

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, Mònica CASADELLÀ SÁNCHEZ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Alfredo FERRANTE, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Alfons SURROCA COSTA.**

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

## DERECHO CIVIL

### PARTE GENERAL

**1. Doctrina de los actos propios.**—La aplicación de esta doctrina debe ser muy segura y ciertamente cautelosa. Precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar o extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, y ha de ser concluyente e indubitado y de carácter inequívoco. Exige que los actos de una persona que pueden tener relevancia en el campo jurídico no contradigan a los anteriores provocando una situación de incertidumbre que desconcierte a terceros afectados por los mismos y que rompa el principio de buena fe del artículo 7.1 CC.

**Doctrina del levantamiento de velo.**—Se trata de una doctrina que evita separar el patrimonio de una persona jurídica y el de una persona física, impidiendo la consecución de un fin fraudulento. (STS de 1 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La demandante ejercita acción de nulidad de la compraventa otorgada en documento privado de 15 de diciembre de 1997, elevado a escritura pública de 15 de octubre de 1998, y subsidiariamente acción de anulabilidad. Los socios que fueron compradores en aquella compraventa son los mismos socios de la sociedad anónima que ahora acciona. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por entender que reunía todos los elementos del contrato (consentimiento, objeto y causa) que hacían considerar su validez.

La Audiencia Provincial entendió que la prueba practicada demuestra la inexistencia de precio pagado por los adquirentes. A su juicio, los comuneros no efectuaron ningún desembolso con cargo a su patrimonio para pagar el precio del pabellón que adquirirían, ni tampoco asumen la condición de deudores del préstamo hipotecario. Esto determina la total simulación del negocio concluido, cuya nulidad por tal causa era patente. Al no haber pago del precio, hay una falta de causa en el contrato oneroso de compraventa, lo que da lugar a la ausencia de uno de los elementos esenciales del contrato. Así, revoca la sentencia de primera instancia y declara la nulidad del mismo, con la consiguiente cancelación de los asientos registrales.

La parte demandada interpone recurso de casación. En primer lugar alega la infracción de los artículos 1274 y 1275 CC, en relación con el artículo 7.1 CC y la doctrina de los actos propios. La sociedad vende las naves a los socios y éstos las arriendan a la sociedad. Esa posible nulidad o inexistencia del contrato de arrendamiento no es preciso declararla, ya que al recuperar la sociedad aquel dominio sobre las naves, el arrendamiento queda extinguido por confusión (arts. 1192 a 1194 CC). En cuanto a la doctrina de los actos propios, la sociedad y los socios celebraron el contrato de compraventa y ahora la sociedad pretende su nulidad. Esto no implica que por la doctrina de los actos propios no pueda regularizar la situación y volver al estado real que existía antes. Si los contratantes han decidido ahora regularizar la situación patrimonial de la sociedad, reintegrando al haber social su principal activo, está justificado el interés de la actora en el ejercicio de la acción. Según el Tribunal Supremo, no hay unos actos concluyentes e inequívocos que hayan producido una situación jurídica vinculante, ni un comportamiento que haya fijado una determinada situación jurídica. Simplemente se produjo una compraventa con simulación absoluta, inexistente por falta de causa, y posteriormente se elimina tal inexactitud jurídica y se vuelve al estado anterior sin que aparezca la vulneración denunciada de la doctrina de los actos propios ni del artículo 7.1 CC. En segundo lugar, se alega la doctrina del levantamiento del velo. A juicio del Alto Tribunal, aquí se ha producido un negocio jurídico simulado, que no consta que sea fraudulento y que no causó perjuicio a tercero. El que más tarde se regularice la situación y la cosa vendida vuelva al patrimonio de la sociedad, con el acuerdo de los socios vendedores y, al tiempo, compradores, no precisa de levantar velo alguno para entender que se haya vulnerado norma alguna sobre la causa del contrato. En definitiva, el Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso de casación. (*S.L.M.*)

**2. Prescripción de la acción para reclamar el pago de las retribuciones debidas al agente.**—Según el artículo 4 de la Ley 12/1992, del Contrato de Agencia, salvo disposición en el contrato, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de agencia se regirá por las reglas establecidas en el Código de Comercio y, por aplicación del artículo 943 de dicha norma, en el Código Civil. El problema surge a la hora de determinar qué precepto concreto del Código Civil se aplica a dicha prescripción. El Tribunal Supremo entiende que las acciones de reclamación de las retribuciones debidas al agente, como efecto del contrato de agencia, prescriben en el plazo de tres años que establece el artículo 1967 CC, por ser aplicable su regla 1.<sup>a</sup>

Lo que caracteriza al agente, frente al mero comisionista, es la colaboración estable y duradera, merced a la cual promueve o promueve y concluye éste en nombre y por cuenta del principal contratos de la más variada naturaleza. Ahora bien, esta nota no puede servir de fundamento para rechazar la aplicación del plazo de prescripción especial de tres años a tales profesionales regulados en la Ley del Contrato de Agencia, tal como se apuntó en las SSTs de 22 de enero de 2007, de 15 de octubre de 2009 y de 7 de octubre de 2010. En la expresión genérica «agente» del artículo 1967.1.º CC se incluye a todos los que tienen por oficio gestionar negocios ajenos, con independencia de si se desempeña tal función con carácter esporádico o de forma estable. (**STS de 29 de junio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Una empresa de telecomunicaciones y mantenimiento presentó demanda contra una empresa de servicios de seguridad, solicitando la condena al pago de una serie de comisiones debidas en virtud del contrato de agencia que vinculaba a ambas. La demandada planteó, como motivo principal de oposición, la prescripción de la acción ejercitada por la actora. La actora considera de aplicación el artículo 1964 CC, que fija la prescripción de estas acciones en quince años, y no el artículo 1967.1.º

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, al considerar que la acción ejercitada, derivada de un contrato de agencia, estaba sometida a un plazo de prescripción de tres años, conforme a lo dispuesto en el artículo 1967.1.º CC, plazo que había transcurrido en el presente caso. Por su parte, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación formalizado por el demandante, por entender aplicable el mismo precepto que el Juzgado de Primera Instancia. En casación, el Tribunal Supremo desestima el recurso, al aplicar el plazo de tres años señalado. (*S.L.M.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

**3. Derecho a la intimidad y a la propia imagen. Comentarios en un programa televisivo relativos a una fotografía publicada por una revista en la que se proyectaba la imagen física de la actora con otra persona en la cama. El interés público de la información difundida no era elevado: la prevalencia de los derechos de información y la libertad de expresión es de escasa relevancia frente a los derechos a la intimidad y a la propia imagen.**—Aunque se trate de una persona con proyección pública los comen-

tarios vertidos en relación a la fotografía publicada, no gozan de un interés público elevado, dado el contenido de los programas y de los datos difundidos que no estaban relacionados con su actividad profesional sino que afecta exclusivamente a su vida íntima. Tampoco los reportajes estaban directamente encaminados a la formación de la opinión pública, porque el interés general de la información a tenor de su contenido deviene, en consecuencia, exclusivamente del interés que suscita el conocimiento de la vida de personas con notoriedad pública social. Por ello, la prevalencia de los derechos de información y la libertad de expresión, en el caso considerado, de escasa relevancia, dada su escasa capacidad por su contenido, de ser susceptible de influir sobre la opinión pública libre.

**La captación de las imágenes en el interior de su domicilio en una estancia destinada a la privacidad y descanso no fue consentida.**—La captación de las imágenes tuvo lugar en el interior de su domicilio en una estancia destinada a la privacidad y descanso como es el dormitorio en compañía de una persona, que indudablemente afectaban la vida privada de la demandante al presentar aspectos de sus relaciones íntimas con otra persona y sin consentir en ningún caso la captación y reproducción de su figura física como así se declaró en la STS de 11 de noviembre de 2004 en orden a la fotografía controvertida.

**Intromisión al derecho de la intimidad y a la propia imagen.**—Los reportajes emitidos en los programas televisivos cuestionados implican nuevamente una vulneración de su derecho a la intimidad y la propia imagen, al verterse comentarios sobre la vida sentimental de la demandante que pertenecen a su esfera íntima, que en ningún caso puede estar amparados por la denominada doctrina de reportaje neutral al no cumplirse los requisitos exigidos señalados y que suponen una intromisión totalmente injustificada. Los usos sociales no justifican ni la indagación en los asuntos que pertenecen a la esfera exclusiva de otros ni la divulgación de su resultado con el fin de satisfacer el posible interés del público en este tipo de comentarios o revelaciones.

**La proyección pública del ofendido o el hecho de que haya consentido anteriormente la revelación de ciertos aspectos de su vida privada no le privan de la protección de sus derechos.**—El goce de pública celebridad, y el hecho que se haya podido consentir en ocasiones determinadas la revelación de aspectos concretos propios de la vida personal no privan al afectado de la protección de sus derechos fuera de aquellos aspectos a los que se refiera su consentimiento y solo tiene trascendencia para la ponderación en el caso de que se trate de actos de sustancia y continuidad suficientes para revelar que el interesado no mantiene un determinado ámbito de su vida como reservado para sí mismo o su familia, circunstancias que a tenor de lo anteriormente indicado no concurren en el presente caso.

**Valoración del daño moral a tenor de los criterios fijados en el artículo 9.3 LO 1/1982. Ausencia de desproporción de la indemnización concedida o falta de equidad o desigualdad en relación con casos similares.**—La sentencia recurrida declara que la indemnización se ha fijado atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 9.3 de la Ley 1/1982. No se aportan datos objetivos o precedentes que sean suficientes para justificar el incumplimiento o la defectuosa aplicación de los criterios establecidos en la LPDH, la notoria desproporción de la indemnización concedida, o su falta de equidad o desigualdad en relación con casos similares. (STS de 15 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En un programa televisivo de entretenimiento se realizan diversos comentarios en relación con una fotografía publicada en una revista de prensa en la que aparece la imagen de la futura demandante con otra persona en la cama. Se da la circunstancia de que en un anterior proceso ya se había declarado que la divulgación de dicha fotografía constituía una intromisión ilegítima en los derechos a la imagen y a la intimidad. La ofendida por dichos comentarios formula demanda solicitando un indemnización de daños y perjuicios. La sentencia de primera instancia estima la demanda y fija una indemnización de 600 euros. La Audiencia Provincial estima el recurso presentado por la demandante y eleva la indemnización a 30.000 euros. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*C.O.M.*)

**4. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Colisión con la libertad de información. Necesidad de ponderar la intensidad y trascendencia con que uno y otro resulta afectado.**—Un examen de las circunstancias del caso revela que, pese a que el actor sea una persona con proyección pública, pues goza de gran celebridad y conocimiento público, este conocimiento no deriva del ejercicio de funciones públicas o de la realización de actividades de especial trascendencia política o económica, sino de su actividad profesional como futbolista. Estamos, pues, ante un interés público relativo ya que la celebración del compromiso del actor con su prometida carece de trascendencia para la sociedad porque no afecta al conjunto de los ciudadanos ni a la vida económica o política del país, ni está directamente encaminado a la formación de la opinión pública, sino que los datos que se difundieron, no relacionados con la actividad profesional del recurrido, satisfacían el interés por conocer la vida íntima de las celebridades. Máxime cuando las pruebas practicadas acreditan la decidida voluntad del actor de dejar las interioridades de dicho evento fuera de la difusión informativa y conocimiento popular; y a tal fin se establecieron fuertes medidas de seguridad para impedir la entrada de toda persona ajena a la celebración, se rechazó repetidamente las ofertas de exclusiva y se comunicó por el actor a los medios que no habría reportaje o exclusiva de dicha celebración. (**STS de 15 de junio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor interpuso una demanda contra la revista H., S.A. y contra su director don G., por vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, como consecuencia de la publicación de un reportaje fotográfico realizado con motivo de la celebración del compromiso nupcial del demandante y su prometida, celebrado en un palacio francés de manera reservada y no pública. El actor afirmaba que la publicación del reportaje con fotografías, sin el consentimiento de los protagonistas, incluía aspectos íntimos de su vida privada que deseaba mantener al abrigo de la opinión pública. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y la Audiencia Provincial de Madrid acogió parcialmente el recurso de apelación de los demandados, rebajando sustancialmente el importe de la indemnización concedida. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación de los demandados. (*L.A.G.D.*)

**5. Derecho al honor. Intromisión ilegítima del derecho al honor. Dadas las circunstancias del caso la libertad de información no puede prevalecer sobre el derecho al honor: el interés público de la información difundida no era.**—La información difundida encuadrable en el género del entretenimiento o crónica social presenta interés, si bien derivado exclusivamente por conocer aspectos de la vida privada de personajes de notoriedad social. No obstante, el interés público del asunto no era elevado, dado el tono del programa de entretenimiento que no estaba encaminado a la formación de la opinión pública y los datos difundidos estaban dirigidos a dar a conocer aspectos de su vida íntima. Desde esta perspectiva el grado de afectación de la libertad de información es débil frente a la protección del derecho al honor.

**La transmisión de la noticia sobre la infidelidad sin haber sido debidamente contrastada provoca una intromisión ilegítima en el derecho al honor.**—El requisito de veracidad comporta que en el momento de verificar la información haya sido contrastada de forma diligente y se salvaguarde haciendo las reservas oportunas. Como declara la STS de 21 de marzo de 2011 la información no veraz sobre infidelidades conyugales puede dañar el honor no solo del cónyuge a quien se atribuye la infidelidad sino también el del cónyuge que la estaría soportando. En ese sentido, del primero se predica un comportamiento indebido y al segundo se le atribuye una situación socialmente considerada en general como humillante o digna de lástima, lesionándose así la dignidad de las personas afectadas o atentando contra su propia estimación, como prevé el artículo 7.7 LPDH . Por otra parte, la veracidad no sería elemento suficiente para despojar de gravedad a la vulneración, pues como declaró la STC 99/2002 aplicando el mismo criterio que la STC 112/2000: «revelar datos de la vida íntima de una persona puede implicar un menoscabo de su honorabilidad, pues su público conocimiento puede hacerla desmerecer en la consideración ajena». (STS de 29 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El litigio se origina por las declaraciones, vertidas en un programa televisivo de entretenimiento, en que las que se imputa al futuro demandante una infidelidad. El ofendido por dichas declaraciones formula demanda solicitando un indemnización de daños y perjuicios por el daño ocasionado a su honor. La sentencia de primera instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso presentado por la demandada al entender que dadas las circunstancias del caso no se había producido una vulneración del derecho al honor. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación (C.O.M.)

**6. Ponderación entre el derecho al honor, en su vertiente del prestigio profesional, y las libertades de expresión e información.**—Reiterada doctrina del Tribunal Supremo admite que el prestigio profesional forma parte del marco del derecho al honor, pero exige que el ataque revista un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse una trasgresión del derecho fundamental (entre otras, SSTS de 25 de marzo de 1993, 12 de mayo de 1995, 20 de marzo de 1997, 15 de febrero de 2000 y 18 de junio de 2007). El derecho al honor se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. La libertad de expresión tiene un campo más amplio que la libertad de información reservada a los profesionales del periodismo, porque

no comprende la narración de hechos, sino la emisión de opiniones personales. Pero no siempre es fácil separar la expresión de opiniones de la simple narración de hechos, pues la una se suele apoyar en la otra (SSTC de 26 de enero y de 23 de marzo de 2009). Cuando sea imposible separar los elementos informativos de los valorativos, habrá de atenderse al elemento preponderante a la hora de realizar el análisis (STC de 8 de junio de 1988). En caso de conflicto entre el derecho al honor y las libertades de expresión o de información, éste debe ser resuelto conforme a técnicas de ponderación (SSTS de 13 de enero de 1999, 29 de julio de 2005 y 22 de julio de 2008). En primer lugar, se debe tener presente la posición prevalente del derecho a la libertad de información y expresión sobre el derecho al honor, por exigencias del principio democrático (STS de 11 de marzo de 2009). En segundo lugar, se debe considerar que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aún cuando sea molesta o agresiva en su exposición (SSTEDH de 23 de abril de 1992 y de 29 de febrero de 2000 y SSTC de 17 de enero de 2000, 26 de febrero de 2001 y 15 de octubre de 2001). La ponderación debe tener en cuenta si la crítica se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de expresión es más intenso. La proyección pública se reconoce en general por diversas razones, como son la profesión, la relación con un importante suceso, la trascendencia económica y la relación social (STS de 17 de diciembre de 1997). La exposición voluntaria frente a los medios de comunicación permite hablar de la existencia de un interés público subjetivo. Eso sí, la libertad de expresión e información no engloba un derecho al insulto, de manera que la protección del derecho al honor debe prevalecer cuando se emplean frases o expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se exponen y, por tanto, innecesarias a este propósito (SSTC de 25 de noviembre de 1997, 17 de enero de 2000, 15 de octubre de 2001 y 28 de febrero de 2005, entre otras). Pero no toda expresión denigratoria hace prevalecer el derecho al honor. Cuando las expresiones son formalmente denigratorias hay que examinar el contexto en el que se produce la polémica suscitada, el sentido del discurso, su finalidad, etc., pues éstos pueden justificar dichas expresiones como ejercicio legítimo de la libertad de expresión en su vertiente del derecho a la réplica. Esto sucede, en general, en supuestos de tensión o conflicto laboral, sindical, deportivo, político o procesal, entre otros (SSTC de 26 de febrero de 2001 y 15 de octubre de 2005 y SSTS de 9 de septiembre de 1997, 7 de julio de 2004 y 23 de febrero de 2006). **(STS de 27 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—D. Carlos interpuso demanda de protección de su honor contra D. Emiliano por las expresiones publicadas en un periódico de difusión provincial. Los artículos constituyen una crítica de la labor empresarial realizada por D. Carlos y de su modo de actuar.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Bartolomé de Tirajana de 21 de diciembre de 2007 estimó sustancialmente la demanda formulada declarando que los dos artículos publicados en dicho periódico constituían una intromisión ilegítima en el honor de la demandante, por lo que se condenaba al demandado a indemnizar al actor.

Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas dictó sentencia de 26 de febrero de 2009 estimó dicho recurso, absolviendo al demandado de las pretensiones ejercitadas contra él. Considera esta resolución: a) que las noticias publicadas interesan al público y a los consumidores en general al permitir conocer los entresijos de la competencia empresarial y las conductas que han merecido el reproche de los tribunales de un directivo de una organización empresarial hostelera con implantación en todas las islas; b) que el medio utilizado era lícito y se pretendía lograr la mayor difusión; y c) que las expresiones utilizadas no son objetivamente consideradas vejatorias y no están desconectadas de la idea que transmitían estas publicaciones.

El recurso de casación interpuesto por el demandante es desestimado por el Tribunal Supremo, por entender que la ponderación de los derechos fundamentales realizada por la Audiencia Provincial ha sido correcta. Precisa el Tribunal Supremo que, si bien los artículos objeto de enjuiciamiento contienen tanto elementos informativos como elementos valorativos, la naturaleza valorativa es preponderante. Existe un interés público, tanto subjetivo como objetivo, en el conocimiento de las ideas expuestas en los artículos periodísticos. En primer lugar, por la previa exposición voluntaria en los medios de comunicación del demandante, lo que implica asumir, desde el punto de vista negativo, el poder ser el centro de atención de críticas. En segundo lugar, por el derecho de los consumidores de conocer todo aquello que afecte a sus intereses, como son las malas prácticas empresariales que han sido objeto de sanción penal como delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Por último, si bien las expresiones empleadas en los artículos constituyen una crítica feroz, ésta está conectada con las ideas que se vierten y con el contexto en el que se producen, lo cual hace disminuir su significación ofensiva. (*G.M.A.*)

**7. Derecho al honor: ponderación con la libertad de expresión e información.**—El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. Cualquier conflicto entre tales derechos debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 19 de febrero de 2009, 6 de julio de 2009, 4 de junio de 2009, entre otras). La ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS de 11 de marzo de 2009). La protección constitucional alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, 29/2009, de 26 de enero, FJ 4). La ponderación debe tener en cuenta que la libertad de expresión comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 4;



y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe «sociedad democrática» (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España, § 43).

La ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales o se trata, simplemente de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones (Observer y Guardian, Plon, Von Hannover y Alemania, SSTC 115/2000 y 143/1999 y SSTC de 5 de abril de 1994, 7 de diciembre de 1995, 29 de diciembre de 1995, 8 de julio de 2004, 21 de abril de 2005). Asimismo, la prevalencia de la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Cabe el denominado reportaje neutral (STC 76/2002 de 8 de abril) y en este caso la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración. La protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 127/2004, de 19 de julio; 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero, entre otras).

No se aprecia la existencia de una vulneración del derecho al honor en el caso examinado, pues estamos en presencia del ejercicio de la libertad de expresión e información que prevalecen en abstracto frente al derecho al honor del demandante en una sociedad democrática. Un examen de las circunstancias del caso revela que el demandante como la persona que lo acompañaba, la modelo B, gozan de proyección pública tanto por su actividad profesional como por su posición social, habiendo mantenido ambos una relación sentimental, momento a partir del cual su notoriedad social se acentuó. El interés general de la información deviene del interés que suscita como crónica de sociedad el conocimiento de aspectos de relevancia pública de la vida de personajes públicos; aunque esa información posea moderada capacidad de influir en la formación de una opinión pública libre, los personajes públicos poseen interés social. En el presente caso y a tenor del contenido de la información publicada, el objeto de la misma no es directamente el demandante CA, pues tiene como base su presunto encuentro sentimental fugaz con otra persona, la modelo B, una vez confirmada públicamente su ruptura, así como la necesidad de ingreso en un centro hospitalario de la modelo a consecuencia del consumo de sustancias estupefacientes en el desarrollo de dicho encuentro. En consecuencia, en el caso de autos el objeto de la noticia se centra en la modelo B y en su posible adicción al consumo de sustancias tóxicas. Por su lado, no ha quedado desacreditada la realidad del encuentro ni la necesidad de ingreso hospitalario de B, ni su posible adicción a sustancias tóxicas que la misma había declarado públicamente con anterioridad, entrando en el campo de la libertad de expresión del informante la calificación como desenfrenado del encuentro deducible de las circunstancias posteriores concurrentes; y, por tanto, el elemento de la veracidad no adquiere relevancia o entidad suficiente en la ponderación realizada. Este punto de la pondera-

ción de los derechos en conflicto no permite declarar que prevalece el derecho al honor, sobre la libertad de expresión e información, pues el grado de afectación del primero no es suficiente para enervar la prevalencia que ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información. Por lo demás, tampoco desde el ángulo del posible carácter injurioso, insultante o desproporcionado puede ser revertido el juicio de ponderación que realizamos. (STS de 20 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—CA interpuso demanda contra un portal de Internet vinculado a una empresa del sector de los medios de comunicación, por considerar que las declaraciones contenidas en una página Web sobre un encuentro que había tenido en Ibiza con la modelo B habían vulnerado su derecho al honor. La página Web gestionada por la demandada expresaba que se había tratado de un «encuentro desenfundado en el que circularon todo tipo de sustancias». Las declaraciones también hacían referencia a que al día siguiente ambos viajaron en un avión privado y que la modelo presentaba un estado lamentable y tuvo que ser ingresada en un hospital.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 41 de Madrid desestimó la demanda mediante sentencia de 19 de febrero de 2008. Interpuesto recurso de apelación por parte de CA, la sentencia de 25 de mayo de 2009 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid lo estimó y condenó al portal de Internet a indemnizar al demandante el daño causado por intromisión ilegítima en su derecho al honor. La demandada recurre en casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

**8. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Colisión con la libertad de información. Condiciones del denominado «reportaje neutral» y del «periodismo de investigación».**—Para considerar el trabajo de los reporteros como «reportaje neutral» es preciso que el objeto de la noticia se halle constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 15 de febrero de 1994 y 26 de marzo de 1996). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo las declaraciones, o si el medio informativo reelabora las mismas; como tampoco cuando el medio provoca la noticia a través del denominado «periodismo de investigación». En esta clase de reportajes se establecen importantes limitaciones cuando se emplea el sistema de cámara oculta, a efectos de que prevalezca la libertad de información, que se caracteriza porque las personas cuya actuación es filmada lo desconocen y, precisamente por ello, se comportan con una naturalidad que en otro caso no tendrían (SSTS de 20 de mayo de 2010, 16 de noviembre y 16 de enero de 2009).

**Libertad de información. Validez del reportaje con cámara oculta cuando trata de poner de manifiesto un comportamiento engañoso y falso. No existe intromisión ilegítima en el honor o intimidad de las personas grabadas.**—El reportaje aborda una temática de relevancia social e interés general, centrado en el hecho de informar de los posibles fraudes y falta de equidad en la elección de las participantes en un certamen de belleza, que intenta poner de manifiesto la conducta falaz de los miembros del jurado

y de los organizadores. De suerte que, a tenor de la gravedad de los hechos revelados, la imagen de los demandantes era un elemento imprescindible para la finalidad informativa, a efectos de determinar si tenía o no conocimiento de tales hechos y los consintieron, que de otro modo no habría sido posible.

**Derecho a la propia imagen. Exclusión de las personas jurídicas.**—El derecho a la propia imagen sólo tiene sentido en relación con la persona física. Los signos asociados a la imagen de las personas jurídicas, como parte de su activo cultural, están protegidos mediante la regulación de la propiedad intelectual e industrial, cuya vulneración no comporta pro sí misma la infracción de un derecho fundamental (**STS de 15 de junio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los actores, don Silvio y la mercantil C.M.E., S.L., demandaron a la productora televisiva C.M.P.A., S.A., y a don Juan, don Alejo y doña Graciela, en el ejercicio de la acción de protección del derecho al honor, intimidad e imagen con motivo de la elaboración de un reportaje en el que una periodista, sin cumplir los requisitos exigibles, se hizo pasar por candidata al certamen de Miss A., obteniendo previo pago de una importante suma de dinero, la elección que le permitía concursar en el certamen nacional. Para ello se valieron de grabaciones de conversaciones e imágenes mediante el sistema de cámara oculta en el que quedó registrada la intervención de los demandantes en los ardidés y componendas señalados. El reportaje obtenido fue comunicado públicamente mediante la emisión de dos programas de televisión en una cadena de alcance nacional en horario de máxima audiencia, con tertulias posteriores con diversos invitados obteniendo una gran difusión y audiencia. Los actores consideraron que dicho comportamiento suponía una intromisión ilegítima en su honor, intimidad e imagen y solicitaron una sustanciosa indemnización. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid desestimaron la demanda y absolvieron a los demandados de todos los pedimentos deducidos en su contra. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación de los demandantes. (*L.A.P.M.*)

**9. Títulos nobiliarios. Sucesión de título nobiliario entre colaterales. Aplicación del principio de propinquidad.**—Es doctrina consolidada de esta Sala que la sucesión de un título nobiliario entre parientes colaterales del fundador o último poseedor legítimo (cuando éstos carecen de parientes en línea recta descendente) ha de regirse exclusivamente por el principio de propinquidad y no por el de la representación (STS de 22 de octubre de 2009). En aplicación del principio de propinquidad —o de mayor proximidad—, si ambos litigantes se encuentran situados en el mismo grado de parentesco con el último poseedor legal, es el de mayor edad quien ostenta el derecho a la posesión del título (SSTS de 15 de abril de 2005 y 26 de febrero de 2010).

**Aplicación de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad de hombre y de la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios a los expedientes administrativos en curso a la entrada en vigor de la Ley.**—De acuerdo con lo sentado en la STS del Pleno de la Sala, de 3 de abril de 2008, la D.T. Única, apartado 3 de la Ley 33/2006, se refiere no sólo 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. Debiendo tenerse en cuenta igualmente que dicho apartado de la D.T. Única atiende a la circunstancia objetiva de que el proceso esté pendiente de resolución en la instancia o en vía de recurso, y no ser firme la sentencia en el momento de la entrada en vigor de la L.I.T.N. (**STS de 20 de julio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Don Bernardino demandó a su primo hermano don José pidiendo se declarara su mejor y preferente derecho a ostentar el título nobiliario dejado a la muerte de la última titular, a la sazón tía carnal de la madre y del padre respectivamente de actor y demandado. Los progenitores de los litigantes, hermanos entre sí, habían fallecido con anterioridad a la última titular, la cual no había dejado descendencia alguna. Por este motivo, en vía administrativa le fue otorgado el derecho al uso del título al demandado, en virtud del principio de varonía. Sin embargo, el actor estimaba que era aplicable al caso la Ley 33/2006, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, de suerte que siendo él hijo de la primogénita, debían aplicarse los principios de primogenitura y representación y, conforme a ello, debía serle atribuido el uso de la dignidad en litigio. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Badajoz estimó el recurso de apelación del demandante. El Tribunal Supremo, no dio lugar al recurso de casación del demandado, no obstante varió la *ratio decidendi* del asunto y consideró aplicable al caso el principio de propinquidad o proximidad de grado y, en igualdad de grado, como era el caso, el de primogenitura. (*L.A.G.D.*)

**10. Títulos nobiliarios. Prescripción adquisitiva: día inicial del plazo para usucapir en los casos de vencimiento en juicio del rehabilitador de un título nobiliario.**—Este día no comenzará a correr desde la sentencia firme del litigio, sino desde que dicho vencedor obtenga el Real despacho correspondiente a que se refiere el artículo 37 de la Real Orden de 21 de octubre de 1922 dictando reglas para dar cumplimiento a lo prevenido en el artículo 18 del Real Decreto de 8 de julio del mismo año relativo a Grandezas y Título, entre la fecha de firmeza de la sentencia y la fecha de este Real despacho se da una situación interina sin ningún poseedor real y efectivo del título.

