

Roj: STS 6847/2011
Id Cendoj: 28079110012011100682
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 588/2008
Nº de Resolución: 706/2011
Procedimiento: Casación
Ponente: ROMAN GARCIA VARELA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Octubre de dos mil once.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el **presente** recurso de casación interpuesto por don Jesús Luis , representado ante esta Sala por la Procuradora doña Raquel Gómez Sánchez, contra la sentencia dictada, en fecha 24 de enero de 2008, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, en el rollo de apelación nº 785/2007 , dimanante de autos de juicio declarativo ordinario seguidos con el nº 407/2006 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torremolinos.

Ha sido parte recurrida Eurogestión 2001, S.L., representada ante esta Sala por la Procuradora doña Helena Romano Vera.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1º.- El Procurador don Ernesto del Moral Cheneta, en nombre y representación de don Jesús Luis , promovió demanda de juicio declarativo ordinario, turnada al Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torremolinos, contra Eurogestión 2001, S.L., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: «...se dicte en su día sentencia, por la que con estimación de nuestra pretensión: a) Se declare el grave incumplimiento de la vendedora, hoy demandada de las obligaciones contractuales contraídas por: No haber garantizado debidamente las cantidades a cuenta entregadas por la compradora, tal y como venía obligada por la actual normativa y por previsión contractual expresa contemplada en la *cláusula cuarta* del contrato que unía a las partes. Por su imposibilidad de hacer entrega del objeto contratado en las condiciones pactadas. b) Se declare resuelto el contrato de compraventa de fecha 5 de agosto del año 2005, dado el incumplimiento grave de la vendedora descrito en el párrafo anterior. c) Se condene a la parte vendedora a la devolución de la cantidad en su día entregada por la compradora por un importe de 72.000 # (setenta y dos mil euros), más los intereses legales de dicha cantidad, contabilizados desde el día de su entrega por tratarse de cantidad líquida y vencida. d) Se condene a la entidad demandada a estar y pasar por tales declaraciones y condenas bajo los apercibimientos legales oportunos. e) Se condene a los demandados al pago de las costas de este procedimiento». Por medio de otrosí, solicitó la anotación preventiva de la demanda.

2º.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, el Procurador Agustín Ansorena Huidobro, en nombre y representación de Eurogestión 2001, S.A., se opuso a la misma, y, suplicó al Juzgado: «...se dicte sentencia con arreglo a la cual se desestime íntegramente la demanda interpuesta contra mi mandante por la representación procesal de don Jesús Luis , todo ello con expresa imposición a dicha parte de los gastos y costas causados en el **presente** juicio», y, formuló a su vez demanda reconventional, suplicando al Juzgado: «...dicte sentencia con arreglo a la cual se declare resuelto, por incumplimiento de dicha parte reconvenida, el contrato privado de compraventa de fecha 5 de agosto de 2005, declarando el **derecho** de mi representada a retener y hacer suya la cantidad entregada por la parte reconvenida y que asciende a la cifra de 72.000 euros, en concepto de indemnización contractualmente pactada por los daños y perjuicios causados por tal incumplimiento a esta parte, y ello con expresa imposición de los gastos y costas de la **presente** reconvencción».

3º.- Evacuando el traslado conferido, el Procurador don Ernesto del Moral Chaneta, en nombre y representación de don Jesús Luis , se opuso a la demanda reconvenional, suplicando a la Sala: «...en su día acuerde estimar la demanda formulada por esta parte y desestimar íntegramente la demanda reconvenional formulada de contrario, con imposición de las costas a la demandada reconviniente».

4º.- La Audiencia se celebró el día 1 de diciembre de 2006 con la intervención de la parte actora y demandada, en la que no fue posible llegar a un acuerdo. Se propuso la práctica de la prueba documental, testifical y de interrogatorio de parte, la cual se admitió y declaró pertinente.

5º.- Celebrado el juicio el día 13 de febrero de 2007, se practicaron las pruebas pedidas por las partes. Las actuaciones quedaron pendientes de la práctica de una prueba, que una vez recibida y finalizada la fase de conclusiones se acordó dejar las actuaciones pendientes de resolución judicial.

