P. M.)

50. Responsabilidad civil extracontractual. Imputación del daño al agente. Razonabilidad de las medidas de protección que impidan el acceso de menores a la fuente del riesgo. Culpa exclusiva de la víctima.—No puede exigirse a los propietarios de un hotel con piscina que, más allá del horario de uso establecido, mantengan una vigilancia y una iluminación permanentes para impedir el acceso de personas, mayores o menores de edad, con suficiente discernimiento para conocer la prohibición de uso de la piscina fuera de dicho horario. Y menos aún podría exigirse dicha vigilancia para impedir el acceso a la piscina por una vía totalmente anómala, como era la escalera de incendios del hotel. Y todavía menos cabe poner a cargo de los propietarios de la piscina, cuando cumplan las normas administrativas y adopten las precauciones usuales, las consecuencias de la conducta de un grupo de menores, sujetos a la patria potestad, debida a la embriaguez aguda por al ingestión de bebidas alcohólicas, pues en tales condiciones el uso de la piscina habría sido tan anómalo que escaparía del control de la empresa prestadora del servicio para caer bajo el control del propio usuario, de manera que los daños son imputables a la culpa exclusiva de la víctima. (STS de 23 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La acción de responsabilidad es planteada por los padres del menor de dieciséis años contra la empresa explotadora de un hotel en Mallorca, a consecuencia de los graves daños sufridos por el menor cuando, en horas de la madrugada, estando cerrada la piscina, y sin ser cliente de dicho hotel, accedió sin autorización y de forma subrepticia en compañía de un grupo de amigos y en profundo estado de embriaguez a dicha instalación, practicando diversos juegos de los que resultó el accidente que, a la postre, le

provocó una grave lesión medular. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por los actores. (*C. O. M.*)

51. Responsabilidad civil extracontractual. Accidente ferroviario. Responsabilidad por culpa. Imputación causal del resultado dañoso a la conducta del agente.—La aplicabilidad de la teoría del riesgo a los accidentes derivados del funcionamiento del ferrocarril no implica una conclusión de responsabilidad puramente objetiva, o por el resultado, con exigencia exclusiva del factor de la causalidad física o material, cuya hipótesis sólo es posible en nuestro ordenamiento jurídico en los contados casos en que hay un precepto legal que expresamente lo establezca. Es preciso, además de la causalidad física, que en un juicio de causalidad jurídico, conforme a las reglas del buen sentido, se pueda atribuir el resultado a la entidad titular del servicio generador del riesgo. Para esto se requiere que de algún modo conste qué es lo que se omitió que, no omitido, habría evitado el accidente lesivo, o, incluso, que, generado un riesgo, no se dé una explicación razonable del porqué del resultado dañoso; quedando excluida la responsabilidad cuando la causa exclusiva del accidente obedeció a fuerza mayor o a la conducta de un tercero ajeno o del propio perjudicado, porque entonces el riesgo abstracto del transporte ferroviario queda absorbido, y anulado, por el riesgo concreto y culpable creado por la conducta del accidentado. (**STS de 28 de julio de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Cuando se disponía a tomar el metro, don J. M. vio desde el pasillo por el que transitaba, situado en posición perpendicular al andén, que se encontraba el tren de la línea que pretendía tomar, por lo que corrió aceleradamente hasta el vagón, cerrándose e iniciando la marcha el tren en el momento de la llegada de don J.M., sin que éste pudiera frenar su carrera, cayendo en el espacio entre el primer y segundo vagón y siendo arrastrado por la maquinaria hasta que por los responsables del servicio se cortó la corriente eléctrica. A resultas de las heridas, don J.M. sufrió heridas de consideración, que le dejaron secuelas irreversibles, por las que demandó a la compañía explotadora del servicio así como al conductor. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Barcelona estimó en parte el recurso de apelación y condenó a los demandados al pago de doce millones de pesetas. Interpuesto recurso de casación por ambas partes litigantes, el Tribunal Supremo desestimó el del actor y dio lugar al de los demandados. (*L. A. P. M.*)

52. Culpa extracontractual: accidente de trabajo: lesiones graves por descarga eléctrica con secuelas: empresa subcontratada: responsabilidad por riesgo: inexistencia de compensación de culpas.—La jurisprudencia más reciente de esta Sala (SSTS de 14 de diciembre de 2005 y 3 de abril de 2006), para apreciar la existencia de responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo, parte del principio de responsabilidad subjetiva, con base en los artículos 1902 ss. CC, pero admite casos en los que debe acen-

tuarse la imputabilidad objetiva del daño a su causante, como ocurre cuando concurren especiales deberes de diligencia impuestos por la creación de riesgos extraordinarios, o en que debe exigirse la prueba de haber actuado diligentemente al causante del evento dañoso por razones derivadas básicamente del principio de facilidad o proximidad probatoria relacionado con la producción de daños desproporcionados o inexplicables o la producción de un siniestro o accidente en el ámbito propio de la actuación controlada de manera especial o excluyente por el agente causante del mismo. La realización de actividades de riesgo obliga al empresario que las desencadena y se beneficia de ellas a extremar las medidas de diligencia para evitar el daño. El deber de especial cuidado por parte de la empresa se manifiesta especialmente en los trabajos en instalaciones eléctricas o en las proximidades de líneas de alta tensión, dado el alto peligro de electrocución que tales trabajos comportan (SSTS de 30 de junio de 1997, 7 de diciembre de 1998, 18 de diciembre de 2000, 2 de enero de 2007). En el presente caso la compañía eléctrica había subcontratado los trabajos en un transformador, y sin advertir a los trabajadores de la empresa subcontratada reanuda el suministro de energía en el lugar de trabajo; tal conducta representa un papel primordial en el incumplimiento de las medidas de seguridad, que relega a un papel secundario la omisión de la víctima – que confiaba en haberla interrumpido en los trabajos preparatorios del día anterior –, de falta de comprobación de la existencia de tensión, haciendo improcedente la compensación de culpas.

Valoración de secuelas en la cuantía indemnizatoria.—Las secuelas corporales deben ser valoradas desde distintas perspectivas, por cuanto pueden afectar al patrimonio orgánico, al psicológico, al estético, a la expectativa de vida y a la capacidad de disfrute, de comunicación y de autodeterminación de la persona. La ausencia de distinción de estos aspectos comporta una falta de vertebración de la indemnización contraria al principio de especialidad de la reparación, que es consecuencia de los principios *restitutio in integrum* y *compensatio lucri cum damno*, los cuales integran el nervio del Derecho de daños. En virtud del principio dispositivo no puede reprocharse a la sentencia recurrida no haber distinguido aquellos aspectos que el recurrente no distinguió en su *petitum*, al haberse limitado a solicitar indemnización, de modo global, por las secuelas que padece. Efectuando una valoración conjunta de las secuelas no se advierte que se infrinjan las reglas de la responsabilidad civil que se citan.

Incongruencia.—No se aprecia incongruencia en la sentencia recurrida por el hecho de no haber resuelto de forma expresa sobre los daños morales que pueden afectar a los hijos de la víctima al haberse realizado en conjunto la petición sobre los daños morales (*daños morales causados a los familiares y al lesionado*), sin que el recurso aluda a la motivación de la sentencia. (STS de 11 de junio de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El 17 de mayo de 1994 dos empleados de la empresa MATESUR inician trabajos de reparación en un transformador propiedad de SISESA, comprobando que la corriente estaba cortada, interrumpiéndolos para continuarlos al día siguiente. Empleados de la última empresa restablecen la conexión eléctrica, sin comunicárselo a aquellos empleados, quienes reanudan sus trabajos limitándose a un examen visual pues confiaban en la comprobación minuciosa, por ellos mismos, el día anterior. Al penetrar en una de las subestaciones,

uno de los operarios de MATESUR recibe una descarga eléctrica que le causa graves lesiones con importantes secuelas (incapacidad del 67%). Dado de alta demanda a SISESA que había subcontratado los trabajos de mantenimiento con MATESUR. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pero la Audiencia Provincial estima parcialmente la demanda, reduciendo notablemente la indemnización solicitada por estimar la concurrencia de culpas (40% de la víctima). El Tribunal Supremo considera irrelevante el descuido de la víctima al no comprobar concienzudamente la ausencia de corriente, y eleva la cuantía de la indemnización.

NOTA.—Sentencia de aprobar en cuanto al fondo, si bien la base de la acción ejercitada es fundamentalmente la ausencia de medidas de seguridad, argumentación que conduciría a establecer la competencia de la jurisdicción social según sentencia del Pleno de la Sala 1.ª, de 4 de junio de 2008 (en este fasc. del ADC). (G. G. C.)

53. Responsabilidad del promotor: delimitación del deber de diligencia.—A juicio de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo el deber de diligencia que tiene el promotor, conforme a lo dispuesto en el artículo 1903 CC, no consiste únicamente en elegir a técnicos habilitados oficialmente. Afirmar lo contrario equivaldría a exonerar de responsabilidad al promotor siempre que contrate a técnicos con título oficial.

Nuestro Alto Tribunal mantiene que cuando un promotor encarga a un constructor la ejecución del proyecto y los técnicos facultativos están bajo la dependencia económica y laboral del promotor, éste puede y debe intervenir en el proceso de construcción para evitar el evento dañoso, incurriendo en responsabilidad tanto por culpa *in eligendo* como por culpa *in vigilando* si no lo hace. (STS de 11 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don C. interpone una demanda contra la empresa R. (promotora de las obras de un edificio), don P. (arquitecto de las obras) y don E. (constructor de las obras), solicitando se condene a los demandados, entre otras cosas, a pagar determinada cantidad de dinero en concepto de reparación y rehabilitación de la finca propiedad del demandante por los daños causados en ésta por los demandados al ejecutar las obras en el solar colindante para construir una urbanización.

Entre los daños que señala el demandante cabe destacar la aparición de grietas en las paredes y en los techos y ante el riesgo de desalojo del inmueble se presentó una demanda interdictal de obra nueva, que fue estimada en primera instancia, pero revocada en apelación.

Alega el demandante que tuvo que desalojar el inmueble y residir en otro lugar y que por este motivo también reclama el reembolso de los gastos derivados del arrendamiento de una nueva residencia.

Asimismo solicita se condene a pagar a los demandados una indemnización por los daños morales que ha sufrido la familia del demandante como consecuencia de la situación de precariedad y sufrimiento que han padecido.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial desestima los recursos de apelación interpuestos. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

54. Responsabilidad civil extracontractual. Indemnización del daño. Principio de «indemnización única». Exige deducir, de las cantidades fijadas como indemnización, los importes ya percibidos en tal concepto. Criterio jurisprudencial.—La jurisprudencia no ha mantenido un criterio uniforme sobre la cuestión. La mayoría de las sentencias han optado por declarar la independencia entre las indemnizaciones satisfechas por accidente de trabajo, sin considerar las sumas recibidas con cargo a la Seguridad Social en virtud del artículo 123 TRLGSS (SSTS de 27 de noviembre de 1993, 20 de noviembre de 1998, 2 de octubre de 2000 y 14 de febrero de 2001); apelando para ello a la existencia de dos causas de pedir, justificada en que la responsabilidad de índole contractual nace de una fuente de las obligaciones distinta de las relativas a la Seguridad Social (STS de 29 de abril de 2004). Sin embargo, otras sentencias se posicionan con una cierta revisión de la doctrina jurisprudencial expuesta, estimando correcto computar lo ya percibido por el perjudicado en concepto de prestaciones de la Seguridad Social con origen en los mismos hechos enjuiciados, con base en la necesidad de un sistema coherente de complementariedad de las indemnizaciones hasta lograr la reparación íntegra del daño (SSTS de 21 de julio de 2000 y de 31 de diciembre de 2003). Aunque algunas sentencias posteriores persisten en el criterio de la absoluta independencia de las indemnizaciones (SSTS de 29 de abril de 2004 y de 9 de noviembre de 2005). La regla general es la de que los beneficios económicos que provienen de hechos diferentes del propio daño, son independientes y, por tanto, no se computarán en las indemnizaciones que se establezcan para resarcir el daño ocasionado. Sin embargo, esta regla, que es consecuencia del principio que veda el enriquecimiento injusto, no es aplicable cuando se trata de la concurrencia de acciones de indemnización por negligencia con las prestaciones que, por seguros sociales, ya ha percibido la víctima del accidente, pues, en definitiva, provienen de la misma fuente. (**STS de 24 de julio de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Román García Varela.]

HECHOS.—La víctima y sus descendientes demandaron a don C.F., jefe de obras, y a I.S.C., empresa encargada de la redacción del proyecto, así como a M.I.M., S.L., empresa ejecutante de los trabajos, a A., S.A., dueña de la misma, y a don P.F., gerente de esta última. El motivo eran las gravísimas lesiones sufridas por el actor a consecuencia de la caída, desde considerable altura, mientras realizaba trabajos para aquéllas sin que existiera ni se hubiera previsto ningún tipo de medida de seguridad. El Juzgado acogió parcialmente la demanda y condenó solidariamente a los demandados al pago de diversas sumas. En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Álava la confirmó sustancialmente, a excepción de lo referente a don P.F., a quien absolvió. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por don C.F. e I.S.C. (*C. O. M.*)

55. Responsabilidad extracontractual. *Dies a quo*.—La determinación de una situación de invalidez permanente es considerada como *dies a quo* del cómputo del plazo para exigir responsabilidad extracontractual. No puede entenderse como fecha inicial del cómputo, *dies a quo*, la del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, es decir, en el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados, pues hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas, ya que es en ese momento cuando el perjudicado tiene un conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad de los perjuicios (STS de 3 de diciembre de 2007). (STS de 22 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El 1 de septiembre de 1994, don Constantino sufrió un atropello con una máquina de paletización de mercancías en el almacén de H.A.S., S. A., accidente que le produjo unas lesiones. Constantino presentó demanda contra H.A.S., SA y contra la aseguradora V.E., SA en reclamación de 25.500.000 pesetas de indemnización más intereses legales.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, con desestimación de la excepción de prescripción de la acción, al entender que el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción no lo constituía el alta médica, sino la declaración de invalidez permanente absoluta, como reflejo del alcance real de las secuelas. Condenó a ambas partes demandadas al pago solidario de la indemnización. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto.

NOTA.—Para el Tribunal Supremo en la sentencia anotada cuando el demandante fue dado de alta, no presentaba desde el punto de vista jurídico todos los perjuicios susceptibles de valoración económica, puesto que faltaba la determinación de una secuela importante que guardaba relación directa de causalidad con el accidente, cual era la declaración de invalidez.

Constituye una constante en las declaraciones del Tribunal Supremo la doctrina relativa a que «en caso de reclamaciones por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir de la determinación del quebranto padecido», *vid.*, entre otras, (SSTS de 30 de septiembre de 1992 [RJ 1992, 7416], 24 de junio de 1993 [RJ 1993, 5381], 26 de mayo de 1994 [RJ 1994, 3750], 3 de octubre de 2006 [RJ 2006, 6508], 20 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 8593], 22 de julio de 2003 [RJ 2003, 5851]). (M. C. L. J.)

56. Responsabilidad civil. Responsabilidad del centro educativo por las lesiones sufridas por el menor. La falta de peligrosidad de la actividad desarrollada y la acreditación de haberse adoptado las medidas organizativas adecuadas a dicha actividad, eximen de responsabilidad por el daño sufrido.—De acuerdo con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, el elemento decisivo para apreciar la responsabilidad del centro es el peligro que entraña la actividad de los menores al suceder los hechos, que puede derivar o no de los instrumentos utilizados por los niños, pues éstos pueden servir de objetos capaces de causar daño (tenedor o bolígrafo), sin que por ello el centro venga obligado a disponer la presencia de un

educador junto a cada niño para evitar un uso inapropiado (SSTS de 21 de noviembre de 1990 y 10 de marzo de 1997); pero también pueden dedicarse a una actividad peligrosa sin servirse de instrumento alguno (golpearse con los puños o los pies). De ahí que la prueba de la diligencia a que se refiere el párrafo último del artículo 1903 CC. tiene que versar sobre las medidas de organización que deben adoptar en función de la actividad de los alumnos, esto es, en función del mayor o menor riesgo que tal actividad entrañe. Así, tratándose de un rastrillo de juguete hecho de plástico, y estando presente varias educadoras, no se ve qué medida organizativa se omitió que hubiera impedido al niño golpear el tobogán con el rastrillo, hecho determinante de la lesión porque al rebotar le golpeó en el ojo. Otra interpretación del artículo 1903 CC, comportaría que los niños no pudieran disfrutar en los centros docentes de ningún tipo de esparcimiento durante el cual cupiera que por una simple travesura inesperada, y no asociada necesariamente al tipo de actividad o diversión, se produjera un resultado dañoso. (STS de 10 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Los padres del menor M. demandaron al jardín de infancia y a su aseguradora, así como a la cuidadora presente en el momento del accidente, pidiendo la indemnización de las lesiones oculares sufridas por el niño, al dañarse con un rastrillo de plástico cuando golpeaba un tobogán, mientras jugaba en el patio del centro educativo. El Juzgado de Primera Instancia absolvió a la cuidadora y condenó al centro y a su aseguradora. La Audiencia Provincial de Murcia, estimó el recurso de apelación de los condenados y absolvió a las mismas de responsabilidad. Interpuesto recurso de casación por los actores, el Tribunal Supremo no dio lugar al mismo. (L. A. G. D.)

57. Inmisiones. Responsabilidad civil. Daños sufridos en los inmueble y fincas vecinas por las emanaciones de flúor procedentes de una fábrica situada en el mismo lugar.—En materia de emanaciones de humos u otras sustancias nocivas, tiene declarado la jurisprudencia que el ordenamiento jurídico no puede permitir que una forma concreta de actividad económica, por el solo hecho de representar un interés social, disfrute de un régimen tan singular que se le autorice para suprimir o menoscabar, sin el justo contravalor, los derechos de los particulares. Antes, por el contrario, el interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para evitar los daños, acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones, como tampoco excluye la justa exigencia de resarcir el quebranto patrimonial ocasionado a los propietarios de los predios vecinos (STS de 12 de diciembre de 1980). Sin que, al demandar, se incurra en abuso del derecho pues es impensable este exceso en cuestiones de medio ambiente, en que la sociedad, en abstracto, y el ciudadano, en concreto, tienen derecho constitucional a su protección (STS de 14 de marzo de 2005). (STS de 12 de junio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Los actores demandaron a las mercantiles A.E., S.A. y A.E.S.A., reclamando los daños sufridos en sus fincas como consecuencia de las emanaciones de flúor procedentes de la fábrica propiedad de las actoras, cuyas instalaciones se encontraban

en el mismo lugar que los inmuebles afectados. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Lugo acogieron la demanda, si bien la segunda adaptó la condena a las cuantías efectivamente pedidas en el suplico. Interpuesto recurso de casación por las demandadas, el Tribunal Supremo dio lugar al mismo a los solos efectos de corregir una de las condenas, reduciendo el importe de la misma; pero manteniendo en todo lo demás el fallo recurrido. (L. A. G. D.)

58. Culpa médica: responsabilidad del médico de urgencias que atiende a toxicómano, trata y envía a Hospital: responsabilidad del Médico del Hospital que prosigue el tratamiento y remite el enfermo a vigilancia domiciliaria: fallecimiento a las dos horas de regresar a casa por trombosis pulmonar: responsabilidad del INSALUD: doctrina general sobre la prueba.—La valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante el soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o la arbitrariedad en la valoración de la prueba, bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador. En defecto de todo ello la valoración de la prueba es función de la instancia y es ajena a las potestades de casación, que sólo es apta para enjuiciar infracciones del Ordenamiento jurídico. Este conjunto de reglas no sólo impide tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio, sino también intentar el mismo efecto mediante un salto lógico, invocando la infracción de un precepto legal sustantivo cuya aplicación sólo sería procedente si se alterasen los datos fácticos sentados por el juzgador de instancia, pues sería tanto como pretender la revisión de la actividad probatoria mediante el paralogismo consistente en hacer supuesto de la cuestión, incompatible con el modo de discusión racional al que se ajusta el proceso judicial. La jurisprudencia tiene, además, reiteradamente declarado que, so capa de la infracción sobre la prueba de presunciones del Código Civil, aplicable a este proceso por razones temporales, no puede combatirse la valoración de la prueba efectuada directamente por el tribunal de instancia sobre los medios probatorios obrantes en los autos aplicando criterios de apreciación, reglas lógicas y máximas de experiencia.

Ausencia de nexo causal.—En relación con la falta de nexo causal entre la intervención de los facultativos demandados y la muerte del enfermo, y la falta de prueba de negligencia en la conducta de ambos médicos, el de Urgencias y el del Hospital, la sentencia recurrida se funda básicamente en las conclusiones que se derivan del informe médico-forense, en el que se afirma que los médicos intervinientes actuaron conforme a la *lex artis*, y en la principal hipótesis que se considera en el informe de autopsia sobre la causa de la muerte. La argumentación de la parte recurrente es insuficiente para demostrar la falta de razón de esta valoración probatoria, pues se funda en apreciaciones concretas de los peritos sobre la necesidad de pruebas del grado de intoxicación, sobre la idoneidad de unos u otros medicamentos y sobre posibles defectos en la asistencia médica suministrada, los cuales son sometidos a contraste explícita o implícitamente por la Sala, aceptando las argumentaciones del Juzgado, para llegar a la conclusión de que carecen de trascendencia, consideradas todas las circunstancias y las conclusiones de

los peritos médicos, en relación con el resultado de muerte padecido por un paciente en situación de riesgo por la ingestión habitual de sustancias tóxicas, que recibió una asistencia adecuada tanto en Urgencias como en el Hospital.