**La Carta de Sucesión autoriza para el uso legal u oficial del título nobiliario, pero no condiciona una posesión real o material anterior a su expedición.**—En este sentido, STS 3 de noviembre de 2009.

**Orden sucesorio en la línea colateral: principio de propinquidad.**—Es doctrina consolidada que la sucesión de un título nobiliario entre parientes colaterales del fundador o del último poseedor legítimo, cuando estos carecen de parientes en línea recta descendente, ha de regirse exclusivamente por el principio de propinquidad (pariente en grado más próximo de cualquier persona que se tomara como referencia) y no por el de representación (SSTS 15 de diciembre, 22 de octubre de 2009 y 26 de febrero de 2010) (**STS de 22**

**de junio de 2011;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El actor reclamó a la demandada, su mejor derecho genealógico a ostentar un título de marqués. El juzgado desestimó la demanda. La sentencia la recurrieron ambas partes y la audiencia desestimó el recurso del demandante al haber transcurrido el plazo de cuarenta años, de prescripción adquisitiva del título de marqués a su favor, aunque revocó parcialmente la misma. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el actor (*I. D.-L.*)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**11. Novación extintiva de las obligaciones y término esencial. No cabe novar la obligación cuando el plazo para el cumplimiento se ha configurado como esencial y ha sido rebasado con creces. El no cumplimiento antes de la fecha acordada como esencial determina un incumplimiento absoluto que justifica la declaración de resolución del contrato.**—Una vez rebasada la fecha pactada sin que se hubiera implantado el sistema informático, siendo aquélla esencial, mal puede hablarse de novación, pues se había producido un incumplimiento definitivo que llevaba a entender que no existiría cumplimiento futuro y que permite al cedente ejercer la facultad resolutoria. Mientras no llegó el plazo esencial e incluso posteriormente, pero cuando aún podía esperarse que se alcanzaría el cumplimiento para la implantación del programa informático con las finalidades expresadas en el contrato, la abstención en instar la resolución resulta lógica. Pero el contenido del documento firmado más de tres meses después de la llegada del plazo, permitía a la actora concluir que el contrato no llegaría a cumplirse, razón por la cual procedió a su resolución. Sin que los sucesivos aplazamientos tolerados por la acreedora constituyeran una novación o modificación del plazo, que hubiera requerido un pacto expreso en tal sentido, pues de aceptarse la tesis contraria, la de la deudora se hubiese convertido en una obligación sin plazo determinado, siendo así que en el contrato se pactó el término como esencial al estar ligado a la implantación del euro. (**STS de 8 de julio de 2011;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La mercantil C.I. 21, S.A. demandó a A.C., S.A., pidiendo la resolución del contrato que les vinculaba y la devolución de las cantidades abonadas a cuenta del servicio comprometido y no prestado, así como la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de la demandada. Por su parte, A.C., S.A. se opuso y formuló reconvencción solicitando el pago de las cantidades pendientes. La actora había suscrito un contrato de asistencia técnica por el cual la demandada debía crear e instalar un programa informático en el grupo de empresas de la primera, así

como capacitar al personal correspondiente para el adecuado manejo del mismo, de forma que respondiese a las necesidades presentes y futuras del grupo empresarial. Todo ello con el objeto de adaptar el funcionamiento técnico de las mismas a la entrada en vigor del euro, por lo que se fijó como último día del plazo el 1 de enero de 2002. En junio de dicho año, dados los retrasos en los trabajos, y la implantación del sistema en una sola de las once empresas, se firmó un nuevo documento para fijar la finalización del trabajo pendiente. Pese a ello, dos meses después C.I. 21 instó judicialmente la resolución contractual. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y desestimó la reconvencción. La Audiencia Provincial de Sevilla acogió el recurso de apelación de la demandada y declaró resuelto el contrato pero sin indemnización, al considerar que el documento firmado constituía una novación del plazo inicialmente pactado. (L.A.G.D.)

**12. Compraventa civil. Resolución contractual. Aceptación de la resolución extrajudicial. El destinatario de la resolución extrajudicial ostenta legitimación para instar judicialmente la declaración de que la relación contractual ha quedado resuelta.**—La jurisprudencia ha interpretado el artículo 1.124 CC en el sentido de entender que permite el ejercicio de la facultad resolutoria mediante declaración extrajudicial dirigida a la parte incumplidora. Fue la compradora quién decidió resolver el vínculo, comunicándolo a la otra contratante, la cual se limitó a dar su conformidad con tal decisión. Por ello, lo que la vendedora pretendió en la demanda fue que se declarase resuelta la venta, pero no a su iniciativa, sino por haberlo decidido previamente la compradora. Carece de justificación, por lo tanto, atribuir a la vendedora la iniciativa en la resolución y, consecuentemente, negar su legitimación para resolver el vínculo o la concurrencia de los requisitos que serían precisos para aplicar el artículo 1.124 CC.

**Carácter unilateral de la resolución contractual.**—La declaración de la voluntad de resolver un vínculo contractual, con fundamento en el artículo 1.124 CC, tiene naturaleza unilateral, pues produce sus efectos sin necesidad de que la otra parte la acepte. Ahora bien, como recepticia que es, basta con que la conozca su destinatario, o que se den los supuestos de equivalente al conocimiento que nuestro ordenamiento admite, para que produzca efecto. Por ello, desde que la vendedora conoció la declaración de resolver el contrato, emitida por la compradora, la resolución produjo sus efectos específicos.

**Instada la resolución no cabe optar por el cumplimiento del contrato.**—La interpretación más razonable del artículo 1.124 CC, en cuanto a la opción que concede, permite concluir que instada la resolución contractual no cabe variarla por el cumplimiento (aquí si rige el aforismo «una vía electa *non datur recursus ad alteram*», pues ambas partes, de hecho, admiten así la extinción contractual, una por no cumplir y la otra por resolver. (STS de 27 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

**HECHOS.**—La sociedad compradora optó por resolver el vínculo contractual por considerar que la vendedora no había cumplido lo estipulado. Así se lo comunicó a la vendedora a la vez que le reclamaba la aplicación de la cláusula prevista para el caso de

incumplimiento de las obligaciones del contrato de compraventa. La entidad vendedora aceptó la resolución, pero negó que hubiera incumplido lo convenido. Razón por la que exigió que los efectos de la ineficacia del contrato se limitaran, conforme a lo convenido para el supuesto de incumplimiento de la compradora, a la extinción del derecho de ésta a recuperar la parte del precio que ya había entregado. En otro proceso, la vendedora fue demandada por un tercero, que le reclamó la entrega de la parte del precio que la compradora le había anticipado al firmar el documento privado de compraventa, pues alegó que había sido él, de acuerdo con aquélla, quien realmente había abonado la suma. La vendedora entregó a dicho tercero la cantidad que le reclamaba por considerar que la relación de compraventa había quedado resuelta y que no tenía derecho a retener en su poder aquella suma. Posteriormente la compradora cambió de voluntad y decidió exigir el cumplimiento del contrato de compraventa. En este estado de cosas, la entidad vendedora insta judicialmente la declaración de que la relación contractual había quedado resuelta, por decisión de la compradora, no rechazada por ella. Por su parte la compradora reconviene y solicita judicialmente la condena de la vendedora al cumplimiento de la compraventa. En las dos instancias la demanda fue estimada y desestimada la reconvenición. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación (*C.O.M.*)

**13. Indemnización daño emergente. Distinción daño emergente y lucro cesante.**—La jurisprudencia de esta Sala considera que la amplia dicción del artículo 1106 CC justifica que el resarcimiento abarque todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia entre la actual situación de su patrimonio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por la disminución efectiva del activo, ya por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito (SSTS de 10 enero de 1979, 6 de octubre de 1982 y 2 de abril de 1997). De otro lado, al distinguir el daño emergente del lucro cesante, la STS 31 de mayo de 2007 declaró que la depreciación de una vivienda es daño emergente, y no lucro cesante, porque su valor en venta es un elemento patrimonial con múltiples repercusiones en aspectos como la obtención de crédito o el pago de impuestos; y la STS 30 de octubre de 2007, invocando la STS 14 de julio de 2003, precisó que, 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 hecho dañoso.

**Interés legal.**—El daño derivado de la inmovilización o falta de rendimientos de una determinada cantidad de dinero durante un periodo de tiempo determinado (...) causado en el incumplimiento contractual de la parte demandada, con un efecto perjudicial para la parte cumplidora (...) la pretensión de indemnización correspondientes al interés legal de aquella cantidad durante 347 días, se ajusta a lo que disponen los artículos 1101 y 1106 CC según vienen siendo interpretados por esta Sala, y la sentencia recurrida los infringió al someter esa pretensión a un criterio restrictivo propio del lucro

cesante que, en el presente caso, carecía de justificación por no fundarse la pretensión en ningún pronóstico o presunción sino en hechos ya sucedidos, alegados en la demanda y probados según la propia sentencia recurrida. **(STS de 17 de julio de 2011;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—La compañía mercantil S realizó con la también compañía mercantil N un contrato de compromiso de constitución y ejecución de un derecho de superficie con el fin de realizar una vía de servicio para la construcción de una gasolinera. La compañía mercantil S presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Madrid contra la compañía mercantil N por incumplimiento contractual al no ejecutar la vía de servicio de la gasolinera y tener que hacerlo por ella la demandante. La cuestión a decidir es si constituye o no un daño resarcible por la demandada la inmovilización o falta de productividad del capital invertido por la demandante en la construcción de la gasolinera (900.017,66 euros) durante los 347 días en que no pudo funcionar precisamente por el incumplimiento de la demandada.

El Juzgado estimó en parte la demanda y condenó a N a indemnizar a la actora en la cantidad de 42.000 euros correspondientes al interés legal del dinero de 900.017,66 euros, pero no estimó la demanda en cuanto al coste de la propia ejecución de la vía de servicio soportada por la propia demandante. Interpuestos por ambas partes recursos de apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la mercantil demandada N y estimó parcialmente el formulado por la demandante, en el único sentido de estimar sólo el coste de la propia ejecución de la vía de servicio por un importe de 163.353,86 euros. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación formulado por la mercantil demandante añadiendo al importe de la condena la cantidad de 36.397,17 euros correspondientes al interés legal en concepto de lucro cesante. (*M.C.S.*)

**14. Lucro cesante: concepto y doctrina jurisprudencial.**—Lucro cesante, objeto de indemnización conforme al artículo 1106 del Código civil («... ganancia que haya dejado de obtener el acreedor...»), «sin que quepa incluir eventos de futuro no acreditados rayanos en los conocidos sueños de ganancia», como dice la sentencia de 24 de abril de 1997, «... de esperar en el desarrollo normal de las circunstancias del caso...», añaden las sentencias de 15 de julio de 1998 y 29 de diciembre de 2000 y «no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna», expresan las sentencias de 5 de noviembre de 1998 y 2 de marzo de 2001 y «no puede ser dudoso o incierto, de ahí que deban rechazarse las ganancias contingentes o fundadas en mera esperanzas o expectativas sin sustento real», como dice la sentencia de 29 de diciembre de 2000; «el lucro cesante presenta un alto grado de indeterminación, con lo cual se plantea la búsqueda de un criterio válido para dilucidar cuando nos encontramos ante una hipótesis de lucro cesante, de ganancia verdaderamente frustrada y cuándo estaremos ante una mera esperanza imaginaria, dudosa y contingente»: así se expresa las sentencias 19 de enero 2006 y 12 de diciembre de 2006.



El lucro cesante precisa la prueba de la ganancia dejada de obtener, en el sentido de la prueba del perjuicio que sufre el acreedor en su patrimonio, por no tener lugar el aumento patrimonial que se habría producido. No comprende, pues, los «sueños de fortuna», sino las ganancias que probadamente se hubieran producido, de no mediar el incumplimiento imputable al deudor.

**Facultad moderadora ex del artículo 1103 CC: no discutible en casación.**—Por tanto, se ha cumplido estrictamente el artículo 1106 del Código civil y la jurisprudencia que lo aplica y no se ha infringido el artículo 1103 cuya norma que prevé la moderación de la responsabilidad por culpa «constituye una facultad discrecional del órgano jurisdiccional, por lo que, en principio, está vedado su acceso casacional», como dicen las sentencias de 17 de noviembre de 1995 y 20 de mayo de 2004, « facultad discrecional, exclusiva de la instancia excediendo del ámbito propio de la casación», reitera la de 29 de septiembre de 2005 con cita numerosas sentencias anteriores y que reiteran de nuevo las de 11 de octubre de 2005, 22 de enero de 2007, 19 de julio de 2007 y 10 de octubre de 2007 si bien estas últimas advierten que cabe la revisión en casación, cuando se ha dado una «desproporción notoria» o una aplicación con criterio contrario al «ponderado, racional y lógico», que no es, desde luego, el caso presente. (STS de 20 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—En una compraventa mercantil de cosa futura, la compradora A pide, en primer lugar, la transmisión y entrega de la cosa vendida y, en segundo lugar, subsidiariamente, la resolución del contrato más compensación por la no entrega del local comercial que valora en la diferencia de precio que pagó y el que obtendría de un terreno actualmente, lo que no es otra cosa que el lucro cesante. La vendedora B ejercita acción reconvenzional pidiendo la nulidad del contrato por falta de objeto cierto al no haberse determinado la cabida.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la reconvenzional y estima parcialmente el recurso declarando la resolución del contrato más daños y perjuicios por la falta de entrega del bajo comercial, estimados —en virtud de la facultad moderadora del artículo 1103 CC— en una suma X correspondiente pericialmente al 80% del valor reclamado. Comprador y vendedor recurren en apelación pidiendo respectivamente la validez del contrato y su nulidad, sin embargo la Audiencia Provincial confirma la sentencia de Primera Instancia. La compradora entonces interpone recurso de casación reclamando una mayor cuantificación de la indemnización, comprensiva del lucro cesante, desestimado por el Tribunal Supremo. (A. F.)

**15. Daño moral contractual. Criterios de delimitación del alcance de la obligación de indemnizar.**—La jurisprudencia ha admitido la indemnización del daño moral en caso de responsabilidad contractual. Sin embargo, este reconocimiento no tiene un alcance absoluto, esto es, no todo daño moral debe ser indemnizado por el que lo causa, sea en el ámbito contractual que en el extracontractual. El daño moral, que no tiene carácter punitivo, debe, además, ser demostrado.

Centrándonos en el daño moral contractual, el alcance concreto de la obligación de reparación debe ser delimitado en función del contenido del contrato y de los criterios normativos de imputación objetiva que resultan del ordenamiento jurídico. Pues bien, para entender excluida la obligación de responder por daños morales, tiene suficiente relevancia el hecho de que en un contrato de contenido predominantemente económico no se halle prevista y no se infiera de su contenido y consecuencias conforme a la buena fe, al uso y a la ley una obligación especial de diligencia para cubrir todos o algunos de los posibles daños morales derivados del incumplimiento.

**Daño moral. Concepto y fundamento normativo.**—El daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados, con independencia de la naturaleza, patrimonial o no, del bien, derecho o interés que ha sido infringido.

La indemnización del daño moral se basa en reglas específicas o en las generales de responsabilidad contractual o extracontractual de los artículos 1101 y 1902 CC.

**Responsabilidad de los agentes de la edificación. Indemnización del daño moral. Fundamento normativo.**—En la presente sentencia el TS parece admitir la indemnización del daño moral causado por los vicios de la construcción.

Y así, apunta que el artículo 1591 CC bajo el concepto «daños y perjuicios» no excluye ninguna tipo de daños vinculados causalmente a una defectuosa construcción. El Tribunal Supremo cita las SSTs de 31 de octubre de 2002 y 7 de marzo de 2005, que negaron la posibilidad de indemnizar el daño moral como consecuencia de vicios ruinógenos; el Alto Tribunal, en la presente sentencia, apunta como posible causa de la falta de indemnización del daño moral en dichos casos que no había daño moral alguno.

La indemnización del daño moral no puede basarse, sin embargo, en la aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación que, en su artículo 17, se refiere exclusivamente a los daños materiales, sobre los cuales instrumenta la responsabilidad civil de los que intervienen en la ejecución, poniendo fin a una tendencia expansiva del concepto de daños que se había producido en la jurisprudencia. Así pues, a la hora de reclamar la indemnización del daño moral deberá hacerse por medio de las acciones generales de responsabilidad contractual o extracontractual, en su caso. El Alto Tribunal aprovecha la ocasión para criticar el sistema que se crea de este modo, pues afirma literalmente lo siguiente: «En la práctica supone combinar un doble régimen jurídico distinto y confuso en cuanto a la acumulación de acciones, legitimación, criterios de imputación y plazos existentes para reclamar las indemnizaciones, incluso cómputo de los mismos, lo que sin duda no parece conforme con un sistema que pretende la reparación integral del daño ni beneficia a quien lo sufre» (FD.º 5.º). (STS de 15 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

**HECHOS.**—El 29 de abril de 1997 la Cooperativa demandante celebró un contrato con la empresa demandada para la ejecución de 128 viviendas en altura, con plaza de garaje; en el contrato se designaba como director de obras al arquitecto codemandado.

Las viviendas se entregaron en noviembre de 1999, presentando numerosas deficiencias.

La Cooperativa ejerció acción de responsabilidad por vicios ruinógenos y reclamación de cantidades contra la empresa constructora y la dirección facultativa de las obras. La acción se basaba en el artículo 1591 CC y en la cuantía de la demanda se incluía un determinado importe en concepto de daños morales.

La sentencia de Primera Instancia estimó en parte la demanda. En concreto, y en relación con los daños morales, la indemnización por este concepto se concedió en parte.

La sentencia de apelación desestimó el recurso de los demandados, basado en la falta de legitimación de la Cooperativa para reclamar los daños patrimoniales derivados de los vicios ruinógenos y los morales; la Audiencia estimó en parte el recurso de la demandante, aumentando la cuantía de los daños morales indemnizables.

La empresa constructora demandada interpone un recurso extraordinario por infracción procesal, que es desestimado, y uno de casación que el Tribunal Supremo estima. En concreto, el Alto Tribunal considera que en el caso concreto no hay daño moral indemnizable, pues de ninguno de los datos fácticos que refiere la sentencia resulta una realidad especialmente grave que permita apreciar una situación de molestia, disgusto, aflicción o perturbación de alguna entidad determinante de una indemnización distinta del daño material. En concreto, los cooperativistas no se han visto privados de sus viviendas, ni de ninguno de sus elementos comunes. Tampoco considera aplicable la doctrina *in re ipsa loquitur* pues el daño moral que se invoca debe ser demostrado y dicha regla sólo puede ser aplicable a aquel incumplimiento que evidencie por sí mismo la existencia de un menoscabo de esta naturaleza desligado de la esfera económica. (B. G. F.)

**16. Cláusula penal.**—En virtud de la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo relativa al artículo 1154 CC, la facultad de moderación judicial prevista por el precepto citado no puede entrar en juego cuando se declare que el incumplimiento es total.

La aplicación de dicha jurisprudencia, esto es, la decisión sobre si procede o no hacer uso de tal moderación, es una facultad que no puede ni debe ser alterada en vía casacional cuando se basa en una valoración lógica y racional asentada en bases fácticas incontrovertibles. (STS de 6 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Las partes en litigio habían celebrado un contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda; en el contrato se había fijado una cláusula penal aplicable para el caso de resolución del contrato por causa no imputable a la parte arrendataria.

La arrendataria demandó a la arrendadora solicitando que se declarase resuelto el contrato por incumplimiento de la demandada—arrendadora y el consiguiente pago de la indemnización fijada en la cláusula penal. La demandada reconvino.

El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvencción.

La Audiencia estimó en parte el recurso de apelación formalizado por la demandada. El Tribunal entendió que el incumplimiento había sido parcial, por lo que hizo uso de la facultad moderadora prevista en el artículo 1154 CC.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante, que combatía la utilización de la facultad de moderación judicial ejercida por la Audiencia, porque se sustentaba en un hecho no probado, cual es el carácter total del incumplimiento de la demandada. (B. G. F.)

**17. Acción subrogatoria. Legitimación pasiva y efectos.**—La cuestión central de la presente litis, como *quaestio iuris*, es el alcance y efecto de la acción subrogatoria, que contempla el primer inciso del artículo 1111 del Código civil, como medio de protección del crédito en la que el acreedor ejercita las acciones del deudor para «obtener un incremento del patrimonio del mismo, a fin de conseguir la satisfacción del crédito» (STS de 25 de noviembre de 1996). No es una acción directa, sino como dice la doctrina científica, una acción oblicua (como dice la anterior sentencia reiterando la de 30 de abril de 1990). Acción que se dirige no contra el deudor sino contra el deudor de su deudor, *debitor debitoris*. La sentencia de 6 de noviembre de 2008 reitera lo anterior y dice: «La acción subrogatoria, en caso de su prosperabilidad, produce el efecto de incrementar la hacienda del deudor, toda vez que fue esgrimida precisamente por la inactividad o el desacierto de éste, con la finalidad de que pudiera ser satisfecho el crédito; pero producido el mentado efecto, el acreedor deberá exigir al deudor que le abone lo debido, es decir, el cumplimiento de la obligación, y será protegido porque con el ejercicio de tal acción ha incrementado los bienes del deudor, pero no tiene preferencia alguna en la satisfacción de su crédito. Destacada doctrina científica ha considerado que el bien ingresa primeramente en el patrimonio del deudor y ahí puede ser agredido por el acreedor que ejercitó la acción subrogatoria o por otros, según las reglas de concurrencia de créditos, si bien debe primeramente resarcirse el acreedor que ejercitó la acción subrogatoria de los gastos del pleito. Permanece vigente la doctrina jurisprudencial integrada por la sentencia de 25 de noviembre de 1996, citada en el motivo, según la cual mediante la acción subrogatoria el bien ingresa en el patrimonio del deudor, sin que se pueda entregar el mismo al acreedor, que ejercitó dicha acción, en el mismo procedimiento, y sin que dicho acreedor ostente ninguna preferencia por este hecho» (en la misma línea, la STS de 25 de marzo de 2011). El acreedor que ejercita la acción subrogatoria está colocado («subrogado») en el puesto del deudor, se «subroga», como titular del crédito exigible, contra el deudor de éste (subrogado), siendo así que el deudor principal esté inactivo en perjuicio del acreedor que, por ello, ejercita dicha acción subrogatoria. De todo lo dicho, aparece como consecuencia que el acreedor, «subrogado» en el puesto de su deudor, puede exigir del deudor de éste, *debitor debitoris*, el cumplimiento, la resolución o la indemnización y tal deudor, *debitor*, no sólo es el que contrató con él (permutante en el presente caso), sino también el que adquirió del anterior (comprador en este caso) la finca, consciente de que se mantenía la obligación de entrega de dos casas. En definitiva, esta acción alcanza no sólo al permutante, MHV, sino también al adquirente de éste, MHD. Partiendo de los conceptos anteriores, el motivo primero de casación se refiere al cumplimiento del contrato, cumplimiento que se ampara en el artículo 1124 del Código civil. En el contrato de permuta se obligó el contra-

tante que adquirió la finca, a entregar a cambio dos casas; cumplimiento que no se peticiona en este motivo del recurso porque una de las dos, la que dio lugar a la finca registral 72.306, fue adquirida a título oneroso de buena fe por terceros. Por ello, en el motivo se alega infracción del artículo 1124 del Código civil por no haber ordenado el cumplimiento de la obligación de entrega al que adquirió la finca 53.738, que sigue siendo titularidad de MHD. El motivo se estima. **(STS de 19 de julio de 2011; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Siendo deudora de una importante cantidad de dinero a la Agencia Tributaria estatal, la empresa P permutó un terreno con MHV a cambio de dos casas a construir mediante escritura pública de fecha 6 de febrero de 1998. El día 25 de mayo de 1999 MHV vendió el terreno a MHD sin haber hecho entrega de las casas a P. Tras una división del terreno, a P le correspondió la finca registral 72.306, la cual fue vendida posteriormente a terceros de buena fe, y la finca registral 53.738 que, no obstante, no fue reclamada por la permutante P. En fecha 7 de mayo de 2003, la Agencia Tributaria hizo la «declaración de fallido» de P por «ausencia de bienes». Posteriormente el Abogado del Estado interpuso demanda contra MHV y MHD por la que solicitó la condena a entregar a la permutante las casas previstas en el contrato de permuta o, subsidiariamente, la rescisión del contrato de permuta. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Málaga estimó en parte la demanda mediante sentencia de 15 de junio de 2005, declaró rescindida la permuta y condenó a MHV a indemnizar a P, tras considerar imposible la restitución del solar como consecuencia de la existencia de terceros adquirentes de buena fe. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de 21 de marzo de 2007 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga lo desestimó. La Agencia Tributaria recurre en casación y solicita la condena a MHV y MHD a entregar a P la finca registral 53.738 con base en la acción subrogatoria prevista en el primer inciso del artículo 1111 del Código civil y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. *(J. M. B. S.)*

**18. Promesa de compraventa. Diferencia con la compraventa perfecta. Obligación de poner en vigor el precontrato bilateral.**—La promesa bilateral de vender y comprar es difícilmente distinguible del contrato típico de compraventa. La jurisprudencia ha destacado la interpretación restringida de este precepto (STS de 18 de julio de 2006), y la necesidad de atender a la voluntad de las partes (STS de 22 de abril de 1995), y los efectos vienen a ser los mismos de la compraventa, si consta que ésta fue la verdadera intención de las partes (STS de 6 de julio de 2000), si bien son figuras distintas (STS de 20 de abril de 2001). El precontrato bilateral —como el presente— implica que ambas partes tienen el deber y el derecho de poner en vigor el contrato comprometido (STS de 14 de diciembre de 2006), dentro del plazo pactado. Y al no haberse llevado a cabo dentro del plazo previsto, no puede la parte compradora exigir la puesta en vigor del precontrato bilateral de promesa de vender y comprar.—**(STS de 24 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La sociedad actora había celebrado un acuerdo con los demandados al que denominaron «contrato de promesa de compraventa», por el cual la primera prometía comprar a la segunda, que prometía vender, un paquete accionario de la sociedad que formaban los demandados. Se entregó a cuenta la cantidad de 30.000 € y se estableció que, de no formalizarse la compraventa en escritura pública en la fecha pactada, con pago de la parte del precio pendiente de abono, por causa imputable a la compradora, ésta perdería la cantidad entregada y la promesa suscrita quedaría sin efecto. Días después de cumplirse la fecha acordada sin que se formalizara el contrato y se pagara la cantidad pendiente, la parte vendedora comunicó a la compradora la caducidad del acuerdo. La compradora demandó a los vendedores solicitando la formalización del contrato y la entrega del objeto del mismo y, subsidiariamente, la devolución de la cantidad adelantada, al considerar que existía una verdadera compraventa y no procedía la resolución contractual. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca entendieron que existía una simple promesa de venta y desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la actora. (*I.D.-L.*)

**19. Contrato de compraventa. Folleto publicitario. Integración del contrato. Resolución contractual cuando lo entregado no responde las legítimas expectativas creadas en los compradores de acuerdo con la publicidad facilitada por la vendedora.**—El folleto publicitario no responde a una mera función de promoción o de simple invitación a contratar, sino que constituye una auténtica oferta publicitaria, ya que suministra una información concreta, que contiene datos objetivos, referidos a características relevantes. Y si no llega a constituir una oferta en sentido estricto (en tanto no recoge todos los elementos esenciales), sí que resulta incuestionable su importancia desde la perspectiva de la integración contractual, dada su repercusión en la formación del consentimiento. La infracción contractual tiene una especial relevancia que justifica la calificación del incumplimiento como grave por insatisfacción total del comprador a efectos de conllevar la resolución contractual. La falta de las vistas no reduce el uso de la vivienda, sino que frustra las legítimas expectativas de los compradores, las cuales no resultarían compensadas con una mera indemnización. (**STS de 12 de julio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Los actores demandaron la resolución del contrato de compraventa celebrado con la promotora E., S.A. sobre una vivienda situada en un complejo residencial. El folleto publicitario aludía a la existencia de vistas al campo de golf, montaña y mar. Los actores habían comprado sobre plano y, una vez construida, comprobaron la inexistencia de tales vistas. La promotora alegaba que las vistas publicitadas se referían al conjunto de la urbanización. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga estimó el recurso de apelación de los actores y declaró la resolución del contrato. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de los demandados. (*L.A.G.D.*)

**20. Efectivo alcance del artículo 1462 CC en la escritura pública.**—En opinión del recurrente la pendencia del trámite urbanístico creaba una obligación genérica, de «género limitado», que exigía una concreción mediante nuevo acuerdo bilateral entre las mismas partes; el motivo se desestima porque incurre en la insalvable contradicción de afirmar que la porción de terreno de 800 m<sup>2</sup> fue entregada y, a la vez, que quedó pendiente de entrega hasta que vendedor y compradora acordaran bilateralmente «su concreción o individualización». El origen de tal contradicción está en dar por sentado que mediante el otorgamiento de escritura pública se produjo la entrega de dicha porción de terreno conforme al párrafo segundo del artículo 1462 CC. Es cierto que según este precepto el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, pero también lo es que tal equivalencia se supedita a que «de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario». Y esto es lo que sucede en el caso examinado porque, aun cuando en la escritura se dijese que la compradora tomaba posesión jurídica de las dos fincas, la realidad era, como con toda claridad resultaba de la propia escritura, que la definitiva concreción de esta última quedaba pendiente del resultado final del proyecto urbanístico.