6º.- El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torremolinos (antiguo Mixto nº 8) dictó sentencia, en fecha 7 de mayo de 2007 , cuya parte dispositiva dice literalmente: «Que desestimo la demanda formulada por el Procurador don Ernesto del Moral Chaneta, en nombre y representación de don Jesús Luis , frente a la entidad Eurogestión 2001, S.L., y declaro no haber lugar a los pedimentos formulados en la demanda, con imposición de las costas a la parte actora. Que estimo la demanda formulada por el Procurador don Agustín Ansorena Huidobro, en nombre y representación de Eurogestión, S.L., frente a don Jesús Luis y declaro resuelto el contrato de compraventa de 5 de Agosto de 2005, declarando el **derecho** de la entidad a retener la cantidad de 72.000 euros en concepto de indemnización contractualmente pactada por los daños y perjuicios causados por incumplimiento, con imposición de las costas al demandado».

SEGUNDO.- Apelada la sentencia de primera instancia, y, sustanciada la alzada, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia, en fecha 24 de enero de 2008 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: «Se desestima el recurso de apelación formulado por el Procurador don Ernesto del Moral Chaneta, en nombre y representación de don Jesús Luis , contra la sentencia dictada en fecha 7 de mayo de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Torremolinos , en los autos civiles de juicio ordinario nº 407/06, y en su consecuencia se confirma íntegramente la sentencia, imponiendo expresamente al recurrente las costas de esta alzada».

TERCERO.- 1º.- La representación procesal de don Jesús Luis , presentó en fecha 14 de marzo de 2008 escrito de interposición del recurso de casación, contra la sentencia dictada, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, en el rollo de apelación nº 785/2007 , dimanante de autos de juicio declarativo ordinario seguidos con el nº 407/2006 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torremolinos.

2º.- Motivos del recurso de casación . Con cobertura en el *ordinal 2º del artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* : *Infracción de los artículos 1 y 7 de la Ley 57/1968* , sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, así como el *artículo 1124 del Código Civil* ; existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, que se reseña en el escrito.

3º.- Mediante Providencia de 24 de marzo de 2008 se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes ante este Tribunal, habiéndose notificado y emplazado a las partes litigantes, por medio de sus respectivos Procuradores.

4º.- La Procuradora doña Raquel Gómez Sánchez, en nombre y representación de don Jesús Luis , presentó escrito ante esta Sala con fecha 31 de marzo de 2008, personándose en concepto de recurrente. La Procuradora Doña Helena Romano Vera por medio de escrito presentado, en fecha 24 de abril de 2008, se personó, en nombre y representación de Eurogestión 2001, S.L., en concepto de recurrida.

5º.- La Sala dictó auto, de fecha 7 de julio de 2009, cuya parte dispositiva dice literalmente: «1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Jesús Luis , contra la sentencia dictada, por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5ª), en el rollo de apelación nº 785/2007 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 407/2006 del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Torremolinos. 2º) De conformidad y a los fines dispuestos en el *art. 485 LEC 2000* , entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en Secretaría».

6º.- Evacuando el traslado conferido, la Procuradora doña Helena Romano Vera, en nombre y representación de Eurogestión 2001, S.A., formuló oposición al recurso de casación interpuesto de contrario, suplicando a la Sala: «...dicte resolución por la que: 1.- Se acuerde tenerme por personado como parte recurrida en la representación que ostento, ordenando que se entiendan conmigo las sucesivas diligencias.

2.- Tenga a esta parte por opuesto a la admisión del recurso de casación y dicte resolución por la que se inadmita el recurso ó en su caso lo desestime y se declare la firmeza de la resolución recurrida con expresa imposición de costas a la recurrente».

CUARTO.- No habiendo solicitado todas las partes celebración de vista pública, ni estimándola necesaria este Tribunal, la Sala señaló para votación y fallo del **presente** recurso, el día 27 de septiembre de 2011, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Roman Garcia Varela,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Jesús Luis demandó por los trámites del juicio ordinario a la entidad Euro Gestión 2001, S.L., y solicitó la resolución del contrato de compraventa suscrito por las partes en 5 de agosto de 2005, ante el grave incumplimiento por la demandada de sus obligaciones esenciales -consistentes principalmente en la omisión por la vendedora de los correspondientes avales o garantías de las cantidades entregadas por anticipado y de la justificación del ingreso de tales sumas en la cuenta especial exigida por la normativa aplicable-, y la condena a la misma a la devolución del dinero recibido, a lo que ésta se opuso y, además, reconvino para interesar la resolución del contrato por incumplimiento del actor en el pago del segundo de los plazos del precio de compraventa, y hacer suyos, como indemnización, los 72.000 euros suministrados.