Fundamento de la responsabilidad médica: doctrina general.—En general, la obligación del médico y del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la curación del paciente, sino la de proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y de la *lex artis ad hoc* (últimamente STS de 24 de marzo de 2005). En el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en este momento; sólo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, pueden servir de base para declarar sus responsabilidades (STS de 15 de febrero de 2006). En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la nueva Ley de Enjuiciamiento 2000, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5). El criterio de imputación del artículo 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujección a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (últimamente STS de 24 de noviembre de 2005); especialmente en los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria, se modula la valoración del elemento subjetivo de la culpa para garantizar la efectividad del derecho al resarcimiento del perjudicado; en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que se produjo el daño si se presenta un resultado dañoso generado en la esfera de acción del demandado de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, dado que entonces el enjuiciamiento de la conducta del agente debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia la necesidad de dar una explicación que recaer sobre el que causa un daño no previsto ni explicable en su esfera de actuación profesional (SSTS de 23 de mayo y 8 de noviembre de 2007).

No son aceptables las argumentaciones del recurso encaminadas a defender una concepción objetiva de la responsabilidad médica, o a sostener que los médicos intervinientes estaban obligados a demostrar que el fallecimiento no fue debido a su negligencia, cuando la sentencia proclama que el paciente, como adicto al consumo de drogas tóxicas, se hallaba en una situación especial de riesgo de fallecimiento por trombosis y que la asistencia prestada fue conforme a la *lex artis*. La valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, ajeno al principio de culpa; la imputación objetiva no puede llevar a apreciar una responsabilidad derivada de unos actos médicos sin más fundamento que ser anteriores en el tiempo y constituir unos eslabones en el curso de los acontecimientos cuando no podía preverse racio-

nalmente el resultado final producido, ni a cuestionar el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los *topoi* del razonamiento práctico (SSTS de 14 y 15 de febrero de 2006, y 7 de mayo de 2007). La sentencia recurrida no infringe esta doctrina cuando concluye la falta de nexo causal entre la omisión de una prolongación de la hospitalización que podía aconsejar la prudencia, pero cuya falta de relevancia resultaba de que, según la apreciación del perito, de haberse observado la hospitalización y mantenido el estado de vigilia del paciente podría haberse producido de igual forma una parada cardio-respiratoria y, como consecuencia, la defunción. (STS de 10 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Desgraciado accidente, con decisiva intervención causal del hecho de la adición a las drogas en el enfermo, y que procesalmente tarda casi veinte años en resolverse definitivamente (ocurre en 1990). (G. G. C.)

59. Responsabilidad civil extracontractual. Responsabilidad médica y de los servicios de salud. Responsabilidad vicaria ex artículo 1903 CC y responsabilidad directa de la Administración por defectuosa organización y prestación del servicio, sólo a ella imputable.—El defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios es susceptible de determinar la responsabilidad por hecho de otro con arreglo al artículo 1.903 CC, fundada en el principio culpabilístico inherente al vicio *in eligendo* o *in vigilando* respecto de las personas por las que se debe responder (SSTS de 16 de mayo de 2000 y 22 de mayo de 2007). Esta responsabilidad extracontractual del facultativo y de la Administración sanitaria a la que pertenecen derivan de la prestación del servicio público sanitario y descansan en deficiencias de la atención médica. Pero, igualmente, la responsabilidad de la Administración puede integrar un caso de responsabilidad directa, en la medida en que cabe ser exigida por hechos que sean directamente imputables a la organización o al desarrollo de la actividad, en base al artículo 1902 CC. De este modo, junto con la responsabilidad «vicaria» del artículo 1903 CC. se sitúa la directa del establecimiento y la patrimonial de la Administración sanitaria cuando la prestación del servicio es irregular por omisión o incumplimiento de los deberes de organización, vigilancia o control que le son directamente imputables.

Responsabilidad de la Administración sanitaria por ausencia de diagnóstico adecuado. Exclusión de la responsabilidad del profesional médico cuando su actuación se ajusta a las reglas de la *lex artis*.—En el caso en cuestión, la responsabilidad directa de la Administración deriva de la falta de diagnóstico correcto de la hernia que padecía la demandante, y que influyó decisivamente en el empeoramiento de su salud tras el parto, situándose en el origen de la cadena causal que desembocó en la histerectomía. Diagnóstico que no le fue practicado pese a las veces que estuvo observada y sometida a pruebas durante el embarazo, y que era previsible y posible realizar de acuerdo con el estado de la técnica y los medios con que se contaba. Por el contrario, la actuación del doctor que practicó la histerectomía se ajustó en todo momento a las reglas de la ciencia y técnica médicas, siendo de todo punto correcta su decisión y actuación. Siendo así que si la misma no

resolvió el problema, ello se debió a que no le había sido oportuna y convenientemente diagnosticada por los servicios del centro hospitalario la hernia diafragmática padecida; de lo cual el demandado no tenía noticia, ni le correspondía a él realizar dicho diagnóstico. (STS de 20 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La actora demandó al Insalud y al Dr. J., para que se les declarara responsables, por mala praxis profesional, de los daños sufridos por aquélla a consecuencia del padecimiento de una hernia diafragmática congénita no detectada y que le había causado diversos trastornos durante el embarazo, para desembocar después del parto en la realización de una histerectomía total con anexectomía izquierda, a cargo del doctor demandado. El Juzgado de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda y les condenó solidariamente. La Audiencia Provincial de Cuenca estimó el recurso de apelación interpuesto por el Dr. J., y le absolvió de la condena, manteniéndola a cargo del Insalud. El Tribunal Supremo no dio lugar a los recursos de casación planteados tanto por la actora como por la Administración condenada. (L. A. G. D.)

60. Culpa médica: extirpación de tumor vesical, con secuelas: deber de obtener consentimiento informado: doctrina general.—La vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc* (SSTS de 21 de diciembre de 2005, 26 junio, 15 de noviembre y 21 de diciembre de 2006). La información que debe darse al paciente para obtener su consentimiento incluye el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, pero presenta grados distintos de exigencia según se trata de actos médicos curativos o satisfactivos. En relación con los primeros puede afirmarse con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (SSTS de 28 de diciembre de 1998, 17 y 30 de abril de 2007). El artículo 10.1 de la Ley de 2005 de información sanitaria y autonomía del paciente (LAP) incluye dentro de la información básica las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y las contradicciones; a su vez, el artículo 2.3 LAP establece como principio básico el derecho del paciente o usuario de recibir la información adecuada entre las opciones clínicas disponibles. Se exige que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halla bajo su cuidado, pues se trata de hechos que fácilmente pueden ser demostrados por él, y que integran una de sus obligaciones fundamentales (SSTS de 25 de abril de 1995, 16 de octubre, 10 de noviembre, y 8 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999, 7 de marzo de 2000, 12 de enero de 2001 y 26 de junio de 2006).

Alcance de la información sobre alternativas: incidencias durante la intervención.—En el presente caso debe considerarse inamovible la conclusión probatoria de la sentencia recurrida según la cual se ha probado que se informó

al paciente de la posibilidad de sufrir eyaculación retrógrada, y que dicha información le había sido suministrada de manera circunstanciada con anterioridad a la intervención, aunque no por escrito, y que el paciente dio su consentimiento. Esta conclusión aparece fundada en un detallado análisis y valoración de las declaraciones del cirujano, del ayudante y del anestesista y de las informaciones suministradas por el perito psiquiatra que lo atendió, las cuales aparecen examinadas con razonable detenimiento y en contraste con los demás elementos probatorios. El recurrente afirma que no se le informó de las alternativas del tratamiento, haciendo referencia a la posibilidad de la práctica de la dilatación de la vejiga en lugar de la intervención practicada. Sin embargo, la sentencia recurrida afirma que la técnica seguida (trigonocervicotomía), según se desprende de los informes periciales, fue precisa para alcanzar un tratamiento endoscópico lo más perfecto posible de la tumoración vesical; además, fue necesario decidirlo durante la intervención al advertir la estenosis del cuello de la vejiga; era la técnica de referencia; y la alternativa propuesta por el actor de dilatación prostática era una técnica con muy escasos buenos resultados. No se advierte que procediera la información al paciente de un tratamiento alternativo respecto al cual el cirujano se vio obligado a decidir en el momento mismo de la intervención y que, por otra parte, no era el indicado, pues el requisito de la completitud de la información exigido por el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad no comporta que ésta deba ser exhaustiva, sino adecuada en términos razonables conforme a las circunstancias.

Forma escrita *ad probationem*.—El consentimiento informado, por su propia naturaleza, integra un procedimiento gradual y básicamente verbal, por lo que la exigencia de forma escrita de la LGS tiene la finalidad de garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente. La jurisprudencia de esta Sala viene declarando que la exigencia de constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor *valor ad probationem* (SSTS de 2 de octubre de 1997, 26 de enero y 10 de noviembre de 1998, 2 de noviembre de 2000 y 2 de julio de 2002), y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (SSTS de 2 de noviembre de 2000, 10 de febrero de 2004 y 29 de septiembre de 2005), siempre que quede constancia en la historia clínica del paciente y en la documentación hospitalaria que le afecte (STS 29 de mayo de 2003), como exige hoy la LAP. La falta de forma escrita no determina por sí la invalidez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previene el artículo 10. 5 y 6 LGS, vigente en el momento de los hechos. Esta jurisprudencia es acorde con la seguida por la Sala 3.^a del Tribunal Superior (SSTS de 4 de abril y 3 de octubre de 2000), y con la seguida por la Corte de Casación de Francia, Cámara Civil, en sentencia de 4 de abril de 1995. En el presente caso, las circunstancias concurrentes no permiten conceder relevancia alguna al hecho de que el consentimiento informado fuera prestado en forma no escrita dado que el paciente era, además, miembro del personal del Hospital y la intervención era necesaria desde el punto de vista de la salud del enfermo. (STS de 29 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

61. Culpa médica: daños sufridos por caída debida a rotura del mecanismo elevador de ambas piernas de la cama en que convalecía: cuantía de la indemnización por secuelas y daño moral.—La Audiencia

Provincial declara probados, y ni tan siquiera se discuten por el recurrente, tanto la realidad del menoscabo físico sufrido, como la existencia del nexo de causalidad entre el daño y la caída producida por la rotura de un fleje elevador de la cama, y entre esta rotura y el comportamiento imprudente del centro hospitalario, consistente en haber desatendido el cuidado de sus materiales e instalaciones, sin asegurar su correcto estado de funcionamiento –pese a que debía ser conocedor de su antigüedad y del constante uso que se hacía de dicha instalación–, valorando a efectos de ponderar la cuantía de la indemnización, la probada incidencia que tuvo en la entidad del daño la existencia de previos padecimientos físicos del actor, que la sentencia de apelación, apoyándose en el peritaje médico judicial, concreta en un proceso previo de cervicocervicosis moderada.

Inaplicación de baremos tasados.—La STS de 2 de marzo de 2006 –que cita las SSTS de 20 de junio de 2003 y 22 de julio de 2004– ha señalado que los baremos contemplados por la Disposición Adicional 8.ª de la Ley 30/1995, de 8 noviembre, han sido configurados para un específico sector de responsabilidad civil dotado de peculiaridades tan propias como ajenas al caso enjuiciado, a saber el ámbito propio de la circulación de vehículos de motor, sector en el que la STC de 29 de junio de 2000 ha declarado únicamente vinculante. Sin embargo, en otros ámbitos el baremo, sin ser vinculante, puede ser uno de los criterios de referencia para los tribunales de instancia (STS de 20 de febrero de 2008). Ahora bien, al carecer de valor vinculante, el hecho de que en el caso de autos el Juzgado lo tomara en consideración, no obligaba a la Audiencia a hacer lo propio, pudiendo ésta apartarse totalmente de ese criterio, o, como finalmente, hizo, tenerlo en cuenta sin perjuicio de moderar equitativamente la cuantía de la indemnización conforme al artículo 1103 CC, facultad que la propia norma contempla en los casos en que el baremo es vinculante y que, con mayor razón, no puede negarse cuando la aplicación del sistema es meramente orientativo, una vez acreditado que al resultado contribuyó otra causa además de la imputable a la conducta negligente de la clínica.

Moderación ex artículo 1103 CC: doctrina general.—Constante jurisprudencia entiende que basta atender a la redacción del artículo 1103 CC para comprender que la moderación se configura como una facultad atribuida al Tribunal y que, por tanto, no constituyendo un mandato para el juzgador, el uso de dicha facultad no sería revisable en casación (STS de 15 de diciembre de 1999); doctrina que debe ponerse en relación con la que dispone que cuando en la producción del daño concurren varias causas, debe acompararse la cuantía de la responsabilidad al grado y naturaleza de la culpabilidad (SSTS de 7 octubre 1988 y 5 de octubre de 2006), de manera que, si no se produce culpa exclusiva de la víctima y es compartida por el agente, debe distribuirse proporcionalmente el *quantum* (SSTS de 1 febrero, 12 de julio y 23 de septiembre de 1989), siendo tal moderación facultad discrecional del juzgador dependiente de las circunstancias del caso, no revisable en casación a no ser que el juzgador de instancia haya hecho uso de tal facultad de modo irracional y desmesurado (SSTS de 31 de diciembre de 1996, 5 de diciembre de 2000, 6 de noviembre de 2002 y 6 de febrero de 2008), para lo cual ha de atenderse al *factum* establecido como probado y que éste ponga de manifiesto la desproporción de responsabilidades que se postula (STS de 5 de julio de 1993).

Concausas concurrentes.—Está probado que el recurrente padecía un proceso de cervicocervicosis moderado del que deriva un proceso degenerativo, y la Audiencia eleva tales padecimientos físicos –previos al accidente– a

la categoría de concausa antecedente del resultado dañoso –sin que sea obstáculo que el peritaje no pudiera graduar la incidencia de cada causa en el hecho dañoso –, de manera que, siendo sin duda la caída la causa eficiente que completa la acción de la causa última, fue el proceso degenerativo, exponente del cual era la intervención quirúrgica, lo que hizo que el daño fuera mucho mayor del que de ordinario cabe esperar teniendo en cuenta la *dimensión de la caída*, justificando de esta forma la reducción de la indemnización de casi 55 millones fijados por el Juzgado de Primera Instancia, a los 25 millones fijados por la Audiencia Provincial. (STS de 17 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta].

HECHOS.–Falta en los antecedentes de hecho una referencia más concreta a la descripción de los daños causados al paciente al caerse de la cama en la que se recuperaba, así como de la identificación de la enfermedad que originó la intervención causante de la hospitalización. Lo único que conocemos con precisión es que, antes de ocurrir los hechos aquí tratados, sufría de un proceso cérico-artrosis moderado, que ha sido tomado muy en consideración para rebajar la cuantía indemnizatoria. El actor reclama casi cien millones de pesetas de indemnización, suma rebajada a poco más de la mitad por el Juzgado de Primera Instancia y a la cuarta parte por la Audiencia Provincial, cuantía que confirma con amplia argumentación el Tribunal Supremo. Queda un tanto en la penumbra esa dimensión de la caída a que alude el FD 3.º. (G. G. C.)

62. Responsabilidad civil del Registrador: omisión en certificación de cargas de condición resolutoria: criterio de imputación objetiva.–La determinación del nexos causal entre el acto causante del daño y la actividad del agente a quien se imputa la responsabilidad civil constituye una cuestión de hecho, salvo en el terreno de la llamada imputación objetiva. Esta modalidad de imputación consiste en que, establecida una relación de causalidad física o fenomenológica entre el agente y el resultado dañoso, debe formularse un juicio mediante el cual se aprecia si las consecuencias dañosas de la actividad son susceptibles de ser atribuidas jurídicamente al agente, aplicando las pautas o criterios extraídos del Ordenamiento jurídico que justifican o descartan dicha imputación cuando se ponen en relación con el alcance del acto dañoso particularmente considerado, con su proximidad al resultado producido, con su idoneidad para producir el daño y con los demás elementos y circunstancias concurrentes; este juicio de imputación se integra en la *quaestio iuris* y es susceptible de ser revisado en casación (SSTS de 30 de abril de 1998, 2 de marzo de 2001, 29 de abril y 22 de julio de 2003, y 17 de abril de 2007); de esta jurisprudencia se desprende que la valoración del nexos causal por parte del tribunal de instancia puede ser impugnada en casación tanto cuando no se ajusta al canon de racionalidad lógica exigible, como cuando se infringen las reglas sobre imputación objetiva que pueden extraerse del Ordenamiento jurídico con arreglo a la interpretación jurisprudencial.

Significado jurídico de la certificación de cargas.–La importancia que en la regulación procesal se atribuye a la certificación de cargas emitida por el Registrador de la Propiedad, y la trascendencia que este documento tiene desde el punto de vista de la seguridad jurídica procesal y material de los

intervinientes en el proceso de ejecución, junto con la destacada solvencia que deriva del reconocimiento al Registrador de una función de certificación –en calidad de funcionario público y de profesional especialmente cualificado–, no permite hacer recaer sobre la parte que actúa conforme al contenido de la certificación de cargas las consecuencias de haberse omitido un dato registral relevante que debía constar en ella, pues no puede imponerse al interesado en la adjudicación de la finca la necesidad de consultar directamente la inscripción acerca de cuyo contenido da fe la expresada certificación, para comprobar si existe en ella algún error u omisión, ni considerar que el principio de prioridad registral, en relación con el de publicidad, exime al Registrador de la responsabilidad de las consecuencias derivadas de la omisión de hacer constar todas las cargas.

Imputación objetiva del Registrador: el artículo 286 LH.–El principio de publicidad registral, frente a la especificidad de la certificación como instrumento gnoseológico y de garantía, no permite mantener que sobre el interesado pesa una presunción de conocimiento de las cargas que, aun cuando consten en el Registro, no se expresen en aquélla, pues ello equivaldría a suplir mediante la genérica obligación de diligencia del usuario –fundada en su propio interés y apoyada en su condición de ciudadano– el incumplimiento del específico deber del encargado del Registro –fundado en el superior interés público de garantía y seguridad jurídica y apoyado en su cualificada condición de funcionario público–. Este criterio de imputación, acorde con los principios del sistema registral, es corroborado por el artículo 296-5.º LH según el cual los Registradores responderán civilmente, en primer lugar, con sus fianzas, y en segundo, con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen, entre otros supuestos específicos, por error u omisión en las certificaciones de inscripción o de libertad de los inmuebles o derechos reales, o por no expedir dichas certificaciones en el término señalado en esta ley, pues este precepto carecería de sentido si la imputación al Registrador de los daños originados por los errores u omisiones en las certificaciones estuviera condicionada a la comprobación de su exactitud por los interesados mediante la consulta al Registro; la STS de 18 de mayo de 2006 toma en consideración la pérdida o debilitamiento de las garantías, interpretada en función de la eficacia del sistema registral, como criterio de imputación suficiente para entender establecido el nexo de causalidad entre la negligencia del Registrador y el daño producido; la función de la certificación del Registrador constituye un elemento integrante del sistema desde el punto de vista de su eficacia.

Daño emergente: incongruencia: costos de transacción: cuantía: intereses.–Se advierte en la sentencia una incongruencia pues, a pesar de formularse un razonamiento en el que se admite la existencia de una reclamación por el daño emergente derivado de los costos de la transacción para recuperar el dominio de la finca por la parte recurrente, se omite toda motivación acerca de la suma abonada en la misma como posible importe del perjuicio padecido, en contraste con la detallada argumentación que se expone para rechazarlos, en relación con el lucro cesante y con los demás conceptos de daño emergente alegados por la parte. El importe del daño emergente debe fijarse en veinte millones de pesetas, equivalente a la cantidad satisfecha en la transacción llevada a cabo para recuperar el dominio de la finca perdido por la sociedad demandante, como adjudicataria en subasta pública, como consecuencia del ejercicio de la condición resolutoria omitida por el Registrador de la Propiedad demandado en la certificación de car-

gas; dicha suma devengará los intereses legales desde la fecha de la presentación de la demanda, conforme al artículo 1108 CC, pues así lo exige el carácter líquido de la suma reconocida, y de acuerdo con la más moderna jurisprudencia, por aparecer razonable desde el primer momento la suma concedida, sin que se consignara cantidad alguna por la parte demandada. Se devengarán los intereses procesales desde la fecha de esta sentencia, con arreglo al artículo 921 LEC 1881, dado que en ella se establece por vez primera la condena al pago de la expresada cantidad.