**Exceptio non adimpleti contractus; aprovechamiento de posición de ventaja del vendedor.**—El recurrente pretende aprovecharse de su actual posición de ventaja ganada merced a su propio y persistente incumplimiento mientras la compradora atendía puntualmente sus pagos aplazados, faltando así a la buena fe en el cumplimiento de los contratos que impone el artículo 1258 CC pues pretende resolver el contrato con base en que la compradora ha de seguir pagando hasta el final mientras él puede aplazar indefinidamente su obligación de entrega, contraviniendo así la doctrina de esta Sala sobre el propio artículo 1124 CC según la cual ninguno de los contratantes puede pretender fundadamente la resolución del contrato por incumplimiento del otro sin por su parte haberlo cumplido (SSTS de 23 de julio de 2002, 29 de julio de 1999, 17 de febrero de 1999, 24 de octubre de 1995 y 4 de julio de 1995 entre otras muchas). (STs de 15 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—Se celebra una compraventa de un bien inmueble, de otros muebles situados en él y, contextualmente, la constitución de un derecho de usufructo sobre otro bien a determinar F1, de 800 metros cuadrados de superficie, identificado en ese momento como integrante de las futuras parcelas F2 y F3 de un futuro plan Urbanístico. Puesto que el Plan no cuenta todavía con aprobación definitiva el vendedor A asume la obligación de bi-parcelar la finca F1.

Frente al impago de algunas cuotas del precio aplazado, el vendedor pide la resolución contractual y, en caso de desestimación, el abono de las cuotas. El demandado-comprador B invoca que ha abonado puntualmente los pagos convenidos desde la fecha de la firma del contrato y los primeros nueve años del contrato, dejándolo de hacer dado que no recibía las parcelas comprometidas a pesar de que habían transcurrido más de tres años de la aprobación definitiva del plan. Además reconventionalmente exige en primer orden la trasmisión de las parcelas resultantes del plan urbanístico y, subsidiariamente, en caso de imposibilidad de lo pactado, una indemnización igual a su valor.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda actora y condena a pagar las mensualidades no pagadas y estima integralmente la reconvenicional, condenando a la reparcelación fijando como base de la liquidación de los daños y perjuicios, en caso de incumplimiento, el valor de la finca que se estableció pericialmente a lo largo del proceso.

La Audiencia Provincial, en parcial reforma de la sentencia de primera instancia, desestima en su integridad la originaria demanda promovida por A. El Tribunal Supremo confirma íntegramente la sentencia de la Audiencia Provincial. (A. F.)

**21. Compraventa; vicio conocido o cognoscible por el comprador.**—El párrafo segundo del artículo 1486 CC no impone al vendedor el deber exhaustivo de información; al referirse expresamente dicho párrafo a «los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida» está excluyendo del deber de información del vendedor los que no sean ocultos, es decir aquellos a los que se refiere el último inciso del artículo 1484 CC. En consecuencia el artículo 1486 no puede interpretarse prescindiendo del artículo 1484 y, por ello, si los vicios o defectos de la cosa eran manifiestos o el comprador, por su condición de experto, hubiera debido conocerlos, el vendedor no responderá aunque no se los manifestara al comprador. Así se desprende de la jurisprudencia de esta Sala representada por las sentencias de 31 de enero de 1970 (vicio no conocido ni «cognoscible»), 8 de julio de 1994 y 29 de junio de 2005 (vicio que «no haya podido trascender ni ser conocido»), citadas las tres por la recurrente, y 8 de julio de 2010 (vicio no conocido por el adquirente, «ni cognoscible (*sic*) por la simple contemplación de la cosa teniendo en cuenta la preparación técnica del sujeto al efecto»). (STS de 22 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El comprador A, frente al hecho de que el bien tiene aluminosis, pide judicialmente una reducción del precio igual al importe de los gastos de reparación del edificio que identifica entre una cuantía mínima X y el precio de compra. A sostiene que, a pesar de que el vicio fuera oculto para él, no lo era para el vendedor que omitió informarlo adecuadamente.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, mientras la Audiencia Provincial la estima concediendo la condena de la vendedora a pagar un coste Y de las reparaciones que se fijó pericialmente. La vendedora B acude entonces al Tribunal Supremo, que estima su recurso y considera que el vicio no era oculto porque el comprador, no aceptó ver la finca antes de comprarla; la aluminosis estaba a la vista, y el comprador A se dedicaba a la promoción inmobiliaria. (A. F.)

**22. Compraventa de bien inmueble. Resolución por el vendedor legitimada por la frustración del fin del contrato provocada por la otra parte.**—En orden a apreciar el incumplimiento del comprador, no es necesario se dé una intencionalidad dolosa ni voluntad precisamente rebelde, bastando que su conducta ocasione la frustración perseguida por las partes con el contrato. En consecuencia, el incumplimiento del comprador que constituye presupuesto de la acción resolutoria del vendedor ha de ser grave o sustan-



cial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento pero sí que su conducta origine la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte (STS de 9 de julio de 2007, RC n.º 2863/2000, con cita de las de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo de 2003, 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 20 de septiembre de 2006, 31 de octubre de 2006 y 22 de diciembre de 2006), cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit [art. 7.3.1 (2.b)], cuando se «priva sustancialmente» al contratante, en este caso, al vendedor, «de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato», encontrándose sin duda entre sus lógicas expectativas el cobro del precio acordado en el tiempo, lugar y forma que se hubiera estipulado, pues, no en vano, constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el comprador (art. 1500 CC, en relación con el artículo 1445 CC).

**El beneficio ex artículo 1504 CC se justifica previa aportación de la financiación del precio mediante un préstamo hipotecario.**—En las ventas de bienes inmuebles por precio aplazado, el artículo 1504 CC permite a los compradores pagar incluso después de dicha fecha ínterin. Se trata de un beneficio del comprador, que impide a la parte vendedora instar la resolución, aun cuando se haya pactado expresamente, cuyo presupuesto es que haya habido pago. Puesto que suele ser lo habitual que el pago del precio aplazado se financie con un préstamo hipotecario, caso de encontrarse en esta situación la parte compradora, tiene lógica su argumentación referente a que no podía reprochársele que no pagara ni consignara, ni judicial ni notarialmente, la referida suma, antes de la fecha máxima convenida para el otorgamiento de la escritura. Pero, por el contrario, sí que podía exigírsele que acreditara que había gestionado esa financiación, a fin de valorar si el retraso se debía a que la elección del notario y la fecha para el otorgamiento de la escritura estaba supeditada a la conformidad de la entidad bancaria. En ningún momento los compradores acreditaron estos extremos frente al vendedor, ni lo hicieron después en el proceso. La parte compradora no puede permanecer en la pasividad más absoluta. (STS de 27 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En fecha 1 de febrero 2006, A y B celebran con el vendedor (y demandado) C un contrato de compraventa de una vivienda mediante documento privado. El comprador se compromete a pagar la entrega pactada antes del otorgamiento de la escritura pública frente a notario a realizarse antes del 31 de marzo. En una cláusula contractual se establece que el impago dentro del plazo establecido motivará la resolución del contrato. El 28 de febrero, el vendedor envía un fax a la inmobiliaria (que se ha ocupado de redactar el contrato a pesar de haber recibido el encargo por tercero) expresando su voluntad de otorgar la escritura pública el día y fecha que se propusiera y advirtiendo de la finalización del plazo estipulado para ello. Transcurrido el plazo estipulado, los compradores piden la elevación a escritura pública y C indica que no había tenido contestación de los actores antes del 31 de marzo por lo que daba por rescindido el contrato debiéndose entender que los compradores ya no tenían interés por la compra de la vivienda. A y B piden judicialmente la elevación a escritura pública del con-

trato privado, demanda desestimada en los tres grados de juicio dado que los actores han adoptado una postura pasiva no activándose ni a articular cita en la notaría, ni a pagar el precio de la compraventa ni a realizar un acto formal dirigido a exteriorizar su clara voluntad de pagar, ni finalmente a realizar ni a justificar un pago en beneficio de la aplicación del artículo 1504 CC.

NOTA.—Para un supuesto prácticamente igual al analizado pero donde existe una financiación bancaria que ha permitido aplicar el artículo 1504 CC véase STS 14 de junio de 2011 (RJ 2011/4530). (A. F.)

### **23. Resolución de la compraventa de inmuebles *ex.* artículo 1504 CC. Formas del requerimiento.**

—En cuanto a la forma de llevar a cabo el requerimiento, partiendo del tenor literal del artículo 1504 CC, que habla de requerimiento judicial o mediante acta notarial, la jurisprudencia ha declarado tradicionalmente que tales formas, en las que se incluye el acto de conciliación (SSTS de 31 de enero de 2008, 11 de julio de 2008 y 8 de mayo de 2008, entre otras) son las únicas fehacientes y garantizadoras de la realidad del hecho notificado (SSTS de 27 de mayo de 1985 y 26 de mayo de 1992). También nuestra jurisprudencia ha rechazado en algún caso que tenga valor de requerimiento previo el efectuado mediante la presentación de la demanda (STS de 10 de junio de 1996). Es cierto, sin embargo, que en algunas sentencias recientes de esta Sala se ha admitido en varios casos el requerimiento efectuado por medios fehacientes distintos, como a través de telegrama, e incluso, mediante burofax (STS de 17 de julio de 2009), en lo que se ha considerado como una interpretación extensiva de aquel precepto, más conforme a la realidad social (art. 3.1 CC y STS de 26 de febrero de 2004). En idéntico sentido se ha pronunciado también parte de las audiencias provinciales (SAP, Guadalajara, de 13 de febrero de 2007 con relación al burofax, «en cuanto permite tener la certeza de su recepción y contenido»), aunque existen otros ejemplos en los que las audiencias provinciales han seguido el criterio tradicional contrario a la admisión de formas distintas de las expresamente previstas en la Ley (SAP, Alicante, de 13 de febrero de 2006 y SAP, Barcelona, de 14 de mayo de 1998). Llegados a este punto, razones ligadas con la especial protección que otorga el Código Civil a las transmisiones de bienes inmuebles, que se traducen, por ejemplo, en la subsistencia de especiales solemnidades (arts. 1280.1.º y 633 CC), unidas a la conveniencia de entender el precepto en sus estrictos términos, en tanto que no cabe interpretar extensivamente un presupuesto que, de darse, va a impedir que el comprador haga uso de la facultad de pagar después de expirado el plazo, la cual se le reconoce expresamente en la citada norma y constituye la razón fundamental de su especialidad, aconsejan a esta Sala, reunida en Pleno, mantener el criterio tradicional y fijar doctrina jurisprudencial en el sentido de que no procede reconocer válidos efectos resolutorios en el ámbito del artículo 1504 CC al requerimiento efectuado mediante burofax, por continuar siendo imprescindible en la actualidad —el legislador ha tenido oportunidad de mitigar el rigor del precepto y no lo ha hecho— que el conocimiento fehaciente del hecho notificado cuente con la singular garantía que le otorga la supervisión de la autoridad judicial o de un fedatario público notarial.

**Eficacia resolutoria de la demanda en la que se ejercita la acción de resolución por incumplimiento.**—En el presente caso, el motivo debe ser acogido y debe prosperar la pretensión resolutoria deducida por el hoy recu-

rente, por más que no se compartan sus argumentos en relación con la validez de los requerimientos previos a la demanda, especialmente, el que se materializó en el envío de burofax a la parte compradora. Ninguno de los requerimientos previos a la demanda puede reputarse válido y eficaz en orden a impedir el pago extemporáneo del comprador. Sin embargo, el motivo de casación debe ser estimado, pues la Sala considera que, en tanto no se haya producido el pago del precio, debe reconocerse eficacia resolutoria a la demanda en que se ejercita la acción de resolución por incumplimiento, como forma de interpelación judicial literalmente contemplada en el artículo 1504 CC, por lo que procede fijar la jurisprudencia en este sentido, rectificando con ello el criterio de las sentencias anteriores en las que se ha desechado esta posibilidad. Constituye un hecho probado que el comprador fue el único incumplidor. De los términos del contrato no es posible extraer la consecuencia que defiende la parte recurrente, sobre que la cancelación debiera ser anterior. La cancelación de cargas de la cosa en unidad de acto con el otorgamiento de la escritura de compraventa constituye práctica habitual. Nada justifica, vigente el contrato a la luz de la ineficacia de los requerimientos previos, que el comprador mantuviera su negativa al pago y la mantuviese hasta su emplazamiento. En esta tesitura de impago injustificado, contrario al fin económico-jurídico del contrato y a las legítimas aspiraciones del vendedor, resulta procedente la resolución ejercitada por el vendedor, pues no admitir el ejercicio de esta acción supondría dejar el negocio a expensas de que el comprador siga amparándose en un incumplimiento de la contraparte que no tiene reflejo en los hechos probados. (STS de 4 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En fecha 17 de septiembre de 2002, B vendió un bien inmueble a F en documento privado. Ante la falta de pago por parte del comprador, B interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Villarreal solicitando la resolución del contrato. Previamente había requerido de pago a la parte compradora mediante burofax. F formuló reconvenición alegando que la parte vendedora había incumplido su obligación de entregar la finca libre de cargas y que, además, no se había efectuado la notificación en los términos previstos en el artículo 1504 CC. Por ello, solicitaba que se declarara la plena validez del contrato suscrito.

El Juzgado desestimó la demanda y estimó la reconvenición. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Castellón la revocó, con estimación parcial de la demanda y la reconvenición. Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso presentado por B. En consecuencia, estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvenición. (A.S.C.)

**24. Donación condicionada de acciones.**—No aparece infringido (...) el artículo 639 CC que contempla la donación con facultad de disponer. La realidad, a la vista de las cláusulas de los contratos de donación, que ciertamente son la base del patrimonio de la demandante, es que ésta vendió a sus padres un conjunto de acciones, cuyo precio reclama y es hecho admitido que no se pagó; a la vista de tales cláusulas, la donataria, Doña E, demandante, no podía disponer *inter vivos* de los bienes donados «*sin consenti-*

miento del padre...» y éste se reserva (con su esposa) la facultad de administrar y disponer de los mismos. Aparte de ello, se consigna el derecho de reversión, que no tiene lugar y no plantea cuestión. Por tanto, esta donataria no pierde el poder de disposición, sino que queda sujeto al consentimiento del padre y aquella venta cuyo precio se reclama la celebró la donataria, como vendedora ejerciendo su poder de disposición, a su padre, como comprador, cuyo consentimiento en tal negocio jurídico dispositivo, de compraventa, es evidente, ya que él fue parte. (...) A lo largo del desarrollo del motivo se insiste en que los bienes donados quedan bajo el poder de disposición de los donantes (los padres, demandados, recurrentes) pero no se puede obviar que también la donataria tiene poder de disposición sobre los mismos y, ejerciéndolo, vendió acciones a sus padres, lo que implica consentimiento de éstos y mantiene el derecho de reclamar el precio debido por ellos, como compradores.

**Concepto donación mortis causa.**—En cuanto al primer extremo, las donaciones referidas no son mortis causa al hacerse la transmisión inmediata de la propiedad de las acciones donadas, de las que los donantes mantuvieron la disponibilidad, pero también la donataria tenía poder de disposición sobre las mismas, si bien, como en el caso de la compraventa que nos ocupa, con el consentimiento del padre, que sí se dio y cuyo precio le tiene que ser pagado. La donación *mortis causa* es aquella en que el donante no transmite al donatario la cosa donada en el momento de la donación, sino que éste la adquirirá a la muerte del donante. Prevé, pues, el donante el destino de bienes para después de su muerte, como en el testamento. No pierde el donante la disponibilidad de la cosa donada: puede venderla, donarla *inter vivos* a otro o revocar simplemente aquella donación. Así se reconoce en el artículo 620 del Código civil y en la Ley 165 de la Compilación de Navarra que la matiza al prever que se presume cuando la adquisición de los bienes donados queda diferida al fallecimiento de aquél (el donante). No es éste el caso de autos, en que la transmisión fue inmediata y la donataria tenía poder de disposición sobre los bienes donados. Tal como dice la sentencia de 25 de junio de 1996: «Es opinión casi unánime de la doctrina científica y reiterada y prácticamente uniforme jurisprudencia de esta Sala la de que la llamada donación «mortis causa», a que se refiere el artículo 620 del Código Civil (la cual, desde luego, no transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados hasta que se produzca la muerte del donante) no puede tener eficacia si no se justifica por los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias (Sentencias de 3 de enero de 1905, 24 de abril de 1909, 4 de noviembre de 1926, 8 de julio de 1943, 19 de junio de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de junio de 1960, 23 de febrero de 1963, 28 de octubre de 1965, 7 de enero y 28 de abril de 1975, 7 de noviembre de 1979, 24 de febrero de 1986, 13 de junio de 1994). La donación que D. X hizo a su hija adoptiva D.<sup>a</sup> E, no sólo no revistió forma testamentaria alguna, pues se hizo con los caracteres de contrato con la concurrencia y aceptación de la donataria, sino que en la escritura pública de fecha 28 de Mayo de 1985, en que la misma fue instrumentada, se evidencia claramente que, a través de ella, se transmitía a la donataria, en aquel mismo acto, el pleno dominio de los bienes inmuebles». (...) Como explica la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2005, en relación con la sujeción que impone el efecto positivo, «debe tenerse en cuenta que, para que se produzca esa vinculación no es preciso que concurren todos los requisitos exigidos para que opere el efecto negativo o preclusivo

de la «res iudicata» (sentencia de 1 de diciembre de 1997). *Antes bien, basta con la identidad de personas, cualesquiera que sean las posiciones que ocupen en cada uno de los procesos* (sentencia de 1 de diciembre de 1997), *y con que lo que se haya decidido en el anterior constituya un antecedente lógico de lo que sea objeto del posterior* (sentencia de 14 de junio de 2003)». (STS de 17 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Doña E recibe de sus padres en fecha 6 de julio de 1979 y 2 de diciembre de 1988 dos donaciones de un conjunto de acciones de dos sociedades diferentes. Posteriormente, el 28 de enero de 2000 se celebra un contrato de compraventa por parte de la hija, Doña E, en el que vende a sus padres una serie de acciones. El origen de la *litis* es el precio de la venta de estas acciones, ya que la actora —donataria— no podía disponer inter vivos, según cláusula, de los bienes donados sin consentimiento del padre reservándose éste la facultad de administrar y disponer de los mismos. No conforme a ello, Doña E presenta demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Madrid contra sus padres por el impago de dichas acciones.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial desestima los recursos de apelación interpuestos por las respectivas representaciones y confirma íntegramente la resolución de Instancia en la que condena a la parte demandada a abonar la cantidad de 9.154.482,47 euros a la actora. Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (M.C.S.)

**25. Arrendamientos urbanos. Resolución unilateral del contrato de arrendamiento de vivienda. El silencio del arrendador al recibir la comunicación del abandono de la vivienda y la entrega de las llaves no comporta consentimiento de éste a la extinción del contrato.**—No existen elementos probatorios, exclusión hecha de la simple o mera recepción de la comunicación del abandono de la vivienda y de la entrega de las llaves, que acrediten o prueben que la arrendadora prestase su consentimiento para resolver el contrato de arrendamiento que les unía, y menos aún, que actuase contra sus propios actos al ejercitar la acción tendente a reclamar la indemnización que le corresponde de conformidad con el contrato suscrito. (STS de 20 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Antes del vencimiento del contrato de arrendamiento de vivienda el inquilino comunica al arrendador su decisión de no seguir con el contrato. A tal fin abandona la vivienda y entrega las llaves al arrendador. Posteriormente, éste último presenta demanda reclamando una indemnización por las rentas dejadas de obtener por la resolución anticipada del contrato. El arrendatario se opone al entender que la arrendadora consintió en la extinción del contrato al no objetar nada al tiempo en que se le comunicó su decisión de no continuar en la vivienda arrendada y con la recepción de

las llaves. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia lo desestima. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (C.O.M.)

**26. Arrendamientos urbanos sometidos a la LAU de 1964. Novación modificativa que afecta exclusivamente a la persona del inquilino y a la renta. No supone una alteración del régimen jurídico normativo aplicable al contrato.**—La novación operada en 2002 debe estimarse como simplemente modificativa, atendiendo a que los distintos contratos constan en idénticos modelos y, sobre todo, a que en ellos se mantienen las mismas cláusulas y condiciones contractuales, con la única modificación, en el suscrito en 2002, relativa al incremento de la renta y a la persona del arrendador. Por lo que, si la calificación jurídica de la novación producida es la de simplemente modificativa, el régimen aplicable al contrato de 1969, novado en 2002, ha de ser el previsto en la LAU de 1964, con la aplicación, en beneficio del arrendatario, de la prórroga forzosa en dicha legislación contenida, lo que comporta que no proceda la resolución por expiración de plazo interesada por la parte actora. (STS de 11 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor ejerció la acción de resolución del contrato de arrendamiento de vivienda por expiración del plazo que en el contrato celebrado en 2002 se había convenido una duración indefinida, lo que debía entenderse como anual renovable en función de la renta anual. De manera que, vencido el plazo legal de cinco años, y comunicada la voluntad de no conceder más prórrogas, procedía la resolución por finalización del plazo pactado. El demandado opuso la nulidad de dicho contrato de 2002, y alegó la preexistencia de dos contratos anteriores, de 1969 y 1971, respectivamente, sometidos a la LAU de 1964 y sujetos al régimen legal de prórroga forzosa a favor del arrendatario. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que, efectivamente, el acuerdo de 2002 no era más que una novación modificativa que afectaba a la persona del arrendador y a la actualización de la renta, pero que dejaba incólumes el resto del contrato original. La Audiencia Provincial de Cádiz desestimó el recurso de apelación del actor. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del demandante. (L.A.G.D.)

**27. Arrendamiento de vivienda (TR-1964). Concepto de causa de necesidad capaz de poner fin a la prórroga forzosa del contrato.**—Esta necesidad debe ser entendida como no forzosa, obligada o impuesta por causas ineludibles, sino lo opuesto a lo superfluo y en grado superior a lo conveniente, lo que constituye un medio adecuado para un fin lícito (STS 18 de marzo de 2010).

**Resolución de contrato por denegación de prórroga debido a necesidad de arrendador: independencia económica y voluntad de llevar una vida independiente.**—En la arrendadora concurre una causa de necesidad capaz de poner fin al contrato de arrendamiento, pues tiene una independencia económica y en definitiva la posibilidad y la voluntad de llevar a cabo una

vida independiente de sus padres en una vivienda que, además, es de su propiedad. (STS de 22 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La arrendadora formuló demanda de resolución de contrato de arrendamiento de vivienda, celebrado en 1983, por causa de necesidad contra el arrendatario. Quedó probado que la actora había notificado a este último su voluntad de no continuar con la prórroga del contrato, al ser su deseo realizar una vida independiente del hogar de sus padres, a lo que se opuso el demandado. El juzgado desestimó la demanda. La audiencia, por el contrario, la estimó íntegramente y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado. (I.D.-L.)

**28. Arrendamientos urbanos. Plazo de oposición del arrendatario a la actualización de rentas respecto de contratos suscritos con anterioridad al 9 de mayo de 1985.**—La DT 2.<sup>a</sup> de la LAU 1994 prevé un sistema de actualización de rentas, para aquellos contratos de arrendamiento que, celebrados antes del 9 de mayo de 1985, subsistieran a la entrada en vigor de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994; en estos casos, la renta prevista contractualmente puede ser actualizada a instancia del arrendador, previo requerimiento fehaciente al arrendatario, siempre que haya transcurrido una anualidad del contrato, desde la fecha de vigencia de la Ley y que sus ingresos excedan de los previstos en la DT 2.<sup>a</sup> de la LAU 1994. Realizado este requerimiento fehaciente, el arrendatario puede adoptar varias posturas: A) contestar por escrito al requerimiento de actualización de renta, en el plazo de treinta días siguientes a la recepción de aquél, aceptándola, con lo que al siguiente periodo de renta que proceda, se podrá girar el recibo por el nuevo importe de la renta, o rechazándola por entender que no se ha calculado correctamente la cuantía en función a los ingresos o por estimar que aunque el proceso de actualización es correcto no cabe, al ser un arrendatario de bajo nivel económico o porque, aun entendiendo que procede tal actualización, desiste de ella. B) No contestar al requerimiento en el plazo de treinta días a contar de su recepción; la falta de contestación al requerimiento efectuado por el arrendador ha suscitado la cuestión relativa a determinar el alcance de este silencio; mientras que algunas Audiencias consideran que el arrendatario acepta tácitamente la actualización de renta cuando no comunica por escrito al arrendador su oposición a ella dentro del plazo de treinta días a la recepción del requerimiento de actualización, otras Audiencias, entienden que el silencio del arrendatario no impide que, en un momento posterior, pueda acreditar el bajo nivel de rentas que impediría la continuación del proceso de actualización. La parte recurrente ha planteado que, pese a no oponerse en el plazo de un mes desde que se le notificó fehacientemente que se iba a proceder a la actualización de la renta, nada obsta para que posteriormente pueda acreditar su bajo nivel de ingresos con la consecuencia de dejar si efecto el proceso de actualización. La cuestión jurídica expuesta ya ha sido analizada por esta Sala entre otras, en sus sentencias de 14 de septiembre, 15 de septiembre y 27 de diciembre de 2010; el silencio del arrendatario durante los treinta días siguientes a la notificación fehaciente del arrendador de su voluntad de iniciar, dentro del plazo legalmente previsto, la

actualización de la renta, conforme a la DT 2.<sup>a</sup> de la LAU 1994, equivale a un consentimiento tácito, lo que no impide que, conforme a lo dispuesto en el artículo 101.4.<sup>a</sup> en relación con el artículo 106 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, pueda el arrendatario pedir la revisión de la renta satisfecha y la devolución de lo indebidamente pagado en el plazo de los tres meses siguientes. La aplicación de esta doctrina, seguida por la Audiencia Provincial, exige la desestimación del recurso, pues no ha sido un hecho discutido a lo largo de este procedimiento que, en el momento en el que la arrendataria pretende hacer valer que sus bajos niveles de ingresos impiden la actualización en el modo notificado por el arrendador, habían transcurrido con creces los plazos de un mes y de tres meses contados desde la notificación fehaciente del inicio de la actualización; de hecho, tal y como expuso la ahora recurrente, estuvo haciendo frente al importe de la renta actualizada sin oponerse en modo alguno durante un año, lo que supone que aceptó la actualización de la renta, sin que pueda, transcurridos los plazos citados, oponerse al procedimiento consentido. (STS de 19 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—I arrendó a E una vivienda en virtud de contrato suscrito con anterioridad al 9 de mayo de 1985. A partir del año 2006, la parte arrendadora actualizó la renta de acuerdo con lo dispuesto en la regla 7.<sup>a</sup> de la Disposición Transitoria Segunda de la LAU. La parte arrendataria no se opuso a la actualización realizada hasta marzo de 2007 cuando interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Valladolid solicitando que se declarase la improcedencia de la actualización al considerar que los ingresos que percibía anualmente la parte actora no superaban dos veces y medio el salario mínimo interprofesional.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda al considerar extemporánea la pretensión solicitada. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valladolid. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A.S.C.)

**29. Arrendamientos urbanos. Interpretación jurisprudencial del concepto de «cantidades asimiladas a la renta» del artículo 114.1 LAU de 1964.**—El artículo 114.1 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 establece como causa de resolución del contrato de arrendamiento urbano, lo sea de vivienda o de local de negocio, no sólo la falta de pago de la renta, sino también la falta de pago de las cantidades asimiladas a ella, cuyo abono debe asumir el arrendatario por mandato legal; no fija, sin embargo, qué debe entenderse por cantidades asimiladas a la renta, motivo por el cual, tal y como ha señalado esta Sala, el concepto de «cantidades asimiladas a la renta» debe ser integrado en atención a los criterios que se fijan en cada momento en la legislación aplicable (SSTS de 26 de septiembre y 7 de noviembre de 2008). Un examen de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 exige concluir que en el concepto de «cantidades asimiladas» se incluyen el importe del coste de los servicios y suministros y de las cuotas de comunidad de propietarios. El contrato que vincula a las partes se celebró el 15 de febrero de 1976, por lo que resulta de aplicación el apartado D.9 de la Disposición Transitoria 3.<sup>a</sup> de la Ley de



Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, que establece la directa aplicación de lo previsto en el apartado C.10 de la DT 2.<sup>a</sup> de la citada Ley, el cual, dentro de los derechos del arrendador, en su punto 5 señala expresamente que «podrá repercutir al arrendatario el importe del coste de los servicios y suministros que se produzcan a partir de la entrada en vigor de la Ley». Todo ello, unido a la necesidad de interpretar las normas conforme a su espíritu y finalidad (art. 3 CC), permite considerar que la causa resolutoria prevista en el artículo 114.1 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 comprende, en la actualidad, el impago de los importes referidos a servicios y suministros producidos a partir de la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994. (STS de 20 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—I arrendó a V y a L una vivienda en virtud de contrato suscrito en fecha 15 de febrero de 1976. Ante la negativa de la parte arrendataria al pago de determinados servicios y suministros, I interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid solicitando la resolución del contrato.