El objeto de la compraventa estaba constituido por 12 unidades del proyecto inmobiliario de 160 viviendas sobre la Parcela Urbanística R2A del Plan Parcial SP 9ª, en el término municipal de Benalmádena (Málaga), todas ellas situadas en el Edificio 1, Portales 1 y 2, del Proyecto General: 4 viviendas en planta baja, 4 viviendas en planta primera y 4 áticos en el mismo edificio, por el precio total de 3.376.283 euros, más 236.339,81 euros en concepto de I.V.A., que se abonaría de la siguiente forma: 72.000 euros pagados en el mismo acto de la firma; 598.216,60 euros antes del último día de septiembre del año 2005; el resto en el otorgamiento de la escritura pública de compraventa y entrega de la propiedad, con posibilidad de subrogación de la compradora en la futura hipoteca al promotor.

El Juzgado rechazó la demanda y acogió la reconvenición, con las declaraciones de la resolución del contrato de compraventa y el **derecho** de la demandada a retener la cantidad de 72.000 euros en concepto de indemnización, y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la de la Audiencia.

El demandante ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, y aunque menciona al respecto la vía del *artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, al tener en cuenta que las acciones ejercitadas en la demanda y en la reconvenición fueron de la resolución del contrato de compraventa de acuerdo con el *artículo 251.8ª* de dicho ordenamiento, la cuantía vendrá determinada por el total de lo debido, y quedó fijado como precio total del contrato de compraventa la suma de 3.376.283 euros, amén de 236.339,81 euros por IVA, de modo que el acceso a la casación queda determinado por el cauce del *ordinal 2º del art. 477.2 de la misma Ley*.

SEGUNDO.- Como cuestión previa, la recurrida se opone a la admisión del recurso de casación porque ha sido preparado e interpuesto por la vía prevista en el *artículo 477.2 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* al presentar interés casacional, sin embargo esta Sala lo acogió por el cauce del ordinal 2º del citado precepto, sin que en el escrito se mencione que se trata de un proceso sustanciado en atención de la cuantía, y ello vulnera las normas básicas de admisión y el principio de justicia rogada, ya que se ha pronunciado y resuelto algo que no fue solicitado.

Según tiene reiterado esta Sala en doctrina refrendada por el Tribunal Constitucional (SSTC números 150/2004, de 20 de septiembre, y 164/2004, de 4 de octubre, y AATS números 201/2004, de 26 de mayo, 164/2004, de 27 de mayo; además de la STS de 17 de abril de 2008), «El **carácter** excluyente y diferenciado de los cauces de acceso a la casación, establecidos en el *artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, implica que los asuntos han de utilizar el que efectivamente corresponda, según el objeto del proceso o atendiendo a la tramitación del mismo por razón de la cuantía o de la materia, siendo la consecuencia obvia que no cabe el recurso cuando no concurren los presupuestos legales exigidos, de modo que un procedimiento seguido en atención a la cuantía, si ésta es inferior a 150.000 euros, no puede eludir la irrecurribilidad invocando el «interés casacional» por el contrario, si la tramitación fue «ratione materiae» no puede prescindirse de acreditar el «interés casacional», en el preclusivo término del *artículo 479.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* con la mera alegación de ser el interés económico del litigio superior a 150.000 euros. Naturalmente las partes deberán acudir al ordinal del *artículo 477.2 de la Ley* que sea adecuado al tipo de proceso seguido, pero los efectos de omitir la cita del precepto o hacerla equivocadamente no