Lucro cesante.—En relación con el lucro cesante la jurisprudencia impone a la parte actora la carga de ofrecer los datos que, a tenor de la situación existente al presentar la demanda o en el momento de practicar la prueba, mediante su proyección sobre el periodo futuro objeto de reclamación, permitan un cálculo prospectivo de aquél (STS de 31 de octubre de 2007). En este punto la sentencia recurrida afirma que no se ha probado la existencia de lucro cesante, pues al tiempo de presentar la demanda (8 de marzo de 1999) habían transcurrido cinco años desde que la sociedad demandada había adquirido la seguridad sobre el dominio de la finca, habiendo tenido tiempo suficiente para haber practicado pruebas, entre ellas periciales, destinadas a acreditar la pérdida de rendimiento de una explotación de aguas minero-medicinales de las características de que se pretende instalar durante el tiempo transcurrido desde el año 1990 hasta el 1994. Y tal conclusión es razonable pues resulta evidente que la falta de inicio de actividad en el momento de la presentación de la demanda no impedía a la parte demandante presentar datos jurídicos, económicos y de gestión suficientes para llevar a la convicción del tribunal el hecho de que la falta de tiempo no obedecía a circunstancias derivadas de dificultades de rentabilidad o de otra naturaleza no imputables a la no-disponibilidad sobre la finca; ni ofrecer una prueba objetiva sobre la viabilidad y el rendimiento económicamente esperable de la actividad industrial con determinación del momento en que, de haberse dispuesto del inmueble sin las dilaciones padecidas, se hubiera efectivamente iniciado. (STS de 21 de abril de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—*Rote, S.A.* resulta adjudicataria de la venta en subasta judicial en 1989, adquiriendo una finca rústica con una explotación de aguas minero-medicinales. Con ese motivo el Registrador de la Propiedad expide una certificación de cargas en la que omite la existencia de una cláusula resolutoria cuyo ejercicio impide que *Rote, S.A.* se convierta en propietario, obligándole a una posterior transacción para garantizar su dominio. En el presente caso ejercita la acción para exigir responsabilidad civil del artículo 296-5.º, LH. El Juzgado de Primera Instancia absuelve al Registrador, estimando la prescripción de la acción ejercitada. Pero la Audiencia Provincial desestima esta excepción aunque, entrando en el fondo, confirma la absolución del Registrador. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso, condenando al Registrador mediante un minucioso y convincente análisis de la función que desempeña la certificación de cargas en la totalidad de nuestro sistema registral. La reciente STS de 23 de enero de 2008, en un caso diferente, absuelve al Registrador por cancelar la inscripción de la venta efectuada por quien ya había otorgado a favor de tercero una opción de venta ejercitada previamente a aquélla. (*G. G. C.*)

63. Responsabilidad extracontractual: accidente de circulación. Baremo aplicable para valorar los daños sufridos. Diversidad de posiciones de las Audiencias en la interpretación del sistema de valoración de los daños personales. Fijación de una posición por el Tribunal Supremo.

La determinación del baremo que debe ser aplicado para cuantificar los daños ocasionados por accidentes de circulación encontró soluciones dispares en la doctrina menor. La aparente contradicción entre los apartados 3 y 10 del párrafo primero del Anexo de la LRCSCVM dio lugar a que las Audiencias, al interpretar cómo debían valorarse los daños personales, mantuvieran fundamentalmente las dos siguientes posturas:

1.^a Favorable a valorar los daños en atención al momento en que se produjo el daño, según las cuantías resultantes del baremo vigente en la fecha en que acaeció el siniestro. Esta interpretación, coherente con la regla general vigente en materia de daños que apunta a que la obligación de indemnizar nace cuando se llevó a cabo la conducta que hace a su autor responsable –artículo 1089 CC–, se apoya tanto en el principio de seguridad jurídica, por la posibilidad de conocer con anterioridad al inicio del pleito cuales son las cantidades exactas que se reclaman y la necesidad de que las víctimas sean tratadas por igual con independencia de la suerte que puede correr el pleito y las eventuales dilaciones injustificadas en el dictado de la sentencia, como en el principio de irretroactividad de las normas establecido en los artículos 9.3 CE y 2.3 CC, que impide aplicar un sistema posterior, sin que tampoco este criterio cause perjuicio alguno a las víctimas pues los retrasos se compensan con el sistema de intereses moratorios al amparo del artículo 20 LCS, los cuales posibilitarían compensar al perjudicado por la pérdida de poder adquisitivo, conciliándose perfectamente con el carácter de deuda de valor que se atribuye a estas. Este criterio supone que la norma jurídica aplicable en el momento de producción del daño habría de determinar tanto el sistema de valoración de los daños (y por ende los puntos por lesiones permanentes o secuelas), como la regla aplicable para fijar su valoración, (es decir, el valor concreto del punto) solución que presenta claros inconvenientes cuando se trata de resarcir los daños que tardan mucho en curar o que no se manifestaron desde el primer momento.

2.^a Favorable a entender que los daños deben cuantificarse según la tabla vigente en el momento de dictar sentencia, justificada en la jurisprudencia que califica la indemnización de los daños personales como deuda de valor, para evitar que la víctima sufriera los efectos negativos de la inflación y paralelamente se beneficiara injustificadamente al responsable de aquellos. Sin embargo, esta opción presenta varios inconvenientes, como la inseguridad jurídica que deriva de dejar en manos de la víctima la determinación del momento en que se tenga que fijar la cuantía, al poder demorar la presentación de la demanda interrumpiendo cuantas veces le sea posible el plazo de prescripción, o retrasar el curso del proceso, alargando la fecha de la sentencia que se toma como referente; que no distingue entre el sistema de valoración aplicable a los daños y la cuantía de los puntos que resulten de aplicar el sistema de cuantificación a la concreta lesión sufrida por el perjudicado; y que la demora no compensa de todos los perjuicios a la víctima, sino tan sólo de la pérdida derivada del valor adquisitivo, que es la que se compensa con la actualización de las tablas según el IPC.

Estas diferencias interpretativas fueron resueltas por dos sentencias del Pleno del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007, que establecen que deben distinguirse dos momentos:

1.º La regla general determina que el régimen legal aplicable a un accidente ocasionado con motivo de la circulación de vehículos es siempre el vigente en el momento en que el siniestro se produce. El daño, es decir, las consecuencias del accidente, se determina en el momento en que este se produce y este régimen jurídico afecta al número de puntos que debe atribuirse a la lesión padecida y a los criterios valorativos (edad, trabajo, circunstancias personales y familiares, incapacidad, beneficiarios en los casos de muerte, etc.), que serán los del momento del accidente. En consecuencia y por aplicación del principio de irretroactividad, cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado.

2.º Sin embargo, la determinación definitiva de las lesiones o el número de días de baja del accidentado puede tenerse que determinar en un momento posterior. La Ley 30/1995 no cambia la naturaleza de deuda de valor de la obligación de indemnizar los daños personales, según reiterada jurisprudencia. En consecuencia, la cuantificación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del accidente debe efectuarse en el momento en que las secuelas del propio accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, con independencia de que la reclamación sea o no judicial.

De este modo, el principio de irretroactividad queda salvado porque el régimen jurídico se determina en el momento de producirse el daño, aunque su cuantificación tenga lugar en un momento posterior y de este modo se salvan también las finalidades perseguidas por la Ley 30/1995, puesto que ambos momentos son seguros.

No pueden recaer sobre los perjudicados las consecuencias de la inflación cuando sus lesiones tardan mucho tiempo en curar o en consolidarse y es por ello que, al valorarse el punto de acuerdo con las variaciones del IPC, se evita este perjuicio. Y todo ello sin perjuicio de que los daños sobrevenidos deban ser valorados de acuerdo con lo establecido en el punto 9 del párrafo primero del anexo de la Ley 50/1995.

Aplicación retroactiva de las leyes. Admisibilidad de la aplicación retroactiva del baremo de la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995 a indemnizaciones posteriores a su entrada en vigor debidas por hechos anteriores a la misma.—Aunque los artículos 9.3 CE y 2.3 CC recogen el principio de irretroactividad de las leyes, el Tribunal Constitucional, en doctrina reiterada, viene limitando el alcance de este principio cuando una ley regula de manera diferente y «pro futuro» situaciones jurídicas creadas y cuyos efectos no se han consumado, señalando la STC de 16 de julio de 1987 que la prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y en el caso que nos ocupa es indudable que, si bien el hecho con trascendencia jurídica del que nace la responsabilidad extracontractual acaeció antes de la entrada en vigor de la nueva norma, el efecto, es decir, la indemnización, se produce una vez vigente ésta, por lo que, al no tratarse de derechos que estuvieran consolidados, no ha de existir inconveniente en que se apliquen los baremos vigentes a la hora de cuantificarla. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo ha

venido admitiendo inequívocamente la aplicación de criterios objetivos de valoración, como los contenidos en el citado baremo, con carácter orientador, sin apreciar la vulneración de norma alguna. (STS de 10 de julio de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—A results del accidente de circulación acaecido el día 12 de mayo de 1995, que ocasionó el fallecimiento de don N. y diversos daños personales y materiales de importancia a su esposa doña A., quien viajaba de ocupante en el vehículo propiedad del matrimonio, tanto ésta como los padres del finado, don J. R. y doña L., ejercitaron una acción de indemnización de daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual, suplicando se condenara solidariamente a las entidades codemandadas, O.E., S.A. y A.O. AG —como propietarias del vehículo causante del siniestro—, y C.I.C.E. S.N.A.V. y O. —como aseguradoras del mismo—, a abonar a la parte actora la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, más los intereses moratorios previstos en el artículo 20 LCS con relación a las entidades aseguradora.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a las entidades demandadas al abono de diversas cantidades a los actores e intereses legales. Interpuesto recurso de apelación por los actores, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, revocando la sentencia del Juzgado en el sentido de fijar la indemnización correspondiente a los daños personales sufridos por doña A. en una cantidad superior. Contra esa sentencia, doña A. recurrió en casación, siendo estimado el recurso en parte por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El Tribunal Supremo reitera en esta sentencia la doctrina jurisprudencial fijada por las relevantes SSTS del Pleno de 17 de abril de 2007 (siendo Ponente en ambas la Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías), citadas en el texto y que fueron objeto de comentario por Mariano Medina Crespo en Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil). Vol. 1.º (2005-2007), dirs. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Madrid, 2008, pp. 423-477 (y que sometimos a anotación en este Anuario, tomo LXII-II, abril-junio 2009, pp. 968-970), sobre cuál ha de ser el momento temporal a tomar como referencia en la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación, ante lo cual las Audiencias —como hemos visto en el texto— mantenían una diversidad de posiciones. Se entiende finalmente que, a fin de alcanzar el valorismo de las deudas resarcitorias, el número de puntos habrá de determinarse con referencia al baremo vigente en el momento del accidente, pero valorando económicamente esos puntos a la fecha del alta definitiva del perjudicado. (F. J. J. M.)

64. Culpa extracontractual: accidente de circulación: cuantía indemnizatoria: criterio mantenido por el Pleno de la Sala 1.ª Tribunal Supremo.—Debe estimarse fundado el recurso de casación, debiendo casarse en parte la resolución recurrida en lo relativo tan sólo al baremo que sirvió de base para cuantificar los daños, que no ha de ser el vigente en la fecha del siniestro (6 de agosto de 1999), como acoge la sentencia impugnada, sino el

vigente en la fecha en que se consolidaron las lesiones y secuelas, esto es, el vigente al tiempo en que se produjo el alta definitiva que según la documentación obrante tuvo lugar con fecha 26 de mayo de 2000. Ello es así porque, si bien el criterio uniforme establecido por las sentencias del Pleno de la Sala 1.^a Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007 no coincide exactamente con la tesis del recurrente –partidario de que el baremo de referencia sea el vigente a fecha de la sentencia–, es indudable que descarta la solución adoptada por la Audiencia Provincial, basada en tomar en cuenta la fecha del accidente tanto para determinar el sistema de valoración aplicable como para cuantificar los daños que resulten de la aplicación de aquél. En consecuencia, se ha de fijar el importe de la indemnización aplicando el sistema de valoración de daños comprendido en el Anexo establecido por la Disposición Adicional 8.^a de la Ley de 8 de noviembre de 1995, pero calculando las cantidades de acuerdo con los importes establecidos por la Resolución de la DG Seguros de 2 de marzo de 2000, por ser la correspondiente al alta definitiva (26 de mayo de 2000), cuya determinación se hará en periodo de ejecución de sentencia. El importe resultante no devengará los intereses moratorios del artículo 20 Ley del Seguro, por no haberse admitido el recurso en este punto. Pero sí devengará los intereses procesales previstos en el artículo 576.2 Lec, desde la fecha de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. **(STS de 23 de julio de 2008; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.] (G. G. C.)

65. Culpa extracontractual: accidente de circulación: criterios para fijar la cuantía de la indemnización: doctrina fijada por el Pleno de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo.—Lo que se plantea en casación es la conveniencia de determinar la valoración de los daños ocasionados con referencia, no al momento del accidente –que es el criterio seguido por la Audiencia Provincial–, sino con referencia a un momento ulterior, permitiendo de esta forma al recurrente obtener una indemnización superior a la fijada según el criterio seguido por aquel tribunal, y tal pretensión ha de ser estimada en parte pues, si bien ese momento no puede ser el de la fecha de la sentencia, sí deben cuantificarse los daños conforme al momento en que se concretó el alta definitiva del perjudicado. La sentencia debe casarse –aunque los efectos de la casación sean más limitados de los pretendidos por el recurrente– porque la nueva doctrina es incompatible con el criterio seguido por la Audiencia Provincial ya que no permite que la fecha del accidente sea tomada en consideración tanto para determinar los puntos correspondientes al menoscabo personal como para calcular el valor de los mismos, toda vez que ello es contrario a la jurisprudencia de esta Sala referente al carácter de deudas de valor, y, fundamentalmente al criterio fijado por el Pleno de esta Sala para la interpretación del sistema de valoración de los daños corporales establecidos en el Anexo a la Ley de Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, en sendas sentencias de 17 de abril de 2007. En consecuencia, se ha de proceder a fijar el importe de la indemnización mediante la aplicación sistemática de valoración de los daños vigente en el momento del accidente (21 de noviembre de 1995), pero calculando las cantidades por los diferentes conceptos indemnizatorios concretados en la sentencia recurrida, que debe permanecer incólume en este particular, de acuerdo con los importes establecidos en la Resolución de la DG de Seguros de 24 de febrero de 1988, cuya determinación se hará en el perio-

do de ejecución de sentencia. La cantidad resultante devengará los intereses legales fijados en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, cuyo pronunciamiento fué ratificado en Audiencia Provincial y debe permanecer inalterado; con la precisión de que dicha cantidad devengará los intereses procesales del artículo 576.2 LEC desde la fecha de la primera instancia, en la que establece el daño indemnizable, cuya cuantificación económica se ha llevado a cabo mediante los criterios establecidos en esta sentencia. **(STS de 9 de julio de 2008;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.] (*G. G. C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

66. Comunidad de bienes. Acción de división de la cosa común. Ejercitarla supone reconocer la existencia de la comunidad.—La alegación de la previa disolución de las comunidades de bienes es incompatible con la pretensión deducida del actor, pues al solicitar en la demanda la división del inmueble dio por supuesto que la comunidad no había sido disuelta. Salvo la división de la cosa común, la comunidad de bienes sólo puede extinguirse por pérdida, desaparición, enajenación, adquisición por un tercero de la cosa común o consolidación de las cuotas en manos de uno de los copropietarios. Demandar la división de la cosa común equivale a reconocer que la comunidad no se ha extinguido por no haber concurrido ninguna de estas causas. **(STS de 15 de abril de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don F. y doña F. presentaron demanda contra don M. y don R., solicitando que se declarara la división del inmueble mediante pública subasta, repartiendo su importe entre los comuneros conforme a su cuota, así como la declaración de la disolución de la comunidad de bienes, oponiendo los demandados la existencia de un pacto verbal entre las partes en cuya virtud no se procedería a la disolución de las comunidades hasta que se hubieran satisfecho los préstamos solicitados para la explotación del negocio, en especial un crédito hipotecario.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por don M. y don R., la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia de primera instancia y desestimando la demanda. Contra esa sentencia, los actores recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

67. Transmisión de la propiedad: aplicación del artículo 1463 CC a bienes inmuebles (*traditio brevi manu*).—Está admitido genéricamente por la doctrina y la jurisprudencia que, aunque el artículo 1463 CC se refiere expresamente a los bienes muebles, puede aplicarse también a los bienes inmuebles. Por consiguiente, debe admitirse que la *traditio brevi manu* es una forma de entrega apta para bienes inmuebles, que se da cuando el adquirente poseía con anterioridad el bien por un título distinto al de propietario.

(STS de 26 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Román García Varela.]

HECHOS.—Los socios de un club de automóvil poseían un local para el desarrollo de las actividades sociales, no en concepto de dueños. En un momento dado, parte de los socios adquirieron de la Asociación, por documento privado, cuotas alcuotas de la propiedad del local. Se discute en juicio —a instancia de los socios compradores— si, a partir de entonces, puede hablarse de transmisión de parte alcuota de la propiedad a dichos socios; esto es, si comenzaron a poseer el local en concepto de propietarios o bien continuaron poseyéndolo sencillamente como socios. En Primera Instancia se desestimó la demanda declarativa de dominio. La Audiencia revocó la anterior y declaró la propiedad de los socios adquirentes de las partes alcuotas. (C. J. D.)

68. La acción reivindicatoria de dominio contradictoria respecto del inscrito, exige traer a juicio a los titulares registrales. Litisconsorcio pasivo necesario.—En una acción reivindicatoria de dominio contradictoria respecto del inscrito, cuya eventual estimación trae consigo la cancelación parcial de la titularidad registral contradictoria con la afirmada, es preciso traer a juicio a los titulares registrales, y así es doctrina constante, plasmada en las SSTS de 27 de enero de 2006, 4 de noviembre de 2002, 2 de abril y 18 de junio de 2003, entre otras muchas, que la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario exige llamar al juicio a todas las personas que, en virtud de disposición legal o por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, puedan estar interesadas directamente o puedan resultar afectadas en la misma medida por la solución que se dicte en el proceso, por lo que se trata de una exigencia de naturaleza procesal con fundamento en la necesidad de dar cumplimiento al principio de audiencia evitando la indefensión, al tiempo que se robustece la eficacia del proceso mediante la exclusión de resultados procesales prácticamente inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio y se impiden sentencias contradictorias no solo por diferentes sino además por incompatibles. No puede acogerse una acción en que se reivindica el dominio de inmuebles que constan inscritos en el Registro a favor de terceros sin antes traerlos al proceso, puesto que los titulares registrales se encuentran amparados por el principio de legitimación a que alude el artículo 38 LH, y el asiento respectivo a su favor, bajo la salvaguarda de los Tribunales, precisándose su presencia en el pleito, y una verdadera oportunidad de ser oídos en defensa de su derecho, para que pueda prosperar la pretensión formulada en su contra por quien se dice propietario de mejor derecho en la realidad extrarregistral.

La posesión del bien por el demandado es requisito de la acción reivindicatoria.—La jurisprudencia ha establecido en STS de 23 de septiembre de 1958 que «dada la naturaleza de la acción reivindicatoria jamás puede prosperar si no se cumple el requisito de hallarse la cosa en la posesión o tenencia de aquél a quien se demanda, pues en caso contrario, no puede ser condenado a la entrega de lo que no posee»; y la de 16 de julio de 1997 que «la acción reivindicatoria se plantea frente a quienes son los actuales poseedores a título de dueño de los terrenos reivindicados, por lo que en nada

afecta dicha acción a los poseedores anteriores que, en el peor de los casos, podrán tener que responder frente a los demandados por las porciones transmitidas a los mismos, pero no frente al actor que ninguna relación contractual ha tenido con ellos». En parecidos términos la STS de 18 de julio de 1969. (STS de 30 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Don F., doña A. y doña F. interpusieron demanda contra el Ayuntamiento de M. y la Junta de Compensación de AF, en ejercicio de acción reivindicatoria de las parcelas y de cancelación de inscripción registral contradictoria.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda principal, acogiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, opuesta entre otras por los demandados, y dejando imprejuzgada la cuestión de fondo. Interpuesto recurso de apelación por los actores, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia. Contra esa sentencia, los actores recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

69. Acción declarativa de dominio.—La acción declarativa de dominio tiene por objeto simplemente declarar el derecho de propiedad y viene destinada, con la reivindicatoria, a la protección del mismo, fundándose en el artículo 348 CC, siendo requisito necesario la perfecta identificación de la finca, tanto en su superficie como en su contenido.

Principio de legitimación registral. Alcance.—El artículo 38 LH preceptúa que «a todos los efectos se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo», disponiendo el artículo 1250 CC que «las presunciones que la Ley establece dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas». Como expresa la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de noviembre de 1944 el Registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario, presumiéndose igualmente que el derecho inscrito existe y corresponde al titular, con lo que la presunción *iuris tantum* alcanza a todos los supuestos hipotecarios, gozando asimismo el titular registral de una justa y adecuada protección al exonerarle de la carga de la prueba.

El principio de la fe pública registral atribuye a las inscripciones vigentes carácter de veracidad en cuanto a la realidad jurídica, pero no con carácter absoluto e ilimitado, ya que ampara datos jurídicos y opera sobre la existencia, titularidad y extensión de los derechos reales e inmobiliarios inscritos, no alcanzando la presunción de exactitud registral a los datos y circunstancias de mero hecho (cabida, condiciones físicas, límites y existencia real de la finca), de tal manera que la presunción *iuris tantum* que establece el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, cabe ser desvirtuada por prueba en contrario, que acredite la inexactitud del asiento registral en cuanto la realidad jurídica registral acredite ser distinta a la que se expresa tabularmente (STS de 30 de noviembre de 1991). (STS de 2 de junio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Una sociedad inmobiliaria demandante adquirió una finca con unos linderos y una superficie que se hacían constar en la escritura pública y coincidían con la descripción registral. Posteriormente, Santiago discute la propiedad de una franja que terreno de 32 metros cuadrados. La inmobiliaria interpuso demanda en la que ejerció acción declarativa sobre la mencionada franja.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia dictada en primera instancia por entender, esencialmente, que era la inmobiliaria, en el ejercicio de la acción declarativa de dominio, quien tenía que probar la inclusión de estos 32 metros cuadrados en su finca.