El Juzgado estimó íntegramente la demanda al considerar que, de acuerdo con el artículo 114.1 LAU de 1964, el importe de los suministros de agua y las cuotas de la comunidad de propietarios debían ser considerados como cantidades asimiladas a la renta. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid la revocó. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo y confirmó íntegramente la sentencia de instancia. (A.S.C.)

**30. Arrendamientos urbanos (TR-1964). Resolución de contrato por impago de las cantidades asimiladas a la renta: el IBI y los costes de servicios y suministros que debe abonar el arrendatario.**—El impago por el arrendatario del IBI y de la repercusión por el coste de los servicios y suministros, en arrendamientos de vivienda existentes en el momento de la entrada en vigor de la LAU de 1994, ha de considerarse como causa de resolución comprendida en el artículo 114-1.<sup>a</sup> del T-R de la LAU de 1964 (STS de 15 de junio de 2009). Posición doctrinal reiterada en relación con arrendamientos para uso distinto del de vivienda en la STS de 10 de marzo de 2010. (STS de 11 de julio de 2011; ha lugar) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El arrendador demandó al arrendatario, para el desahucio y resolución de contrato de arrendamiento vivienda, celebrado el 1 de diciembre de 1980, por falta de pago de todos los gastos que producía la ocupación del piso, gastos éstos a los que se comprometió el arrendatario en el contrato. En ambas instancia se desestimó la demanda. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (I.D.-L.)

**31. Arrendamiento de vivienda (TR-1964): el IBI es una cantidad asimilada a la renta.**—En los contratos de arrendamiento celebrados durante la vigencia del TR LAU de 1964, el Impuesto sobre Bienes Inmuebles es una cantidad asimilada a la renta, por lo que el arrendatario está obligado a su pago, sin que sea necesario un requerimiento previo y anual para hacerlo efectivo. El incumplimiento de esta obligación permite sustentar con éxito una acción de desahucio (STS de Pleno de 12 de enero de 2007).

**El incumplimiento de la obligación del pago del IBI por el arrendatario, en arrendamientos de vivienda existentes a la entrada en vigor de la vigente LAU de 1994, es causa de resolución del contrato.**— Esta causa de resolución está comprendida en el artículo 114-1.<sup>a</sup> del TR de la LAU de 1964 (SSTS 18 de marzo, 30 de abril y 15 de junio de 2010) (STS 12 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—En virtud de un contrato de arrendamiento de vivienda celebrado en 1980, que establecía, entre otras, la obligación del arrendatario de hacer frente a la actualización de la renta y al pago del 50% del IBI, la actora presentó un desahucio por falta de pago contra aquél, al haber incumplido en parte esas obligaciones. La sentencia estimó la demanda, la Audiencia revocó en parte la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación de la actora. (*I. D.-L.*)

**32. Arrendamientos urbanos sometidos a la LAU de 1964. Resolución del contrato por ruina técnica o económica. Necesidad de llevar a cabo obras que superen el 50% del valor del inmueble arrendado.**—La jurisprudencia tiene declarado que, para la aplicación de la causa segunda del artículo 118 LAU de 1964, tanto el importe de las obras de reparación como el valor de lo edificado —con exclusión del valor del suelo— ha de referirse a las concretas dependencias cuya resolución se pretenda. Igualmente han de tenerse en cuenta, para cuantificar el coste de la reparación con referencia al 50%, las valoraciones de reparación general del inmueble, que exige la Ley para determinar la procedencia o no de la situación de ruina técnica (STS de 30 de junio de 2009). De esta manera, para determinar si existe causa resolutoria por ruina técnica o económica, se ha de valorar económicamente las obras que resultaría necesario ejecutar sobre la vivienda objeto de arrendamiento, incluyendo en su caso la parte proporcional que corresponde a los elementos comunes del edificio, y no a la totalidad del edificio. (STS de 20 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El arrendador instó la resolución del arrendamiento urbano basándose en la ausencia de comunicación del fallecimiento del inquilino anterior y de la voluntad de subrogarse en el contrato de la viuda que siguió ocupando el inmueble, así como por la causa 2.<sup>a</sup> del artículo 118 LAU de 1964, consistente en la ruina motivada por la necesidad de obras que superen en más de un 50% el valor del bien arrendado. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla estimó parcialmente el recurso de apelación del actor y decretó la resolución del contrato basándose en el costo de las obras necesarias

para la rehabilitación de la vivienda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la demandada. (*L.A.G.D.*)

**33. Arrendamientos urbanos sometidos al TRLAU de 24 de diciembre de 1964. Resolución por cambio de destino o cesión inconsentida del inmueble alquilado. No se produce cuando la designación como domicilio social constituye una mera declaración formal que no conlleva realización de actividad material alguna en el piso alquilado.**—Cuando la inquilina continúa viviendo en el inmueble arrendado y esta situación no varía por el hecho de que formalmente una entidad tenga oficialmente su domicilio social en ese lugar, siendo así que tal sociedad fue constituida por la arrendataria y sus hijos, sin que se haya producido de manera efectiva actividad industrial o negocial, sino una mera mención formal, manteniéndose en realidad el uso principal del inmueble para satisfacer las necesidades de vivienda de la arrendataria, no se habrá producido una modificación en la relación arrendaticia, ni se ha introducido en la misma a terceros, de suerte que no procede la aplicación de la norma resolutoria de la relación entre arrendador e inquilina.

**Arrendamientos urbanos sometidos al TRLAU de 24 de diciembre de 1964. Resolución por contar el inquilino con otra vivienda en localidad contigua a la del inmueble arrendado. No procede si las condiciones del entorno o de la actividad desarrollada por el arrendador hacen conveniente su permanencia en la vivienda arrendada.**—Las viviendas cuestionadas no son de características análogas, porque atendiendo a datos objetivos no es lo mismo ocupar o habitar de manera habitual en una vivienda ubicada en un importante núcleo urbano, con todas las ventajas inherentes a tal situación, a una de menor entidad y con menos servicios, y que la demandada mantiene sus relaciones personales y su actividad social en la localidad del inmueble arrendado, de manera que no consta que realice actividad alguna en la otra población en la que dispone de la otra vivienda, de la que debe entenderse que dispone como segunda residencia, o residencia de veraneo o descanso. (**STS de 27 de junio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La mercantil A., S.A. entabló juicio de desahucio contra doña Marisa, como arrendataria que se subrogó tras el fallecimiento de su marido, alegando la procedencia de la resolución del contrato por cambio de destino no consentido del inmueble, arrendado como vivienda y que se constituyó en domicilio social de una entidad mercantil. Igualmente alegó la resolución por ocupar la arrendataria dos o más viviendas en la misma población, sin que el uso de todas ellas fuese necesario al ser la demandada propietaria de una vivienda sita en una localidad contigua a la de la arrendada. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Barcelona desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la entidad actora. (*L.A.G.D.*)

**34. Arrendamiento de local de negocio (TR-1964). Denegación de prórroga forzosa por falta de justa causa: la enfermedad del comerciante no debe ser motivo que justifique el cierre del local.**—Porque no es nece-

sario que sea precisamente él quien deba estar al frente del mismo, máxime si el impedimento es permanente pues tal situación sería contraria a la propia naturaleza del contrato de arrendamiento (SSTS de 6 de marzo de 1970 y 30 de abril de 1975).

**Cuándo concurre causa justificada para el cierre del local.**—Cuando el hecho que lo motiva no es imputable al locatario, por constituir una causa extraña y superior a su voluntad, o por ser ajeno por completo a su simple comodidad o conveniencia (SSTS de 14 de noviembre de 1960, 29 de octubre de 1970 y 24 de febrero de 1975, entre otras muchas).

**El cierre de un local abierto no se identifica, en sentido legal, con el cese de toda actividad en su uso.**—Ya que, el hecho de que el local se utilice, pero de forma o modo anormal en relación a como anteriormente se había vendido utilizando, equivale a un incumplimiento de su propia y natural dedicación. El no uso es equiparable al cierre, sin que sean admisibles las ficciones encaminadas a sostener una mera apariencia de actividad (SSTS de 25 de mayo de 1966, 12 de marzo de 1969 y 3 de febrero 1975). **(STS de 27 de junio de 2011;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El actor ejerció una acción de resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio, dedicado a venta de bisutería, por cierre injustificado de su actividad durante más de seis meses, y el demandado se opuso alegando enfermedad como justa causa para el cierre. Quedó probado que el local estuvo cerrado pudiendo haber estado abierto mediante algún empleado, como se hizo antes y después del cierre. La sentencia estimó la demanda, la audiencia revocó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación. (*I. D.-L.*)

**35. El artículo 1256 CC.**—El principio de la *necessitas* consagrado en el artículo 1256 CC no permite dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes. No obstante, el Tribunal Supremo entiende que el precepto no se vulnera cuando la operatividad de unas prestaciones que garantizan la prestación se supeditan a la efectividad de otras.

**Obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento de obra.**—El contratista tiene derecho a recibir el precio y al abono de cantidades descontadas de las certificaciones periódicas y retenidas en depósito. Éstas constituyen una garantía del cumplimiento del contrato y de la buena ejecución de los trabajos. El Tribunal Supremo se ha referido a estas retenciones en el contrato de arrendamiento de obra. Según el Alto Tribunal, la devolución de las retenciones no cabe dilatarla hasta que, por el transcurso del tiempo, se consoliden los edificios y no aparezcan más fisuras o grietas. Se rechaza la garantía de hipotéticas deficiencias futuras (STS de 2 de julio de 2002). La sentencia de 22 de marzo de 1997 declara que, en un sistema de pago por certificaciones de obra, donde se deja en poder del promotor una parte del precio hasta el momento de la recepción definitiva, no cabe extender la cobertura de la misma [retención] más allá de las obligaciones que correspondan al contratista.

Por otro lado, corresponde al contratista alegar y acreditar que el retraso en la ejecución de la obra no le es imputable a él, sino a circunstancias ajenas a su responsabilidad contractual. Hay que señalar, no obstante, que las altera-

ciones en la obra pueden dilatar la ejecución de la misma excluyendo el retraso respecto del plazo contractualmente pactado, y consecuentemente la cláusula penal prevista al efecto. Ahora bien, ello no obsta a que por las partes, o por el Tribunal, se estime que dicho incremento de obra no justifica todo el tiempo tardado en terminar la ejecución de la misma, de tal modo que, entonces, la cláusula penal actuará en la medida en que no esté justificada la demora. Es lo razonable, a juicio del Tribunal Supremo, y así lo exige la buena fe contractual (art. 1258 CC). **(STS de 13 de julio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

**HECHOS.**—Entre las dos partes se celebra un contrato de arrendamiento de obra. La contratista formula demanda, solicitando la devolución de las retenciones —sumas que se deducían del pago de las certificaciones periódicas y eran retenidas por la propietaria en concepto de garantía de los posibles defectos que pudieran surgir una vez terminada la obra— y la improcedencia de las penalizaciones. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, pero estima también parcialmente la demanda reconventional y condena a la demandante al pago de una serie de penalizaciones y declara que han existido desperfectos y malas ejecuciones. La Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia recurrida y declara improcedente la moderación de la cláusula penal moratoria inserta en los contratos suscritos entre las partes, además de reducir la cantidad a pagar por la contratista al dueño de la obra en concepto de penalización por el retraso de la obra. La actora interpone recurso de casación.

En primer lugar, se alega la infracción por interpretación errónea de los artículos 1089, 1091, 1255, 1256, 1258 y concordantes CC, en cuanto sancionan el principio de autonomía de la voluntad, de la libertad de pactos, de la fuerza obligatoria de los contratos y de las consecuencias que se derivan de su incumplimiento. Se impugna la decisión de la resolución recurrida de que no procede devolver las cantidades retenidas como garantía. El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo, que entiende que, declarada la existencia de desperfectos y malas ejecuciones en la obra a satisfacer por la demandante, y dejada para la fase de ejecución la determinación de las deficiencias y la liquidación de la obra, resulta contradictorio que aquélla acepte la existencia de anomalías y defectos, y al mismo tiempo solicite la devolución de las retenciones cuya función instrumental es precisamente garantizar la correcta ejecución de la obra contratada y la subsanación y reparación de aquellos defectos.

En segundo lugar, se denuncia la interpretación errónea de los artículos 1281 a 1289 CC, en cuanto regulan la interpretación de los contratos. Se impugna la no devolución de las retenciones, resaltando que el contrato establecía que transcurrido catorce meses desde la recepción provisional, debían devolverse las retenciones. Según el Tribunal Supremo, resulta contrario a toda lógica que, siendo incuestionable la existencia de desperfectos y malas ejecuciones, se proceda a devolver la garantía antes que tenga lugar la subsanación y reparación de los mismos.

En tercer lugar, se alega la infracción, respecto de las penalizaciones contractuales, de los artículos 1281 a 1289 CC, en cuanto

regulan la interpretación de los contratos. A juicio del Tribunal Supremo, una cosa es que el cambio o modificación en las condiciones de la obra pueda incidir en el retraso en su terminación, como en el caso ocurrió y se apreció con acierto por la sentencia recurrida, y otra cosa es que no necesariamente, tal alteración de la obra conlleve la carencia por completo de eficacia de la cláusula penal.

Por otro lado, se denuncia la infracción del artículo 1152 CC, en materia de penalizaciones por retraso. Asimismo se alega la infracción de los artículos 1593 y 1595 CC, en cuanto ha quedado acreditado que con la autorización del propietario ha existido aumento y modificaciones de obra y que, en estos casos, el plazo contractual queda completamente desnaturalizado, por lo que no cabe la aplicación de la cláusula penal. El motivo se desestima por las siguientes razones: 1) no hay contradicción alguna entre la inaplicabilidad de la facultad moderadora del artículo 1154 CC a las cláusulas penales moratorias y el hecho de atemperar el retraso –ajustando el lapso temporal– por la incidencia de las modificaciones e incrementos de obra; 2) corresponde al contratista alegar y acreditar que el retraso en el cumplimiento no le es imputable.

Finalmente, se alega la infracción de los artículos 1196 y siguientes CC, motivo que es desestimado también por el Tribunal Supremo, apuntando las siguientes razones: a) no se exige, respecto de la compensación judicial, la liquidez y exigibilidad, ni la contemporaneidad de los créditos ni su origen común, aunque sí la homogeneidad, y que sean recíprocos y por derecho propio, lo que aquí resulta incuestionable; b) no puede dejarse para ejecución de sentencia la liquidación de la obra. Por todo ello, el Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso. (S.L.M.)

**36. Resolución de arrendamiento de obra.**—El artículo 5 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, referido a «licencias y autorizaciones administrativas», dispone que «*la construcción de edificios, la realización de las obras que en ellos se ejecuten y su ocupación precisará las preceptivas licencias y demás autorizaciones administrativas procedentes, de conformidad con la normativa aplicable*». En primer lugar es preciso hacer constar que dicha Ley entró en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado siendo de aplicación únicamente a las construcciones cuya licencia administrativa se hubiera pedido con posterioridad, siendo así que en el caso presente ya en el contrato, firmado en 1997, se hacía constar que la licencia había sido solicitada. En segundo lugar, se trata de una norma que contiene una exigencia de carácter administrativo que *no afecta a las relaciones jurídicas de carácter puramente civil existentes entre las partes*, como es la relativa al contrato de ejecución de obra, que habrá de ser cumplido por las partes en sus propios términos, siendo así que la propia norma en forma alguna condiciona la efectividad de las obligaciones nacidas del contrato de obra a la previa existencia de licencia administrativa. Además, la Audiencia refiere en la sentencia hoy recurrida (fundamento de derecho sexto «*in fine*») que «la falta de licencia alegada como rémora para la construcción del Polideportivo no explica cómo se acometieron sin esa habilitación administrativa altillos o buhardillas fuera de

proyecto, aspectos sancionados por la administración de tutela urbanística y posteriormente legalizados.

**Precio por piezas o por unidad de medida.**—Según el artículo 1592 del Código Civil «*el que se obliga a hacer una obra por piezas o por medida, puede exigir del dueño que la reciba por partes y que la pague en proporción. Se presume aprobada y recibida la parte satisfecha*». No se trata aquí de la ejecución de una obra por piezas o por medida, que obligaría a la recepción definitiva de partes de ella y al pago del precio proporcionalmente asignado a dicha porción de obra como si de diversos contratos se tratara y hubiera lugar a cumplimientos por ambas partes de carácter parcial respecto de la totalidad de la obra, que es la situación prevista en la norma que se dice infringida, la cual contiene una simple presunción que admite prueba en distinto sentido (sentencia núm. 1228/1998, de 24 diciembre). Por el contrario, lo pactado se opone frontalmente a tales conclusiones pues en la estipulación 3.5 del contrato de 21 de marzo de 1997, se dice que «*las cantidades satisfechas por certificaciones mensuales tienen el carácter de pagos a cuenta del precio alzado pactado hasta que se efectúe la Recepción Definitiva y se practique la Liquidación Final de las obras objeto de este contrato. La conformidad a dichas certificaciones de obra ejecutada no supone en modo alguno aceptación de ésta hasta que se lleven a cabo tales recepción y liquidación finales*», siendo así que, como señala la Audiencia (fundamento de derecho noveno), la situación de la urbanización no permitía la recepción provisional ni parcial a tenor de la descripción que resulta del informe pericial y de la importancia de las inversiones necesarias para subsanar y ultimar la ejecución. **(STS de 30 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—FCC constructora celebró un contrato de obra con VC por el cual la primera se comprometía a la construcción de un determinado número de viviendas según proyecto técnico, pendiente de obtención de la licencia de obras, así como los trabajos correspondientes de urbanización y electrificación. FCC interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Murcia por la que solicitaba la condena de VC a abonarle una indemnización por incumplimiento contractual. La parte demandada se opuso a dicha pretensión y formuló reconvencción interesando que se declarara que el contrato de ejecución de obra y los contratos complementarios suscritos posteriormente habían quedado resueltos mediante requerimiento notarial practicado con fecha 14 de septiembre de 2000, por incumplimiento de la constructora al retrasarse en la ejecución de las obras y por los desperfectos que en ella existían. Subsidiariamente, se solicitaba que se declarase extinguido el contrato por parte de VC en virtud de la facultad de desistimiento prevista en el artículo 1594 del Código Civil, debiéndose proceder a la liquidación económica del contrato, con la obligación de la contratista de indemnizar los daños y perjuicios causados. La parte actora se opuso a la reconvencción.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda de FCC y estimó parcialmente la demanda reconvenccional formulada por VC declarando resuelto el contrato de ejecución de obra celebrado entre las partes y los complementos del mismo y condenando a FCC a abonar a VC aproximadamente tres millones y medio de

euros. Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Murcia desestimó ambos recursos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación formulado por la demandante FCC. (M.C.S.)

**37. Régimen jurídico del transporte aéreo internacional. Responsabilidad del transportista.**—Se encuentra en el Sistema de Varsovia, cuya principal norma es el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929. Este sistema ha sido modificado por el Convenio de 28 de mayo de 1999 para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (Convenio de Montreal) que entró en vigor en España el 28 de junio de 2004, que también ha ratificado e incorporado a su ordenamiento jurídico el Convenio de Varsovia, el Protocolo de La Haya de 28 de septiembre de 1955 y los Protocolos de Montreal 1, 2 y 4, de 25 de septiembre de 1975.

El artículo 28 del Convenio de Varsovia establece la responsabilidad objetiva del transportista que, sin embargo, está limitada, salvo en caso de dolo, temeridad o conducta asimilable al dolo.

**Normativa comunitaria sobre responsabilidad de las compañías aéreas por los daños sufridos por los pasajeros como consecuencia de un accidente a bordo de una aeronave o en el curso de las operaciones de embarque o desembarque.**—Se trata del Reglamento (CE) núm. 2027/97, de 9 de octubre, del Consejo, modificado por el Reglamento (CE) núm. 889/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo, que entró en vigor con posterioridad al accidente origen del presente litigio.

El artículo 3.1. del Reglamento CE 2027/97 prevé la derogación de cualquier limitación de responsabilidad por daños corporales derivados de accidente aéreo.

**(In)aplicación de la normativa comunitaria a las compañías aéreas no comunitarias.**—El Reglamento 2027/97 se aplica únicamente a las compañías aéreas comunitarias. Ahora bien, establece una serie de obligaciones vinculadas con el principio de transparencia (obligación de información a los pasajeros) que obligan a todas las compañías que presten sus servicios desde, hacia o dentro de la Comunidad. La finalidad de estas obligaciones de información se encuentra justificada en el Considerando 13.º del Reglamento que señala que lo es para reducir el riesgo de distorsión de competencia. No afecta, pues, al régimen de responsabilidad previsto en el Convenio de Varsovia. **(STS de 18 de julio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

**HECHOS.**—Los actores del presente litigio son los familiares de los fallecidos en el accidente aéreo ocurrido el 1 de julio de 2002 en Alemania cuando el avión en el que viajaban, explotado por una Compañía aérea con domicilio y registro en la Federación Rusa, se estrelló en vuelo con otra aeronave.

La demanda se dirigió contra la compañía aérea y contra el responsable del control del tráfico aéreo en el sector en que se produjo el siniestro; respecto de este último se admitió la incompetencia de jurisdicción.

Los demandantes ejercitaban la acción de responsabilidad objetiva prevista en el Convenio de Varsovia pero sin la aplicación del límite de responsabilidad previsto en el propio Convenio.



La sentencia de Primera Instancia estimó la demanda pero fijó el importe indemnizatorio atendiendo a la limitación de responsabilidad.

También la sentencia de apelación consideró aplicable dicho límite.

Los demandantes recurren en casación mediante la formulación de tres motivos.

El primero de ellos se desestima por pretender una distinta valoración de la prueba de la hecha en la instancia.

El segundo y el tercer motivo buscan la inaplicación del límite de responsabilidad previsto en el Convenio, mediante dos vías: (a) por un lado, pretendiendo la calificación de la conducta de la tripulación del avión de dolosa, temeraria o asimilable al dolo; (b) por otro lado, afirmando que, si bien el Reglamento comunitario no es directamente aplicable al caso por no ser la demandada una compañía aérea comunitaria, incorpora en su contenido una sanción específica de privación de límites de responsabilidad a la compañía aérea no comunitaria que no informó debidamente a los pasajeros de su limitación de responsabilidad. (B. G. F.)

**38. Apoderamiento taurino: contrato de mandato y representación voluntaria.**—En el presente caso el apoderamiento taurino es un contrato por el que los apoderados se obligan «a representar y dirigir la carrera artística» del torero poderdante «en todos los órdenes y ámbitos de su actuación profesional como matador de toros» y «contratarán por cuenta del mismo todas sus actuaciones profesionales», con «el plazo de duración de cinco años». Las partes fijan los honorarios, gastos y desembolsos, distinguiendo temporadas, señalan la forma de pago y prevén la «rescisión» con justa causa (con acuerdo) y la falta de ella (sin acuerdo) y una dura y oscura cláusula penal en caso de «resolución». Este contrato, como ya dijo la sentencia de esta Sala de 30 de julio de 2001, es un contrato atípico, podría decirse que es «típicamente atípico» que participa, como presupuesto esencial, de la naturaleza del mandato (arts. 1709 y siguientes CC) representativo (art. 1259 CC). Dicha sentencia, que aquí se reitera, dice literalmente (fundamento segundo): «El apoderamiento en general (concepto formal) tiene naturaleza atípica y participa del mandato y representación voluntaria, con más afinidades a esta figura jurídica, conformando acto jurídico por medio del cual el principal concede voluntariamente al apoderado poder y facultades de representación para llevar a cabo las funciones y actividades que constituyen el objeto del encargo, proyectándose en lo externo en cuanto relaciona y liga al representado con los terceros, siempre que el apoderado—representante actúe dentro de los límites del poder (STS de 24 de febrero de 1995)».

**Revocación. Efectos.**—Como tal mandato, el contrato se extingue por revocación del mandante, conforme a los artículos 1732 y 1733 CC cuya revocación, pese a ser una facultad del mandante, da lugar a indemnización si produce perjuicios al mandatario y si no respeta el plazo señalado en el contrato. En todo caso, no debe obviarse que el mandato se basa en la confianza entre las partes, es *intuitu personae* y explica normas tales como la propia revocación. En el presente caso, las sentencias de instancia han destacado la pérdida de confianza del torero, poderdante, hacia sus apoderados.

La revocación, fundada en la pérdida de confianza, que no ha respetado el plazo de cinco años de vigencia del contrato y que no se aprecia que exista justa causa que la justifique, da lugar a indemnización que, además de las cantidades debidas, se contempla en la estipulación décima del contrato. Las sentencias de instancia aplican el artículo 1256 CC que proclama el principio de la *necessitas*, esencia de la obligación a la previsión de la falta de acuerdo que recoge la estipulación novena, antes transcrita, que impide atender de plano las pretensiones de los demandantes, apoderados; aplican el artículo 1288 del mismo código, que establece la regla contra *proferentem* que impide que la oscuridad de una cláusula, como la estipulación décima, favorezca a la parte que la ha ocasionado que, en este contrato, es la demandante, que lo redactó; menciona el artículo 1154 que regula la moderación de la cláusula penal; y hace una referencia, no como fundamento del fallo, sino como norma orientadora, del artículo 28.3 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del contrato de agencia. Consecuencia de todo ello, determinan la cifra que, como consecuencia de la revocación, debe el torero demandado indemnizar a los apoderados. (STS de 24 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—En fecha 5 de julio de 2003 el torero en formación E suscribió un «contrato de apoderamiento taurino». Los apoderados se obligaron a «representar y dirigir la carrera artística» de E durante un plazo de cinco años. Una cláusula del contrato preveía que «para resolver el presente contrato con base a lo establecido en el párrafo primero de esta estipulación deberá existir acuerdo entre las partes acerca de la idoneidad de la causa para provocar la rescisión. En caso contrario, esto es, desacuerdo acerca de la idoneidad de la causa por cualquiera de las partes, se entenderá la misma como injustificada». Abonadas algunas facturas por parte del torero a favor de los apoderados, con fecha 30 de noviembre de 2004 E comunicó la revocación del contrato a los apoderados por vía telefónica. El día 2 de diciembre el torero suscribió un nuevo contrato de apoderamiento con un tercero y el día 16 notificó la revocación a los anteriores apoderados mediante acta notarial, «al no haberse cumplido con las obligaciones asumidas [...] en lo que hace a la parte [...] relativa al rendimiento económico [del contrato]». Estos apoderados interpusieron demanda contra E por la que reclamaron distintas cantidades con base en el contrato o, subsidiariamente, indemnización de los daños y perjuicios causados. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Salamanca estimó en parte la demanda y condenó al torero a indemnizar los daños y perjuicios producidos por la revocación, mediante sentencia de 15 de diciembre de 2006, así como la demanda reconvenzional mediante la que E reclamó a los apoderados el pago de distintas cantidades dinerarias adeudadas. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la sentencia de 30 de abril de 2007 de la Audiencia Provincial de Salamanca lo desestimó. Los apoderados recurren en casación, entre otros motivos, por estar en desacuerdo con la validez y calificación del contrato, la justa causa de su revocación y sus consecuencias económicas. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

**39. Contrato de mediación o corretaje. Remuneración al intermediario.**—Como se declara, entre otras, en SSTs de 30 de marzo de 2007 y 25 de mayo de 2009, el contrato de mediación se integra en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos, cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario (SSTs de 10 de marzo de 1992 y 19 de octubre de 1993). Constituye un contrato atípico, consensual, bilateral y aleatorio, puesto que su resultado es incierto, y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil (STS de 6 de octubre de 1990, entre otras muchas). Según esta misma jurisprudencia, la naturaleza de dicho contrato exige que el mediador ponga en contacto a su cliente con otra persona con la finalidad de que pueda llegar a concluirse un contrato; el mediador tiene derecho a cobrar el premio cuando el contrato llegue a celebrarse, estando sometido a la condición suspensiva de su celebración, salvo pacto expreso (SSTs de 26 de marzo de 1991, 19 de octubre de 1993, 30 de noviembre de 1993, 7 de marzo de 1994, 17 de julio de 1995, 5 de febrero de 1996, 30 de abril de 1998, 21 de octubre de 2000, 5 de noviembre de 2004, 13 de junio de 2006, 30 marzo 2007 y 10 de octubre de 2007). En el presente caso, la conclusión a la que llega la Audiencia Provincial respecto a la naturaleza del contrato, que califica como de mediación o corretaje, se compadece perfectamente con el propio sentido literal de sus cláusulas, de manera que no ha sido necesario acudir a otras reglas de interpretación subsidiarias a la establecida con carácter preferente en el primer párrafo del artículo 1281 CC. En efecto, el pacto segundo, dedicado a regular los honorarios por los servicios indicados en el pacto primero, define tales servicios como la «consecución de la transmisión del control de todo o parte del capital de las compañías a un tercero», lo que cabe entender, como entendió la Audiencia Provincial, en el sentido de que la gestión encomendada al recurrente no se limitaba al asesoramiento y asistencia en las negociaciones previas, sino que comprendía todo lo necesario para lograr la consecución del negocio intermediado, dado que de esto último se hizo depender expresamente la remuneración del mediador (el 1,75% del montante total percibido por los demandados). Esta interpretación también se compadece con el hecho de que las partes previesen de manera específica unos honorarios diferentes para el caso de que el negocio no se concluyera (pacto segundo, párrafo séptimo). Además, de la lectura de los dos últimos párrafos del pacto segundo se desprende que lo único que se reconoce al mediador, al margen del éxito o fracaso de su labor, es el derecho a ser compensado por los gastos de viaje, comida, alojamiento y demás realizados, de manera que la no consecución del negocio no le daba derecho a percibir la comisión del 1,75%, sino, en su caso, los honorarios que en cada momento se pactasen. **(STS de 27 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—En fecha 1 de marzo de 2004, E suscribió un «acuerdo de intermediación» con J y R. E se obligaba a intermediar en la adquisición y control del capital social de distintas empresas de las cuales J y R eran socios. Encomendada la labor de venta de una de las empresas a otra persona durante la vigencia del contrato, E interpuso demanda contra J y R por la que reclamó una remunera-

ración por la mencionada venta con base en el contrato o, subsidiariamente, indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Rubí estimó la demanda a partir de una interpretación literal de la expresión «toda intermediación» contenida en el contrato, mediante sentencia de 14 de septiembre de 2007. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de 31 de octubre de 2007 de la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona lo estimó, tras considerar que la eficacia del cobro de una remuneración en el contrato de mediación dependía de una condición suspensiva de celebración y perfección del contrato pretendido. El demandante E recurre en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

**40. Contratos. Aplicación del artículo 1288 CC: finalidad.**—La jurisprudencia ha destacado que la aplicación del canon hermenéutico contra *proferentem* [contra el proponente], que recoge el artículo 1288 CC como sanción por falta de claridad para proteger al contratante más débil, está relacionada con la especial protección que confieren a los consumidores preceptos como el artículo 10.2 LCU en que expresamente se ordena que «en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor».