pueden llegar a que se vea rechazada la preparación, si la sentencia de primera instancia está en alguno de los casos del artículo 477.2 de la Ley y se cumplan los presupuestos de su artículo, es decir que se **presente** el escrito dentro del plazo de cinco días, que se indique la infracción legal cometida y, además, en los supuestos amparados en el artículo 477.2, 3º, que se acredite el «interés casacional», como un presupuesto añadido de recurribilidad, por ello sólo el incumplimiento de estos requisitos, dentro del término referido, podrá determinar la denegación preparatoria, según prevé el artículo 480.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Lógico correlativo de lo que se acaba de considerar es que un recurso deba superar la fase inicial de la preparación si la sentencia de segunda instancia ha recaído en alguno de los casos a que se refiere el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque no se haga cita del ordinal concreto. También es irrelevante que se invoque más de uno de los cauces de acceso previstos en el artículo 477.2, pues lo determinante para la preparación es que la sentencia sea recurrible al amparo de uno de ellos. Ningún óbice puede suponer que se invoque «interés casacional» en asuntos incardinables en los números 1º y 2º del artículo 477, pues en este supuesto la jurisprudencia o la norma nueva habrán de entenderse aludidas a mayor abundamiento, sin que, eso sí, los cauces pierdan por ello su **carácter** diferenciado, ni se produzcan efectos exclusivos para el caso del artículo 477.2, 3º, como los contemplados en el artículo 487.3 de la repetida Ley ».

En el supuesto **presente**, al tener en cuenta que las acciones ejercitadas, en la demanda y la reconvenición, han sido las de resolución del contrato de compraventa, la cuantía vendrá determinada por el total de lo debido, de acuerdo con el artículo 251.8ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y como quedó fijado como precio total del convenio la cantidad de 3.376.283 euros, más 236.339,81 euros por IVA, el acceso a la casación viene determinado por la vía del artículo 477.2, 2º de esta Ley.

TERCERO.- El único motivo del recurso acusa la infracción de los artículos 1 y 7 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre Percepción de Cantidades Anticipadas en la Construcción y Venta de Viviendas, en relación con la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y del artículo 1124 del Código Civil.

El artículo 1 de la Ley 57/1968 dispone lo siguiente:

«Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con **carácter** permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial y que pretendan obtener de los **cesionarios** entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir las condiciones siguientes:

1ª. Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

2ª. Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior».

El artículo 7 de la misma Ley establece lo que se dice a continuación:

«Los **derechos** que la **presente Ley** otorga a los **cesionarios** tendrán el **carácter** de **irrenunciables**».

La Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, expresa lo que se manifiesta acto continuo:

«La percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968 (...)».

Asimismo, esta Disposición en su apartado a) indica que «la expresada normativa será de aplicación a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa».

El motivo se desestima por las razones que se dicen seguidamente.

A.- La Ley 57/1968 fue promulgada con el objetivo de dotar al adquirente de una vivienda de las cantidades adelantadas a cuenta del precio final, si el promotor no observara sus obligaciones de entrega por no terminar la construcción.

En su artículo 1º, la Ley hace mención a los que promuevan con fines empresariales la construcción de viviendas, sin que sean de protección oficial, como promotores comitentes o contratistas; el adquirente deberá ser un consumidor, inclusive cuando haya comprado con intención de no habitar la vivienda permanentemente; la Ley se aplicará si los promotores pretenden obtener cantidades anticipadas a cuenta del precio antes de comenzar las obras o durante las mismas; no tiene importancia el concepto en que se cobren dichas sumas, aunque se les llame arras o señal; la adquisición de la vivienda puede ser en pleno dominio, pero igualmente regirá la Ley cuando el derecho inmobiliario obtenido lo sea de aprovechamiento por turno de los regulados en los artículos 4.2, 2º y 5.2, 2º de la Ley 42/1998 .

En este caso, constituye un hecho admitido por ambas partes la entrega de 72.000 euros del actor a la demandada, como pago anticipado del precio total; a partir de esta circunstancia, la cuestión jurídica planteada consiste en la determinación de si la obligación de garantía que sobre esta cantidad tenía que constituir la entidad Eurogestión 2001, S.A., a tenor de la estipulación cuarta del contrato, debe considerarse como obligación esencial y, ante la inobservancia previa por la demandada vendedora, ésta no puede exigir el pago posterior del segundo de los plazos del precio de compra fijado (artículo 1124 del Código Civil); de manera que la sentencia recurrida cuando concluye que tal obligación de la demandada no es un incumplimiento esencial y declara que éste lo constituye la falta de pago por el actor del segundo plazo del precio, infringe los preceptos citados, en cuanto que no respeta la reciprocidad en el cumplimiento de las obligaciones pactadas, ya que siendo previo el incumplimiento de la vendedora demandada, ésta no podrá exigir la observancia de la obligación a la otra parte cuando antes ha sido ella quien no ha cumplido al no garantizar las cantidades ya anticipadas.