NOTA.—En la sentencia anotada el Tribunal Supremo sigue la doctrina jurisprudencial que entiende que el principio de legitimación registral no alcanza a los datos de hecho, como si es secano o regadío o está edificada o en construcción (STS de 7 de febrero de 2008 [RJ 2008, 2814]), pero sí alcanza a la situación y linderos en cuanto una persona ajena al Registro de la Propiedad tan sólo los puede rechazar o impugnar si acredita cumplidamente su derecho sobre finca que contradiga el asiento registral y destruya la presunción *iuris tantum* que proclama el contenido de la inscripción.

Para el Tribunal Supremo la inmobiliaria como adquirente de buena fe confiaba en el Registro de la Propiedad sin que se le pueda exigir el sufrir la carga de comprobar la realidad extrarregistral (SSTS de 10 de julio de 2006 [RJ 2006, 6066] y 21 de julio de 2006 [RJ 2006, 5595]) y la carga del examen de otros folios anteriores (SSTS de 12 de junio de 2003 [RJ 2003, 5634] y 3 de marzo de 2005 [RJ 2005, 4729]), a cuyo favor juega el principio de legitimación registral. El Alto Tribunal resalta que el demandado, según la propia sentencia de instancia, no ha acreditado que aquella franja de 32 metros cuadrados le perteneciera destruyendo así la presunción de exactitud registral que a la entidad demandante le proporcionaba el artículo 38 LH. (*M. C. L. J.*)

70. Deslinde administrativo. Zona marítimo-terrestre.—El deslinde administrativo de la zona marítimo-terrestre realizado al amparo de la Ley de Costas (LC) tiene eficacia declarativa de la naturaleza demanial de los bienes cuya cabida y linderos se precisan en él; es equivalente a un título de dominio; comporta la incorporación de los expresados bienes al dominio público marítimo-terrestre (arts. 13.1 LC y 28.1 de su Reglamento); es título hábil para solicitar la anotación preventiva del dominio público; permite la constancia tabular del carácter demanial de tales bienes y la rectificación de los asientos contradictorios (arts. 13.2 LC y 29.1 de su Reglamento); afecta a las titularidades amparadas por el Registro, que no pueden prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados; alcanza a los titulares de derechos inscritos amparados por el artículo 34 LH (desaparece la conservación de sus derechos que les confería la LC 1969, art. 6.3); y se plasma en la conversión del derecho de propiedad, afectado por el efecto declarativo inherente al deslinde, en un derecho real de carácter administrativo y de duración limitada (DT 1.ª LC).

Deslinde. Vía contencioso-administrativa y vía civil.—La coexistencia de la vía contencioso-administrativa y la civil se traduce en que el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo controla la legalidad del expediente de deslinde y la pureza del procedimiento seguido, declarando si es o no conforme a Derecho, pero no prejuzga el fallo que ha de dictar el orden jurisdiccional civil a raíz del ejercicio de la acción declarativa o reivindicatoria. Ante éste pueden atacarse las titulaciones y los hechos que la configuran mediante la prueba que se suministre y el proceso seguido ante la jurisdicción contencioso-administrativa no produce efectos de litispendencia. (STS de 21 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña Filomena y don César adquirieron su finca en un momento en que no formaba parte de la zona marítimo-terrestre, pero se integró en ella a raíz del deslinde administrativo realizado al amparo de la Ley de Costas. Ante esta situación, doña Filomena y don César interponen demanda contra el Estado, Ministerio de Medio Ambiente.

El Juzgado de Primera Instancia consideró que los actores eran propietarios con justo título de una finca y que, en consecuencia, se encontraban en la situación fáctica a que se refiere la primera parte del núm. 1 de la DT 1.ª LC para interesar la concesión. Añadía que debía desestimarse la pretensión de que se declarase el dominio actual de la parte actora y su derecho a obtener la concesión, pues sólo la Administración y, en su caso, los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo podían pronunciarse acerca de la existencia de tal derecho. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia.

NOTA.—En forma análoga al que se plantea en el presente supuesto fueron aplicados los criterios dimanantes de la jurisprudencia constitucional respecto de una finca adquirida en la misma zona con anterioridad a la Ley de Costas inscrita en el Registro de la Propiedad, que resultó incluida en la zona marítimo-terrestre por deslinde de 1991, rechazando el Tribunal Supremo la vulneración del artículo 33 CE y aceptando la tesis de la sentencia recurrida dictada por la Audiencia Provincial (STS de 26 de febrero de 2004, [RJ 2004, 856]). (M. C. L. J.)

71. Deslinde de dominio público marítimo-terrestre y calificación de una zona de dominio público o propiedad privada.—La jurisprudencia sobre el dominio público marítimo terrestre es muy reiterada (SSTS de 26 de abril, 22 de julio, 6 de octubre, 14 de octubre, 10 de noviembre, 17 de junio, 25 de junio, 17 de julio, 6 de julio y 12 de noviembre de 1988, 7 de julio de 1989, 20 de enero de 1993).

La STS de 8 de junio de 2001 hace hincapié en que el deslinde es función administrativa y la ubicación de un terreno dentro de tal zona, así como su calificación de dominio público o propiedad privada es materia propia de la jurisdicción civil.

Así pues, la competencia exclusiva sobre la declaración del derecho de propiedad pertenece a la jurisdicción civil, que no está vinculada por el deslinde administrativo.

Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costas: garantía expropiatoria.—La Constitución no altera los derechos adquiridos ni las situaciones consolidadas y la garantía expropiatoria como garantía patrimonial tiene su reconocimiento constitucional en el artículo 33.3 cuando precisa que la privación de bienes y derechos está condicionada, para su regularidad constitucional, a que se lleve a cabo la correspondiente indemnización.

En el ámbito del deslinde marítimo-terrestre y, en concreto, en las situaciones previstas en la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costas, la concesión en ella regulada representa la indemnización.

El Alto Tribunal cita a estos efectos las SSAP Huelva de 16 de julio de 2003, 12 de febrero de 2004 y 16 de junio de 2004; en la primera de ellas puede leerse lo siguiente: «El apartado 1 de la Disposición Transitoria primera de la Ley de Costas al otorgar una concesión por 30 años, prorrogables por otros tantos, que permitirá los usos y aprovechamientos existentes, sin abonar canon alguno, a los titulares de espacios de playa que hubieran sido declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de la mencionada Ley, establece una transformación de un derecho dominical en concesión que constituye una muy singular forma de expropiación, por evidentes razones de utilidad pública en la que la indemnización a percibir por los anteriores titulares consiste en el valor económico de la referida concesión que representa un equivalente del derecho de que se les priva». (STS de 8 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La cuestión litigiosa gira alrededor de la inclusión de la finca de los demandantes en el deslinde llevado a cabo por la Administración en el dominio público marítimo-terrestre, cuya resolución administrativa es recurrida ante la jurisdicción contencioso administrativa, recurso que es desestimado. En la jurisdicción civil se ha ejercitado la acción civil que prevé el artículo 14 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas.

La parte demandante interpone tres pretensiones, en forma alternativa y subsidiaria.

En primer lugar, se interpone acción declarativa de dominio (de Derecho privado) de la finca, pretensión que es desestimada en la instancia, ante lo que se aquieta la parte demandante.

En segundo lugar (para el caso en que se haya resuelto negativamente el recurso contencioso-administrativo, como así ha ocurrido), acción declarativa de que la finca es y ha sido siempre de dominio privado, por estar inmatriculada antes de la Ley de Puertos de 1880 y ser su titular tercero hipotecario y que dicha propiedad ha de mantenerse hasta que se produzca una expropiación. Esta última es la pretensión que se mantiene en casación.

En tercer lugar, y como acción subsidiaria, que es la acogida parcialmente por la sentencia de primera instancia confirmada en apelación, se pretende la declaración de que la finca era propiedad privada con anterioridad a la Orden citada de 1994 que aprobó el deslinde y que se encuentra en los supuestos de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Costas, a los efectos de la obtención de la concesión que contempla. (B. F. G.)

72. Propiedad Horizontal. Modificación del título constitutivo.—El artículo 16.1 LPH, en su redacción original, establecía que, para la adopción de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, será necesaria la unanimidad de los propietarios. Por tanto, el acuerdo tomado para la aplicación del título constitutivo no exige la unanimidad de todos los copropietarios, aún modificando una situación fáctica contraria a su contenido, pues, precisamente, su omisión se venía produciendo sistemáticamente en el tiempo en detrimento del resto de propietarios, a los que tanto el título constitutivo como la legislación vigente les reconocían el derecho a abonar cuotas de menor importe en virtud del prorrateo aprobado por unanimidad en la constitución. Al no exigirse la unanimidad de todos los copropietarios para la adopción del acuerdo impugnado, dada la emisión de voto afirmativo por todos los propietarios asistentes, ha de reconocerse su plena validez.

Régimen especial de distribución de gastos comunes.—La jurisprudencia de esta Sala sobre el artículo 9.5.º LPH es reiterada, en el sentido de que puede establecerse estatutariamente un régimen especial sobre distribución de gastos, que articule módulos diferentes a la cuota de participación fijada en el título constitutivo para cada piso o local, en relación con el total del edificio, prevaleciendo en este punto la autonomía de la voluntad —SS de 28 de diciembre de 1984, 2 de marzo de 1989, 2 de febrero de 1991 y 14 de marzo de 2000, entre otras muchas—.

Por tanto, la cuota de participación en los gastos, establecida en el Título Constitutivo únicamente puede ser modificada por acuerdo unánime de los propietarios, según establecía el artículo 16.1 LPH de 1960 en su redacción original, no así el acuerdo consensuado de establecimiento de las referidas cuotas de participación —que puede fijar unas cuotas diferentes a las establecidas en el título constitutivo—, cuya modificación, al constituir una novación en la voluntad convencional, exige la mayoría simple de los propietarios, como expresión de la voluntad general de la Junta de Propietarios. (**STS de 22 de mayo de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Interpuesta demanda por la entidad mercantil *V.B., S.A.*, contra una Comunidad de Propietarios de una finca de Barcelona, se solicita sentencia por la que se acuerde dejar sin efecto el acuerdo adoptado de modificación del régimen de aportación económica al sostenimiento de los gastos comunes del local propiedad de la entidad mercantil, manteniéndose dicha aportación en la proporción que se haya venido abonando dadas las circunstancias del local.

En dicho acuerdo se admitió que «sometido a la consideración de todos, se coincide en que los propietarios no deben asumir gastos que por Ley no les corresponde, por lo que se aprueba, por unanimidad [de los asistentes], que a partir del 1.º de enero de 1999, se les aplique a los locales, la cuota pertinente, en función de los gastos anuales, de acuerdo con su coeficiente de participación».

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda.

La Audiencia revoca esta sentencia y declara nulo el acuerdo adoptado en la junta de la comunidad de propietarios sobre el cambio en la distribución de gastos comunes, al considerar que el acuerdo adoptado supone una «modificación de la situación fáctica hasta la entonces creada e incontrovertida en esta litis», y «cuya finalidad no era otra que volver a la situación de origen recogida en el Título Constitutivo en lo que se refiere a la contribución a los gastos generales, lo que requiere la aprobación unánime de los copropietarios de conformidad con lo prevenido en la norma primera del artículo 16 LPH».

La Comunidad de propietarios interpone recurso de casación, alegando que al local propiedad de la entidad demandante le corresponde un coeficiente o cuota de participación del 10,70 por cien, sin que en la escritura de división horizontal, ni en ningún otro título, figure exclusión o exoneración alguna en orden a la contribución a los gastos comunes, ni otra regla diferente para su distribución que la aplicación del coeficiente. Se añade que en las Juntas de Propietarios anteriores a la que se contrae la impugnación, objeto de este proceso, no se adoptó nunca acuerdo modificativo del título de constitución de la propiedad horizontal en orden a que los locales contribuyan de forma distinta a la prevista en la escritura de constitución y división horizontal, sin que la situación de hecho creada durante años suponga modificación del título, de tal modo que la modificación de esta situación de hecho no requiere la unanimidad que contempla la Audiencia Provincial en la Sentencia impugnada.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar, anulando la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmando la de primera instancia. (M. R. D. R.)

73. Propiedad horizontal. Modificación del título constitutivo.—

Conforme al artículo 17.1 LPH, no cabe hacer ninguna división, agregación o segregación, con efectos jurídicos, si no hay previa autorización unánime de la Junta de Propietarios, ya que se entiende que hay modificación del Título y así lo dispone el artículo 8 LPH.

Abuso de derecho.—Aunque la frase «abuso del derecho» conforma expresión jurídica, que se den hechos probados que pongan de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) o subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de intereses legítimos); igualmente, ha manifestado que no se dan los requisitos necesarios para la apreciación del abuso de derecho cuando lo que se hace no es con la intención de dañar o mediante la utilización del derecho de un modo anormal y previamente contrario a la convivencia ordenada. (STS de 10 de junio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Román García Varela.]

HECHOS.—La entidad H. L., SA demandó a doña Milagros, don Jaime y la Comunidad de Propietarios y solicitó la condena a éstos a otorgar la autorización prevenida en el artículo 8 LPH, a fin de que se proceda a la división jurídica del local de negocio de su propiedad, que ocupa la planta principal del edificio.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, que acogió las peticiones del escrito inicial.

NOTA.—En el caso debatido, el Tribunal Supremo considera que no existe situación de abuso de derecho, habida cuenta de la falta de constancia de que doña Milagros y don Jaime actuaran de mala fe, o intentaran perjudicar a la parte actora, ya que lo único planteado por ellos, al ser arquitectos y, consiguientemente, conocedores de la materia, han sido sus dudas y objeciones a la pretendida división de la planta principal. Sigue así el Tribunal Supremo en esta sentencia la línea jurisprudencial que afirma que no hay abuso de derecho cuando no hay intención de dañar y no se utiliza el derecho de un modo anormal y previamente contrario a la convivencia ordenada (SSTS de 5 de abril de 1993 [RJ 1993, 2789] y 11 de abril de 1995 [RJ 1995, 3185], y las citadas en ellas). (*M. C. L. J.*)

74. Propiedad horizontal. Instalación de aire acondicionado. Limitaciones.—Declara el Tribunal Supremo que no puede considerarse como modificación de elementos comunes la incorporación de aparatos de aire acondicionado que no suponga la realización de obras de perforación en el inmueble, pues, de lo contrario, se impedirían los servicios del progreso en edificios no preparados para estos elementos de ventilación. De acuerdo con la realidad social (art. 3.1 CC), tal interpretación, contraria al sistema actual de actuación de los comuneros, ha de rechazarse (STS de 17 de abril de 1998). No obstante, esto no autoriza al propietario de ninguno de los pisos en propiedad horizontal a que realice obras de fábrica que afecten a elementos comunes, pues entonces la prohibición es manifiesta (STS de 26 de noviembre de 1990 y 24 de febrero de 1996).

Propiedad horizontal. Limitaciones al uso de los pisos.—No es contraria a la ley una previsión en los estatutos de la comunidad por la que se establezca que no se admite el destino de los pisos a finalidad que suponga afluencia superior de público a la normal de una casa destinada exclusivamente a vivienda.

Congruencia de las sentencias.—Según el Tribunal Supremo, las sentencias desestimatorias de la demanda y absolutorias de la parte demandada no pueden tacharse de incongruentes, toda vez que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas (entre otras, SSTS de 26 de julio de 1994, 25 de enero de 1995 y 24 de enero de 2001). Esta doctrina presenta algunas excepciones; concretamente, cuando el sujeto pasivo se conforma total o parcialmente con la pretensión de la actora, cuando se dejan sin resolver peticiones oportunamente deducidas por los litigantes, cuando se altera la *causa petendi* o el supuesto fáctico de la cuestión relativa, cuando se transforma el problema litigioso, cuando la absolución se produce por haberse apreciado una excepción no alegada ni susceptible de estimación de oficio o, finalmente, cuando se utilizan argumentos distintos de los alegados por las partes, en el caso de que ocasionaran indefensión.

Prueba de confesión. Negación del carácter privilegiado.—Es doctrina jurisprudencial consolidada que la prueba de confesión no es la *regina probationis* y que, por tanto, carece de rango superior a los otros medios de prueba.

Prueba documental. Valor o eficacia.—Declara el Tribunal Supremo que la eficacia de los documentos públicos no se extiende a su contenido o a las declaraciones que hagan en ellos los otorgantes, pues, aunque en principio hacen prueba contra éstos y sus causahabientes, la veracidad intrínseca de las mismas puede ser desvirtuada por prueba en contrario. Por tanto, este medio probatorio carece de prevalencia sobre los demás y sólo vincula al Juez sólo respecto de su otorgamiento y de su fecha, dado que el resto de su contenido puede ser sometido a apreciación con otras pruebas (entre otras, SSTS de 30 de septiembre de 1995, 14 de diciembre de 2005 y 21 de mayo de 2006). (**STS de 16 de mayo de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La empresa propietaria de un piso interpone demanda contra la comunidad de propietarios, reclamando que se declare su pleno dominio sobre la finca de la que es titular, así como la nulidad de dos acuerdos adoptados por la Junta de propietarios. Concretamente, pretende que se declare que pertenece a su finca el patio que linda con su piso, que es elemento comunal del edificio, y que se anule el acuerdo por el que se le impedía instalar aire acondicionado en su finca, realizando para ello obras sobre elementos comunes, así como el acuerdo que impide destinar la vivienda a un uso que suponga una afluencia de público superior al normal en una vivienda (lo que excluye el uso exclusivamente profesional).

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al considerar que el lindero de la finca de la demandante se había modificado unilateralmente por los sucesivos transmitentes de la misma, sin intervención de la comunidad de propietarios. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, éste fue igualmente desestimado por la Audiencia Provincial, que confirmó la sentencia de instancia. La demandante interpuso entonces recurso de casación contra esta sentencia. (*A. M. M.*)

75. Las obras de «pequeño derecho» y su explotación conjuntamente con otras obras.—El Tribunal Supremo señala que no puede aceptarse que la incorporación de una canción corta a un disco configure una obra nueva en el sentido del artículo 9.1 LPI de 1987. Dadas las pequeñas dimensiones de algunas obras, haciendo difícil su grabación en un soporte aislado, debe interpretarse que en estos casos estamos ante una obra independiente publicada conjuntamente con otras, tal como autoriza el artículo 9.2 LPI de 1987.

Infracción del derecho moral de modificación y de integridad.—No existe infracción del derecho de modificación si la alteración de la obra fue autorizada por la sociedad que gestiona los derechos sobre la misma. Estas entidades de gestión suelen celebrar contratos-tipo con terceros, donde se permiten modificaciones de la obra justificadas por las necesidades de la edición. Así, indica el Tribunal Supremo que los arreglos exigidos por la grabación de obras menores comprenden las que exige la adaptación a las características del intérprete. Además, para que se produzca una infracción del derecho moral de integridad, no basta la mera modificación de la obra, sino que es necesario que dicha alteración cambie la concepción artística que tuvo

el autor de su obra. (STS de 17 de julio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don P. compuso, en 1941, la banda sonora de la película «Jai Alai», obra que inscribió en el Registro General de la Propiedad Intelectual, y en la que consta el zortzico titulado «Maite». El 8 de mayo de 1932, don P. ingresó como socio de SGAE, y en la modalidad de derechos fotomecánicos en 1982. El 26 de diciembre de 1988 falleció, nombrando herederos a su hijo don A. y a sus nietos, don J.A. y doña C., quienes, a su vez, ingresaron en SGAE, como socios herederos de dicho autor, el 28 de marzo de 1989, suscribiendo los correspondientes contratos de adhesión, sin formular reserva alguna, el 8 de enero de 1990. El 2 de diciembre de 1985, SGAE y Emi Odeón S.A. suscribieron un contrato por el que la primera concedía a la segunda el derecho, no exclusivo, de proceder a la grabación sonora de las obras de su repertorio. El 15 de octubre de 1991, don T., director artístico de Emi, dirige una carta a don A., solicitándole permiso para que el cantante don L.E. grabara la canción «Maite», manifestando además su disposición a negociar las condiciones económicas. La carta fue contestada por los titulares de derechos de la canción mediante otra en la que, entendiéndose que se producía un arreglo, se condiciona a la solicitud de consentimiento y al pago de una cantidad de dinero. Emi cuestiona la necesidad de autorización de la contraparte, al conceptuar la canción como obra de «pequeño derecho» y afirmar estar facultada para grabar el repertorio administrado por SGAE, al no alterarse sustancialmente la obra originaria. Tras haber oído la grabación, el 17 de febrero de 1992, por conducto notarial, don A. dirige una carta a la discográfica en la que indica que el arreglo de la obra «Maite» altera, mutila, desvirtúa y distorsiona el original, exigiendo la inmediata retirada del mercado de las grabaciones indicadas o, en su defecto, el pago de una indemnización por daños y perjuicios morales. El arreglo de la canción fue finalmente grabado por don L.E. para Emi e integrado en el fonograma «Aman-te Gavioa». Respeto la armonía pero se altera el ritmo original de la obra, modificación que no la deforma sustancialmente.

Los herederos de don P. interpusieron demanda contra Emi y don L.E., alegando que no se había obtenido su autorización para la referida versión, vulnerando así su derecho de transformación. El Juzgado desestimó la demanda, recurriéndose en apelación. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia. Llega a la conclusión de que las modificaciones efectuadas no perjudican ni menoscaban la reputación del autor, teniendo en cuenta la posibilidad limitada de modificación de las obras de pequeño derecho, como consecuencia aneja a la cesión de los derechos de explotación a SGAE, sin reserva alguna. Contra dicha sentencia se interpone recurso de casación por los actores, que es desestimado por el Tribunal Supremo, al considerar que a través del acuerdo entre la entidad de gestión y la productora, se estaban autorizando las modificaciones necesarias, y que las alteraciones realizadas sobre la obra originaria no provocaban un daño a los derechos morales de integridad y de modificación. (S. L. M.)