**Contratos. Aplicación del artículo 1288 CC: limitación.**—Se trata de una regla de interpretación que solo entra en juego cuando exista una cláusula oscura o sea oscuro todo el contrato, pues, ante esa falta de claridad y de transparencia, con la consiguiente imposibilidad de conocer la voluntad común, se ha de proteger al contratante que no causó la confusión.

**Contrato de seguro. Cláusula limitativa: concepto.**—El concepto de cláusula limitativa en su determinación positiva debe hacerse por referencia al contenido natural del contrato derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora. De estos criterios se sigue que el carácter limitativo de una cláusula puede resultar, asimismo, de que se establezca una reglamentación del contrato que se oponga, con carácter negativo para el asegurado, a la que puede considerarse usual o derivada de las cláusulas introductorias o particulares. El principio de transparencia, que constituye el fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera, en efecto, con especial intensidad respecto de las cláusulas que afectan a la reglamentación del contrato.

**Contrato de seguro. Estipulaciones delimitadoras del riesgo y las limitativas de derechos: funciones.**—Las estipulaciones delimitadoras del riesgo son las cláusulas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que se concreten qué riesgos son objeto del contrato de seguro, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial. Por su parte, las cláusulas limitativas de derechos, válidamente constituidas van a permitir limitar, condicionar o modificar el derecho del asegurado, y por tanto la indemnización, cuando el riesgo objeto del seguro se hubiera producido. Estas deben ser destacadas de un modo especial y deben ser expresamente aceptadas por escrito. La solución expuesta parte de considerar que al contrato se llega desde el conocimiento que el asegurado tiene del riesgo cubierto y de la prima, según la delimitación causal del riesgo y la suma asegurada con

el que se da satisfacción al interés objetivo perseguido en el contrato por lo que resulta esencial para entender la distinción anterior comprobar si el asegurado tuvo un exacto conocimiento del riesgo cubierto.

**Contrato de seguro. Delimitación del objeto del seguro.**—La delimitación del objeto del seguro no es función exclusiva de las condiciones particulares, pues también cabe que las generales contengan cláusulas delimitadoras del riesgo, que, consecuentemente, serán válidas y oponibles frente al tomador aun cuando no se hayan respetado las formalidades del artículo 3 LCS.

**Contrato de seguro. Hecho generador y riesgo asegurado: diferencias.**—La jurisprudencia distingue entre hecho generador y riesgo asegurado. Esta distinción, puesta en conexión con el seguro de accidentes con cobertura de invalidez en sus diferentes grados, ha llevado a la doctrina a concluir que, si bien las obligaciones del seguro, en esencia, la de indemnizar el daño producido al asegurado, dentro de los límites pactados (art. 1 LCS), son exigibles a la aseguradora cuyo contrato estaba vigente cuando se produjo el evento que dio lugar, más tarde, a la invalidez, sin embargo el riesgo asegurado, cuya concurrencia es imprescindible para que surja la obligación de indemnizar (art. 1 LCS), lo constituye dicha incapacidad resultante del accidente, entendido desde el punto de vista fenomenológico, como hecho generador del citado riesgo objeto de cobertura. Así se explica que las obligaciones de la aseguradora no nazcan del hecho generador, de la causa violenta, súbita, externa, que origina la lesión corporal determinante de la incapacidad, sino que surgen de la invalidez misma, que constituye el riesgo asegurado siendo la fecha de la declaración de incapacidad la determinante de los efectos temporales y económicos de cobertura del seguro concertado, y de la aplicabilidad de las condiciones pactadas.

**Contrato de seguro. Intereses de demora del artículo 20 LCS en seguro de accidentes: el retraso debe apreciarse desde que tiene lugar el accidente en sentido estricto.**—Cuando la controversia se suscita en torno a la mora del asegurador, en particular, con relación al devengo de los intereses previstos legalmente, la jurisprudencia considera que el artículo 20 LCS, precepto del que se ha dicho que es aplicable a toda clase de seguros, y que la indemnización por mora a que se refiere el párrafo 4.º del mismo implica la existencia de un retraso culpable, que no obedezca a causa justificada o que no le pueda ser imputada al asegurador. Puesto que no ha lugar a apreciar ese retraso sino a partir del momento en que tiene lugar el siniestro, como indica el artículo 20.3 LCS, por ser el hecho que fija el término inicial del devengo, el que en el seguro de accidentes el siniestro no venga dado por el accidente, en cuanto hecho generador o causa del daño corporal, sino por el accidente en el sentido estricto que se deriva del tenor literal del artículo 100 LCS, esto es, como lesión corporal resultante de dicha causa, comprensiva de la muerte y de la invalidez, que son los riesgos objeto de cobertura, supone que solo a partir de la declaración de la invalidez y su conocimiento por el asegurador comienza para este la mora y el recargo de intereses, si su retraso en el abono de la correspondiente indemnización no responde a una justa causa o a una causa que le pueda ser imputable.

**Contrato de seguro. Régimen legal aplicable y cuantificación de la indemnización.**—El momento del accidente es el que determina el régimen legal aplicable, sin perjuicio de que para la cuantificación de la indemnización debe estarse al valor del punto en el momento del alta definitiva. El daño se determina en el momento en que se produce, y este régimen jurídico afecta al número de puntos que debe atribuirse a la lesión y a los criterios valora-

tivos, que serán los del momento del accidente, de forma que cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado. (STS de 20 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La representación procesal de don F. Interpuso demanda contra la compañía aseguradora A. SA, contra don A, doña E. y la aseguradora A, a consecuencia de accidente de tráfico, consistente en una colisión entre la motocicleta conducida por don F., con un tractor, que provocó también daños por alcance en un vehículo estacionado al margen de la vía. El Juzgado de Primera Instancia único de Chantada, en cuanto al objeto de casación, estimó parcialmente la demanda de don F. La Sección primera de la Audiencia Provincial de Lugo estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N.D.L.)

**41. Contrato de adhesión: concepto.**—Son aquellos en que las cláusulas no se negocian sino que aparecen prerredactadas unilateralmente por la parte disponente, que las incorpora al contrato, limitándose la voluntad de la adherente a aceptarlas o no, con el contenido que ya le viene dado.

**Contrato de seguro: perfección.**—Al contrato se llega desde el conocimiento que el asegurado tiene del riesgo cubierto y de la prima, según la delimitación causal del riesgo y la suma asegurada con el que se da satisfacción al interés objetivo perseguido en el contrato, y es evidente que, discutiéndose si la limitación de cobertura en razón a un riesgo excluido podía ser esperada por el asegurado, aunque no figurase en el condicionado particular, al margen del carácter o no lesivo de la cláusula en cuestión.

**Contrato de seguro. Facultad de repetición de la aseguradora: plazo de prescripción y cómputo.**—El pago de la indemnización es condición indispensable para el nacimiento a favor de la aseguradora de la facultad de repetición y esta acción del asegurador contra el tomador de seguro o asegurado prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado a partir de la fecha en que hizo el pago al perjudicado; plazo que no ha prescrito si se tiene en cuenta que este pago que realiza la aseguradora tiene como día inicial para el cómputo del año aquel en que la aseguradora pone fin a un mismo siniestro, mediante el pago de las indemnizaciones al conjunto de perjudicados, especialmente cuando han interferido una diligencias penales previas cuyo resultado podría haber determinado una solución jurídica distinta respecto de los pagos hechos durante su curso y de la posibilidad de repetir o no frente al tomador o asegurado para su recuperación. (STS de 11 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La representación procesal de la compañía de seguros Z. SA interpuso demanda, contra don Ed. y don Ez. solicitando repetir la cantidad pagada a consecuencia de un accidente de tráfico con resultado de daños personales y materiales, que fueron indemnizados por la entidad que aseguraba la responsabilidad civil del vehículo causante en virtud de póliza de aseguramiento, dado que posteriormente, el conductor del vehículo, D. Ed., que lo hacía sin el pertinente permiso de conducir, fue condenado como autor responsable de una falta de lesiones imprudente del artículo 621.1

del Código Penal. La parte demandada se opuso a la demanda. El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Zafra estimó íntegramente la demanda. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N.D.L.*)

**42. Contrato de seguro. Interés asegurado: alcance.**—El interés asegurado en el contrato de daños no solo puede radicar en la propiedad del bien asegurado, sino también derivar de cualquier otra relación económica que se refiera al mismo, y que la ambigüedad o amplitud en la descripción del interés asegurado, en cuanto pueda dar lugar a una confusión en cuanto a su exacta extensión o naturaleza, no puede ser interpretada en contra del asegurado de buena fe que acepta una redacción de las condiciones particulares en las cuales puede considerarse razonablemente incluido el interés que realmente ostenta en el objeto asegurado.

**Contrato de seguro. Acción directa contra la aseguradora y legitimación activa: supuesto concreto.**—Si subsiste el interés de la entidad asegurada (compradora con condición resolutoria) al tiempo del siniestro, es la única que se legitima para ejercitar acción directa derivada de su contrato de seguro de daños contra su asegurador para cobrar lo que le correspondiese, sin que el hecho de que renunciara a promover dicha acción deba considerarse razón suficiente para admitir la legitimación de las vendedoras, que eran por completo ajenas a la relación aseguradora. (**STS de 30 de junio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—La representación procesal de doña M. del P. y doña A interpuso demanda contra la entidad aseguradora C. G. C. O. S.A., en reclamación de cantidad a consecuencia de un incendio sufrido en un inmueble. El Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de San Sebastián desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa desestimó íntegramente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N.D.L.*)

**43. Contrato de seguro de accidentes. Intereses de demora del artículo 20 LCS: exoneración.**—La DA 8.ª de la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, además de cambiar la denominación de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor (que pasó a llamarse Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor), incorporó a esta norma una Disposición Adicional, referente a la mora del asegurador donde, si bien se remitía en torno a esta cuestión a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, reconocía también una serie de particularidades, fundamentalmente la posibilidad de que la compañía de seguro pudiera exonerarse del recargo por mora pagando o consignando judicialmente la indemnización en el plazo de tres meses siguientes a la fecha de producción del siniestro, especificando que, si no podía conocerse en dicho plazo el exacto alcance de los perjuicios indemnizables, habría de ser el juez el que decidiera sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad consignada, previo informe del médico forense si fuera pertinente, y con arreglo a la cuantía aproximada que pudiera corres-

ponder con arreglo al sistema de valoración del daño corporal que incorporaba el Anexo de la citada Ley 30/95.

**Contrato de seguro de accidentes. Momento del accidente y momento del alta definitiva: efectos.**—La jurisprudencia sostiene que el momento del accidente determina únicamente el régimen legal aplicable a la determinación del daño, mientras que para la cuantificación de la indemnización hay que atenerse al valor del punto en el momento del alta definitiva.

**Contrato de seguro de accidentes. Consignación especial: naturaleza.**—La consignación prevista en la DA 8.<sup>a</sup> de la Ley 30/95 es una consignación singular, diferente de la contemplada con carácter general en el CC, razón por la que se rige por parámetros distintos, no siendo su finalidad la extinción de la obligación sino la liberación del pago de intereses, además de que no implica un reconocimiento de la deuda o de la responsabilidad.

**Contrato de seguro de accidentes. Consignación especial: interpretación jurisprudencial.**—La jurisprudencia interpretaba la DA 8.<sup>a</sup> de la Ley 30/95 en redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 21/2007 concluyendo que solo a partir de la entrada en vigor de esta última norma puede afirmarse que la consignación liberatoria es la que se hace para pago (art. 7.3 e), en relación con el artículo 9); lo que supone que la consignación realizada al amparo de la redacción precedente, ya se tratase de la original de la Ley 30/95, o de las redacciones resultantes de las modificaciones operadas con posterioridad por la DF 13.<sup>a</sup> de la LEC y por el Texto Refundido de la LRCSCVM, Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, no era una consignación para pago sino con una finalidad estrictamente de garantía.

**Contrato de seguro de accidentes. Consignación especial: modificación por la LEC.**—La modificación introducida por la DF 13.<sup>a</sup> LEC no es otra cosa que el lógico resultado de la necesidad de adaptar a los nuevos procesos y trámites contemplados en la LEC 2000, de tal forma que la modificación no crea un derecho nuevo para el asegurador, sino que especifica el modo en que va a poder ejercitarlo a satisfacción, señalando que la consignación habrá de hacerse en el plazo de diez días a contar desde la notificación del inicio del proceso, pero sin añadir la exigencia del ofrecimiento de la cantidad consignada, que, ya se ha dicho, no constituyó presupuesto para la eficacia enervadora de la mora hasta la reforma del 2007. **(STS de 28 de junio de 2011; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—La representación procesal de don G. como víctima de un accidente de circulación ocurrido interpuso demanda contra la entidad Z. E., Cia de Seguros y Reaseguros, S.A., en reclamación de cantidad en concepto de indemnización por los daños personales sufridos, más intereses legales de demora del artículo 20 LCS, calculados sobre la suma total reclamada, desde la fecha del siniestro y hasta su completo pago, y más los gastos que en el futuro pudieran derivarse de los reajustes de la prótesis requerida por el perjudicado. El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de San Sebastián estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa desestimó la apelación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N.D.L.)



**44. Culpa extracontractual: Accidente circulación: Colisión de ciclomotor con todoterreno: Lesiones del acompañante: Sentencia penal absolutoria del conductor del todoterreno: Reclamación a la aseguradora: Posterior intervención quirúrgica para retirar material de osteosíntesis: Incongruencia.**—La sentencia impugnada al separar la pretensión ejercitada en la demanda de daños y perjuicios por la colisión del ciclomotor con un todoterreno, de la reclamación relativa a los perjuicios derivados de la intervención quirúrgica para la retirada del material de osteosíntesis, no incurrió en incongruencia *extra petita*, ni alteró la causa de pedir, sino que adoptó la solución que entendió adecuada a Derecho dentro del principio *iura novit curia*, dando respuesta a las alegaciones hechas en la audiencia previa, en la que fueron admitidas como alegaciones complementarias al amparo de los artículos 426.3 y 400 LEC. Tal separación no causa perjuicio al recurrente ya que mantiene la expectativa del derecho de resarcimiento por la intervención sobrevenida después de la demanda. Pero esta petición accesorio o complementaria no tenía una vida independiente de la demanda, de manera que una vez declarada la prescripción de la acción principal, no podía examinar la procedencia de la misma sin incurrir en contradicción.

**Doctrina jurisprudencial sobre solidaridad impropia.**—Es reiterada la jurisprudencia que declara existente solidaridad impropia entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia de causa única, esa responsabilidad, a diferencia de la propia, no tiene su origen en la ley o en el pacto expreso o implícito, sino que nace con la sentencia de condena; obedece a razones de seguridad e interés social, en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados; pero exige para su aplicación que no sea posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades.

**La unificación de criterios interpretativos diferentes no implica desigualdad ante la ley.**—La aplicación de un criterio unificado por parte de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo no implica violación de principios constitucionales, pues si bien es cierto que los principios de igualdad en la aplicación de la ley y seguridad jurídica, y el derecho a la tutela judicial efectiva, exigen cierta permanencia y estabilidad en la doctrina jurisprudencial, en cuanto que complementa el ordenamiento jurídico, el cambio de criterio jurisprudencial está permitido por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siempre que no sea arbitrario y esté motivado, no requiere que previamente se anuncie, ni limita sus efectos para el futuro pues no se excluye para resolver el caso en que se produce el cambio ni los ya iniciados rigiendo el criterio que se modifica. El principio de retroactividad sólo puede invocarse en relación con la aplicación de las disposiciones legales, a las que afecta el artículo 9.3 CE, pues el cambio de criterio no está contenido en una norma, sino en una sentencia; dicho principio no impide que los tribunales puedan alterar su criterio y con ello superar e integrar resoluciones anteriores, siempre que la nueva doctrina esté razonablemente fundada y resulte patente que exista un cambio de criterio. Así se permite la evolución de una jurisprudencia innovadora, coherente y responsable, desarrollada en el marco de la legalidad y dirigida a la búsqueda de la uniformidad.

**Interrupción de la prescripción en obligaciones solidarias.**—Desde la STS de 14 de marzo de 2003, esta Sala ha mantenido el criterio según el cual el pár. primero del artículo 1974 CC únicamente contempla el efecto de interrumpir la prescripción en el sentido de obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que

pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia; este criterio se considera sin perjuicio de aquellos casos en los que por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado.

En el presente caso la sentencia dictada en el juicio penal a que dio lugar el accidente no estableció un vínculo de solidaridad ya que fue absolutoria; no puede partirse de la existencia de una presunción de solidaridad, pues las declaraciones de la sentencia penal, en las que se fundamentó la absolución de los implicados en el accidente, no tienen la virtualidad de generar un vínculo de solidaridad impropia, que exige una sentencia condenatoria que así lo establezca; el artículo 14 del RD de 30 de diciembre de 1986, coincidente con el artículo 14.2.1 del RD de 12 de enero de 2001, es una norma interna de distribución de responsabilidad, en la que no es posible apoyar una presunción de responsabilidad solidaria de las aseguradoras a favor de un tercero; en el juicio previo contra la aseguradora del todoterreno fue llamado como testigo la aseguradora del ciclomotor, pero ello no tiene relevancia para interrumpir la prescripción.

**Determinación del día inicial: Doctrina jurisprudencial.**—La jurisprudencia ha reiterado que la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de acciones es función que corresponde en principio a la Sala de instancia y su decisión al respecto es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación salvo cuando se halla en juego la correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables. El hecho de la retirada del material de osteosíntesis no implica por sí mismo que las secuelas no estuvieran consolidadas si quedaron concretadas en el informe de alta de forma que permitían ya ser valoradas en toda su dimensión con arreglo al sistema legal de valoración de los daños personales incluido en el Anexo de la DA 8.<sup>a</sup> de la Ley de 8 noviembre 1995 (**STS de 18 de julio de 2011**: no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Dos aspectos pueden considerarse en este fallo extractado (sin descuidar que el accidente ocurre en 1996), uno atinente al caso concreto y otro de alcance general que desborda el ámbito normal de la mera anotación. Respecto al primero se argumenta sobre el acuerdo de la Junta General de Magistrados de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 27 marzo 2003, expuesto en SSTs de 14 de marzo y 5 de junio de 2003, sobre la denominada solidaridad impropia y sus relaciones con la interrupción de la acción de reclamación de daños y perjuicios. Me parece que, en este punto, puede detectarse aquí un descuido procesal del recurrente (*sibi imputet*) que eligió inicialmente a la aseguradora del todoterreno como demandado único, olvidándose de la del ciclomotor (así, al demandar a esta última había transcurrido ya con exceso el plazo prescriptivo). La solución adoptada por las ss. de instancia, que acoge la Sala 1.<sup>a</sup>, sobre la prescripción de la acción, con todo, parece discutible. En cuanto al segundo, después de la entrada en vigor del Libro I del Código civil catalán, es un hecho que se ha roto la unidad del mercado español en relación con el seguro de accidentes al introducirse en aquella C.A. el plazo prescriptivo trienal de la acción por culpa extracontractual. Creo que la necesidad de ampliar el plazo prescriptivo anual del CC es evidente y urgente, pero no, a lo que estimo, por la vía utilizada por el Parlamento catalán. (*G.G.C.*)

**45. Culpa extracontractual: Colisión de vehículos: Culpa exclusiva de uno de los conductores: Reclamación contra los herederos y la aseguradora: Lucro cesante en caso de incapacidad permanente: Resarcimiento íntegro y aplicación del baremo.**—Constituye jurisprudencia de esta Sala, sentada por primera vez en STS del Pleno, de 25 de marzo de 2010, y luego recogida por SSTTS de 5 y 31 de mayo de 2010, que el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente, aunque no sea susceptible de ser resarcido íntegramente con arreglo al sistema legal de valoración del daño corporal incorporado a la LRCSCVM, sí cabe, al menos, que pueda ser compensado proporcionalmente, mediante la aplicación del factor de corrección, por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de este último por perjuicios económicos y por incapacidad permanente, previstos en la Tabla IV del Anexo, cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad de limitarlo a los supuestos de prueba de la culpa relevante por parte del conductor.

De esto se sigue que, aun cuando no está justificado obviar el carácter vinculante y la constitucionalidad del sistema en esta materia, la antinomia que existe entre el principio de resarcimiento íntegro de todos los daños causados a las personas en accidente de circulación y la cuantificación de la indemnización del lucro justifica el acudir, a la hora de compensarlo más adecuadamente, a los elementos correctores del apartado primero del núm. 7 del Anexo, que han de ser entendidos en sentido amplio a fin de comprender también los fundados en circunstancias excepcionales relacionadas con las personales y económicas de la víctima.

La jurisprudencia exige que concurren los siguientes requisitos: 1) que se haya probado la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido; 2) que éste no resulte compensado mediante la aplicación de otros factores de corrección; 3) que la determinación del porcentaje se realice conforme a los principios del Sistema, acudiendo analógicamente a los criterios fijados por las tablas que puedan ser susceptibles de comparación, siendo en este caso el máximo del 75% de incremento de la indemnización básica; 4) que este factor de corrección es compatible con el aplicable por perjuicios económicos; 5) que el porcentaje de incremento por incapacidad permanente debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el Sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente; y 6) que el porcentaje de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal.

Procede rechazar el primer motivo del recurso toda vez que la decisión de la Audiencia Provincial se ajusta a la doctrina de esta Sala de considerar vinculante el sistema en orden a cuantificar la indemnización que correspondía a la víctima por el concepto de lucro cesante, por pérdida de ingresos vinculada a su incapacidad, no siendo compatible con aquella la tesis esgrimida por el recurrente de obtener el resarcimiento al margen del mismo, por más que haya sido declarada la culpa relevante del conductor causante del siniestro.

En cambio, sí procede estimar el segundo y subsidiario motivo, cuando la Audiencia Provincial se apartó de la citada doctrina al entender que el lucro cesante debía considerarse suficientemente resarcido con los incrementos sobre la indemnización básica por lesiones permanentes que resultan de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanen-

te, olvidando que la jurisprudencia admite, si no su compensación íntegra, sí al menos una compensación mayor, mediante la aplicación del factor de corrección del Anexo Primero, 7, siempre que concurren los presupuestos que la propia doctrina exige para su aplicación. En este caso la proporción en que resultaría resarcido con dicho factor el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima apenas superaría el 8%, por lo cual, debe aplicarse por concurrencia de la circunstancia excepcional de existencia de lucro cesante no compensado un porcentaje de un 50% de incremento sobre la indemnización básica. La cantidad resultante de la aplicación de este factor de corrección es compatible con la concedida por perjuicios económicos, pero dicho porcentaje no puede ser aplicado sobre la indemnización básica por incapacidad temporal.

**Intereses de demora: Procedencia.**—Procede estimar el motivo y la imposición a la aseguradora de los intereses del artículo 20 LCS, sobre la suma concedida, desde la fecha del siniestro y hasta su completo pago, al tipo legal del dinero incrementado en un 50% anual durante los dos primeros años, y al mínimo del 20% anual, a partir de dicha fecha, sin perjuicio del valor liberatorio, por su importe, de las cantidades en su día satisfechas. Este pronunciamiento se funda en la inexistencia de razones que permitan reputar justificada la negativa de la aseguradora a cumplir su deber de satisfacer la prestación en plazo. Así, debe descartarse que el pleito haya sido imprescindible para eliminar una incertidumbre racional sobre la verdadera causa del siniestro, ya que quedó probado que la causa del accidente se ubicó en la actuación negligente del asegurado, quien provocó la colisión al realizar una maniobra antirreglamentaria de adelantamiento cuando conducía su vehículo con una tasa de alcoholemia superior a la legalmente permitida; de igual modo debe descartarse la necesidad del pleito para eliminar la incertidumbre de la misma naturaleza relativa a la cobertura del hecho causante del accidente, en cuanto que no se suscitó discusión al respecto. Todo ello permite concluir que si la aseguradora se negó a cumplir o demoró en exceso el cumplimiento de sus obligaciones fue únicamente por considerar excesiva la cantidad concedida, no siendo esta circunstancia razón bastante por sí misma para no apreciar mora ni para exonerar del consiguiente recargo, dado el carácter meramente declarativo del derecho del perjudicado que tiene la sentencia que la concreta. (STS de 20 de julio de 2011; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G.G.C.)

**46. Culpa extracontractual: Accidente de circulación: Lesiones con secuelas: Enfermedad preexistente: Incapacidad permanente: Aplicación del factor de corrección.**—Las dos SSTS de 17 de abril de 2007 del Pleno de esta Sala han sentado como doctrina jurisprudencial que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado. La jurisprudencia expuesta ha servido para resolver el problema de la determinación y valoración del daño corporal con arreglo al sistema legal incorporado por la Ley 30/95, de 8 noviembre, y sus posteriores modificaciones, ya se trate de daños derivados de un accidente de circulación, o de los causados en otros sectores de la actividad para los que el sistema resulta aplicable igualmente con valor orientativo, sin que esta Sala haya encontrado obstáculo para su aplicación a pleitos pendientes en casa-

ción, sobre hechos que hubieran acaecido con anterioridad a la resolución que fijó el nuevo criterio doctrinal, ni en supuestos en que era anterior la reclamación judicial de la pertinente indemnización.

La decisión de la Audiencia Provincial de tomar en consideración la fecha del siniestro (año 2001) a los únicos efectos de determinar el régimen legal aplicable, y de valorar económicamente los daños con arreglo a las cuantías correspondientes a la anualidad en que se produjo el alta definitiva (año 2003), es una solución plenamente ajustada a la jurisprudencia fijada por esta Sala en las citadas sentencias con vocación de generalidad, en adecuada respuesta a la disparidad de soluciones que hasta entonces existían en la doctrina menor de las Audiencias.

La STS de 29 de diciembre de 2010, contempla como factor de corrección de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes aquellas que constituyen una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima. A su vez la STS del Pleno de la Sala de 25 de marzo de 2010, acogiendo un criterio seguido por la doctrina de la STS de 17 de julio de 2007, Sala de lo Social, afirma que el factor de corrección por incapacidad permanente parcial, total o absoluta, tiene como objeto principal el reparar el daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera ocupaciones o actividades, siempre que merezcan el calificativo de habituales. La Tabla IV del Baremo establece una cuantía mínima y otra máxima, lo que se traduce en que el órgano judicial no está obligada a conceder esta última por el simple hecho de que de que concurra la incapacidad sino que está facultado para moverse entre esos márgenes.

En el presente caso la Audiencia Provincial concedió una suma inferior a la máxima con fundamento en la preexistencia de patologías previas, sin que se haya excedido el tribunal de instancia en su función, ni existen razones para considerar desproporcionada o arbitraria la suma concedida por este concepto.

Tratándose del factor de corrección por perjuicios económicos en incapacidades transitorias, en el caso de autos la Audiencia Provincial considera probado que el actor realizaba una actividad laboral remunerada en el momento del siniestro, como se deduce de su condición de funcionario público –ertzaina–, y de las declaraciones de IRPF de los años 2000 y 2001, cuando se produjo el accidente, dicha circunstancia es suficiente para reconocerle el derecho a que se aplique el factor de corrección del 10%, aun cuando no lograra probar de forma concreta sus ingresos. (**STS de 20 de julio de 2010**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.–Se completa la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo con la del número correlativo anual, por existir dos de igual fecha. (*G.G.C.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**47. Alcance del principio de legitimación registral.**–El motivo se desestima porque la legitimación registral que proclama el artículo 38 de la Ley Hipotecaria no alcanza a los datos de hechos. Ya se ha dicho anteriormente que el Registro de la Propiedad proclama y protege derechos reales, no los datos de la finca sobre los que recaen aquéllos. El sistema registral espa-

ñol no va referido a la situación (contenido, extensión, construcción, etc.) de la finca, sino que, aceptando los linderos, protege el derecho real que recae sobre ella. Las sentencias de instancia no han declarado probada la titularidad de la demandante, recurrente, sobre la finca objeto de la acción y, pese a lo que conste fácticamente en la inscripción, la presunción *iuris tantum* no ha alcanzado a la titularidad del derecho sobre la misma. Tal como dice la sentencia de 17 de mayo de 2005: «el Registro de la Propiedad no está dotado de base física fehaciente, y la institución no responde de la exactitud de los datos y circunstancias de hecho, ni por consiguiente de los demás datos descriptivos de las fincas. La identificación no se logra con la expresión que figura en los títulos presentados en el pleito, ni con la de inscripción registral, ya que se requiere que las fincas se determinen de modo preciso sobre el terreno y por sus linderos y este requisito identificativo es esencial».