Como principio general, procede sentar que la omisión del aval o garantía, así como el depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los adquirentes, referidas en el artículo 1 de la Ley 57/1968 , implica que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial, sin embargo en el supuesto del debate, se alcanzan otras conclusiones.

Conviene analizar el marco jurídico en que se produce la relación contractual de las partes.

Las alegaciones de no haber sido avaladas o garantizadas inicialmente por la demandada las cantidades entregadas por el actor, ni depositadas en cuenta especial, conforme a la Ley 57/1968 , carecen de trascendencia a los efectos de este litigio, habida cuenta de que la mentada normativa no es aplicable a este caso, pues según resulta de la demanda y de los datos demostrativos obrantes en las actuaciones, el recurrente comprador de 12 apartamentos o viviendas asistenciales, no los ha adquirido como morada individual o familiar, bien permanente o circunstancial, sino como inversión, lo que es contrario al espíritu de dicha ley, así como a su letra, al haber adquirido la vivienda para venderla y no como consumidor final.

La Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación se refiere primordialmente a que la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el cumplimiento del contrato de forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968 , e introduce la utilización de esta normativa a la promoción de toda clase de viviendas, incluso a las que se realicen en régimen de comunidad o sociedad cooperativa, pero no es de aplicación al adquirente de viviendas que actúa como inversionista.

B.- Junto con la cuestión central, planteada por el recurrente, de incumplimiento de las obligaciones económicas del contrato, también como inobservancia de la demandada, ha alegado que la misma no era titular de los terrenos vendidos, ya que los contratos aportados no fueron de compraventa sino de promesa de venta, dato evidenciador de la voluntad incumplidora de la vendedora desde el momento de la firma del contrato, y conlleva otra transgresión en cuanto al inicio de ejecución de la promoción, toda vez que no es titular de los terrenos, donde debían desarrollarse las obras, puesto que la autorización de sus verdaderos propietarios alcanza sólo a las labores de marketing y venta de la promoción, pero no autorizaba a Euro Gestión a iniciar el proceso de edificación.

Según ha declarado la sentencia recurrida en su fundamento de derecho sexto, consta debidamente documentado que la entidad demandada llevó a cabo la venta al actor de los apartamentos en virtud de los contratos de promesa de venta privados, suscritos con los titulares del terreno donde se llevaba a cabo la promoción del complejo urbanístico, y más en concreto, por la expresa autorización de éstos para realizar las ventas, según se desprende de la cláusula cuarta, apartado 4º, de los contratos aportados como documentos

números 4º y 5º de la demanda, cuyo tenor literal es el siguiente: « La futura vendedora autoriza de forma expresa a la futura compradora a que inicie el desarrollo del marketing y venta de las unidades inmobiliarias a construir en el terreno objeto de este documento desde el momento de la firma del mismo (...)» , cuya apreciación en la instancia es aceptado por esta Sala.

Igualmente se aprueba en esta sede la indicación de la sentencia de la Audiencia relativa a que, cuando el comprador resolvió injustificadamente el contrato de compraventa, las obras de edificación de las viviendas no se habían iniciado (no figuraba tal fecha en el contrato), aunque existía la licencia de obra pagada, el proyecto de ejecución terminado y se realizaron obras de urbanización y de construcción de un edificio multiuso común, sin que sean de recibo las manifestaciones del recurrente en cuanto a los hechos posteriores a su incumplimiento, pues ha de estarse a los hechos y circunstancias ocurridos en el momento del acto de rescisión contractual llevado a cabo unilateralmente por el mismo.

CUARTO.- Según la doctrina jurisprudencial de la equivalencia de resultados, debe mantenerse el fallo de la sentencia recurrida por fundamentos jurídicos distintos a los que tuvo en cuenta el Tribunal de instancia (por todas, STS de 16 de septiembre de 2010).

QUINTO.- Desestimando en su integridad el recurso de casación, las costas causadas se imponen en su integridad a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Procuradora doña Raquel Gómez Sánchez, en nombre y representación de don Jesús Luis , contra la sentencia dictada, con fecha de veinticuatro de enero de 2008, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, en el rollo de apelación 54/2006 ; con expresa imposición de las costas causadas.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Francisco Marin Castan; Jose Antonio Seijas Quintana; Francisco Javier Arroyo Fiestas; Roman Garcia Varela; Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman Garcia Varela, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.