76. Comunicación pública de obras protegidas en las habitaciones de hotel.—La cuestión jurídica relativa a si la señal televisiva emitida por los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles es o no, a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, un acto de comunicación pública que genera un derecho de indemnización para los titulares de derechos sobre las obras y prestaciones así difundidas, fue resuelta por la STS de 16 de abril de 2007. Dicha sentencia se adecuó a la necesaria armonización y unificación de la interpretación jurisprudencial del artículo 20.1 LPI al Derecho Comunitario, tras el pronunciamiento realizado al respecto por el TJCE, en sentencia de 7 de diciembre de 2006.

Con anterioridad a dicha sentencia, se proponían soluciones diversas para este tipo de supuestos. Esa diversidad de criterios dio lugar a la STS de 10 de mayo de 2003, con finalidad unificadora. En ella se entendía que no se producía la mencionada difusión de contenidos protegidos a través de los receptores de televisión, ni que hubiera lugar a indemnización, pues se consideraban actos desarrollados en el ámbito estrictamente privado. Sin embargo, como consecuencia de la citada sentencia del TJCE, se ha producido un cambio jurisprudencial, plasmado en la STS de 16 de abril de 2007, señalándose el criterio contrario al establecido hasta ese momento, esto es, que existe comunicación pública.

Los términos de la sentencia del TJCE son claros: 1) el concepto de «comunicación pública» debe entenderse en sentido amplio; 2) el término «público» hace referencia a un número indeterminado de potenciales telespectadores; 3) la clientela de un hotel se renueva con rapidez, por lo que se suele tratar de un número considerable de personas; 4) los efectos derivados de esa acumulación sucesiva de personas pueden adquirir una gran importancia económica; 5) para que haya comunicación al público basta con que la obra o prestación protegida sea puesta a disposición del público, de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella; 6) en estos casos 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 en el precio de las habitaciones; 7) es indiferente la técnica utilizada por el hotel para la transmisión de la señal; 8) tampoco tiene relevancia el carácter privado o público del lugar en que se produce la comunicación.

En estos supuestos de televisiones ubicados en habitaciones de hotel, se cumplen todos los requisitos del artículo 20.1 LPI, por lo que hay que entender que se produce la comunicación pública de contenidos protegidos por la Ley.

Cálculo de la indemnización por la comunicación pública de obras protegidas en hoteles.—El Tribunal Supremo ha declarado ya en varias ocasiones que, en este tipo de casos, la demandada tiene la obligación de pagar una indemnización de acuerdo con las tarifas generales de la entidad de gestión actora, y conforme al número de habitaciones y apartamentos ocupados del hotel durante el período durante el cual se ha llevado a cabo la comunicación pública. Esta forma de calcular la indemnización se considera equitativa a falta de acuerdo [arts. 157.1.b), 159.3 y 122.3 LPI]. No puede entenderse abusiva la aplicación de dichas tarifas, a falta de acuerdo, cuando se refieren a la utilización real de la comunicación pública —se tienen en cuenta las habitaciones y apartamentos ocupados—. Así, la entidad demandante debe probar no sólo las tarifas, sino también las retransmisiones comunicadas, mientras que el establecimiento hotelero ha de aportar los índices de ocupación del número de habitaciones. En cambio, no sería equitativo si la indemnización

se calculara sobre el número de habitaciones y apartamentos disponibles. (STS de 10 de julio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El hotel C viene comunicando públicamente, a través de los televisores ubicados en las habitaciones, obras y prestaciones protegidas por la Propiedad Intelectual, sin contar con la debida autorización de los titulares de derechos y sin abonar la correspondiente compensación. EGEDA, la entidad que gestiona los derechos de los productores audiovisuales, interpone demanda solicitando el cese de estas actividades hasta que no sean autorizadas, así como el pago de la correspondiente indemnización conforme a las tarifas generales de la entidad y conforme al número de habitaciones y apartamentos ocupados/televisores disponibles en zonas comunes, durante el tiempo en que se llevó a cabo la actividad ilícita.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta por entender que el sistema de distribución de las emisoras dentro del hotel responde a un sistema similar al de las comunidades de vecinos mediante su incorporación a una antena colectiva, por lo que estaríamos ante un ámbito doméstico y, en consecuencia, no se habría producido la comunicación pública a que se refiere el artículo 20.1 LPI. A la misma conclusión llega la Audiencia Provincial, citando la STS de 10 de mayo de 2003.

En cambio, el Tribunal Supremo sí estima el recurso de casación promovido por la entidad de gestión, explicando el giro jurisprudencial que ha habido en este tipo de cuestiones a raíz de la STS de 16 de abril de 2007. Así, considera que se produce comunicación pública de contenidos protegidos. Igualmente, condena al demandado al pago de una indemnización por tales actos, calculada en función de las tarifas generales de EGEDA y las habitaciones y apartamentos ocupados.

NOTA.—El mismo supuesto de hecho y a la misma conclusión llega el Tribunal Supremo en otra sentencia de 10 de julio de 2008. (S. L. M.)

77. Servidumbre de paso. Usucapión: regla y excepciones.—Las restricciones históricas a la *usucapio servitudis* han cristalizado en el Código civil en la imposibilidad de adquirir las servidumbres no aparentes y las discontinuas mediante prescripción y en el mandato de que sólo pueden adquirirse en virtud de título, y, a falta de éste, por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por una sentencia firme.

Se exceptúan, sin embargo, los supuestos de constitución por signo aparente, por disposición del padre de familia y de prescripción inmemorial consumada antes de la vigencia del Código civil en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera, siempre que el carácter inmemorial del uso de la servidumbre se haya formado antes de la vigencia del Código civil y derive de no ser posible determinar un punto inicial.

Presunción de libertad de los fundos.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado que cuando falta la prueba de una voluntad constitutiva de carácter expreso de la servidumbre no aparente o discontinua, o en caso de duda, ha de operar la presunción de libertad de fundo. Esta doctrina es igualmente aplicable en relación con la adquisición de la servi-

dumbre por prescripción inmemorial anterior a la entrada en vigor del Código civil. (STS de 16 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Las demandantes solicitan que se declare que la finca propiedad de la compañía demandada y la finca de otro code mandado están gravadas con una servidumbre de paso desde tiempo inmemorial a favor de las fincas de su propiedad.

La sentencia dictada en Primera Instancia desestima las pretensiones de la parte actora por entender que no consta probada en autos la posesión de la servidumbre con anterioridad a la promulgación del Código civil.

La Audiencia Provincial, sin embargo, estima la demanda por considerar que existen un conjunto de datos probatorios que constituyen un principio de prueba, consolidado definitivamente por el dato objetivo consistente en que el paraje de la finca de las actoras necesariamente tiene que tener su acceso por el camino sobre el que se pretende la existencia de servidumbre de paso, mientras que el camino alternativo presentado por la demandada no da acceso a la finca y no existe rastro de otro. Lo anterior lleva a la Sala a considerar acreditado que el único lugar por el que se ha tenido acceso a las fincas de la parte actora es por el camino sobre el que se pretende la existencia de la servidumbre de paso.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por uno de los codemandados, basado en cuestiones de valoración de la prueba. (B. F. G.)

78. Prohibición del pacto comisorio.—Nuestro Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, puede apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (arts. 6, 1859 y 1884 CC). No obstante lo anterior, la admisión de la venta con pacto de retro no contraría la anterior afirmación, pues técnicamente aquella no implica un préstamo con garantía legal. El que vende con pacto de retro trata de obtener un préstamo, pero no queda obligado a devolver la cantidad recibida; no surge ningún derecho de crédito contra él; el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida y sólo si hace uso de ella es cuando deberá efectuar la devolución del precio; pero en tanto el vendedor no quiera hacer uso de esa facultad recuperatoria, el comprador no puede compelerle a que reintegre cantidad alguna.

Sin embargo, cuando se pretende instrumentalizar la venta con pacto de retro como garantía de un crédito preexistente, sí que se faculta al comprador para requerir de pago al vendedor. Cuando la venta con pacto de retro se utiliza para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia que vulnera la prohibición del comiso, no hay efectiva y verdadera venta como un contrato debidamente causalizado en el que la transmisión de la cosa corresponde al precio cobrado [en tal caso el precio solo es aparente, la transmisión dominical solo obedece a esa final de garantía y eso carece de eventualidad para justificar el efecto traslativo (arts. 1261.3 y 1274 CC)] (FD. 3.º).

Prescripción extintiva. Dies a quo.—Si la prescripción extintiva comenzara a correr antes de que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasen-

tido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la Ley o la propia convención, y de ahí que no se pueda reprochar al titular de un derecho el no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer todavía las bases para actuarlo (FD. 2.º). (STS de 5 de junio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El 30 de julio de 1975 doña Marina celebra un contrato por el cual pasa a ser la avalista del crédito personal solicitado por los cónyuges don Plácido y D.^a Ana María a una Caja de Ahorros para la compra de un piso a la vendedora D.^a Laura. Posteriormente, doña Marina tiene que hacer frente a los pagos del préstamo, por no atenderlos los obligados principales. En concreto, al pago el 4 de marzo de 1981 de 134.599 pesetas, y al pago liquidatorio del préstamo el 27 de diciembre de 1983, de 443.367 pesetas. Doña Marina interpuso demanda el 2 de octubre de 1998 contra los cónyuges y doña Laura en la que solicitaba que se declarase la subrogación de doña Marina en la posición de compradora y que se obligase a la elevación a público del contrato de compraventa con la vendedora, D.^a Laura.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta y acogió la excepción de prescripción de la acción. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó.

NOTA.—Para el Tribunal Supremo no puede admitirse la interpretación de la sentencia recurrida sobre que la acción pudo ejercitarse a partir del pago de 134.599 pesetas de fecha 4 de marzo de 1981. Esta interpretación fue la que determinó la estimación de la excepción de prescripción extintiva, que no hubiera prosperado de tener en cuenta, por el contrario, como fecha a partir de la cual podía ejercitarse la acción el día 27 de diciembre de 1983. Para el Alto Tribunal la acción ejercitada por la avalista únicamente nacía desde la íntegra satisfacción del préstamo, por ello estima el motivo relativo a que no hay prescripción de la acción, aunque desestima la demanda porque el pacto comisorio siempre ha sido rechazado.

Como en otras ocasiones, en la sentencia anotada el Tribunal Supremo señala que tratándose de una norma legal imperativa, como es la de la prohibición del pacto comisorio (arts. 1858 y 1859 CC) no es necesario reconvertir para que se decrete su nulidad, porque no se trata de la defensa de ningún interés privado, sino del interés público, que no puede consentir que se deje en manos de los acreedores la facultad de apropiarse de los bienes de los deudores que dieron en garantía para satisfacer las deudas impagadas. En consecuencia, dada la naturaleza de la prohibición, estamos ante una nulidad radical y absoluta, apreciable de oficio por los Tribunales (*vid.* entre otras, STS de 18 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1003]). (*M. C. L. J.*)

79. Ejecución Hipotecaria Extrajudicial. Declaración de inconstitucionalidad.— Esta Sala desde su S de 4 de mayo de 1998, seguida por las de 30 de enero y 20 de abril de 1999, 13 de diciembre de 2005 y 10 de octubre de 2007 ha declarado la inconstitucionalidad sobrevenida de la disposi-

ción contenida en el artículo 129.2 LH, vigente con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1978, que acarrea la ineficacia de las normas reglamentarias de desarrollo contenidas en varios artículos del Reglamento Hipotecario, en cuanto dicha norma autorizaba la existencia de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria según el cual, con el mero acuerdo de las partes, quedaba excluida la intervención judicial en un procedimiento de ejecución de esencia y contenido puramente jurisdiccional. Por otro lado, la derogación se entendía producida de forma automática por vía de lo dispuesto en el apartado 3 de la Disposición Derogatoria de la Constitución Española de 1978, según la cual «asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución»; derogación que quedaba producida desde el momento de la entrada en vigor del texto constitucional sin perjuicio de que fueran los tribunales los que la declararan en cada caso a la hora de justificar la inaplicación de la norma inconstitucional. Como ya estableció el Tribunal Constitucional en su sentencia de Pleno núm. 4/1981, de 2 febrero, «la peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior –criterio jerárquico– y posterior –criterio temporal–. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar –de una parte– a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y –de otra– a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación».

Se razonó, igualmente, 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».

Como la misma sentencia refiere «razonada la derogación postconstitucional del artículo 129, párrafo segundo, de la vigente Ley Hipotecaria, huelga decir que los preceptos reglamentarios que traen causa del mismo siguen igual suerte al faltar el soporte legal que los explica, todo ello en virtud del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) y, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prohíbe a los Jueces y Tribunales que apliquen preceptos contrarios a la Constitución o a la Ley o al principio de jerarquía normativa. Pero resulta, además, que en el caso se conculca, por las normas reglamentarias, el principio de legalidad que establece el invocado artículo 9 CE, en relación con el artículo 117.3, por cuanto las dichas normas regulan un proceso de ejecución, sin respetar la “reserva de ley” que esta disposición constitucional prevé para “las normas de competencia y procedimiento”...».

Indemnización de daños y perjuicios por nulidad del procedimiento de ejecución.—El artículo 1902 CC a la hora de establecer las consecuencias

indemnizatorias de la llamada culpa extracontractual o «aquiliana» parte de la necesaria intervención de culpa o negligencia imputable al agente como fundamento de tal responsabilidad y no puede aceptarse que incurra en actuación culposa o negligente quien hace un uso adecuado de los procedimientos legales de ejecución previstos en el ordenamiento jurídico en momento en que la contradicción del procedimiento elegido con las normas constitucionales aún no había sido objeto de declaración, sin perjuicio de que tal inconstitucionalidad naciera desde el mismo momento de la entrada en vigor del texto fundamental y viciara el procedimiento, circunstancia a la que ciertamente fueron ajenos todos los que tuvieron intervención en él. (STS de 14 de julio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Las entidades *L.S.*, *S.L.* y *S.*, *S.L.*, interpusieron demanda contra el Banco A. S.A., don J.E. y la Sociedad urbanística V, S.A., solicitando la declaración de nulidad del procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca, así como las adjudicaciones derivadas de la subasta celebrada, y reclamando indemnización de daños y perjuicios.

Alegan los actores la inconstitucionalidad del artículo 129.2 LH, que, a su juicio, quedó derogado por la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución Española, al resultar contrario a las exigencias y garantías de los artículos 117.3, 24.1 y 9.3 del Texto Constitucional.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó, igualmente el recurso de apelación, confirmando la sentencia de primera instancia.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar, casando la resolución anterior y estimando parcialmente la demanda en lo relativo a la nulidad del procedimiento de ejecución extrajudicial de hipoteca y las consecuentes adjudicaciones derivadas de la subasta.

No obstante, consta un Voto Particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros, discrepando del fallo, al entender que la Sala ratifica la doctrina jurisprudencial sobre la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida, que se inicia en la S de 4 de mayo de 1998, del artículo 129, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria, en la redacción que le dio el texto refundido de la Ley Hipotecaria de 1946, reiterando los argumentos esgrimidos en la citada sentencia, que a su vez se acogen en las posteriores de 30 de enero y 20 de abril de 1999 y 13 de diciembre de 2005. Además debe resaltarse que cuando se dictó la S de 4 de mayo de 1998, el procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la hipoteca, y cuya nulidad (del procedimiento) se pide por los recurrentes, ya había finalizado, cuatro meses antes de la presentación de la demanda origen de esta litis [24 de abril de 1998].

Así las cosas, es evidente que la cuestión central del motivo radica en si la inconstitucionalidad sobrevenida de los preceptos hipotecarios puede afectar a procesos de ejecución hipotecaria extrajudiciales acabados antes de 4 de mayo de 1998.

La retroactividad de la declaración de derogación por inconstitucionalidad sobrevenida no puede afectar a dichos procesos; aque-

lla declaración debe quedar limitada en los mismos términos en que lo está una declaración de inconstitucionalidad de preceptos procesales realizada por el Tribunal Constitucional. Así lo manifestó, precisamente, el Tribunal Constitucional en su S 128/94, de 5 de mayo, resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad 949/1992, declarando: «los efectos de esta sentencia en los procesos pendientes sólo se extenderán a los actos procesales que hayan de dictarse a partir de la fecha de la publicación de la presente sentencia, correspondiendo a los órganos judiciales competentes llevar a cabo las adaptaciones necesarias».

En el caso que nos ocupa, el proceso extrajudicial se hallaba totalmente concluido, no pendía ningún acto procesal. Cuánto más se ha de aplicar si se trata de procesos acabados.

En consecuencia, se debió declarar no haber lugar al recurso de casación. (*M. R. D. R.*)

80. Doble inmatriculación. Resolución del conflicto mediante la aplicación del Derecho civil puro.—En estos supuestos la pugna ha de resolverse conforme al Derecho civil puro, con exclusión u omisión de las normas de índole hipotecaria, ya que la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios básicos de la publicidad, legitimación y prioridad.

Realidad registral y realidad extrarregistral.—Una cosa es la constancia registral de una determinada finca y otra es la existencia física de la misma en la realidad extrarregistral. La primera carece de efectividad sin la segunda y la eficacia de lo proclamado por el Registro de la Propiedad cede ante la realidad física y determinable de los derechos a que se refiere.

Los asientos del registro pueden estar en contradicción con la situación real, bien por referirse a titularidades que nunca han existido válidamente, por hacerlas constar de forma diversa a la verdadera o por no haber constatado su extinción. Lo mismo cabe decir de los títulos que sirven de base a la inscripción. (**STS de 30 de abril de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En el presente supuesto se parte de la existencia de una doble inmatriculación, en tanto que las fincas propiedad de la actora y de la entidad demandada acogen dentro de su extensión tres mismas parcelas catastrales de un mismo polígono.

El título de la demandante, derivado de partición sucesoria, es de fecha 18 de febrero de 1994, momento en que por primera vez se hace constar que la finca de la actora comprende las referidas catastrales.

El título de la parte demandada arranca del año 1957, constando ya tales menciones catastrales coincidentes desde aquella fecha.

Los datos anteriores, unidos al hecho de que el perito topógrafo que informa en el proceso no ha podido ubicar físicamente la propiedad de la actora, conducen a la Audiencia Provincial a confirmar la sentencia de primera instancia, que había desestimado la demanda.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante. (*B. F. G.*)

81. Fe pública registral. Tercero Hipotecario.—La presunción de exactitud registral es expresión de la eficacia del sistema registral, y en la misma, la presunción *iuris et de iure*, plasmada en el artículo 34 LH, conocida como principio de fe pública registral protege decisivamente al adquirente, que es tercero hipotecario, haciendo que lo que no consta en la inscripción registral, no le afecta, en el sentido de que se le mantiene, cuando adquiere de buena fe y a título oneroso, en su adquisición, confiado en lo que expresa el Registro. Los presupuestos para la aplicación del principio los enumera el primer párrafo de dicho artículo: adquisición de un derecho de quien aparezca en el Registro con facultades para transmitirlo, buena fe, a título oneroso e inscripción del derecho.

Cuando el artículo 34 LH prevé la protección *iuris et de iure* al tercero hipotecario, lo hace sobre la base de que le alcanza siempre que la causa que haga ineficaz su adquisición no conste en el mismo Registro, lo cual significa que no consta en el folio real de la finca en cuestión; es decir, que el tercero hipotecario confía en la transmisión y la adquisición, basado en lo que expresa el folio real de la finca objeto de su adquisición; pero no, en lo que pueda resultar del conjunto de los libros del Registro, como si se obligara a todo adquirente, si quiere ser considerado tercero hipotecario, a realizar una exhaustiva investigación para comprobar si en el Registro aparece, en otro folio real de otra finca, una causa de ineficacia que pueda alcanzar a su adquisición.

En este sentido, la S de 27 de marzo de 1984 mantiene que: «les ampara la fe pública registral que, si de una parte cubre y garantiza la extensión de los derechos reales inscritos, actúa de otra con la base que le presta la hoja registral y por lo tanto no obliga al tercero a una consulta general del Registro, ni siquiera a la de los asientos de otras fincas de la misma procedencia que la de su interés»». (STS de 30 de junio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La entidad F. S. P. X interpone acción reivindicatoria contra los demandados, matrimonio propietario —titular registral— y la entidad mercantil vendedora, la cual había ostentado indebidamente su posesión previa como consecuencia de errores en la delimitación de los linderos.

La entidad mercantil contestó alegando falta de prueba de la propiedad de la actora sobre los terrenos reivindicados, su concepto de poseedor en concepto de dueño e inscrito en el Registro de la Propiedad durante un tiempo más que suficiente para, en virtud de la prescripción adquisitiva o usucapión, hacer su posición inatacable.

Por su parte, el matrimonio demandado opuso su condición de parte compradora de buena fe con derecho inscrito, por haber adquirido su propiedad mediante contrato formalizado en escritura pública de compraventa y posteriormente inscrito en el Registro de la Propiedad, en el cual no constaba inscripción marginal alguna.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, argumentando la falta del requisito de la identificación del objeto reivindicado.