**Ineficacia de una licencia administrativa a efectos de determinar el derecho de propiedad.**—El motivo segundo del recurso de casación alega la infracción del artículo 7.1 del Código civil y del artículo 3.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del principio de actos propios. Se base el motivo en que el Ayuntamiento había concedido anteriormente una licencia de edificación que comprendía la finca reclamada. El motivo se desestima porque las sentencias de instancia han declarado no probada la propiedad de la finca objeto de la acción declarativa de dominio. Lo cual no queda destruido por una previa licencia que nunca prejuzga el derecho de propiedad, ni puede ser tenido como acto propio una licencia que da una corporación y que no la vincula en el futuro frente a una resolución sobre el dominio. **(STS de 30 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La entidad mercantil C interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Baracaldo contra el Ayuntamiento de Portugalete ejercitando una acción declarativa de dominio sobre una finca.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda al considerar que la parte actora no había acreditado el derecho de propiedad sobre la mencionada finca. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia Provincial de Vizcaya. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A.S.C.)

**48. Propiedad horizontal. Obras en patio común sin autorización de la junta de propietarios. Inexistencia de consentimiento tácito.**—El simple conocimiento de la existencia de las obras no equivale *per se* a consentimiento como exteriorización de una voluntad, ni el silencio supone una declaración genérica en la que se pueda encontrar justificación para no obtener los consentimientos legalmente exigidos. Para interpretar el silencio como una tácita manifestación del consentimiento es necesario valorar diversos aspectos, como las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta de éstas y las circunstancias que preceden y acompañan a dicho silencio (SSTS de 23 de octubre de 2008 y de 26 de noviembre de 2010). Queda acreditado que el actor ha llevado a cabo una actividad previa a la interposición de la demanda que impide considerar que existiera una aquiescencia por su parte

capaz de ser calificada como un consentimiento tácito, pues, años antes de interponer la demanda, requirió a la demandada a fin de que retirara las instalaciones colocadas en el patio común. (STS de 27 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Benedicto demandó a doña Florencia solicitando se condenara a la demandada a retirar las obras que había hecho en un patio de luces de naturaleza común, aunque el acceso al mismo sólo lo tenía la demandada. Se trataba de un toldo y de un tejadillo, que habían sido colocados hacía tres y seis años respectivamente y que cuya instalación no había sido autorizada por la junta de propietarios. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Jaén estimó el recurso de apelación del actor y ordenó la retirada de tales elementos. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la demanda. (L.A.G.D.)

**49. Propiedad Horizontal. Elementos comunes de uso exclusivo de uno o varios propietarios. Determinación del destino del patio en los estatutos de la comunidad. No cabe su uso para otras actividades que no sean las específicamente fijadas en la norma reguladora de la comunidad, aunque dicho uso resulte compatible con el permitido.**—La descripción de los locales en el título de división horizontal alude a una parte descubierta destinada a almacén o depósito, de tal forma que, puesto en relación con los estatutos de la comunidad, se llega a la conclusión de que el uso del patio reservado a los locales no puede tener otro destino que el señalado de almacén o depósito. Entender que la norma estatutaria no puede ser entendida como una limitación o imposición de un destino determinado, sino más bien como una potestad o derecho de elección por parte del propietario de los locales, supondría no sólo una interpretación inadecuada de los estatutos sino también una vulneración del título constitutivo de la comunidad. (STS de 28 de junio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios demandó a los titulares de los locales comerciales situados en los bajos de los dos edificios que componían la comunidad, los cuales, de acuerdo con los estatutos que regían la misma, tenían atribuido el uso privativo de los patios o zonas intermedias entre ambas construcciones. De acuerdo con el mismo instrumento rector, el uso de dichos espacios debía dedicarse únicamente a depósito o almacén. Sin embargo, los propietarios demandados habían unido, mediante obras de carácter permanente, tales patios a sus locales, utilizándolos para una ampliación de las zonas destinadas al desarrollo de su actividad comercial, con colocación techos, columnas, sistemas de aire acondicionado, chimeneas, etc... El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, el carácter común de los patios y su uso privativo, y ordenó la retirada de los elementos y obras que suponían la incorporación de tales zonas a los locales. No obstante, desestimó la demanda en lo tocante a ordenar la retirada de los aparatos y maquinaria de aire acondicionado, por considerar que no

infringía el uso previsto en la norma estatutaria. La Audiencia Provincial de Valladolid confirmó dicha sentencia en todos sus términos. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por los demandados y dio lugar al planteado por la parte actora. (*I. D.-L.*)

**50. Propiedad horizontal. Calificación de los gastos judiciales derivados del pleito sostenido con uno de los copropietarios.**—Si la comunidad de propietarios no actúa de consuno, sino que, rota la armonía, surge la contienda judicial enfrentándose aquélla y uno de sus componentes, los desembolsos impuestos por la situación litigiosa no merecen la calificación de «gastos generales» con relación al segundo; y si el enfrentado al grupo ha de soportar el pago de las expensas propias, no podrá imponérsele contribución en el de las correspondientes a la otra parte aplicando la cuota de participación, pues de mantener distinto criterio podría llegarse al injusto resultado de que el titular agraviado por un acuerdo de la comunidad, que se vio en la precisión de combatir judicialmente para restablecer el orden conculcado, tendría que soportar en parte los gastos procesales causados por la comunidad de propietarios vencida (SSTS de 5 de octubre de 1983, de 23 de mayo de 1990 y de 24 de julio de 1997). (**STS de 24 de junio de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Adoptados diversos acuerdos en el seno de la comunidad de vecinos, uno de los propietarios disidentes entabló juicio contra la comunidad, siendo desestimada su demanda tanto en primera instancia como en alzada. La comunidad pretendió distribuir entre todos los comuneros los gastos generados por el juicio, incluyendo también al propietario vencedor. Éste plantea recurso de casación al entender que los gastos judiciales del pleito mantenido con la comunidad no podían calificarse como comunes o generales. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación del actor. (*L.A.G.D.*)

**51. Calificación negativa del registrador. Plazo para la resolución del recurso por la DGRN. Efectos del transcurso del plazo.**—El Tribunal Supremo reitera la doctrina sentada en su anterior STS de 3 de enero de 2011, declarando que el transcurso del plazo impuesto a la DGRN en el artículo 327, párrafo noveno, LH para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador determina que se entienda desestimado el recurso y comporta la nulidad de una resolución del recurso recaída con posterioridad al transcurso de este plazo. Las razones en las que se funda esta conclusión son tres: i) La naturaleza de acto administrativo que tienen las resoluciones de la DGRN por las que se resuelven recursos contra las calificaciones negativas de los registradores de la propiedad no permite, sin más, la aplicación general supletoria de las normas del procedimiento administrativo y, en particular, del régimen general del silencio administrativo, ya que ello podría determinar efectos incompatibles con las particularidades y principios del sistema registral; ii) Si no puede partirse de una aplicación automática del régimen administrativo, parece razonable esperar del legislador una remisión específica a los concretos aspectos de dicho régimen que considere



aplicables a la función registral, pero entre las remisiones al régimen administrativo contenidas en el artículo 327 LH no hay ninguna referida al régimen del silencio administrativo, sino que los efectos de éste se regulan de manera específica en este precepto, estableciendo la desestimación presunta del recurso por el transcurso de un determinado plazo; y iii) la posibilidad de que la DGRN pudiera modificar la decisión una vez transcurrido el plazo para resolver crearía una situación de inseguridad jurídica. A diferencia de la regulación general del silencio administrativo, en el ámbito registral se trata de proteger derechos de carácter privado frente a intereses generales. Concretamente, se busca proteger los derechos de los terceros que, habiendo obtenido la inscripción de su derecho, pueden resultar afectados por el acceso al Registro de un derecho reconocido por la DGRN con carácter extemporáneo y, en algunos casos, con varios años de retraso con respecto del momento en que debió decidirse el expediente. **(STS de 1 de julio de 2011; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El 28 de mayo de 2002 se otorga escritura pública de carta de pago y extinción de condición resolutoria. La inscripción registral es denegada por nota de calificación negativa de 29 de julio de 2002. Tras la subsanación de las deficiencias, el título se inscribe en el mes de septiembre de 2002.

El notario interviniente en la escritura pública interpone recurso gubernativo el 3 de septiembre de 2002. La DGRN, por medio de resolución de 29 de septiembre de 2005, estima el recurso y revoca la calificación del registrador. El registrador formula demanda de juicio ordinario contra la DGRN solicitando la nulidad de la resolución recaída. Alega la extemporaneidad de dicha resolución, por haber sido dictada tres años después de la interposición del recurso gubernativo.

El juez desestimó la demanda al considerar que la cuestión litigiosa excedía de la competencia de la jurisdicción civil.

La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el notario, al considerar que la cuestión litigiosa sí era competencia de la jurisdicción civil. Sin embargo, en cuanto al fondo del asunto, desestimó íntegramente la demanda, por entender que el artículo 327 LH debía complementarse con el artículo 42 LRJPAC en materia de silencio administrativo y que la resolución dictada por la DGRN era plenamente válida y eficaz aunque se hubiese dictado transcurridos los tres meses indicados en el artículo 327 LH.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el notario. Entiende que el transcurso del plazo impuesto a la DGRN en el artículo 327 LH para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador determina que se considere desestimado el recurso y comporta la nulidad de una resolución de recurso recaída con posterioridad al transcurso de este plazo. Explica, además, que esta doctrina es plenamente aplicable al supuesto enjuiciado, ya que, interpuesto recurso gubernativo por el notario ante la DGRN el 3 de septiembre de 2002, la DGRN no resolvió expresamente en el plazo de tres meses, sino que lo hizo con fecha de 29 de septiembre de 2005, por lo que se

entiende desestimado el recurso gubernativo, por vía de silencio, quedando sin efecto la resolución dictada en septiembre de 2005.

NOTA.—Para un estudio detallado del régimen de nulidad de las resoluciones extemporáneas de la DGRN, se recomienda encarecidamente la lectura de la obra de M. J. PÉREZ GARCÍA, «Las resoluciones extemporáneas de la Dirección General de los Registros y del Notariado: ¿Validez o nulidad?», *Estudios a propósito de sentencias judiciales dictadas en recursos contra la calificación del Registrador*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2010. (G.M.A.)

## DERECHO DE FAMILIA

**52. Filiación no matrimonial: Negativa a la práctica de las pruebas biológicas: Recurso extraordinario por infracción procesal: Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.**—El Tribunal Constitucional ha venido sosteniendo que la realización de la prueba biológica en los procesos de filiación no lesiona ningún derecho fundamental (STC 7/1994), y en cuanto a la valoración de la negativa a efectuar dichas pruebas la STC 55/2001 dice que no corresponde al Tribunal Constitucional suplir a los órganos judiciales en relación al valor como indicio probatorio de esta negativa. La doctrina del Tribunal Constitucional puede resumirse diciendo que las pruebas biológicas han de realizarse en virtud del mandato judicial, siempre que 1) no exista una grave riesgo para la salud del demandado; 2) la medida judicial sea proporcionada adecuadamente con la intromisión en los derechos fundamentales que dicha prueba comporta, y 3) que la evidencia de la paternidad no se pueda obtener por otros medios menos lesivos de la dignidad humana. Sin embargo, no puede obligarse al demandado a someterse a dichas pruebas cuando se opone o bien cuando existen razones excepcionales que justifican la negativa.

La negativa no determina en el ordenamiento español una *ficta confessio*, y por ello el artículo 767.4 LEC dice que se permite la atribución de la paternidad o la maternidad *siempre que existan otros indicios y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios*. En el presente caso se alega que habiéndose negado el demandado a efectuarse dicha prueba en la audiencia del procedimiento de aseguramiento, debía la demandante reiterar la petición en la demanda mediante la que ejercitada la acción de reclamación. Pero la cuestión debe resolverse negativamente, porque habiéndose negado el interesado por unas razones calificadas por los tribunales de arbitrarias, no se conseguía nada reiterando la petición. Pero es que, además, la petición de prueba se efectuó mediante otrosí en la demanda como prueba anticipada y en el apartado V de la propia demanda en el que se interesaba se procediera a la investigación de la paternidad mediante pruebas biológicas.

A través de la hipotética lesión del artículo 24 CE, la parte recurrente introduce un problema de valoración de prueba producida, aunque no alega infracción de las reglas sobre dicha valoración. Dice la STS 672/2010, de 26 octubre que la vulneración de las reglas de la valoración de prueba sólo puede ser admisible en recurso extraordinario por infracción procesal por ser manifiestamente arbitraria o ilógica, o bien *cuando no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela*

*judicial efectiva, y en tal caso habrá que plantearse a través del artículo 469.1.4.º Lec como vulneración del artículo 24.1 CE.*

Se acepta aquí el razonamiento de la citada s. 672/2010 que, de acuerdo con la doctrina más consolidada de esta Sala afirma que *cuando la sentencia recurrida ha establecido los hechos mediante una apreciación conjunta de la prueba, no es lícito articular un motivo para desarticularla, a fin de que prevalezca un elemento probatorio sobre otros, ni plantear cuestiones que impliquen la total revisión de la valoración efectuada por la Audiencia Provincial, lo que es impropio de la naturaleza y función del recurso extraordinario por infracción procesal, pues se convertiría en una tercera instancia.*

**Recurso de casación por presentar interés casacional.**—Está reservado para aquellos casos en que la s. recurrida se oponga a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Pero de la lectura de aquélla se desprende: 1.º La resolución recurrida se ajusta claramente a lo que dice el Tribunal Constitucional, confirmando la jurisprudencia de esta Sala, por lo que no hay interés casacional, al no haberse contradicho esta jurisprudencia; 2.º Tampoco se cumple el interés casacional, porque los recurrentes no aportan sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales que deban ser objeto de unificación de doctrina por esta Sala; 3.º Los recurrentes hacen supuesto de la cuestión al partir de unos hechos que divergen absolutamente de la relación de hechos probados declarados por la s. recurrida. (STS de 17 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La actora nació el 24 junio 1960, siendo reconocida por su madre. En 1968 contrae matrimonio con D. Alexis, quien en ningún momento reconoció a aquélla. En 1973 se añade una nota marginal al acta de nacimiento de la actora del siguiente tenor: «A efectos de identificación se impone como nombre del padre de la inscrita el de Flequi». En 2001 la madre de la actora falleció en estado de viuda el 25 abril 2001. En los presentes autos la actora demanda a D. Olegario ejercitando acción de reclamación de filiación no matrimonial, siendo desestimada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Mieres en s. de 29 mayo 2007. Durante la tramitación de la apelación fallece D. Olegario siendo sustituido procesalmente por sus dos hijas. La sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó el recurso, alegando que la citada nota marginal, inserta cinco años después del matrimonio, pese a que el nombre paterno adjudicado coincidía con el del marido de la madre y daba una apariencia de normalidad a la relación, carecía de contrapartida jurídica pues la hija nunca fue reconocida por el marido de su madre, de modo que la actora conservaba los apellidos maternos, resultando absurdo en el supuesto de haber sido el padre biológico, que no la hubiera reconocido antes de casarse con la madre. En resumen: la prueba testifical indica que la única relación sentimental que conocidamente tenía la madre de la apelante al tiempo de su concepción era precisamente con el demandado y por ello debe entenderse arbitraria la negativa a someterse a la prueba biológica, y ello constituye prueba de la paternidad que debe declararse.

Parece claro que la mera atribución registral de un nombre al padre de una hija extramatrimonial, sólo a efectos meramente identificatorios, anotada al margen de la inscripción de nacimiento, no equivale al reconocimiento de su paternidad. (G.G.C.)

**53. Filiación no matrimonial: Reconocimiento de complacencia: Impugnación: Doctrina jurisprudencial.**—Sobre el tema no hay doctrina del Tribunal Constitucional. Por su parte, la doctrina de la Sala 1.<sup>a</sup> viene aceptando la viabilidad de la acción de impugnación derivada del artículo 140 CC, pese a que la filiación extramatrimonial haya sido determinada por un reconocimiento voluntario y consciente no viciado, llamado de complacencia, porque quien reconoce, lo hace a sabiendas de que no es el padre biológico del reconocido. Así últimamente en SSTs de 27 mayo, 12 y 14 julio 2004, 29 octubre y 5 diciembre 2008, y 29 noviembre 2010, se declaró la viabilidad de la acción, aunque apreciaron su caducidad por haberse ejercitado fuera del plazo establecido para ello. La posición contraria a la viabilidad de esta acción en los casos de reconocimiento de complacencia, mantenida por las sentencias de ambas instancias y por el Ministerio Fiscal en las mismas, se basa, en lo sustancial, en la irrevocabilidad del reconocimiento y en el carácter indisponible del estado civil.

Partiendo de la línea jurisprudencial marcada por las ss. citadas, esta Sala declara:

1.º El reconocimiento de hijo extramatrimonial, prescindiendo de que sea un reconocimiento de complacencia, está sometido a la normativa general de todo reconocimiento, como medio de determinación de la filiación extramatrimonial (art. 120. 1.º CC), y dentro del mismo, a la acción de impugnación que contempla el artículo 140 CC;

2.º Esta acción es distinta de la que contempla el artículo 141 CC, que es la acción de impugnación, no de la filiación en sí misma considerada, sino del reconocimiento, que lleva consigo necesariamente la de la filiación, y se ejerce con fundamento en la existencia de un vicio de la voluntad, con la breve caducidad de un año;

3.º La acción de impugnación derivada del artículo 141 no tiene como fin poner en entredicho determinadas situaciones que, por el transcurso del tiempo, pueden entenderse como situaciones sociales o familiares consolidadas, por haber alcanzado permanencia y general reconocimiento, en las que debe prevalecer el principio de seguridad jurídica y el carácter indisponible del estado civil. Sin embargo, nada obsta al ejercicio de la acción de impugnación durante el plazo de caducidad de cuatro años establecido con carácter general para la impugnación de la filiación ordinaria (en esta sentido se pronunció la STS de 29 noviembre 2010).

4.º Atendiendo a lo expuesto, esta Sala fija la siguiente doctrina: *La acción de impugnación de la filiación extramatrimonial, determinada por un reconocimiento de complacencia, puede ejercitarse por quien ha efectuado dicho reconocimiento, al amparo del artículo 140 CC, dentro de los cuatro años siguientes a la fecha del reconocimiento.*

En el presente caso la filiación de la menor, como hija no matrimonial del recurrente, quedó determinada por el reconocimiento de complacencia efectuado ante el Encargado del Registro Civil, el 7 noviembre 2002. La demanda fue presentada el 24 junio 2004. Las partes y el Ministerio Fiscal no discu-

ten el carácter de reconocimiento de complacencia, ni el resultado negativo de las pruebas biológicas, y el Ministerio Fiscal no se ha opuesto al recurso. Por ello debe estimarse el recurso de casación. (STS de 4 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La sentencia extractada ha sido pronunciada por el Pleno de 9 Magistrados del Sala 1.<sup>a</sup> Tribunal Supremo, y al mismo ha presentado un Voto Particular el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz cuya finalidad deja meridianamente claro el primer párrafo de aquél, que transcribo: «Se ha dicho en la doctrina que el Derecho avanza, en muchos casos, a través de los votos particulares. Esto se pretende en el presente caso. Tenemos una reiterada jurisprudencia que estimo equivocada y, peor aun, contraria al sentido jurídico, a la realidad social y al ordenamiento vigente. En palabras llanas y en síntesis, el caso lo resolvemos en forma verdaderamente sangrante: un hombre se enamora de una mujer soltera que tiene un hijo reconocido sólo por ella, de una relación anterior, él, en el calor de su enamoramiento reconoce a aquel hijo como suyo, a sabiendas de que no lo es; más tarde se extingue aquel amor y rompe, como si fuera un simple papel, aquel reconocimiento y, con ello, el estado civil de aquel niño (o ya chico, o ya hombre). En otras palabras, su reconocimiento depende exclusivamente de la voluntad del reconocedor; cuando el reconocedor se pelea con la mujer, se separa y se termina la posesión de estado con el reconocido ¿Se aplica realmente el pár. 1.º del artículo 140 CC alegando el reconocedor que no es padre (lo que es cierto), prescindiendo que lo sabía y aceptaba cuando reconoció (lo que también es cierto)? La realidad social y el ordenamiento entiendo que no lo admiten y espero que la Sala —más pronto, o más tarde— cambie el criterio que ahora ha mantenido en el pleno e impida este desaguisado». Después de un análisis del artículo 140 CC, según su perspectiva personal, concluye lógicamente en favor de la desestimación del recurso. (G.G.C.)

**54. Unión de hecho: Patria potestad sobre los tres hijos nacidos de la unión: Cese de la convivencia de los padres: Custodia compartida: Inaplicación del artículo 15 del Reglamento 2201/2003 del Consejo de la Unión Europea.**—El recurrente alega que se ha vulnerado el artículo 15 del Reglamento citado de la UE, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, porque dado el largo tiempo transcurrido desde que empezó el procedimiento, y el hecho de que los menores viven en Bruselas, sería más conveniente suspender el conocimiento del asunto e invitar a las partes a someter una demanda ante el órgano jurisdiccional de dicha ciudad, permitiendo tomar esta decisión en beneficio de los menores.

El artículo 15 del Reglamento citado dice lo siguiente: «1. *Excepcionalmente, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto, podrán, si consideran que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo y cuando ello responda al interés superior del menor: a) sus-*

*pende el conocimiento del asunto*, invitando a las partes a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional del estado miembro con el que el niño tenga esta especial relación, o bien solicitarle que ejerza su competencia. Ello se aplicará, bien a instancia de parte, pero siempre será necesario el consentimiento de una de las partes. Esta disposición se califica por el Reglamento de *excepcional* porque según el artículo 14 del propio Reglamento, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.

Esta Sala, como efectuó también su día la Audiencia Provincial en la s. recurrida, considera que no concurre la excepcionalidad exigida en la norma comunitaria para que los Tribunales españoles procedan a suspender el conocimiento del asunto. Esta suspensión sería contraria al interés de los menores de ver resuelta la forma de atribución de la guarda y custodia lo más rápidamente posible, dada su edad, y de la forma más adecuada a sus interés.

**Falta de motivación de la sentencia: Se reproducen los argumentos de la Sentencia de 8 de octubre de 2009 recaída en el mismo asunto.**—La anterior sentencia dictada en el mismo pleito concluía que se había producido una falta de motivación en la decisión que el Tribunal de apelación dictó en la s. de 8 mayo 2006, y que vuelve a repetirse en la s. de 22 marzo 2010, ahora también recurrida, de acuerdo con la cual la figura de la custodia compartida es de interpretación restrictiva y de aplicación excepcional. Esta motivación, sin embargo, no es suficiente para justificar la negativa a la revocación de la guarda y custodia compartida en la sentencia de primera instancia y ello por las siguientes razones: 1.<sup>a</sup> porque no se expresa de forma clara cuáles son las circunstancias que llevan a revocar la adopción de esta medida para los dos hijos pequeños de la pareja; sólo se refiere a las relativas a su edad, que, por otra parte, ha impedido el examen de los niños; 2.<sup>a</sup>) porque el domicilio de los progenitores es conocido y, además, está próximo; 3.<sup>a</sup>) porque la propia sentencia reconoce que la guarda y custodia compartida proporciona a la hija mayor *un alto nivel de satisfacción cuando está con cada uno de sus progenitores, sintiéndose feliz en cada uno de los contextos familiares*; y aunque no constan pruebas directas en relación a los otros hermanos, dado que los informes se efectuaron sin haber examinado a dichos menores, no es comprensible que la guarda y custodia compartida fuera conveniente únicamente para uno de los hijos y no para los demás. De aquí que la conveniencia de no separar a los hermanos resulta absolutamente reversible, ya que parte de una base inexistente, la de la diferente conveniencia de la medida para cada uno de los niños que no se conoce al no haberse efectuado un examen de los mismos en el momento de dictarse la segunda instancia.

Si bien, de acuerdo con el artículo 476.2,4 LEC, esta Sala debería ordenar que se repusieran las actuaciones al estado y momento en que se incurrió la vulneración, dado que se ha producido la misma infracción que en la sentencia originaria, esta Sala entiende que debe aplicar lo dispuesto en la Disp. final 16, 7.<sup>a</sup>, LEC, al haberse recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo de dispuesto en el artículo 469.2 LEC, por lo que debe dictar nueva sentencia, teniendo en cuenta lo alegado en el recurso de casación.

**Doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de la custodia compartida.**—El 5.<sup>o</sup> FD de la STS 623/2009, que anuló la anterior de la sección 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de 8 mayo 2006, decía que del examen del derecho comparado se deducía que se utilizaban *criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales, y los deseos manifestados por los menores competentes; el número de*

*hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.* Por ello, la interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7, CC debe estar fundada en el interés de los menores que se van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran algunos de los criterios antes explicitados y que la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

La sentencia recurrida explicita las que denomina *condiciones que se requieren para una exitosa guarda compartida*, pero la conclusión a que llega resulta inconexa con el propio razonamiento, y ello por las siguientes razones: 1.<sup>a</sup> Se admite que la guarda compartida resulta beneficiosa para la hermana mayor, por lo que añaden que no existiría inconveniente dado el grado de adaptación que manifiesta a uno u otro de los progenitores; 2.<sup>a</sup> Afirma a continuación que los dos hermanos pequeños, dada su corta edad, requieren un hogar permanente, y ello aunque ambos progenitores vivan en Bruselas y tengan domicilios próximos. Estos criterios se manejan para evitar la guarda compartida, cuando la STS de 11 de marzo de 2010 rechazó el criterio de la *deslocalización* de los niños para no aplicar la guarda compartida, por ser los cambios de domicilio una consecuencia inherente a este tipo de guarda; 3.<sup>a</sup> A partir de lo anterior, la s. recurrida aplica el criterio de separar a los hermanos, cuando la Audiencia Provincial no ha comprobado si este tipo de guarda era o no beneficioso para ambos; 4.<sup>a</sup> En el procedimiento figuran tres informes: el de la psicóloga adscrita al Juzgado de Familia, en relación a las medidas provisionales, y que es favorable a la guarda compartida; un segundo informe, firmado por el Dr. Cosme, con abundantes citas doctrinales, que es contrario a este tipo de guarda; y un tercero de otro psicólogo relativo a una serie de crisis sufridas por la madre. El Ministerio Fiscal considera beneficioso para el interés de los hijos menores la adopción de la medida de la guarda compartida. La s. no ha valorado el informe presentado por el psicólogo del Juzgado de Familia.

Por todo ello procede estimar el recurso de casación y reponer la s. dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Alicante, de 15 de noviembre de 2005, cuyo fallo atribuyó la guarda y custodia compartida de los tres menores a ambos progenitores. **(STS de 7 de julio de 2011;** ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—La STS de 8 octubre 2009 aludida en la extractada, identificada con el n.º 623/2009 fue anotada por mi en ADC, 2011, pp. 474-476. Puede desorientar al lector el hecho de que no coinciden en ambas resoluciones los nombres de pila de hijos y progenitores, pero al coincidir el resto del contenido del fallo se llega a la obvia conclusión de que, con el fin de respetar al máximo la privacidad de los interesados, el CENDOJ varía siempre los atribuidos a los interesados aunque, excepcionalmente como aquí ocurre, se trate de las mismas e idénticas personas.

Dando aquí por reproducido lo que se dice en la anotación citada, destaca ahora la acertada previsión de la Ponente de ambos fallos para resolver definitivamente un pleito sobre guarda de menores antes de que llegue a ser inútil (la hija mayor de la pareja alcanzará la mayoría en 2016). Los sucesivos pronunciamientos muestran a dos órganos judiciales, de grado distinto, que entienden diversamente la guarda compartida (como figura excepcional, la Audiencia Provincial; normal bajo requisitos legalmente determinados, el Tribunal Supremo). Tal relativa novedad incluida en la reforma de 2005, parece que no ha sido unánimemente aceptada por nuestros tribunales. Los datos fácticos, por otro lado, parecen mostrar en este caso, a unos progenitores no casados que sólo experimentan una crisis temporal de convivencia, no definitiva (no se entendería, de otro modo, que al trasladarse a Bruselas por razones laborales, se alojen en viviendas cercanas ¿o se trata de mera coincidencia?). ¿No sería oportuno aconsejarles, como ya ha hecho algunas veces la Sala 1.<sup>a</sup>, la vía de la conciliación o mediación para saldar sus diferencias? (G.G.C.)

**55. Divorcio: Guarda y custodia compartida: Interpretación de la excepcionalidad: El interés del menor.**—La excepcionalidad a que se refiere el inicio del pár. 8 del artículo 92 CC debe interpretarse en relación con el par. 5 del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el artículo 92.8 no excluye esta posibilidad, pero en este caso, debe el juez acordarla fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. De aquí que no resulta necesario concretar el significado de la *excepcionalidad*, a que se refiere el artículo 92.8 CC, ya que en la redacción del artículo aparece claramente que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.

Las situaciones que prevé el artículo 92 CC son: 1.º Acuerdo de los padres (art. 92.5), aunque en este caso la guarda y custodia compartida tampoco es automática, puesto que el Juez debe actuar conforme se establece en el artículo 92.6; 2.º Falta de acuerdo de los padres en la guarda compartida: se puede reconocer este tipo de guarda siempre que con esta atribución se proteja el interés del menor, según el artículo 92.8, y ello con las garantías que se establecen en el mismo precepto para proteger dicho interés. Como reitera la jurisprudencia lo que importa garantizar con este procedimiento es el interés del menor, ya que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior. De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.

En este caso, la decisión de la Audiencia Provincial es correcta pues ha examinado si el problema del desacuerdo afecta a los menores. Ha valorado



las pruebas aportadas de una forma adecuada y ha concluido que la actual situación no permite acordar la guarda y custodia compartida, porque los niños están inadaptados con la guarda acordada y el derecho amplio de visitas que fijó el Juzgado de Primera Instancia. En definitiva, que no conviene al interés primordial de los menores que se tome la medida que solicita el padre al recurrir en casación. (STS de 22 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G.G.C.)

**56. Divorcio: Guarda y custodia compartida: No hay interés casacional.**—Las sentencias que aporta el recurrente son un pretexto para poder presentar el recurso, ya que cada una decide según las circunstancias de los casos planteados, teniendo en cuenta un argumento común para resolver la situación de hecho. Los criterios utilizados por la sentencia recurrida responden a las valoraciones efectuadas en los informes al haberse pedido que se acordase la medida de la guarda compartida. El recurrente pretende que se valore de nuevo esta prueba, cuando quien debe efectuarlo es el juzgador de instancia y sólo tendrán acceso a este Tribunal por medio del recurso extraordinario por infracción procesal. Lo que pretende el recurrente cae de lleno en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión y se desvía del interés casacional. (STS de 21 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G.G.C.)

**57. Divorcio. Limitación temporal de la pensión compensatoria.**—Tras la reforma del Código civil llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, el actual artículo 97 CC prevé la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria que se acuerde, en su caso, a favor de uno de los cónyuges. Con ello, el Código recoge una doctrina jurisprudencial anterior (representada, entre otras, por la STS de 10 de febrero de 2005) conforme a la que se admitía la posibilidad de acordar la pensión compensatoria de manera temporal. No obstante, de acuerdo con dicha doctrina, así como con la actual redacción del artículo 97 CC, la temporalidad de la pensión compensatoria no es automática, sino que debe limitarse a situaciones en las que concurren unas circunstancias determinadas: concretamente, que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión y que sea posible la previsión *ex ante* de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad, de manera que se pueda afirmar ésta con certidumbre o con altos índices de probabilidad. Sólo en tal caso se podrá establecer un plazo, que deberá estar en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación. (STS de 20 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Tras quince años de convivencia y el nacimiento de dos hijos, un matrimonio decide solicitar la separación, estableciéndose convenio regulador por sentencia. Cuatro años después, el marido presenta demanda de divorcio, que es acordado por sentencia. Se discute entre los cónyuges, no obstante, la procedencia de mantener la pensión compensatoria fijada en el convenio regulador inicial a favor de la esposa, dado que ésta se ha incorporado ya al mundo laboral y goza de cierta independencia económica.

La sentencia de primera instancia reconoce una pensión compensatoria a favor de la esposa, si bien considera conveniente acordar una limitación a tres años del tiempo durante el que debe recibirla, pues no se puede exigir indefinidamente que esposo contribuya a mantener la posición económica y social de la esposa. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial estima el recurso de la esposa y elimina el límite temporal de la pensión compensatoria, sobre la idea de que existen circunstancias especiales que así lo justifican y desaconsejan el señalamiento de límite temporal alguno. El esposo interpone entonces recurso de casación, por infracción del artículo 97 CC, en relación con los artículos 100 y 101 CC. (A. M. M.)

**58. Divorcio: Prestación compensatoria: Revisión: Temporalidad.**—La decisión de la Audiencia Provincial, favorable a la temporalidad de la pensión, lejos de asentarse en criterios distintos de los afirmados por la jurisprudencia de esta Sala, todo ello con base en los criterios del artículo 97 CC, o de resultar una decisión gratuita, arbitraria o carente de la más mínima lógica, se muestra como el resultado de un juicio prospectivo razonable, construido con criterios de prudencia y ponderación, sobre la posibilidad real que tenía entonces la actora de superar en tal espacio de tiempo la inicial situación desfavorable respecto a la de su marido que a aquella le generó la ruptura; todo ello con base en los criterios legales que previamente le sirvieron para justificar su procedencia. La Sala considera acertada la decisión al respecto de la Audiencia Provincial, la cual, para su fijación temporal, comenzó valorando y reputando subsistentes las circunstancias y factores iniciales que determinaron la existencia de desequilibrio (duración del matrimonio, desde 1989; dedicación de la esposa a la familia, su edad pues tenía 41 años en el momento de la ruptura – 2002 –, y su cualificación profesional); y fue la pasividad o interés insuficiente demostrado por la esposa con su conducta, ya que se limitó a estar inscrita en el INEM, renunciando a tomar una actitud activa, que podía ser más efectiva en orden a la obtención de un puesto de trabajo. Ello aconsejó la limitación de la pensión a tres años, que se suman a los cinco inicialmente concedidos, plazo total equivalente a casi dos terceras partes de la duración del vínculo matrimonial. (STS de 15 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G.G.C.)

**59. Divorcio: Pensión compensatoria: No hay desequilibrio: Ambos cónyuges perciben ingresos de diferente cuantía.**—El reconocimiento de la pensión a favor de la esposa se hace descansar en la mera constatación de su situación de desigualdad económica, con respecto a su marido, en atención al dato del salario que cada uno percibe por su trabajo aisladamente considerado (él, profesor universitario, y ella, auxiliar interina de Biblioteca municipal), razonamiento que conculca los parámetros de la doctrina jurisprudencial, y permite su revisión en casación.

No basta mencionar la edad de la esposa (56 años), la duración del matrimonio (23 años), y la existencia de dos hijos mayores de edad, pero todavía dependientes económicamente de los progenitores, sino que ha de confrontarse la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de ésta. Y de este análisis comparativo resulta que, a pesar de que los ingresos probados del marido por su trabajo son casi el doble

de los que percibe su esposa (2900 euros al mes de salario, más extras por cursos, conferencias y dietas, frente a 1649 euros de la mujer), si se ponen en relación con las diferentes cargas que han de hacer frente a partir de la ruptura. Así la mujer ha obtenido el uso de la vivienda familiar y la mayor parte de los gastos de alimentación de los hijos se sufragan con la pensión que paga el marido (900 euros), quien debe abonar por su parte los 530 euros mensuales de alquiler de otra vivienda para su uso. Todo ello impide hablar de un auténtico desequilibrio en perjuicio de la mujer. Por otra parte, la dedicación de ésta a la familia no le ha impedido trabajar de forma casi ininterrumpida durante la unión conyugal, sin que las diferencias salariales sean consecuencia directa del matrimonio sino de sus propias aptitudes y capacidades (**STS de 22 de junio de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G.G.C.)

**60. Modificación de medidas en las crisis matrimoniales: Temporalidad de la pensión compensatoria: Imposibilidad de revisar los hechos probados en casación: Doctrina general.**—El régimen de los recursos extraordinarios establecido en los artículos 468 y 469 y Disp. Final 16.<sup>a</sup> LEC, establece la separación entre las cuestiones procesales y las sustantivas, de manera que éstas, consistentes en la infracción de las normas civiles y mercantiles, son las únicas que se pueden plantear en el recurso de casación, cuya función se contrae a contrastar la correcta aplicación de dicha norma sustantiva al supuesto fáctico declarado probado, sin que puedan combatirse en casación los hechos fijados por el tribunal de instancia en su función de valoración de la prueba, por estar esto reservado al recurso extraordinario por infracción procesal poniendo de manifiesto la infracción de alguna regla legal o la concurrencia de arbitrariedad o de una manifiesta racionabilidad en la valoración que se ha llevado a cabo. En suma, dado que la casación no es una tercera instancia, no es posible plantear mediante el recurso de casación temas relativos al juicio de hecho, como son los errores en la valoración de la prueba, siendo también inaceptables todas las apreciaciones del recurrente que directa o indirectamente cuestionen o se aparten de las declaraciones de hecho efectuadas en la resolución recurrida.

**Temporalidad de la pensión compensatoria.**—La posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias es, en la actualidad, una cuestión pacífica, tanto a la luz de las muchas resoluciones de esta Sala, que reiteran la doctrina favorable a la temporalidad por las SSTS de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, como por haberse manifestado posteriormente en el mismo sentido positivo el legislador mediante la Ley 15/2005, de 8 julio, que ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC, estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido o en una prestación única.

Según esta doctrina, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, siendo esta una exigencia o condición que obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente aquellas de entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC, los cuales, según la STS del Pleno de 19 de enero de 2010, y luego reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 y 14 de febrero de 2011, tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, y,

una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitan fijar la cuantía de la pensión, y, a su vez, valorar la idoneidad de la beneficiaria para superar el desequilibrio en un tiempo concreto, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre.

En la misma línea las SSTS de 9 y 17 de octubre de 2008, y 28 de abril y 4 de noviembre de 2010, afirman que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, deben ser respetadas en casación siempre sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los declarados por la jurisprudencia.

Por lo que se refiere a su extinción posterior, el criterio de esta Sala es contrario a la posibilidad de poner fin a la pensión reconocida por el mero transcurso del tiempo en su percepción, o por las consecuencias que en el plano económico puedan haber resultado de la liquidación del régimen económico matrimonial. Como no se impide el juego de los artículos 100 y 101 CC, lo que procede es dilucidar si concurren en el caso dilucidado los supuestos previstos en dichas normas, a saber, alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho.

En el caso concreto se concluye que, por no haberse alterado sustancialmente las fortunas de las partes, no ha lugar a modificar la pensión, como tampoco a extinguirla, por imposible subsunción en el artículo 101 CC del mero transcurso del tiempo o por resultar de la liquidación de la sociedad de gananciales, la cual sólo provoca la concreción del haber ganancial que ya le correspondía vigente el matrimonio; el desequilibrio se había producido por otras circunstancias, tales como la dedicación a la familia y la pérdida de expectativas laborales o profesionales ajenas a que la esposa se encuentre con bienes o medios suficientes para subsistir a raíz de dicha liquidación. **(STS de 27 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—El marido solicita extinguir o modificar la pensión compensatoria de 40.000 pts. mensuales que ha venido abonando a su esposa durante 15 años, cuando el matrimonio únicamente duró cinco, y se ha producido la liquidación de la sociedad de gananciales que ha supuesto la atribución de un patrimonio a la misma. No se aclara si se trata de divorcio o mera separación de personas, aunque parece tratarse de la segunda alternativa. En ambas instancias la demanda se desestima y el Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación.

**NOTA.**—En esta sentencia parece que ha querido sintetizarse la doctrina jurisprudencial que ofrece a los tribunales de instancia parámetros o pautas seguros para resolver sobre la duración y cuantía de la prestación compensatoria, asegurándoles que de seguirlos puntualmente la Sala 1.<sup>a</sup> mantendrá el fallo, como ocurre en esta sentencia, o en la de 15 de junio de 2011, pero no en la de 22 de junio (extractadas ambas en este fascículo del ADC). La realidad muestra, sin embargo, una enorme variedad de circunstancias en que se encuentran de hecho los cónyuges en situación de crisis, no siem-

pre susceptibles de valoración idéntica. La duración del matrimonio (propriadamente: duración de la convivencia conyugal) resulta irrelevante aquí, mientras que se invoca (pero no como *ratio decidendi*) para justificar también la temporalidad de la pensión en la sentencia de 15 de junio (es un caso de divorcio, en el que se argumenta que la suma de los dos plazos otorgados de la pensión compensatoria equivalen a las 2/3 partes de la duración del matrimonio). (G.G.C.)

**61. Divorcio: Régimen de separación pactado en capitulaciones: Aplicación del artículo 1438 CC.**—La reforma del CC por Ley 11/1981, de 3 mayo, introdujo el artículo 1438 en la regulación del régimen de separación de bienes, que pueden pactar los cónyuges o que se aplica en los supuestos previstos en el artículo 1435 CC. Esta norma contiene en realidad tres reglas coordinadas, que hay que tener en cuenta de forma conjunta en el momento de decidir en este tipo de asuntos: 1.<sup>a</sup>) la obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio; la separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir. 2.<sup>a</sup>) Puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges sólo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 CE. 3.<sup>a</sup>) El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de finalización del régimen. Cómo debe interpretarse esta compensación, es el objeto de este recurso en interés casacional.

**Aproximaciones en el Derecho civil español al artículo 1438 CC.**—El régimen de separación de bienes aparece regulado en cinco de los ordenamientos jurídicos españoles y no todos admiten la compensación ni los que la admiten, le atribuyen la misma naturaleza. Así, en Navarra, Aragón y en Baleares no existe ningún tipo de compensación para el cónyuge que haya aportado su trabajo para contribuir a las cargas del matrimonio (así la Ley 103, letra b) de la Compilación de Navarra; arts. 187 y 189 del Código de Derecho Foral de Aragón, y artículo 3 de la Compilación de Baleares). En cambio, el Código civil de Cataluña, en su artículo 232–5.1, establece que en el régimen de separación de bienes, si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre que en el momento de la extinción del régimen el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior, de acuerdo con lo que se establece en esta sección. Y una regla parecida es la contenida en el artículo 13.2 de la Ley de la CA de Valencia 10/2007, de 20 marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, que admite la compensación por el trabajo para la casa, que se considera también forma de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 12): Se tendrán en cuenta con carácter orientativo y como mínimo los criterios siguientes de valoración del trabajo para la casa, sin perjuicio de la ponderación que realice la autoridad judicial correspondiente o del acuerdo al que lleguen los cónyuges, el costo de tales servicios en el mercado laboral, los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico en cualquiera de sus manifestaciones enumeradas en el artículo precedente, o

los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario de tales servicios en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos. Finalmente el artículo 1438 que establece sintéticamente que *el trabajo para la casa dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.*

**Contenido y cuantía de la compensación ex artículo 1438 CC.**—Las diferentes normas examinadas no hacen ninguna referencia a la necesidad de enriquecimiento por parte del cónyuge que debe pagar la compensación por trabajo doméstico, cosa que si bien apareció en el proyecto de reforma de 1981, desapareció en el texto definitivo y que se encontraba también en el Derecho de familia catalán hasta la Ley 10/2010, que aprobó el Libro segundo del Código civil catalán. De aquí que hay que partir de lo que se expone a continuación en relación con los criterios para la interpretación del último inciso del artículo 1438 CC. Así, para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación será necesario: 1.º que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación; 2.º que se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa. Deben excluirse criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tomarse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico.

En relación con la cuantía de la compensación, el artículo 1438 CC se remite al convenio, y, en su ausencia como es el caso, será el Juez quien deba fijarla para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia señaló una cantidad en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, lo cual constituye una de las opciones posibles y nada obsta a que el juez la utilice para fijarla.

**Doctrina jurisprudencial.**—*El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge. (STS de 14 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]*

NOTA.—Importante sentencia por la doctrina jurisprudencial que establece en relación con el derecho a la compensación que establece el pár. final del 1438 CC. En 1994 constaté las incertidumbres doctrinales sobre esta figura, en cuya introducción pudieron estar presentes ideologías de signo variado y aun contradictorio, originando así reacciones doctrinales quizá algo desmesuradas (recogidas en *Adiciones* a Castán, V-1.º, 12.ª ed. p. 586 y p. 587 n. 1); dudas que no ha superado del todo la doctrina posterior (Martínez de Aguirre, *Curso*, IV, 3.ª ed. 2011, p. 272 s. que llama la atención sobre la incidencia del nuevo art. 68). Está extendida la idea de que la prestación representa un jornal, que puede reclamar quien se ocupa del hogar (Rams, en Lacruz, *Elementos*, IV, 2005, p. 269). Personalmente sigo pensando que la *ratio* del artículo 1438 no parece su limite exclusivamente a los regímenes separatistas, aunque su generalización pueda suponer una gran innovación en materia de gananciales; imponerla como régimen matrimonial primario

sería un medio de revalorizar el trabajo de la mujer casada en el hogar, que sigue constituyendo, a lo que creo, una aspiración social (en Castán *op. et loc. cit.* p. 389) (G.G.C.)

**62. Unión de hecho: Doctrina jurisprudencial: No hay analogía entre matrimonio y unión de hecho: Premio del «cuponazo» ingresado en la cuenta corriente de uno de los convivientes.**—El artículo 4.1 CC establece un sistema para integrar las lagunas que presenta un texto legal, sistema que se basa en un argumento de probabilidad que tiene su fundamento en una razón de semejanza, no de igualdad, de modo que dada una norma que predica una determinada calificación normativa de un objeto, se debe extraer el significado, que comprenda también aquellos sujetos que no están estrecha ni literalmente incluidos, pero presentan con los previstos una semejanza, asumida como relevante en orden a la identidad de las situaciones. La regla del artículo 4.1 es instrumental, por lo que debe citarse como infringida la que debería haberse aplicado dada la semejanza entre las situaciones, regulada y no regulada.

La analogía se pretende entre matrimonio y pareja de hecho, lo que ha sido objeto de discusiones en los diversos tribunales que se han ocupado de la cuestión. La más reciente decisión corresponde al TDHH de Estrasburgo, de 10 de febrero de 2011, en el asunto *Korosidou vs. Grecia*, resuelto por la sección 1.ª del citado Tribunal. En esta s. se niega la asimilación pedida con el siguiente argumento: *Las consecuencias jurídicas de un matrimonio, de una pareja civil – en la cual dos personas deciden expresa y deliberadamente comprometerse – distingue esta relación de otras formas de vida en común. Más allá de la duración o del carácter solidario de la relación, el elemento determinante es la existencia de un compromiso público, que conlleva un conjunto de derechos y de obligaciones de orden contractual. De manera que no puede haber analogía entre una pareja casada y un partenaireo civil, y por otro lado, una pareja heterosexual u homosexual, donde los miembros han decidido vivir juntos sin devenir esposos o partenaires civiles.* Esta Sala ha negado desde hace tiempo que entre el matrimonio y la pareja de hecho exista una relación de analogía. Así la STS de 12 de septiembre de 2005, que recoge la de 17 de junio de 2003, dice que las uniones *more uxorio* constituyen una realidad social que, cuando reúnen determinados requisitos –constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial– han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe transponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos.

Uno de los aspectos que no se admiten en la jurisprudencia de esta Sala es la existencia de un régimen económico matrimonial en las parejas no casadas, salvo que se haya pactado por los convivientes una comunidad de bienes u otro sistema. Pero ha quedado probado en la s. recurrida, que no existía tal pacto, ni tan sólo por *facta concludentia*. El recurrente debería haber probado que hubo un pacto entre los convivientes dirigido a crear una comunidad respecto al dinero obtenido con el premio de la lotería de la ONCE, o bien demostrar que de los hechos ocurridos se deducía claramente que había habido una intención de crearla, cosa que aquí no ha sucedido según la prueba producida y valorada por quien tiene competencia para ello. Prueba que, en cambio, si se practicó en el caso resuelto por la STS de 31 de octubre de 1996.

También se alega infracción de las normas que regulan la comunidad de bienes, el buen uso de los bienes que la conforman y su liquidación; pero la prueba demuestra que no se ha creado una comunidad de bienes, y, además, el recurrente cae en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión. El presente caso es semejante al resuelto por STS de 4 de febrero de 2010, que niega el derecho del conviviente a obtener una parte del billete de lotería que había sido premiado, debido a que no hubo comunidad de bienes durante la convivencia y a que ésta había cesado definitivamente al tiempo de lograr el premio. **(STS de 16 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—La doctrina jurisprudencial en la materia resulta necesariamente casuística. Es de aprobar la solución aquí adoptada, idéntica en similar caso a la STS de 4 febrero 2010, extractada y anotada por el firmante en ADC, 2011, p. 876 y ss. Pte. Excmo. Sr. Don Xavier O'Callaghan Muñoz (*G.G.C.*)

## DERECHO DE SUCESIONES

**63. Derecho de sucesiones. Institución de heredero bajo condición de pasado. Condición potestativa y suspensiva establecida en testamento.**—La calificación de las instituciones en las que un testador condiciona la efectividad de la institución de heredero a un acontecimiento que sólo puede ocurrir antes de la apertura de la sucesión es ciertamente difícil, pues el CC prevé la hipótesis de condición suspensiva consistente en hechos posteriores a la muerte del causante y, además, potestativas (art. 795), pero no contempla expresamente la condición suspensiva potestativa de hechos pasados. En esta sentencia, el Tribunal Supremo acoge la postura ya expuesta en la STS de 9 de mayo de 1990. Entiende que una cláusula testamentaria en virtud del testador establece la obligación de sus herederos de acogerle en sus respectivas casas, por períodos de tiempo iguales cada uno, por motivos de senectud, invalidez, enfermedad irreversible u otras de naturaleza análoga se trata de una condición suspensiva, que impide adquirir el derecho si no se cumple, y que consiste en hechos pasados, puesto que han de tener existencia antes de que el testamento despliegue eficacia. Además es potestativa, puesto que su cumplimiento depende de la voluntad de la persona del favorecido bajo condición (también de la voluntad de la causante). Así pues, siendo potestativa y de hechos pasados, naturalmente ha de conocerla el obligado a cumplirla para que se voluntad puede determinar el cumplimiento. A pesar de que el Código civil no prevé este tipo de condiciones, ello no significa que, en virtud de la autonomía del testador, no puedan introducirse en el testamento. Con ello, el Tribunal Supremo desecha la opción alternativa de considerar este tipo de cláusulas testamentarias obligaciones modales —entre otras, SSTs de 18 de diciembre de 1965, 3 de junio de 1967 y 21 de enero de 2003—. **(STS de 18 de julio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]



HECHOS.—Doña M fallece soltera y sin hijos. Años antes había otorgado testamento en donde nombraba herederos a sus hermanos y les obligaba a acogerla en su casa, el tiempo que fuera necesario, por períodos de tiempo iguales cada uno, por causas de senectud, invalidez, enfermedad o cualquier otra causa análoga. También preveía que si alguno de los herederos se negaba a atenderla quedaría excluido de la herencia, acreciendo su parte a los demás. Para el supuesto de que alguno de sus hermanos no pudiera atenderla, la testadora previó que éstos fuesen sustituidos en la obligación y en la herencia por los respectivos hijos de los mismos. Finalmente, se declaraba que no se consideraría incumplido el deber de asistencia si, por necesidad de asistencia médica, se tuviera que internar a la testadora en un centro hospitalario o geriátrico. Doña P, hermana de la demandante, cuida en su casa a la testadora, hasta que decide internarla en un centro geriátrico, habiéndose dictado entre medias sentencia de incapacitación de la testadora. Del resto de hermanos que no acogieron en sus casas a la testadora, sólo otra hermana de la testadora alegó problemas de salud, pasando su obligación de cuidado a sus hijos I, C y N. Éstos no atendieron físicamente a Doña M, si bien se mostraron abiertos a ello, en su contestación a cartas enviadas por Doña P, por requerimiento notarial.

Muerta Doña M, Doña P interpone demanda a sus sobrinos I, C y N pidiendo que se declare que era la única y universal heredera de su hermana fallecida, por haberla atendido como había dispuesto en su testamento. La sentencia del juzgado de primera instancia núm. 10 de Murcia de 19 de enero de 2007 estimó la demanda, entendiendo que la demandante fue la única cumplidora y que aunque los sobrinos demandados contestaron ofreciéndose para el cuidado de su tía, más que un ofrecimiento ello fue una negativa indirecta de atender a ésta.

Los demandados apelaron esta sentencia. La posterior sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 12 de noviembre de 2007 estimó el recurso y revocó la sentencia apelada. Consideró que la condición debe tenerse por cumplida, puesto que si bien los sobrinos no le prestaron atención, ello no determina el incumplimiento y de la contestación a su tía se desprende una clara disposición al cumplimiento de la condición, y que, en todo caso, desde el momento del ingreso de la testadora por la demandante en un centro geriátrico, el cumplimiento resultaba imposible.

Doña P interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso. Expone el Alto Tribunal que la interpretación de los testamentos es tarea atribuida al juzgador de instancia y que sólo en los casos en los que exista un manifiesto error puede ser revisada en casación. Pues bien, en el presente caso, entiende el Tribunal Supremo que la interpretación efectuada por la Audiencia Provincial es tenida por correcta. Tras exponer su doctrina acerca de las condiciones suspensivas potestativas, el Tribunal Supremo afirma que los sobrinos se mostraron dispuestos a acoger a su tía y quien impidió esta solución fue la propia demandante, al haber ingresado a su hermana en una residencia para su mejor cuidado, con lo que el cumplimiento de la citada condición devino imposible, tal y como se preveía en el testamento de la fallecida. (G.M.A.)

**64. Cesión de derechos hereditarios: Caracteres del negocio: Aceptación tácita: Retroactividad.**—Fallecida la causante, por la persona que se consideraba heredera intestada se celebra un negocio jurídico de cesión de derechos hereditarios que implica aceptación tácita conforme al artículo 1000, núm. 1.º CC. Más tarde se anula un testamento otorgado por la primera, por causa de incapacidad mental, y la aceptante tácita es declarada heredera abintestato con efecto retroactivo al momento del fallecimiento de la causante.

En el negocio jurídico contemplado en el artículo 1000, n.º 1.º, CC la heredera cede su derecho a un extraño, es decir, a un conjunto de personas, hoy recurrentes, que no son herederos de la causante, lo que constituye un negocio bilateral y oneroso, porque la heredera se obliga a distribuir los bienes que consiga (y que efectivamente logró), y los demás se obligan a sufragar los gastos que se produzcan en los pleitos sobre la herencia (que se dieron efectivamente) e incluso el riesgo de hacer frente a una eventual condena en costas. Por lo cual existe causa en sentido objetivo que se establece como causa del negocio jurídico, su fin objetivo o función económica y social; concepción objetiva mantenida por la doctrina y, reiteradamente, por la jurisprudencia (SSTS de 31 de enero de 1991, 24 de enero de 1992, 8 de febrero de 1993, 8 de febrero de 1996, 1 de abril y 28 de julio de 1998). En ningún caso puede calificarse como gratuito, pues hay una contrarrelación de prestaciones, y por ello no es aplicable la normativa de la donación.

**Error excusable.**—No constituye error excusable el creer que los hijos de sobrinos premuertos a la causante podían ser llamados a la sucesión intestada de la misma, expresándose con toda claridad en el documento de cesión de derechos hereditarios que *D.ª Penélope es única heredera de D.ª Amparo*. (STS de 16 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—D.ª Amparo recibió en herencia una importante fortuna (al parecer, en cuadros) que, no obstante podía resultar *damnosa*, y dispone de ella mediante testamento abierto a favor de una Fundación, que es declarado nulo por causa de enajenación mental. D.ª Penélope, sobrina suya, es declarada la única heredera abintestato de aquélla, después de lograr al cabo del tiempo la nulidad del testamento citado, pero careciendo de medios económicos había optado por ceder a un grupo de personas los derechos que recibiera en definitiva a cambio de que sufraguen los dispendios que se prevén cuantiosos para lograr su objetivo (que parecía ser no otro que el mero *honor del heres*). El pleito se plantea ahora entre algunos de los cesionarios contra D.ª Penélope y el resto de aquéllos para que se dé cumplimiento a la cesión hereditaria, pretensión que se estima en apelación y que el Tribunal Supremo confirma.

NOTA.—Aparte lo singular del supuesto, la concreta calificación de la cesión encuadrada en el artículo 1000-1.º CC, puede plantear alguna cuestión. La s. extractada la califica de onerosa aunque añade (¿para hacer creíble un aparente desequilibrio de prestaciones?) que se incluía el riesgo de pagar costas por perder litigios futuros, lo que colorea esa extraña cesión de cierta aleatoriedad que la haría disminuir su conmutatividad. Por otra parte

D.<sup>a</sup> Penélope ha fallecido al resolver el recurso de casación y serán sus herederos quienes afronten las últimas consecuencias patrimoniales de la cesión de derechos hereditarios que efectuó su causante. (G.G.C.)

**65. Interpretación de testamento: Colación de donaciones: Defecto del recurso.**—El motivo del recurso está relacionado con la interpretación de la voluntad del testador respecto a la colación de la donación de un piso a una hija. La sentencia hace referencia a un testamento ológrafo del padre en el que se decía: *En el reparto por igual a todos mis herederos no se tendrá en cuenta el piso que está a nombre de mi hija Mercedes y que queda como una mejora que recibe por haberse hecho cargo de mi vejez*; de ahí se deduce que, en comparación con el último testamento del causante, se deriva que no se había exonerado de la obligación de colacionar a la donataria recurrente. Pero lo que ésta pretende directamente no es tanto evitar la colación, sino que se declare que no hubo donación por parte de su padre. Esta argumentación no puede sostenerse porque la donación ha quedado probada y, en todo caso, si no estaba de acuerdo con la calificación efectuada por la s. recurrida sobre la base de los hechos probados, debía haberlo manifestado mediante el recurso extraordinario de infracción procesal que es el que permite comprobar si el juzgador de instancia ha incurrido en defecto de valoración de prueba. Además el artículo 1036 CC permite al donante eliminar la obligación de colacionar, pero esta dispensa debe hacerse en forma expresa, salvo en caso de reducción por inoficiosidad.