La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia, al entender que la identificación de la finca litigiosa había sido probada y que «estando ambos títulos o derechos inscritos en el

Registro ambas inscripciones se neutralizan, por lo que la controversia debe resolverse conforme a las normas ordinarias de prelación de títulos y fecha de acceso al registro y en este supuesto es claro el predominio del título esgrimido por la actora que debe ser preferido al ostentado por los demandados». En cuanto a la posible usucapión de la finca litigiosa por suma del tiempo de posesión de los actuales detentadores y de los anteriores siendo esta pacífica e ininterrumpida, la Sala estima que no puede ser estimada «porque el sistema español de usucapión tabular parte del supuesto de que la usucapión es una figura esencialmente civil que se desenvuelve extrarregistralmente».

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar a favor del matrimonio demandando y no haber lugar al formulado por la entidad vendedora, anulando en parte la sentencia de la Audiencia Provincial. (M. R. D. R.)

82. La apreciación de la existencia de simulación o de buena fe es una cuestión de hecho.—La apreciación de la simulación fundándose en presunciones es una técnica procesal admitida con reiteración por la doctrina jurisprudencial (así, SSTs de 11 de noviembre de 2004, 17 de febrero de 2005, 12 de julio de 2006, 28 de septiembre de 2006 y 30 de noviembre de 2007). Habilitado dicho mecanismo para revelar la existencia de simulación, lo habitual, por las especiales características con que se presenta la simulación absoluta, es que se tomen en cuenta una serie de indicios, de diversa índole y variables según la operación de que se trate, los cuales, contemplados individualmente, pueden no ser decisivos, pero en su conjunto son reveladores de la simulación efectuada. La fijación de esos indicios constituye una cuestión de hecho.

La presunción favorable a la buena fe, principio que recoge respecto del poseedor el artículo 434 CC, no es obstáculo a esta doctrina, pues también la apreciación de la existencia de buena fe pertenece a la *quaestio facti* revisable en casación (STS de 4 de julio de 2006), por lo que la presunción cede ante la valoración de los hechos efectuada por el tribunal de instancia.

Concepto de buena fe en el tercero hipotecario.—La jurisprudencia suele identificar la buena fe que se presume a favor del segundo adquirente en el artículo 34 II LH con la creencia de que el vendedor es dueño de la cosa vendida o con el desconocimiento de que la cosa se ha vendido anteriormente a otros con eficacia traslativa. Las SSTs de 25 de octubre de 1999, 8 de marzo de 2001 y 11 de octubre de 2006 también consideran desvirtuada la presunción de buena fe cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad es consecuencia de la negligencia de quien debió y pudo conocer la existencia de la transmisión en favor de un tercero frente a quien aparece como titular registral.

Adquisición a non domino por el tercero hipotecario.—La STS del Pleno de 5 de marzo de 2007 ha fijado como doctrina jurisprudencial la siguiente: 1) Que el artículo 34 LH ampara las adquisiciones *a non domino* porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmisor que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca; 2) 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 para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a con-

tinuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el del transmisor; 3) Que la circunstancia de no pertenecer ya al ejecutado la finca embargada, por habérsela transmitido a otro sin constancia registral de la transmisión, no determina la nulidad del acto adquisitivo del tercero por venta judicial o administrativa, pues por tratarse de una circunstancia relativa al dominio y carecer de constancia registral no puede impedir la adquisición del dominio por quien confió en el Registro y a su vez inscribió. Se trata, en definitiva, de un efecto combinado de los principios de imposibilidad de oponer hechos ajenos al Registro y de fe pública registral que sacrifican el derecho real de quien no inscribió, pudiendo haberlo hecho, en beneficio de quien sí lo hizo después de haber confiado en el Registro.

Doble venta y protección del tercero hipotecario.—La STS del Pleno de 7 de septiembre de 2007 ha fijado como doctrina jurisprudencial la siguiente: 1) Que la aplicación del artículo 1473 CC no exige el requisito de «una cierta coetaneidad cronológica [proximidad en el tiempo]» entre las dos o más ventas en conflicto; 2) Que el artículo 1473 CC es aplicable al supuesto en que se consuma la primera venta, desde la perspectiva de las obligaciones del vendedor, mediante la tradición material (art. 1462.I CC) y, sin embargo, la propiedad acaba perteneciendo a quien compró luego la misma cosa mediante un contrato intrínsecamente válido, plasmado en escritura pública (tradición instrumental, art. 1462.II CC), e inscribió su adquisición en el Registro; 3) Que así se logra la concordancia del artículo 1473 CC con los artículos 606 y 608 CC y con la Ley Hipotecaria: con el artículo 34 LH, si la finca estaba inscrita a nombre del doble vendedor y el primer comprador no ha inscrito su adquisición; y con el artículo 32 LH, si la finca no estaba inscrita. De este modo, la consumación de la transmisión por tradición instrumental o entrega mediante escritura pública en favor del adquirente no es obstáculo a la falta de protección del tercero hipotecario si no concurre buena fe, en aplicación conjunta de los artículos 1273 CC y 34 LH. **(STS de 14 de mayo de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don G. (casado con doña L.), don B. y don J. constituyeron verbalmente una sociedad civil irregular para la adquisición de solares y construcción de un edificio, con ánimo de venderlo y repartirse los beneficios obtenidos. Por sentencia del Juzgado de Caravaca, dicha sociedad fue disuelta, fijándose para la liquidación de beneficios y el reparto del bajo comercial no enajenado aún y la maquinaria existente la proporcionalidad de los mismos con las respectivas aportaciones realizadas. Doña L. presentó ante el Juzgado de Primera Instancia de Caravaca demanda promoviendo tercera de dominio contra su esposo don G., don J. y don B. por entender que las fincas eran de su propiedad, siendo desestimada la demanda en todas las instancias.

Don A. presentó en Elda demanda de juicio ejecutivo contra doña L. como aceptante de una letra librada a su marido don G. Se dictó sentencia de remate y don A. se adjudicó las mencionadas fincas. Otorgada por el juez de Elda escritura pública, en la que se vendía a don A. las fincas adjudicadas, éste procedió el 7 de mayo de 1991 a venderlas en escritura pública a don Au. El juez de Caravaca adjudicó las fincas a don B. y don J. el 7 de junio, pero presentada en el Registro de la Propiedad dicha escritura fue denegada la inscripción por estar las fincas inscritas a nombre de don A.

El 6 de febrero de 1995, don J. y don B. presentaron demanda contra don A. y don G. y sus respectivas esposas. El 7 de abril, don Au. presentó el título de propiedad de las fincas para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

El Juzgado dictó auto de 28 de marzo de 1995 por el que se acordaba la anotación preventiva de demanda presentada por don J. y don B. y expidió mandamiento al Registrador de la Propiedad el día 24 de abril. La inscripción fue denegada por aparecer inscrita la finca a favor de don Au.

Don J. y don B. formularon demanda contra don A., doña R., don G., doña L. y don Au., solicitando la declaración de nulidad de escrituras públicas e inscripciones registrales de las fincas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó, declarando la nulidad, en cuanto a las fincas afectadas, de la escritura otorgada a favor de don A., de la escritura pública autorizada a favor de don Au., y de las inscripciones registrales. Contra esa sentencia, recurrieron en casación don G., doña L., don A., doña R., y don Au., siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El Tribunal Supremo recuerda en esta sentencia la doctrina jurisprudencial sobre la doble venta fijada por la STS del Pleno de 7 de septiembre de 2007, objeto de comentario por Matilde Cuenca Casas en Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil). Vol. 1.º (2005-2007), dirs. por Mariano Yzquierdo Tolsada, Madrid, 2008, pp. 479-515. (F. J. J. M.)

83. El artículo 37 LH no impide la acción de nulidad frente al tercero que haya inscrito.—El artículo 37 LH impide, salvo determinadas excepciones, el ejercicio de acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias frente a tercero que haya inscrito su derecho, pero no una acción de nulidad.

El contrato sobre bienes de la herencia celebrado por algunos de los herederos sin el consentimiento de los demás, mientras no se les adjudiquen en la partición, carece de eficacia como título para la transmisión del dominio.—El contrato celebrado por sólo alguno de los herederos sobre bienes que integran la herencia, sin el consentimiento de los demás, carece de eficacia como título para dar lugar a la transmisión del dominio, y a tales efectos ha de ser estimado nulo, pues como recuerda la STS de 17 de febrero de 2000, con cita de las de 14 de octubre de 1991, 23 de septiembre de 1993, 31 de enero de 1994 y 25 de septiembre de 1995, «conocida y reiterada es también la jurisprudencia según la cual ningún comunero o coheredero puede vender bien alguno mientras no se le adjudique en la partición, y caso de hacerlo la venta es nula por falta de poder de disposición», y así también «cualquiera de los herederos puede enajenar su cuota hereditaria, pero no bienes concretos ni cuotas recayentes sobre bienes concretos de la herencia, sin el consentimiento de todos los demás» (SSTS de 30 de diciembre de 1996 y la ya citada de 17 de febrero de 2000).

El plazo de cuatro años para las acciones de nulidad no rige en los contratos en que falta el consentimiento de todos los herederos, por ser un requisito esencial que determina su nulidad absoluta.—El artículo 1301 CC, que establece el plazo de cuatro años para el ejercicio de las acciones de nulidad, ha de ponerse en relación con el 1300 para referirlo exclusivamente a

aquellos contratos en que concurren los requisitos del artículo 1261 y concorra un vicio o defecto de consentimiento, pero no rige para aquellos otros en que falta un requisito esencial como es el del consentimiento de todos los herederos, aunque materialmente el contrato se firme por sólo algunos de ellos, pues en tal caso la nulidad del contrato como título para la transmisión del dominio es absoluta o radical y no puede quedar sujeto el ejercicio de la acción a un plazo que, en todo caso, nunca podría correr desde la celebración del contrato sino desde su conocimiento por los perjudicados (art. 1969 CC).

El artículo 34 LH no es aplicable al supuesto en que los vendedores no figuran previamente como titulares registrales.—El fundamento del artículo 34 LH se encuentra en la protección de la apariencia jurídica que comporta la inscripción registral (STS de 15 de febrero de 1995), de modo que, concurriendo los demás requisitos que dicha norma exige, el tercero queda protegido, mediante la inscripción de su derecho, respecto de los vicios que afecten a la adquisición del titular registral que le transmitió, los cuales quedan purificados para él por razón de la nueva transmisión y su constancia en el Registro de la Propiedad. El artículo 34 no puede ser interpretado de forma extensiva en tanto que supone hacer prevalecer la realidad registral sobre la realidad jurídica extrarregistral, por la única razón de proteger a quien siendo tercero adquiere un derecho de persona que en el Registro de la Propiedad aparece con facultades para transmitirlo, de modo que será mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el del otorgante por causas que no consten en el propio Registro y, por tanto, que el tercero ni conozca (pues, en caso contrario, no sería tercero de buena fe) ni hubiera podido conocer (por figurar en el propio Registro).

De ahí que no se puede invocar la condición de tercero hipotecario cuando faltaba la previa inscripción de los vendedores, por lo que se solicitó y se obtuvo del Registrador la inmatriculación por la vía del artículo 205 LH a raíz de la venta efectuada, por lo que no concurrían las condiciones de previa inscripción exigidas por el artículo 34 LH; o cuando la finca, en el momento de la venta, obraba inscrita en el Registro a nombre del anterior titular —causante de los vendedores— por lo que tampoco se cumplía la condición de que la finca figurara registralmente inscrita a nombre del transmitente en el momento de la venta, como ya exigieron las SSTS de 11 de mayo de 1909, 26 de febrero de 1949, 20 de octubre de 1954, 24 de abril de 1962, 3 de octubre y 22 de noviembre de 1963 y 12 de noviembre de 1970. Es la fe del «tercero» en el contenido registral la que purifica su título y el de su transmitente en lo que a él afecta, y si el contenido del Registro en el momento de su adquisición no proclamaba la titularidad de aquellos que le transmitían, falta tal requisito para su posible configuración como tercero hipotecario y ni siquiera la inscripción posterior del derecho (sólo aparente) de sus vendedores y de su propio derecho le deja a salvo frente a la nulidad del acto de adjudicación de fincas que unilateralmente efectuaron quienes le vendieron las referidas fincas sin solución de continuidad a su adjudicación por título hereditario. (STS de 30 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don C.A. y doña M.C. vendieron unas fincas a don A.D. mediante escritura pública, en la cual previamente aceptaron los vendedores la herencia de don P. y se adjudicaron, entre otras, dichas fincas, todo ello en virtud de un auto judicial de declaración de herederos que, indebidamente, les había declarado como únicos herederos del causante cuando había otros hijos y nietos que pro-

cedían de la rama nacida del primer matrimonio del de cuius con doña M.E.

Don A.D. interpuso demanda contra doña E., don M., doña I. y don S., solicitando se les condenara a desalojar las fincas, dejándolas libres, expeditas y a disposición del demandante, restituyéndolas al mismo con sus frutos y accesorios.

Paralelamente, don B. y doña A. formularon demanda –que se acumuló a aquella– contra doña E., don A.D., doña M., doña R., don C.A., doña M.C., don J.C., don P.E. y demás personas desconocidas e inciertas que pudieran traer causa de los demandados o resultaran herederos de don P., solicitando que se declaren herederos de don P. a sus otros tres hijos, don A.J. y don P.E. como herederos de don P. y su primera esposa doña M.E. y don J.C. como heredero de don P. y su segunda esposa doña A.; se declaren únicos y universales herederos de don A.J. y su esposa doña F. a sus dos únicos hijos don C.A. y doña A., y subsidiariamente, se acordara tener por instada la prevención del abintestado, practicando las medidas indispensables para la seguridad de los bienes que conforman el caudal relicto de don P., y una vez practicadas dichas medidas, proceder en pieza separada a hacer las declaraciones de herederos abintestado interesada, así como la nulidad del anterior auto de declaración de herederos abintestado, de la escritura de aceptación de herencias, adjudicación de bienes hereditarios y compraventa otorgada por doña E. y otros, y de las inscripciones registrales a que dieron lugar la anterior escritura notarial.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda de don A.D. y estimó parcialmente la de don B. y doña A., declarando como herederos de don P. a sus tres hijos: don A.J., y don P.E. como herederos de don P. y su primera esposa doña M.E., y a don J.C. como heredero de don P. y su segunda esposa doña A., y como únicos y universales herederos de don A.J. y su esposa doña F. a dos únicos hijos don B. y doña A.; la nulidad de la escritura de aceptación, adjudicación de bienes hereditarios y compraventa otorgada por doña E. y otros, y la nulidad de las inscripciones que dieron lugar a la anterior escritura notarial. Interpuesto recurso de apelación por don A.D., la Audiencia Provincial lo desestimó. Contra esa sentencia, don A.D. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

DERECHO DE FAMILIA

84. Gananciales: préstamo con garantía hipotecaria a favor del marido: reclamación de la cantidad pendiente de cobro a ambos cónyuges: subrogación en la hipoteca: presunción de ganancialidad.—El marido adquiere un inmueble subrogándose en la hipoteca que lo gravaba para el pago del resto del precio; la adquisición declara el comprador que lo hace para la sociedad de gananciales y así se inscribe en el Registro al amparo del artículo 93.4 RH; en el momento de la adquisición el matrimonio se rige por el régimen de gananciales, pero después otorgan capitula-

ciones y liquidan aquel régimen; en el inventario no figuran ni el bien adquirido, ni la hipoteca que lo grava; la hipoteca se ejecuta y, no alcanzando el precio de remate a cubrir la totalidad del crédito hipotecario, se reclama frente a ambos cónyuges la parte no cubierta; la esposa opone que no intervino en la operación, que fue privativa del marido, adquiriendo el bien para su patrimonio particular y que los bienes gananciales no responden de la deuda contraída para la adquisición del bien. Al analizar esta posición es forzoso precisar que la falta de constancia del bien adquirido en el inventario de bienes gananciales de la escritura de liquidación carece de intensidad jurídica suficiente para hacer significativa esta ausencia en orden a demostrar el carácter privativo del bien (SSTS de 24 de julio de 1996 y 29 de diciembre de 2001, entre otras), de modo que, en caso de duda, habría que inclinarse por la ganancialidad. El artículo 1370 CC dispone que en los supuestos de adquisición por un cónyuge sin el consentimiento del otro a precio aplazado, responderá siempre el bien adquirido, pero añade «sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código», y no parece, por ello, que pueda ser interpretado en el sentido de que sólo responde el bien adquirido y no los demás bienes de la sociedad de gananciales, ya que en determinados supuestos la deuda será obligación de la misma (art. 1365) y en tal caso responderán también, directa y solidariamente, los bienes del patrimonio gananciales (arts. 1365 y 1369 CC). En el caso de autos ocurre que el negocio concreto de adquisición se aproxima a la adquisición de un bien a precio aplazado, que en este caso está asegurado con un derecho real de garantía y genera dos órdenes de efectos, unos en cuanto a la adquisición y condición del bien y otro en cuanto al carácter de la deuda contraída o, más exactamente, asumida. El bien adquirido, por analogía con el supuesto de adquisición de bienes por precio aplazado con primer desembolso de dinero ganancial, tendrá este carácter (art. 1356), a lo que debe sumarse la declaración del cónyuge adquirente en el sentido de que adquiere para la sociedad de gananciales. Es lo coherente con la regla general del artículo 1347, 3.º CC y con la fuerte presunción del artículo 1361, el cual, según la lectura del precepto que ha hecho la jurisprudencia exige una prueba fuerte y cumplida en contra para descartar ese carácter, prueba que se ha de referir al carácter privativo del precio o de la contraprestación. La cantidad inicial satisfecha fué pequeña (más el IVA de la operación), y ha de presumirse ganancial. El crédito hipotecario asumido es la parte restante del precio, o viene a estar en función del precio, cuyo pago está asegurado mediante hipoteca. Ahora bien, con ser ganancial el dinero con que se hizo la primera entrega y el bien adquirido, la deuda no es deuda de la sociedad, es decir, no se trata de una obligación de un cónyuge de la que, además del cónyuge deudor hayan de responder directamente frente al acreedor los bienes gananciales. La regla es que por la compra que un cónyuge hace sin consentimiento del otro no se genera una obligación de la sociedad (art. 1367 CC), y el supuesto no es subsumible en el artículo 1365, pues no encuentra en los autos prueba alguna de conexión con el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, ni se detecta una relación con la administración de los propios bienes ni, desde luego, se encuentra vínculo con el ejercicio de la potestad doméstica o con la gestión o disposición de gananciales que por ley corresponda al cónyuge que ha llevado a efecto el negocio adquisitivo. El artículo 1370 resuelve en especial el problema que se plantea cuando la obligación de pagar el precio aplazado, que en nuestro

caso confluye con la de pagar los plazos del crédito hipotecario, no es obligación de la sociedad, y resuelve que el bien responde siempre, aunque sea ganancial y no lo sea la obligación de pagar el precio. El artículo 1362.2.^a CC se refiere a las cargas de la sociedad y tampoco resuelve el problema suscitado.

Incongruencia: *reformatio in peius*: doctrina general.—La sentencia recurrida, al revisar la posición de los demandados —a saber, el matrimonio embargado y ejecutado— respecto de la subrogación en la hipoteca, con la consiguiente modificación de la sentencia que empeora la situación de la parte recurrente, sin que los afectados lo hubiesen solicitado, ni hubieran recurrido la sentencia en que implícitamente se aceptaba la posición de la parte actora, incide en incongruencia, en su modalidad de reforma peyorativa o *reformatio in peius*, toda vez que no se constatan razones procesales de orden público que, en defecto de petición de parte, pudieran apoyar tal posición.

Como decía la STC 204/2007, de 24 septiembre, la prohibición de la reforma peyorativa, aunque no esté expresamente enunciada en el artículo 24 CE, tiene una dimensión constitucional, pues representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos que deriva, en todo caso, de la prohibición constitucional de la indefensión (SSTS 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; 28/2003, de 10 febrero, FJ 3; 120/1989, de 3 de julio etc.). Es, además, una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial *ad quem* exceder los límites en que está planteado el recurso, acordando una agravación de la sentencia impugnada que tenga su origen exclusivo en la propia interposición de éste. Pero, al propio tiempo, implica que los órganos judiciales han incurrido en una extralimitación en su actividad decisoria, al ir más allá de los concretos extremos de la resolución impugnada que hayan sido expresamente cuestionados por las partes litigantes (STS 120/1995, de 17 julio, FJ 2). Pues, como ha venido sosteniendo la jurisprudencia de esta Sala, la prohibición de la *reformatio in peius* o regla impuesta al órgano jurisdiccional de apelación que impide empeorar o hacer más gravosa la condena, o restringir las declaraciones más favorables de la sentencia de primera instancia en perjuicio del apelante, responde al principio *tantum appellatum quantum devolutum*, conforme con el más general *principio dispositivo* y según las consecuencias que resultan del artículo 408 LEC 1881, y actualmente 207, 2 y 3 Lec 2000, sobre resoluciones consentidas. Su inobservancia entraña, desde luego, conexiones con las reglas de competencia funcional (el órgano de apelación carece de facultades en el caso concreto para decidir de nuevo sobre lo ya resuelto) y con los efectos de la cosa juzgada, además de constituir un supuesto de incongruencia (STC 17/2000, de 31 enero, FJ 4; SSTS de 28 de julio de 1998 y 17 de noviembre de 1997). Pues, concebido en nuestro sistema el recurso de apelación como una revisión del proceso de primera instancia, que tiene por finalidad censurar los resultados ya obtenidos, de ordinario sobre la base del mismo material instructivo, el Juzgador de la alzada se encuentra frente a la cuestión debatida con la plenitud de conocimiento y en la misma posición que tuvo el juez originario, tanto en la cuestión de hecho como en la de derecho, aunque siempre sin agravar la posición del apelante, pues los particulares de la sentencia a los que no se extiende el recurso adquieren la firmeza que el consentimiento de las partes les presta (SSTS de 6 de julio

de 1961, 1 de marzo de 1962, 3 noviembre 1982, 24 de febrero y 22 de julio de 1983, 19 de junio de 1999, etc.), dado que las atribuciones del Tribunal *ad quem* derivan de la pretensión de la parte recurrente y los límites de ellas son los límites de aquellas atribuciones (SSTC 8/1999, de 8 febrero; 17/1989, de 30 enero; 17/2000, de 31 enero; SSTS 16 de marzo de 1988 y 5 de mayo de 2004).