**Documentación del contrato verbal: Validez del consentimiento prestado por el mandatario en escritura pública cuando el mandante ha fallecido.**—La sentencia recurrida declara que el contrato para la cesión de partes indivisas de una finca se celebró y fue válido entre los interesados, en fecha no determinada de 1995, otorgado verbalmente y que con posterioridad se había documentado en escritura pública utilizando los poderes otorgados por los contratantes. La realidad que se presenta en este caso es distinta de la que plantea la parte recurrente, porque el contrato de cesión ya se había hecho verbalmente y lo único que se hizo fue documentarlo mediante el otorgamiento de escritura pública. Por ello se puede decir que nadie sustituyó la voluntad de los contratantes. En realidad, el acto de documentación de un contrato celebrado verbalmente no constituye propiamente un negocio jurídico, pues el consentimiento ha sido ya manifestado y las partes se encuentran vinculadas. El contrato existe antes de la documentación y esta no constituye otra cosa que un acto de carácter instrumental.

**Revisión casacional de la interpretación de los contratos.**—La STS de 14 de febrero de 2011 declara que la interpretación de los contratos realizada por el Tribunal de instancia, ajustada a los hechos considerados probados en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, no puede ser revisada en casación, salvo que se demuestre su carácter manifiestamente ilógico o arbitrario o vulnere alguna de las normas o reglas sobre la interpretación de los contratos, por desnaturalización de sus presupuestos y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

**Precio cierto.**—La sentencia recurrida lo ha considerado probado porque el precio consistía en el valor de los gastos que los compradores habían tenido que pagar en relación con el pleito promovido por los arrendatarios y aparceros de la finca para acceder a la propiedad. El precio puede ser deter-

minable y en este caso lo es porque podía ser objeto de posterior determinación. (STS de 13 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—La polémica suscitada a fines del siglo XIX por Degenkolb sobre la *renovatio contractus*, preocupó intensamente a la doctrina española desde mediados del s. XX (Núñez Lagos, Castán, Peidró Pastor, Reverte Navarro, Díez Picazo), y también italiana (Genovese, Irti, Sacco, Segré, Candián), aunque últimamente su interés dogmático parece haber disminuido, acaso por haberse incorporado plenamente a la *praxis* por el buen hacer notarial. La aplicación que hace esta sentencia de la doctrina mayoritaria parece incuestionable. (G.G.C.)

**66. Partición de la herencia por el testador. Nombramiento de contador partidor.**—De acuerdo con reiterada jurisprudencia (v. gr., SSTS de 25 de enero de 1971, 15 de febrero de 1988 y 8 de marzo de 1989), cuando el testador se limita a adjudicar algún objeto en la cuota que atribuye y, al mismo tiempo, nombra un contador partidor al que reserva la práctica de las operaciones particionales, tales adjudicaciones, aunque siempre respetables dentro de los límites legales, no pueden considerarse como una partición, sino como una adjudicación de un bien hereditario.

**Legado de parte alícuota. Momento de valoración de los bienes.**—De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1074 CC, el momento de valoración de los bienes que se integren en la cuota hereditaria es el de la adjudicación. Como declara la STS de 21 de octubre de 2005, una solución distinta produciría una absoluta desigualdad entre los diferentes herederos. (STS de 19 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.<sup>a</sup>. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En un testamento, el causante lega a su esposa el tercio de libre disposición de la herencia, incluyendo la previsión de que, dentro de dicho legado, se incluya un apartamento propiedad del testador situado en Tarragona. El causante designa igualmente un contador partidor.

Realizada la partición por el contador partidor, y atribuida la mencionada vivienda a la viuda del causante, ésta discute el momento en que debe valorarse el citado inmueble. Concretamente, la viuda sostiene que la atribución del apartamento constituye un legado de cosa cierta, propia del testador, cuya propiedad se adquiere en el momento de la apertura de la sucesión, dejando a partir de entonces de estar en la herencia. Por tanto, la valoración de este inmueble debe realizarse en el momento de la muerte del causante. Frente a esto, los herederos sostienen que la valoración debe realizarse en el momento de la partición.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la oposición a las operaciones particionales llevada a cabo por la viuda, quien apela tal sentencia ante la Audiencia Provincial. El recurso es estimado, sobre la base de que el objeto legado es una cosa propia del testador. Por tanto, según la Audiencia Provincial, la valoración debe realizarse en el momento de la muerte del causante, no en la fecha de la parti-

ción, beneficiándose el legatario del posible incremento de valor que sufra el bien a partir de que acceda a su propiedad. Planteado recurso de casación por uno de los herederos, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, al interpretar que no existe en el testamento un legado de cosa propia del testador, sino de parte alícuota, al que debe imputarse el bien inmueble discutido, que debe integrarse en la cuota a que tiene derecho la viuda. Por tanto, casa y anula la sentencia de la Audiencia Provincial y repone la sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia. (A. M. M.)

## DERECHO MERCANTIL

**67. Competencia desleal: protección al consumidor.**—La jurisprudencia ha señalado que el artículo 6 de la Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal, trata de proteger la decisión del consumidor, ante el peligro de que sufra error al tomar su decisión en el mercado sobre el establecimiento que visita, la empresa con la que se relaciona o los productos o servicios objeto de su interés, como consecuencia de la apropiación, la aproximación o la imitación de sus medios de identificación. También se refiere a las creaciones formales, bien que reputadas, el artículo 12. Por el contrario, el apartado 2 del artículo 11 de la misma Ley describe como desleal la imitación de las prestaciones ajenas, entendidas en el sentido de creaciones materiales.

**Competencia desleal: no finalidad de proteger los derechos de exclusiva.**—La Ley 3/1991 no tiene por misión directa proteger los derechos de exclusiva sobre los signos registrados, sino la de servir de instrumento de ordenación de conductas en el mercado. Por ello, aunque los puntos de contacto entre la legislación sobre competencia desleal y sobre marcas son numerosos y variados, cuando se denuncia la infracción de un signo protegido por la segunda, por generar el uso del infractor un riesgo de confusión o por establecer una conexión entre los productos o servicios o dar lugar a un aprovechamiento indebido o menoscabar el carácter distintivo o la notoriedad o renombre del prioritario, en sus respectivos casos, ha de ser la segunda la aplicable. (STS de 22 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La representación procesal de las mercantiles C. Inc.; C., NA; C. E. SA y C., SA, interpuso demanda contra las también mercantiles C. I. y F.T., SL y F, SL. por vulneración de los derechos de marca ya que los demandantes tenían la condición de titular de tres marcas comunitarias y, además, que el mismo grupo financiero era identificado en el mercado por determinados símbolos notoriamente conocidos, igualmente instan los actores la condena por la comisión por las demandadas de actos de competencia desleal, al imitar y aprovecharse de la reputación de los signos que diferenciaban en el mercado al grupo formado por las demandantes. El Juzgado de lo Mercantil número Dos de Alicante, desestimó

íntegramente la demanda. Recurrída en apelación, la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante desestimó la apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N.D.L.)

**68. Propiedad industrial. Marca: contenido.**—El titular registral de la marca tiene derecho a presentar comercialmente los productos que fabrica con su marca de forma que distinga el origen empresarial del fabricante, sin que la otra parte tenga derecho a imitar esa forma de presentación en la comercialización del fabricado por ella, produciendo confusión con el fabricado por la primera.

**Competencia desleal. Actos de denigración: requisitos.**—Para que haya denigración, y no mero descrédito, el artículo 9 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) exige que las manifestaciones sean aptas para menoscabar el crédito del tercero en el mercado, a no ser que sean verdaderas, exactas y pertinentes. Estos requisitos han de ser cumulativos, y se refiere por la doctrina a la correspondencia con la realidad de los hechos, a la provocación en los consumidores de la representación fiel de dicha realidad la inexactitud es irrelevante si no lleva al engaño al destinatario medio, y adecuación para incidir en la toma de decisiones en el mercado, estimándose también que no son pertinentes si no están justificadas o son desproporcionadas.

**Competencia desleal. Actos de denigración: criterios jurisprudenciales.**—La jurisprudencia ha declarado que el ilícito competencial consiste en la propagación a sabiendas de falsas aseveraciones contra un rival con objeto de perjudicarlo comercialmente, es decir, una actividad tendente a producir el descrédito del competidor o de su producto, tratando de evitar el daño al crédito en el mercado producido a un agente económico, si bien su última finalidad es el correcto funcionamiento del mercado; para que concurra el ilícito se requiere que las aseveraciones sean falsas, o como dice el propio precepto que «no sean exactas, verdaderas y pertinentes»; asimismo es necesaria la idoneidad o aptitud objetiva para menoscabar el crédito en el mercado cuya apreciación corresponde a los tribunales que conocen en instancia; para estimar si unos actos constituyen ilícito de denigración habrá de tenerse en cuenta el contexto en que se hicieron y su finalidad; y la determinación en cada caso de los hechos que permiten valorar la aptitud objetiva de las manifestaciones realizadas o difundidas para menoscabar el crédito en el mercado corresponde a los tribunales que conocen del conflicto en las instancias y la revisión casacional se circunscribe al control de la razonabilidad del llamado juicio de ponderación. (STS de 30 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La representación procesal de la entidad mercantil C. W., S.L. interpuso demanda contra la entidad mercantil D. SPA y su filial en España D. I., S.L. Sociedad Unipersonal. A su vez, la entidad mercantil D. SPA y su filial en España D. I., S.L. Sociedad Unipersonal formularon reconvencción contra C. W., S.L. El objeto del proceso versa sobre competencia desleal imputándose las partes recíprocamente la comisión de diversos ilícitos de la Ley de Competencia Desleal 3/1991, de 10 de enero. El Juzgado de lo Mercantil número 1 de Barcelona estimó parcialmente la demanda interpuesta por C. W., SL contra D. I., desestimó la demanda interpuesta

por C. W., SL contra D. y desestimó la demanda reconventional interpuesta por D. Spa contra C. W., SL. Recurrída en apelación, la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó íntegramente las pretensiones ejercitadas en su demanda por C. W., S.L. contra las demandadas y estimó parcialmente la reconvencción formulada por D. SPA. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N.D.L.)

**69. Propiedad industrial. Marca: nulidad por actuar de mala fe.**—La norma, meramente facultativa para los Estados miembros, que contiene la letra *d*) del apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 89/104/CEE, ha sido incorporada al artículo 51, apartado 1, letra *b*), de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, que describe como causa de nulidad absoluta del registro de la marca el que el solicitante hubiera actuado de mala fe. Esa sanción por violación de la buena fe, que opera a modo de válvula del sistema, permite valorar el comportamiento de quien solicita el registro, no a la luz del resto del ordenamiento marcario, sino comparándolo, en un plano objetivo, con el modelo de conducta que, en la situación concreta a considerar, fuera socialmente exigible, en ese plano la buena fe está referida a un estándar o arquetipo, ésta en relación con el artículo 3, apartado 2, de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, aunque sin prescindir del plano subjetivo, en el que la buena fe se identifica con un estado psicológico de desconocimiento o creencia errónea, que como toda equivocación, ha de ser disculpable para poder tomarse en consideración.

**Propiedad industrial. Marca: supuesto de actuación de mala fe.**—Una de las manifestaciones típicas de actuación de mala fe es la que tiene lugar cuando se intenta, mediante el registro de una marca, aparentar una inexistente conexión entre los productos que la misma identifica o va a identificar y los de un tercero que están distinguidos con otra renombrada, buscando, con una aproximación de aquel signo a éste, obtener el favor de los consumidores con el aprovechamiento indebido de la reputación del segundo.

**Propiedad industrial. Competencia desleal y derechos de exclusividad: alcance.**—Las legislaciones sobre marcas y diseño, entre otras, protegen derechos subjetivos sobre los correspondientes bienes inmateriales, dotados de una facultad de exclusión con alcance *erga omnes*. La legislación sobre la competencia desleal no tiene esa misión, sino la de servir de instrumento de ordenación de conductas en el mercado. Es cierto que la imitación de un producto o del signo que lo diferencia de otros puede perturbar el correcto funcionamiento de las leyes de la oferta y la demanda, al generar riesgo de error en los consumidores sobre el origen empresarial del primero y, consecuentemente, viciar la decisión de quien se dispone a adquirirlo; o implicar el aprovechamiento de la reputación ganada con su esfuerzo por un competidor. También es cierto que esa conexión, entre unas y otras normas, puede justificar que las que tipifican ciertos actos concurrenciales como ilícitos entren en juego cuando la violación de las reglas por las que se rige el mercado sea el resultado de una invasión del ámbito objetivo de la facultad de exclusión reconocida al titular de un derecho sobre un bien inmaterial especialmente protegido. Pero, para ello es necesario que los comportamientos imputados o las consecuencias derivadas de ellos no sean los mismos tomados en consideración para la protección de los repetidos derechos subjetivos. De darse la identidad entre unos y otras la legislación a aplicar es, exclusivamente, la que

de un modo específico se destina a tutelarlos. (STS de 22 de junio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La representación procesal de la mercantil N, SL, interpuso demanda contra Nt, SL. Por vulneración de los derechos de diseño no registrado, de marcas y por actos de competencia desleal. Juzgado de lo Mercantil de Alicante, de la Marca Comunitaria y de los Dibujos y Modelos Comunitarios, número Uno estimó parcialmente la demanda. Recurrída en apelación, la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, Tribunal de la Marca Comunitaria y de los Dibujos y Modelos Comunitarios desestimó la apelación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N.D.L.)

**70. Propiedad industrial. Patentes: presunción *iuris tantum* del artículo 61, apartado 2, de la Ley 11/1986, de 20 de marzo.**—Al amparo del artículo 61, apartado 2, de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, si una patente tiene por objeto un procedimiento para la fabricación de productos o sustancias nuevos, se presume, salvo prueba en contrario, todo producto o sustancia de las mismas características ha sido obtenido por el presente procedimiento patentado. La protección se establece en forma de presunción *iuris tantum*, la cual dispensa a la parte beneficiada de la carga de probar el hecho deducido por el legislador. Sin que pueda limitarse la aplicación del precepto a los fabricantes como ha reconocido la jurisprudencia. (STS de 18 de julio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Las mercantiles P. Corporation, P. Limited y P. SA, interpusieron demanda contra L. A. SA, L. F. SA y A. G. SA. por vulneración de derechos de exclusiva correspondientes a las demandantes por diversas patentes de su titularidad. El Juzgado de Primera Instancia n.º 71 de Madrid desestimó la demanda respecto a L. F. SA y A. G. SA, estimando la demanda en relación con la demandada L. A. SA, al tiempo que reconoció a las demandantes la titularidad de las patentes objeto del litigio. La Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó la apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N.D.L.)

**71. Plazo de prescripción de las acciones derivadas del contrato de agencia.**—El artículo 4 de la Ley 12/1992 de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, dispone que «salvo disposición en contrario de la presente Ley, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de agencia se regirá por las reglas establecidas en el Código de Comercio». Sin embargo, *el artículo 31 de la propia Ley* establece la regla especial de que «la acción para reclamar la indemnización por clientela o la indemnización por daños y perjuicios prescribirá al año a contar desde la extinción del contrato», pero sucede que la referencia a indemnización de daños y perjuicios debe circunscribirse al supuesto del *artículo 29 de la Ley* —gastos de inversión—, y no es ampliable a otras indemnizaciones, como la derivada del *artículo 1101 CC*, tanto por la propia ubicación del precepto, como por la naturaleza de la acción, que no tiene su fundamento en preceptos de Ley especial. Por lo demás, como no



hay norma específica de prescripción extintiva en el Código de Comercio, es aplicable la normativa del *Código Civil* (art. 943 CCO), y como tampoco hay en este Cuerpo Legal precepto de singular aplicación a las acciones ejercitadas en la demanda, debe estarse a la regla general de los quince años del artículo 1964 CC, cuyo plazo no transcurrió en el presente caso.

**Contrato de Agencia.**—Alegada la infracción del artículo 1101 CC en relación con el artículo 7 del mismo Cuerpo Legal y el artículo 10.1 de la Ley 12/1992, del contrato de agencia, lo fundamental para decidir el litigio, es que ha existido un incumplimiento contractual grave, esencial, de las actoras y que es, además, anterior a las actuaciones de la demandada, por lo que concurre una excepción eficaz para enervar la acción indemnizatoria del artículo 1101 CC ejercitada en la demanda. (STS de 18 de julio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La entidad de seguros A realiza un contrato de agencia de seguros y otro de arrendamiento de servicios con las empresas ISC e ID aunque empresas distintas pertenecen a un mismo grupo empresarial, con la única finalidad de prestación de asistencia sanitaria mediante una póliza dental. Ambas partes proceden a hacerse denuncias recíprocas de incumplimiento contractual. Por ello, ISC e ID presentan demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Madrid contra la Entidad aseguradora A reclamándole daños y perjuicios e intereses legales por la resolución contractual realizada por ésta en cuantía de dos millones de euros.

El Juzgado estimó en parte la demanda y condena a la demandada a pagar a las actoras la suma de 1.642.872,09 euros. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial lo estima parcialmente y obliga a indemnizar a la parte actora en 44.840,20 euros. Interpuesto recurso de casación por parte de las demandantes, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, pero sólo en el sentido de elevar la cuantía indemnizatoria a 85.083 euros. (M.C.S.)

**72. Sociedades Anónimas. Responsabilidad de los administradores por deudas sociales: principio general de no extensión a los administradores.**—Al no reconocerse personalidad jurídica a los órganos sociales, por un lado, e imputarse su actuación a la sociedad, por otro, puede afirmarse que quienes desempeñan la administración no deben responder personalmente de las deudas sociales, ya que su comportamiento activo u omisivo debe atribuirse a la sociedad dado que su actuación es puramente instrumental, y cuando interviene quien encarna el órgano de administración interviene la sociedad y no las personas de las que la sociedad se vale.

**Sociedades Anónimas. Responsabilidad prevista en el artículo 262 LSA: no tiene naturaleza de sanción.**—Las peculiaridades de la responsabilidad regulada en el artículo 262 LSA, determinantes de que con frecuencia se halla calificado de «responsabilidad abstracta» o de «responsabilidad formal», no alteran su naturaleza para transformarla en «sanción», como lo prueban el hecho de que no sólo determina un efecto negativo para el administrador, sino un correlativo derecho para los acreedores y que la norma no

impide al administrador subrogarse en la posición del acreedor y repetir contra la sociedad con éxito en el caso de que la sociedad, pese a estar incurso en causa de disolución, tenga bienes suficientes para atender su crédito.

**Sociedades Anónimas. Responsabilidad prevista en el artículo 262 LSA: exigencia de buena fe.**—Igual que acontece con el ejercicio de los demás derechos subjetivos, es exigible la buena fe en el ejercicio de la acción prevista antes en el artículo 262.5 LSA y hoy en el 367 LSC, ya que el principio de buena fe, definido por la jurisprudencia como criterio objetivo, constituido por una serie de pautas coherentes con el comportamiento en las relaciones humanas y negociales, preside todo el derecho privado, por lo que, no cabe exigir responsabilidad a los administradores cuando la pretensión rebasa los límites de la buena fe, por tratarse de supuestos en los que las circunstancias concurrentes permiten concluir que el acreedor asume libre y voluntariamente el riesgo de conceder crédito a la sociedad después de haber sido oportuna y lealmente advertidos desde la propia sociedad deudora.

**Sociedades Anónimas. Administradores: regla general en caso de acefalia.**—La Ley de Sociedades Anónimas parte de la base de que el normal desarrollo de su actividad por las sociedades mercantiles es incompatible con situaciones duraderas de acefalia y, de forma implícita, parece suponer que quienes son capaces de alcanzar el acuerdo de disolución son capaces de designar a quien debe ejecutarlo y de que en el momento de acordar la disolución la propia junta procederá a la designación de liquidadores, y no regula de forma explícita un mecanismo que permita superar la acefalia que provoca el cese de los administradores en defecto de previsión estatutaria. En este contexto, nuestro ordenamiento, dentro de ciertos límites, no tolera que el que ha gestionado intereses ajenos se desvincule unilateralmente de la gestión con daño al tercero, *ad ex.* artículos 1718 segundo párrafo, 1737, y 1888 todos ellos del Código Civil, razón por la que la Dirección General de Registros y del Notariado se ha mostrado remisa a la inscripción del cese de administradores con el fin de evitar la paralización de la vida social, con los inconvenientes y perjuicios a ella inherentes, cuando conduce a la acefalia en tanto no se justifique que se ha convocado la junta general en cuyo orden del día figure el nombramiento de nuevos administradores que sustituyan a los dimisionarios.

**Sociedades Anónimas. Administradores: situaciones de acefalia y tutela judicial.**—No cabe descartar situaciones de acefalia en cuyo caso, el principio de tutela efectiva permite la designación del cargo por el Juez a petición de quienes acrediten interés legítimo como se recoge de forma expresa en el artículo 377.2 LSC sin limitar la legitimación activa a los socios, cuando la junta convocada de acuerdo con el apartado anterior no proceda al nombramiento de liquidadores, cualquier interesado podrá solicitar su designación al juez de lo mercantil del domicilio social.

**Sociedades Anónimas. Administradores: eficacia del cese.**—Con independencia de que la inscripción del cese en el Registro Mercantil no tiene efectos constitutivos, la eficacia de su dimisión, con la consiguiente extinción de sus facultades para actuar en nombre de la sociedad no puede verse condicionada por contingencias que, como la falta de válida constitución de la Junta, la falta de acuerdo sobre nombramiento de nuevos Administradores, o la no aceptación o incapacidad de los nombrados, quedan totalmente al margen de su voluntad y posibilidades de actuación.

**Sociedades Anónimas. Administradores: no es equiparable caducidad del cargo y cese efectivo.**—La jurisprudencia ha sostenido que no puede equipararse la «caducidad del cargo» con el «cese efectivo», ya que cabe la continuación de hecho una vez transcurrido el plazo previsto en el artículo 126 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas en las fechas en las que se desarrollaron los hechos y hoy en el artículo 221.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, pues aunque el cargo haya caducado se da esa continuidad si existe un proceso abierto en el que es parte la sociedad.

**Sociedades Anónimas. Responsabilidad de los administradores: prescripción de la acción.**—El plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad en la que incurrieron mientras desempeñaban el cargo, se inicia con la inscripción del cese como resulta de la obligatoriedad de su inscripción a tenor de los artículos 22.2 CCO, y 94.1 RRM; de los efectos de la publicidad material negativa del Reglamento del Registro Mercantil de conformidad con los artículos 21.1 CCO y 9.1 RRM. En suma, el cómputo del plazo de cuatro años que comporta la extinción por prescripción de la acción no puede iniciarse sino desde el momento de la inscripción, dado que sólo a partir de entonces puede oponerse al tercero de buena fe el hecho del cese y, en consecuencia, a partir de ese momento el legitimado para ejercitar la acción no puede negar su desconocimiento.

**Sociedades Anónimas. Designación de liquidadores: diferencia con la Sociedad de Responsabilidad Limitada y regla general.**—La jurisprudencia ha señalado que a diferencia de lo dispuesto en el artículo 110 LSRL, en la Ley de Sociedades Anónimas falta una norma que prevea la conversión de los administradores en liquidadores. Por lo que la regla general del artículo 268 LSA es la designación de liquidadores por la Junta cuando los estatutos no hubieren establecido normas sobre su nombramiento.

**Sociedades Anónimas. Responsabilidad de los liquidadores por no liquidación.**—El artículo 279 LSA no regula los efectos de la no liquidación de la sociedad, si no la responsabilidad por los perjuicios causados con fraude o negligencia grave, lo que comprende tanto comportamientos activos como comportamientos pasivos, constituyendo requisitos para la exigencia de responsabilidad a los liquidadores los siguientes: acción u omisión en fraude o por negligencia grave, excluyéndose los supuestos de simple negligencia; que la acción u omisión se desarrolle por el liquidador o liquidadores precisamente en tal concepto; daño o perjuicio directo o indirecto, «cualquier perjuicio», según el tenor de la norma y relación de causalidad entre el actuar de los administradores y el daño.

**Sociedades Anónimas. Responsabilidad de los administradores por no convocatoria de Junta para disolución (art. 262.5 LSA): no extensión a nombramiento de liquidadores.**—El régimen de responsabilidad de los administradores previsto en el artículo 262.5 LSA para el caso de no disolución no cabe extenderlo a supuestos diferentes al expresamente previsto por la norma y, en concreto, a los casos de falta de convocatoria de junta general para nombramiento de liquidador una vez acordada la disolución, al tratarse de supuestos radicalmente distintos que persiguen finalidades muy diferentes, ya que mientras el acuerdo de disolución tiene por objetivo que la sociedad deje de hacer nuevos contratos y contraer nuevas obligaciones en el mercado a fin de obtener lucro repartible, el proceso de liquidación tiene por objeto la desinversión de las aportaciones mediante la realización societaria

del patrimonio de la sociedad y el reparto entre los socios del remanente después de saldar las deudas de la sociedad, ello, claro está, sin perjuicio de eventuales situaciones concursales. (STS de 23 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—La mercantil M, S.A. interpuso demanda contra don E. y don N. por responsabilidad de los administradores. El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 del Ferrol estimó la demanda. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña revocó parcialmente la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N.D.L.)

**73. Ley concursal. Créditos derivados de arrendamiento financiero.**—El crédito de la recurrente pertenece a la clase señalada en el artículo 90, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley 22/2003. Se ha dado por supuesto que la máquina arrendada la tiene en posesión la concursada, CM, SL, puesto que LL, SA, no ha ejercitado la acción tendente a recuperarla —la cual, una vez declarado el concurso, habría quedado sujeta a la limitación temporal que establece el artículo 56 de la Ley 22/2003, de tratarse de un bien afecto a la actividad empresarial de la concursada—. Además, la posee en concepto de arrendataria, pues no ha ejercitado la opción de compra prevista en el contrato ni LL, SA ha incluido en su crédito el precio residual, fijado a tal efecto. Se cumplen, en definitiva, las condiciones objetivas precisas para otorgar al crédito la cualidad que su titular reclama, en aplicación de la repetida norma del artículo 90, apartado 1, ordinal cuarto. Y no cabe considerar que la opción de la arrendadora por reclamar a la arrendataria el abono de las rentas vencidas y por vencer —todas ellas reconocidas en el concurso, sin salvedad en el plano cuantitativo—, en lugar de por la resolución del vínculo —pese a que, en alguna ocasión, se ha utilizado en los escritos de alegaciones dicho término impropiaemente—, con la consiguiente recuperación de la máquina, constituya impedimento para la calificación de aquél como privilegiado.

**Innecesaria inscripción del contrato de arrendamiento financiero. Oponibilidad frente a terceros de las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer.**—El artículo 15 de la Ley 28/1988, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, exige, para que las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer sean oponibles a terceros, la inscripción en el Registro correspondiente. Sin embargo, la misma Ley, tratándose de contratos de arrendamiento financiero —regulados en la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito— que se refieran a bienes muebles que reúnan las características señaladas en el artículo 1, contempla la inscripción como una mera posibilidad no revestida de esencialidad —apartado 1 de la disposición adicional primera—. A la vez, dicha disposición adicional —apartado 2— faculta al arrendador financiero para reclamar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, mediante el ejercicio, entre otras, de la acción ejecutiva sobre el patrimonio del deudor, si es que aquél consta en alguno de los documentos a que se refieren los ordinales cuarto y quinto del apartado 2 del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Finalmente, la misma norma —apartado 3— permite al arrendador, en caso de incumplimiento del contrato, la recuperación del bien, con tal de que aquel conste en documento del tipo dicho o inscrito en el Registro de venta a plazos de bienes

muebles. De otro lado, *el artículo 56 de la Ley 22/2003*, al referirse a la ejecución de garantías reales, tampoco exige como requisito necesario o esencial la inscripción del contrato de arrendamiento financiero en el referido registro. Antes bien, admite como alternativa para el ejercicio de la acción de recuperación del bien arrendado, la formalización de aquel en documento que lleve aparejada ejecución. En definitiva, no cabe negar que el contrato fuente del crédito de la recurrente, dado el documento en que se formalizó, era oponible a terceros, conforme a su legislación específica. **(STS de 28 de julio de 2011; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La empresa LL, SA realizó un contrato de arrendamiento financiero con CM, SL de una máquina. CM dejó de abonar las cuotas convenidas del arrendamiento por lo que se generó un crédito a favor de la empresa arrendadora, LL. Anteriormente a que CM se declarase en concurso, LL reclamó dicho crédito en acción ejecutiva sin resultado positivo alguno. La administración concursal, posteriormente, lo calificó como ordinario, por lo que la arrendadora LL, SA presentó demanda ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante para que su crédito fuera calificado como dotado de privilegio especial respecto de la máquina arrendada, en aplicación del artículo 90, apartado 1, ordinal cuarto, de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.

El Juzgado desestimó la demanda y declara el crédito como ordinario. Presentado recurso de apelación por la parte actora, la Audiencia Provincial lo desestima y declara también el crédito como ordinario. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación formulado por la mercantil demandante LL, SA, y declara el crédito derivado del arrendamiento financiero como privilegiado. (M.C.S.)