Litisconsorcio pasivo necesario como posible excepción de la *reformatio in peius*.—Tal parece ser la justificación que arguye la sentencia recurrida, en base a un litisconsorcio pasivo necesario que se habría producido al dirigir la demanda contra ambos esposos, a quienes se ha colocado en situación de solidaridad procesal por ejercitarse conjuntamente la misma acción frente a varias personas colocadas en situación procesal, pero el argumento no es convincente, en tanto no viene a justificar la posibilidad del Tribunal de entrar a conocer una cuestión que no ha sido planteada, ni en primera instancia ni en apelación y cuyo examen genera un cambio en la *causa petendi* que deriva hacia la incongruencia, toda vez que el deber de incongruencia expresa una necesaria correlación entre los pedimentos de las partes y el fallo, pero teniendo en cuenta el *petitum* y la *causa petendi*, esto es, que incluye lo que se pidió al juez y la razón de ser de esta petición, y la mutación sobrevenida de la razón de pedir, en este caso, genera indefensión. (STS de 20 de junio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—La entidad bancaria ejercita una acción personal de reclamación de la cantidad pendiente de cobro de un préstamo con garantía hipotecaria, en el que se subrogaron los cónyuges demandados, después de que la acción hipotecaria con base en el artículo 131 LH no cubrió la cantidad reclamada. El Juzgado de Primera Instancia estimó el carácter privativo de la operación, y declaró que no existe una responsabilidad directa de los gananciales por las deudas derivadas de actos dispositivos realizados por uno sólo de los cónyuges; declara procedente la reclamación contra el marido. La Audiencia Provincial confirmó la absolución de la esposa y absolvió también al marido; se basa en que no hay subrogación en la obligación de garantía por incumplirse el artículo 118 LH. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la entidad bancaria, aplicando la doctrina extractada, es decir incongruencia por incidir en *reformatio in peius*, adquiriendo eficacia la sentencia de primera instancia. (G. G. C.)

85. Gananciales: calificación de la indemnización por despido: requisitos para considerarla ganancial.—Frente a la sentencia de la Audiencia Provincial que califica de privativa la indemnización por despido, recurre la esposa alegando que tal indemnización no tiene su fundamento en el resarcimiento por daño moral, por lo que no debe considerarse privativa sino ganancial. Son dos las cuestiones que se plantean en este recurso: la fecha de la disolución del régimen económico matrimonial, y la condición de bien ganancial o privativo de la indemnización por despido cobrada por el trabajador antes de la disolución del régimen. En cuanto a la primera, la disolución debe entenderse producida en el momento en que adquirió firmeza la sentencia de separación, lo que no tuvo lugar hasta que recayó sentencia en apela-

ción. Respecto de la segunda, la Sala recuerda que para determinar si la indemnización es ganancial ha de estarse a la fecha de la percepción y a la naturaleza de la misma, doctrina aplicable con matices. Debe distinguirse entre lo que se debe considerar el derecho al trabajo, que permite obtener un empleo y que tiene carácter de derecho inherente a la persona, y por ende privativo, y el beneficio que se obtiene con el ejercicio del empleo, que es ganancial. Como la indemnización por despido no compensa el derecho al trabajo, que permanece incólume, sino que compensa el incumplimiento del contrato laboral, tiene la misma consideración que el resto de las ganancias obtenidas vigente la sociedad, debiendo excluirse, por tanto, la parte de indemnización que eventualmente corresponda al tiempo anterior a la vigencia de la sociedad. (STS de 28 de mayo de 2008; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

86. Gananciales: liquidación por separación: inmueble adquirido antes del matrimonio.—El bien, adquirido a plazos, ya estaba pagado en el momento de comenzar la sociedad de gananciales exclusivamente por el marido, por lo cual ningún pago se hizo a cargo de la sociedad, aportándose como privativo del marido al matrimonio.

Carácter de otras prestaciones según la jurisprudencia.—Según la STS de 26 de junio de 2007 cabe considerar las siguientes modalidades: a) *Pensiones de jubilación*. Es doctrina consolidada que las generadas después de la disolución de la sociedad de gananciales son un bien de naturaleza privativa, habiendo declarado que tal pensión corresponde exclusivamente al esposo que la generó con su actividad laboral, y su nacimiento y extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo, como el hecho de su jubilación (STS de 20 de diciembre de 2003); b) *Pensiones por jubilación anticipada* o, mejor, indemnizaciones por extinción de la relación laboral en un *plan de bajas incentivadas* en la empresa en que el marido prestaba sus servicios. La STS de 22 de diciembre de 1999 entendió que dicha prestación no retribuye un trabajo precedente ni constituye un complemento de los sueldos recibidos, sino que proviene de la pérdida de dicho trabajo por jubilación anticipada, de manera que la nueva situación laboral obtenida después de la separación legal de su esposa, sólo a él afecta con la consiguiente repercusión, no comunitaria, de la indemnización por prejubilación, que posee una clara proyección de futuro y es ajena a los principios de la sociedad; c) Las indemnizaciones obtenidas por el esposo por una *póliza de seguros* que cubría el riesgo de invalidez, se excluyen del artículo 1346, 6.º CC, toda vez que su carácter es totalmente económico, basado en su derecho al trabajo, pero que no se confunde con éste, por ser una consecuencia económica y permanencia que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador y, por consiguiente, ingresa en el patrimonio conyugal, que al disolverse la sociedad ha de liquidarse y repartirse entre ambos cónyuges o sus herederos (STS de 25 de marzo de 1988, referida al régimen navarro de la sociedad de conquistas); d) La STS de 27 de febrero de 2007, ha considerado que los *planes de pensiones* del sistema de empleo, no hechos aun efectivos en el momento de la disolución de la sociedad, en los que ésta no había efectuado ninguna inversión, deben considerarse privativos del marido; e) *Indemnización por despido*. La doctrina de esta Sala lleva a la conclusión de que existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, debe

tener naturaleza ganancial o privativo: 1.º) la fecha de percepción de estos emolumentos, y 2.º) debe distinguirse entre el derecho a cobrar estas prestaciones que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad, no siendo gananciales por ser intransmisibles, mientras que los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad, tendrán carácter ganancial.

Gastos de comunidad adelantados por uno de los cónyuges: actualización.—Conforme al artículo 1398, 3.ª CC, deben ser actualizados los importes anticipados por uno de los cónyuges en relación con los gastos de comunidad y derramas, de inmuebles gananciales. (**STS de 18 de junio de 2008**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. Don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.] (G. G. C.)

87. Unión de hecho: doctrina jurisprudencial sobre sus diferencias con el matrimonio.—Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 184/1990 y 222/1992), como la de esta Sala (SSTS de 17 de mayo de 1998, 12 de septiembre de 2005, y las citadas por ellas) proclaman la diferencia ente la unión de hecho y el matrimonio. Según STS de 12 de septiembre de 2005, *la unión de hecho es una institución que nada tiene que ver con el matrimonio – SSTC 184/1990 y la 222/92, por todas –, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio, con sus consecuencias. Por ello debe huirse de la aplicación por «analogía legis» de normas propias del matrimonio como son los artículos 96, 97 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad.* Es cierto que esta última sentencia se pronuncia en un supuesto de reclamación de una cantidad semejante a la de la pensión compensatoria del artículo 97 CC, pero sus planteamientos generales son coincidentes con sentencias anteriores relacionadas con reclamaciones relativas a la liquidación económica de los bienes adquiridos durante la convivencia, ya sea de forma individual por uno de los convivientes, ya sea en comunidad.

Criterios de liquidación de bienes a la ruptura de la unión.—Los criterios utilizados por esta Sala en relación a esta problemática pueden resumirse así:

1.º Esta Sala ha declarado siempre que debe estarse a los pactos que hayan existido entre las partes relativos a la organización económica para la posterior liquidación de estas relaciones (así STS de 18 de febrero de 2003); a su vez la STS de 12 de septiembre de 2005, seguida por la STS de 22 de febrero de 2006, declara de forma contundente que las consecuencias económicas del mismo deben ser reguladas en primer lugar por ley específica; en ausencia de la misma se regirán por el pacto establecido por sus miembros, y, a falta de ello, en último lugar por aplicación de la técnica del enriquecimiento injusto.

2.º No se requiere que el pacto regulador de las consecuencias económicas de la unión de hecho sea expreso. Esta Sala ha admitido los pactos tácitos, que se pueden deducir de los *facta concludentia*, debidamente probados durante el procedimiento (SSTS de 4 de junio de 1998 y 26 de enero de 2006). Por ello, ha entendido que se puede colegir la voluntad de los con-

vientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia siempre que pueda deducirse de una voluntad inequívoca en este sentido. Las SSTs de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1998 y 22 de enero de 2001, admiten probar la creación de una comunidad por medio de los *facta concludentia* que consistirá en «la aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común».

3.º Sin embargo, no puede aplicarse por analogía la regulación del régimen económico matrimonial porque, al no haber matrimonio, no hay régimen (STS de 27 de mayo de 1998). La consecuencia de la exclusión del matrimonio es la exclusión del régimen. Por ello, en los casos de la disolución de la convivencia de hecho, no se impone la sociedad de gananciales, sino que se deduce de los hechos que se declaran probados que hubo una voluntad de constituir una comunidad, sobre bienes concretos o sobre una pluralidad de los mismos.

4.º Los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen comunes a los convivientes, por lo que pertenecen a quien los haya adquirido; sólo cuando de forma expresa o de forma tácita –por medio de hechos concluyentes–, se pueda llegar a determinar que se adquirieron en común, puede deducirse la consecuencia de la existencia de dicha comunidad.

Unión de hecho que dura unos veinte años: nacimiento de dos hijos de la unión: clínica veterinaria abierta por el varón en la que colabora contractualmente la mujer: convenio a la ruptura sobre hijos, renuncia a pensión compensatoria por inexistencia de desequilibrio, renuncia al arrendamiento de la vivienda común: inexistencia de pacto sobre comunidad de bienes, ni siquiera tácito: interpretación de hechos ocurridos durante el procedimiento.—En el presente caso, los hechos probados no permiten concluir que concurriera la voluntad tácita exigida por esta Sala para que pueda considerarse que existió la voluntad de constituir una comunidad entre los convivientes sobre la Clínica Veterinaria litigiosa. La sentencia recurrida mezcla hechos probados con otros ocurridos durante el procedimiento, y conviene precisar: 1.º) que la actora, doña Julia, había sido contratada por don Mariano y, en consecuencia, hay que deducir que su dedicación a la Clínica veterinaria era una consecuencia directa del cumplimiento del contrato laboral; 2.º) el ofrecimiento de don Mariano, producido durante la tramitación de la apelación, relativo a la financiación de la adquisición de un piso a nombre de un hijo común constituye una forma de compensación y de cumplimiento del convenio relativo a la obligación de alimentos contenidos en el llamado convenio regulador; 3.º) el ofrecimiento de unas cantidades y de un contrato laboral a doña Julia durante el presente procedimiento no puede interpretarse como un hecho concluyente de reconocimiento de la comunidad, sino como una simple oferta de transacción; 4.º) la ausencia de cualquier referencia a la liquidación de los bienes en el llamado convenio regulador es absolutamente lógica porque nunca se adquirió ningún bien en común; y 5.º) durante la convivencia don Mariano puso a nombre exclusivo de doña Julia una finca, a la que no se alude en la demanda. La estimación del recurso presentado por don Mariano produce la anulación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, así como la revocación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, desestimando íntegramente la demanda de doña Julia. (STS de 8 de mayo de 2008; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Parece que la Sala 1.^a del Tribunal Supremo trata de frenar las relativamente frecuentes demandas interpuestas con ocasión de la ruptura de las uniones de hecho, ante cierta proclividad de los Tribunales de instancia a reconocerlas con alguna facilidad. Pero se va abriendo paso la idea de que unión de hecho y matrimonio no tienen nada en común, pese a estar situadas en el Derecho de familia. Las reformas del 2005 han traído, paradójicamente y como efecto colateral, una mayor claridad para valorar jurídicamente la posición de quienes, ejerciendo su libertad, optan por convivir sin pasar por el Juzgado o la Vicaría. La conclusión podría ser la siguiente: ¿es que no habría que olvidarse del modelo matrimonial a la hora de elaborar una regulación autonómica de las uniones de hecho? Probablemente por una razón similar acaba de escribir tajantemente Coca Payeras, en VVAA, *Ley de parejas estables de las Illes Balears* (coord. M.^a Pilar Ferrer Vanrell) (Palma de Mallorca 2007), pág. 18, que «mantener junto al matrimonio, la figura de la pareja estable, de ámbito autonómico, es un despilfarro normativo que no responde a la tutela de un interés digno de protección, en la medida en que el matrimonio cubre con creces la tutela de esos intereses». De la jurisprudencia resumida en la sentencia extractada se deduce que, al menos en los territorios donde no conocen leyes especiales en la materia, los miembros de las parejas de hecho deben construir su propio régimen normativo y prever eventualmente las futuras contingencias de su unión, y asimismo en algunas de tales leyes. La sociología muestra que, en la práctica, pocas lo hacen. En el presente caso el Juzgado de Primera Instancia había declarado, sin embargo, una comunidad sobre el, —al parecer—, floreciente negocio montado por don Mariano, representado por una Clínica veterinaria, y declaró la liquidación de la empresa al 50%. La Audiencia Provincial, de forma curiosa, establece el porcentaje de distribución en 2/3 a favor de don Mariano, y 1/3 a favor de doña Julia. Pero el Tribunal Supremo declara que no se ha probado, ni siquiera por hechos concluyentes, la existencia de tal pacto entre los convivientes. Y ello a pesar de que las partes aportan a los autos un sedicente convenio regulador de la ruptura de su prolongada relación. La actora pretendía que aquél se declarase nulo en sus aspectos patrimoniales, porque ciertamente su contenido en nada favorecía a su pretensión de que el Juez declarase la existencia de una comunidad (¿universal?) de bienes vigente durante veinte años entre los convivientes. (G.G.C.)

88. Unión de hecho: siete años de duración: falta de prueba del enriquecimiento de uno de los convivientes que hubiera producido desequilibrio económico en contra del otro.—Aunque la recurrente concentra inicialmente su esfuerzo argumental en sostener que la sentencia de la Audiencia Provincial ha vulnerado la doctrina jurisprudencial conforme a la cual se ha de estar a los pactos expresos o tácitos de los convivientes que patencen la voluntad de constituir una comunidad o una sociedad particular o universal, no es ésta la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, sino más bien la imposibilidad de apreciar, visto el resultado de la prueba de los autos, la existencia del desequilibrio patrimonial, y, por ende, del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento que habría de justificar el reconocimiento

del derecho cuya efectividad reclama la actora, en la alegada condición de conviviente perjudicado por la ruptura de la relación. Es tajante la sentencia impugnada al afirmar que no hay prueba alguna acerca de la precariedad económica sobrevenida a la demandante tras el cese de la convivencia, ni del desempeño de una actividad laboral antes de iniciar la relación, ni, consecuentemente, de que por razón de ésta haya tenido que abandonar algún trabajo o empleo. Tampoco ha resultado acreditado que tras el fin de la convivencia la actora se hubiese encontrado con dificultades para encontrar empleo; como no se ha probado que haya sufrido una merma en sus ingresos, ni, en fin, deterioro de su situación económica. Falta la prueba de los presupuestos que, en aplicación como principio inspirador, de la doctrina del enriquecimiento injusto, justifican la compensación por el desequilibrio económico sufrido a resultas del cese de la relación; del mismo modo que, dada esa resultancia probatoria, la pretensión de la recurrente se encuentra injustificada desde la aplicación del principio de la protección del conviviente perjudicado, o desde la consideración de la procedencia de la compensación con fundamento en la extensión de las consecuencias previstas para la disolución del vínculo matrimonial, pues en todo caso falta el presupuesto que habilita el reconocimiento de tal derecho, cual es la constancia del equilibrio económico sobrevenido al final de la relación, que aquí se encuentra carente de toda prueba.

Inaplicación de la Ley catalana de 1998 sobre uniones estables de pareja.—Esta ley deja a la autonomía de la voluntad de los convivientes, la regulación de las relaciones patrimoniales derivadas de la convivencia, si bien establece un complejo mínimo de derechos irrenunciables (art. 3.º, en relación con los arts. 13 y 14), pero dicha ley no alcanza *ratione tempore* a la unión de hecho formada en su día por los litigantes, disuelta antes de su entrada en vigor, cuestión pacífica entre los contendientes. (STS de 8 de mayo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

NOTA.—Con la misma fecha hay otra sentencia de la Sala 1.ª, por lo cual en ambas se añade como identificativo el número indicativo anual de resoluciones de aquélla. Aunque son diversos los Magistrados que formaron Sala en cada caso, la doctrina es sustancialmente idéntica. En el presente pleito el Juzgado de Primera Instancia condenó al varón a pagar una pensión de 20.000 pesetas mensuales a la mujer conviviente, pero la Audiencia Provincial la revocó, lo que ratifica el Tribunal Supremo. Transcurre una decena de años (1998-2008) entre la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la presente de la Sala 1.ª, lo que sigue pareciendo excesivo. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

89. Sucesión testamentaria: el derecho aplicable a las disposiciones mortis causa realizadas en el extranjero y la validez de un trust del causante.—El derecho aplicable a las cuestiones sucesorias es el de la nacionalidad del causante. La jurisprudencia ha destacado que la aplicación por

parte de un Tribunal español del derecho extranjero es una cuestión de hecho, por lo que, aunque el derecho extranjero sea efectivamente el aplicable a la sucesión del causante, procesalmente es imprescindible acreditar la exacta entidad del derecho vigente, su alcance y su autorizada interpretación (SSTS de 27 de diciembre de 2006 y 4 de julio de 2007). Cuando no sea posible acreditar con seguridad absoluta el contenido y el alcance de la normativa material extranjera aplicable, el tribunal español deberá juzgar y dictar sentencia conforme a su derecho nacional.

En este sentido, un *trust* constituido *mortis causa* carece de norma específica de conflicto en derecho español. A su vez, ha de rechazarse la validez del *trust*—como negocio jurídico por el que se establece una relación fiduciaria en la que una persona es titular del derecho de propiedad sujeto a una obligación de equidad de mantener o usar dicha propiedad en beneficio de otra—, ya que si bien es un negocio jurídico ampliamente utilizado en los países del *Common Law*, carece de un derecho material aplicable en el derecho español. (STS de 30 de abril de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don A., de nacionalidad norteamericana, fallece casado con doña A. y bajo testamento firmado y publicado de conformidad con las normas del Estado de Arizona. En él, legaba todos los bienes inmuebles a su esposa, si ésta le sobrevive por un periodo de cuatro meses. A su vez, se encontraba en vigor un *trust* de ambos esposos sobre determinadas pólizas de seguro de vida que incluía un apartado D donde el difunto don A. indicaba literalmente que «en el que caso de que yo tenga cualquier interés en bienes raíces o inmuebles en España al tiempo de mi fallecimiento, dispongo de dichos intereses se atribuyan en su totalidad al *trust* del que es beneficiaria mi hija J.». En ejecución del testamento, entre otros bienes inmuebles, doña A. se adjudicó la mitad indivisa de un chalet en Colmenarejo, el cual vendió a doña S. La hija del fallecido, doña J., interpone demanda contra su madre y contra doña S., y solicita que se declare la nulidad de la escritura de adjudicación de herencia y de la compraventa realizada. Las demandadas se opusieron por separado a la demanda. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La actora interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial, de nuevo, desestima el recurso, confirmando la resolución de instancia. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución recurrida. (S. E. M.)

90. Sucesión testamentaria: la transmisión a los herederos del derecho a percibir una indemnización por expropiación.—Reciente jurisprudencia ha considerado que el derecho a percibir una indemnización por expropiación se transmite a los herederos del titular del bien expropiado (STS de 17 de julio de 2007). Según esta doctrina, no es correcto afirmar que el derecho a percibir la indemnización por expropiación o que la indemnización misma, sean derechos de crédito personalísimos del causante que no pueden ser ejercitados por los herederos del titular y que no forman parte del caudal relicto. Tanto el derecho a percibir la indemnización por expropiación forzosa, como la propia indemnización devengada tras el fallecimiento, sea líquida o no, son transmisibles *mortis causa*, ya que forman parte del conjunto de derechos del causante.

Igualmente, es legítimo considerar como fruto o renta dicho derecho de indemnización en virtud de lo establecido en los artículos 354 y 355 CC y, por ello, transmisible por vía de legado en aplicación del artículo 882 CC (STS de 13 de junio de 1994). Esto es así, en primer lugar, porque el justiprecio recibido por la expropiación parcial de una finca legada comparte la misma titularidad dominical que la finca de la que procede, siempre y cuando no se deduzca otra cosa de la voluntad testamentaria. Y, en segundo lugar, porque dado el carácter indemnizatorio del citado justiprecio, cuyo fin es reparar el daño producido por la privación total o parcial del dominio, que se une directamente a la cosa expropiada, su naturaleza es próxima al fruto civil, puesto que su atribución no se hace depender de la persona que en el momento de iniciar el expediente de expropiación forzosa fuese el titular, sino que en todo caso hace surgir un derecho de crédito frente a la Administración expropiante. **(STS de 5 de junio de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. Don Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Los hermanos don S. y don L. M. demandan a sus hermanas doña M., doña J. y doña A. y a los albaceas don M. y don L. M. Se impugna la validez del cuaderno particional por carecer el testamento de su padre de la institución de heredero respecto de parte de los bienes y se reclama la rendición de cuentas de los albaceas por la no inclusión voluntaria de una determinada cantidad de dinero. Igualmente, solicitan que se proceda a la apertura de la sucesión intestada para que se realice una nueva partición, previo inventario, avalúo, división y adjudicación.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por entender que el testamento del fallecido no ofrecía dudas sobre la voluntad del mismo, donde se instituía como herederos a sus cinco hijos, con distribución de todos sus bienes; y que se consideró que el cuaderno particional tenía una claridad diáfana y que la cantidad mencionada se correspondía con la indemnización por expropiación de la finca que fue donada a una de las herederas. La Audiencia desestima el recurso de apelación, reiterando que la cantidad reclamada no podía ser distribuida entre los herederos, ya que como indemnización por expropiación le correspondía a la heredera a la que la finca expropiada le había sido legada. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima íntegramente y confirma la resolución recurrida. *(S. E. M.)*

91. Reserva viudal que concurre con reserva lineal sobre los mismos bienes en la persona de un mismo reservista y con distintos reservatarios.—De acuerdo con reiterada doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 4 de enero de 1911 y 21 de enero de 1922), en el caso de colisión de ambas reservas en la persona de un mismo reservista y respecto de unos mismos bienes, con distintos reservatarios, ha de prevalecer la reserva tradicional, ordinaria o viudal sobre la reserva lineal. Por tanto, si quedan hijos o descendientes del primer matrimonio del ascendiente reservista, queda inoperante la reserva que pudieran pretender los parientes del tercer grado. Tal preferencia se justifica porque la reserva ordinaria se establece a favor de parientes que se sitúan en la misma línea y en el grado más próximo y por el carácter tradicional de la reserva viudal en nuestro derecho

histórico respecto a la reserva lineal, que se incorpora por primera vez en el Código civil. (STS de 5 de junio de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don A. fallece el 20 de marzo de 1942, bajo testamento otorgado el 19 de febrero de ese mismo año, en el que se recoge, entre otras disposiciones, el legado de una bodega a favor de su nieto don E., nacido del primer matrimonio de don J. (hijo del testador). Además de don E., de ese primer matrimonio de don J. nacieron doña S. y doña R. Desafortunadamente, el legatario don E. fallece intestado en febrero de 1954, sobreviviéndole su padre que, en consecuencia, hereda del mismo la citada bodega. Don J. fallece en 1978 bajo testamento otorgado dos años antes, en el que lega a su segunda esposa una serie de bienes privativos y la mitad de sus gananciales, mejorando a las dos hijas de su segundo matrimonio; concretamente, deja la mencionada bodega a una de ellas en concepto de mejora. Así las cosas, las dos hijas del primer matrimonio solicitan que se declare a su favor y sobre la referida bodega, la existencia de una reserva hereditaria no cumplida por don J.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara la nulidad del legado. La Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia impugnada y declara conforme a derecho el legado otorgado por don J. a favor de su hija. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por las hijas del primer matrimonio de don J. (M. C. C. M.)

92. Utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad hereditaria.—El artículo 394 CC dispone que cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho. En consonancia con ello, aunque se admita la facultad de cada coheredero de servirse de las cosas comunes, ha de considerarse ilegítima la utilización de la finca por uno solo de los partícipes en la comunidad hereditaria, excluyendo el goce o uso de los demás. De igual forma, la facultad de uso que corresponde a los condóminos está sujeta a las limitaciones derivadas del artículo 397 CC, según el cual, ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran derivar ventajas para todos. Las alteraciones materiales a las que se refiere esta norma son aquellos actos que afectan a la sustancia de la cosa o modifican su destino, pues para los actos que van más allá de la administración y suponen una disposición o alteración de la cosa objeto de copropiedad se precisa la unanimidad de todos los condueños. Sólo son admisibles como válidos y eficaces los actos particulares de los comuneros, si no consta el asentimiento de los demás, cuando la actuación de aquéllos redunde en claro provecho de la comunidad, pero no en el caso contrario, como sucede en el supuesto de arrendamiento o enajenación de la cosa. (STS de 8 de mayo de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los hermanos don R., doña E. y doña S. adquieren la propiedad de una finca en cuanto a una mitad indivisa por heren-

cia de su madre y, en cuanto a la restante mitad indivisa, por donación efectuada por su padre. Doña E. y doña S. la reciben en pago de la legítima de la madre y con cargo a la legítima del padre. Por su parte, el padre se reserva el usufructo vitalicio y nombra a don R. administrador de la comunidad de bienes creada.

Tiempo después, don R. y su padre inician unas obras sin el conocimiento ni el consentimiento de sus hermanas, consistentes en una reforma y ampliación de la finca, que califican en unas manifestaciones notariales como de «necesarias» y que consisten en la construcción de un apartamento que don R. se reserva para su disfrute particular. La reforma de las habitaciones se hace sin que cumplan las medidas reglamentarias para una superior categoría en el negocio hostelero y provocan la destrucción de arcos y estructuras valiosas y sentimentalmente significativas. Queda probado que las hermanas requirieron fehacientemente a don R. para que pusiera fin a tal proceder, aunque aquél hizo caso omiso a este requerimiento.

Cuando el padre cuenta con más de noventa años de edad, en su calidad de usufructuario, arrienda la referida finca por treinta años a su hijo con la facultad de subarrendarla, para que de esta forma se reintegre con dicho contrato la inversión que había realizado para efectuar las obras. Haciendo uso de tal facultad, don R. subarrienda la finca a una mercantil durante un periodo de doce años, por una cantidad anual cuatro veces inferior a la abonada por los anteriores arrendatarios de la finca. Pese a que la subarrendataria abona en un solo acto la renta arrendaticia correspondiente a las doce anualidades del contrato, don R. se niega a hacer pago a sus hermanas de las rentas devengadas desde el fallecimiento del usufructuario en agosto de 1997.

Por todo ello, ambas hermanas demandan a don R. y a la mercantil subarrendataria de la finca, solicitando, entre otros muchos extremos, que se declare el cese de don R. como administrador de la comunidad de bienes, que se le condene a rendir cuentas y liquidar las rentas arrendaticias devengadas desde el fallecimiento del usufructuario y que se declaren resueltos los contratos de arrendamiento y subarrendamiento celebrados.

El Juzgado de Primera Instancia declara la obligación de don R. de rendir cuentas de su actuación como administrador, decretando igualmente la resolución de ambos contratos y desestimando la demanda en todo lo demás. La Audiencia Provincial estima íntegramente el recurso de apelación al que se adhieren las demandantes. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por don R. en lo concerniente a su condena en costas, permaneciendo incólume en todo lo demás. (*M. C. C. M.*)

93. Comunidad hereditaria anterior a la partición. Propiedad sobre los bienes del haber hereditario.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que, por medio de la aceptación de la herencia, el heredero viene a adquirir únicamente la titularidad de un derecho hereditario abstracto, impreciso e inalienable sobre las cosas de que se componga el caudal (STS de 17 de mayo de 1966). Así, por efecto de la aceptación, los llamados devienen herederos, y si la aceptación es pura y simple, devienen responsables con sus propios

bienes de las deudas de la herencia, pero adquieren un derecho abstracto sobre el conjunto de los bienes que conforma el caudal relicto. Su cuota, por tanto, recae sobre el global del caudal hereditario.

Partición del haber hereditario. Propiedad sobre los bienes de la herencia.—La partición atribuye a los herederos el dominio sobre bienes concretos pertenecientes a la herencia, siempre que el dominio esté verdaderamente contenido en el caudal relicto (entre otras, SSTS de 3 de febrero de 1982, 29 de diciembre de 1988 y 3 de junio de 1989). Por tanto, la partición tiene por objeto la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el caudal relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión, pues no hay obstáculos a que la partición dé lugar a un estado de indivisión sobre alguno de los bienes regido por las normas de la comunidad ordinaria (SSTS de 20 de octubre de 1992, 6 de marzo de 1999 y 28 de junio de 2001). Esto determina que la acción de partición hereditaria sea un presupuesto necesario de la acción de división de la cosa común, por lo que no es automática la aplicación a ésta del artículo 1062 CC.

Doctrina sobre el ejercicio de la acción de división de la cosa común por los coherederos antes de la partición hereditaria. Regla y excepciones.—El Tribunal Supremo parte de que no cabe la división de la cosa que no es común a varios copropietarios, sino que forma parte de una comunidad hereditaria. Por ello, ha declarado en diversas sentencias la improcedencia del ejercicio de la acción de división de la cosa común cuando no existe un condominio, sino una comunidad hereditaria, por no haberse producido la partición del caudal hereditario (ver al respecto, STS de 28 de mayo de 2004). No obstante, hay que tener en cuenta que esta doctrina se ha utilizado, fundamentalmente, para negar validez o efecto a los actos de disposición realizados por los coherederos sobre bienes del caudal relicto antes de la partición (entre otras muchas, SSTS de 11 de abril de 1953, 21 de julio de 1986, 14 de octubre de 1991, 30 de diciembre de 1996 o 6 de octubre de 1997) y que no siempre es posible aplicar con rigor lógico el esquema conceptual al que responde, puesto que, en la realidad del conflicto suscitado, los intereses en juego pueden reclamar —para la realización de la justicia— un tratamiento más incisivo en la definición de las posiciones de las partes, aun cuando menos ajustado al esquema conceptual enunciado. Así ocurre, por ejemplo, cuando hay un único heredero, cuando se acepta la validez y eficacia de una venta de bienes hereditarios anterior a la partición, si hay acuerdo de todos los coherederos (STS de 7 de junio de 1958) o cuando existe un único bien en la masa hereditaria y, por tanto, se entiende que se han de considerar condueños del mismo todos los herederos, aun antes de la partición (STS de 12 de febrero de 1904). Siguiendo esta interpretación flexible, puede admitirse el ejercicio directo de la acción de división de la cosa común, sin una previa acción de partición de la herencia, cuando ha existido una partición *de facto* y la oposición a la acción de división se apoya en razones meramente formales, dando lugar a una tensión entre un derecho aparente, formal, e intereses cuya traducción a derechos no debería ser impedida por consideraciones meramente conceptualistas, aunque sólo sea por un mero criterio de economía procesal. El artículo 1068 CC no puede interpretarse en el sentido de que, de no haberse producido la partición, los herederos no tengan propiedad, pues se les reconoce el poder de disposición propio de un derecho concreto, al menos en los casos excepcionales ya indicados.

Diferencias entre la acción de partición hereditaria y la acción de división de la cosa común.—Aunque la comunidad hereditaria constituya un tipo especial de comunidad que queda comprendida en el marco general de la comunidad de bienes, posee características propias que la erigen en una categoría intermedia (STS de 17 de mayo de 1963), por ejemplo en cuanto a la posesión sobre los bienes, que es meramente ideal y no real sobre bienes concretos (SSTS de 25 de noviembre de 1961 y 21 de marzo de 1968). A partir de esto, señala el Tribunal Supremo que existen, al menos, tres importantes diferencias entre las acciones de partición hereditaria y de división de la cosa común. En primer lugar, en cuanto a los legitimados activos, en la acción de división de la cosa común, son los comuneros, y, en cambio, en la acción de partición hereditaria, además de los coherederos, están legitimados activamente el cónyuge supérstite, los legatarios de parte alícuota y los acreedores de la herencia. En segundo lugar, en cuanto a quién realiza las operaciones divisorias: en la acción de división se ocupan de ello los propios interesados (salvo que se sometan voluntariamente la decisión a árbitros o a terceros), en la partición, en cambio, pueden realizar estas operaciones el testador, los contadores-partidores o comisarios designados por aquél o los propios coherederos. Por último, en cuanto al objeto, hay un solo objeto en la acción de división, mientras que la partición de la herencia se extiende al conjunto de bienes, derechos y obligaciones pertenecientes al causante. (STS de 25 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Parte de los herederos integrantes de una comunidad hereditaria pretenden ejercitar, antes de la partición hereditaria, la acción de división de la cosa común sobre uno de los inmuebles integrantes del haber hereditario. A esta división se opone uno de los herederos, que, precisamente, habita la vivienda respecto de la que se pretende la división. Los coherederos favorables a la división instan judicialmente la acción de división de la cosa común contra el heredero que se opone a la misma. Éste alega, principalmente, la falta de legitimación activa *ad processum* y *ad causam* de los actores, que no eran copropietarios del bien —sino únicamente comuneros herederos—, ya que no se ha procedido aún a la partición de la herencia. Por tanto, considera el demandado que se debería haber pedido previamente la división de la herencia y la adjudicación de los bienes, y seguir para ello el procedimiento de testamentaría. Argumenta consiguientemente que, hasta que los herederos no transformen la comunidad hereditaria en comunidad ordinaria por medio de la partición, carecen de acción para provocar la división de la cosa común.

El Juzgado de Primera Instancia consideró que había que entender tácitamente aceptada la herencia por todos los contendientes —puesto que, entre otras actuaciones, los coherederos habían procedido por acuerdo al reparto de ciertas sumas de dinero— y que, pese a no haberse seguido el procedimiento de testamentaría, los comuneros podían ejercitar la acción de división respecto de un bien, sin perjuicio de que en cualquier momento se instara por cualquiera de los comuneros el procedimiento de división hereditaria. Por tanto, estimó la demanda y declaró haber lugar a la disolución de la comunidad existente sobre la vivienda. El demandado interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, quien entendió

igualmente adecuado el procedimiento elegido por los actores. Posteriormente, el demandado interpuso recurso de casación. (A. M. M.)

DERECHO PROCESAL

94. Jurisdicción civil. Doctrina de los actos separables. Competencia del orden jurisdiccional civil para conocer del cumplimiento de un contrato privado si la Administración no se ha pronunciado previamente sobre su validez por incumplimiento de los requisitos administrativos.—Tanto la Ley de creación del organismo público en cuestión como su Reglamento desarrollador, someten la actividad contractual de aquél al régimen del derecho privado. De manera que, conforme con la doctrina de los actos separables, le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de los actos administrativos previos a la perfección del contrato. Sin embargo, esta doctrina no puede conducir a obstaculizar las reclamaciones por incumplimiento de los contratos privados ante la jurisdicción civil cuando la Administración se defiende alegando una inexistencia o invalidez que no ha declarado previamente. Pues la inexistencia de acto administrativo separable no puede traducirse en que el administrado deba provocarlo previamente, y después impugnarlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como corolario de una inicial reclamación del cumplimiento del contrato en vía civil. Imponerle al administrado dicha obligación supondría una carga desproporcionada que vulneraría injustificadamente su derecho a la tutela judicial efectiva. (STS de 28 de mayo de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor demandó en vía civil al Instituto Madrileño de Desarrollo el pago de los honorarios por el arrendamiento de servicios profesionales, relativos a la ejecución de determinados proyectos de seguridad e higiene y control de calidad de un edificio de oficinas. La Administración demandada opuso la incompetencia de la jurisdicción, alegando la inexistencia de los contratos por no haber existido actuación preparatoria administrativa de clase alguna y por carecer quien firmó en nombre del organismo de capacidad para obligar por sí sólo a la entidad. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial declararon la incompetencia de jurisdicción, basándose en que, pese a la naturaleza privada de dichos contratos, los motivos de oposición de la demandada debían ser conocidos por los tribunales del orden contencioso-administrativo, de acuerdo con la doctrina de los actos separables. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación del actor. (I. D. L. S.)

95. Deslinde marítimo-terrestre. Ley de Costas de 28 de julio de 1988. Competencia del orden jurisdiccional civil para conocer del derecho a obtener, como indemnización expropiatoria, la concesión temporal de explotación de los terrenos a que se refiere la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley.—La Ley de Costas de 1988 contempla en su DT 1.ª una satisfacción a la garantía indemnizatoria que prevé el artículo 33 CE, al compensar la pérdida de una efectiva titularidad dominical sobre unos bienes que pasan a integrar el dominio público, con el otorgamiento de una concesión

que permite el mantenimiento de los usos y aprovechamientos existentes por un plazo máximo de sesenta años. De manera que la pretensión de declaración de nulidad de la inscripción del dominio a favor del Estado, así como la de aplicación de esa Disposición Transitoria 1.^a, concediendo la indemnización que prevé en forma de concesión, y la diferencia de valor entre la misma –que es un derecho de aprovechamiento temporal– y el derecho de propiedad limitado temporalmente, son cuestiones cuyo conocimiento pertenecen a la jurisdicción del orden civil, tal como ha reiterado esta Sala en otras sentencias que recogen esta doctrina jurisprudencial (SSTS de 8 y de 21 de mayo de 2008). (STS de 23 de mayo de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.–La actora demandó ante la jurisdicción civil la declaración de nulidad del deslinde marítimo-terrestre practicado por la Administración del Estado sobre varias parcelas de la primera, así como la cancelación de los asientos registrales correspondientes. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Santander la revocó y declaró la incompetencia del orden civil para conocer de las cuestiones vertidas en el pleito. El Tribunal Supremo, acogiendo parcialmente la tesis de la actora, afirmó la naturaleza civil del derecho a obtener una concesión temporal de explotación de los terrenos, prevista en la DT 1.^a de la Ley de Costas de 1988, y dio lugar al recurso de casación. (I. D. L. S.)

96. Cosa juzgada material. Concepto y fundamento.–La sentencia firme produce una vinculación al órgano jurisdiccional al que se le formula el segundo proceso, que le impide resolver sobre el mismo objeto, los mismos sujetos y la misma *causa petendi*, que se constituyen así en presupuestos de la cosa juzgada. Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquél en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron.

El fundamento de la cosa juzgada material radica en la necesidad de evitar la reproducción indefinida de litigios y de conseguir la estabilidad y seguridad jurídicas. También afecta al prestigio de unos órganos estatales, que estaría comprometido si se permitiera ilimitadamente cuestionar lo decidido.

Cosa juzgada material y juicio de desahucio.–La única cuestión que puede ser debatida y resuelta en el juicio de desahucio es la posesión, por lo que los pronunciamientos que exceden de aquella, atinentes a la propiedad, no puede vincular, con efecto de cosa juzgada, al órgano judicial que conoce del declarativo posterior en que propiamente se ventilaba el dominio. (STS de 10 de junio de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Almagro Nosete.]

HECHOS.–Don Octavio, amparándose en su condición de dueño de los locales ubicados en las plantas baja y sótano de un edificio, promovió inicialmente un juicio de desahucio, contra la comunidad y los propietarios del resto de viviendas que integraban la división horizontal con la finalidad de reintegrar la posesión del espacio en que se encontraban ubicados los trasteros-carboneras y caldera que daba servicio al inmueble. El Juzgado de Primera Instancia desestimó el desahucio.

Posteriormente, Don Octavio interpuso contra los mismos demandados demanda en la que ejercitó las acciones declarativa de dominio y reivindicatoria. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirmó la decisión de la primera instancia.

NOTA.—Para el Tribunal Supremo en este caso al aparecer el actor en el Registro como único titular dominical de los locales sitios en sótano y planta baja del edificio, ha de presumirse tanto la existencia de un derecho de propiedad a su favor como que su contenido tiene la extensión que publicita el asiento respectivo, a su vez plenamente coincidente con la escritura de compraventa de fecha 30 de septiembre de 1997 que sirvió de título para dicha inscripción y que no menciona ni entreplanta en la planta baja ni espacio divisorio en el sótano. El Alto Tribunal resalta que la parte demandada no logró destruir esa presunción mediante prueba en contrario acreditativa de la realidad de un pacto entre los litigantes y el promotor constructor del edificio, por el cual ambos elementos (la entreplanta y el espacio de la planta sótano en que se instalaron las carboneras y la caldera) pasaban a ser elementos comunes del edificio, correspondiendo al dueño de los locales únicamente el usufructo del segundo local del sótano y de la citada entreplanta.

Para el Alto Tribunal no cabe apreciar cosa juzgada al faltar la perfecta identidad objetiva a que se refiere el artículo 1252 CC, pues, como señala la S de 14 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10405), el ámbito de ambos procesos (desahucio por precario y menor cuantía sobre declarativa de dominio y reivindicatoria) no es evidentemente el mismo, no existiendo por tanto identidad de acciones, es decir, de causas de pedir, como exige la norma invocada.

Es doctrina jurisprudencial reiterada la que sostiene que la cosa juzgada se produce incluso en los juicios sumarios, pero sólo respecto de las cuestiones limitadas que en ellos puedan ser juzgadas, lo que no impide un juicio ordinario declarativo posterior sobre aquellas cuestiones que no pueden ser resueltas en el juicio sumario *vid.* SSTS de 10 de mayo de 1985 (RJ 1985, 2267), 14 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8446), 28 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1610) y 14 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10405). (*M. C. L. J.*)