

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep M.ª BECH SERRAT, Mònica CASADELLÀ SÁNCHEZ, Margarita CASTILLA BAREA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, Sebastian LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Sara MARTÍN SALAMANCA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, 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*.–III. *Derecho concursal*.–IV. *Derecho Procesal*.

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Contrato de arrendamiento de servicios y obra. Prescripción del plazo para reclamar el pago del crédito. Ámbito de aplicación del plazo trienal del artículo 1967.3.º CC.–El ámbito propio de aplicación de la prescripción trienal es el de la prestación de servicios por profesionales (STS de 10 de julio de 1995), y guarda relación con los conceptos de honorarios o estipendios debidos y generados por una actividad directa o personal del sujeto que los devenga. La jurisprudencia de esta Sala niega la procedencia de este plazo cuando se trata de relaciones jurídicas complejas, como son los contratos de obra con aportación de materiales (STS de 17 de junio de 2002); o como cuando una de las entidades se compromete a prestar los servicios médicos complejos que requirieran los clientes de otra entidad que

no podía asumirlos directamente (STS de 10 de octubre de 2003); siendo necesario diferenciar entre las deudas ocasionadas por el trabajo personal y las que devienen de un contrato de obras en que el contratista pone el trabajo de los demás operarios. Así pues, no procede el plazo trienal sino el general de quince años (*ex art. 1964 CC*), cuando la acción dimana de una relación de carácter múltiple o complejo, entre compañías, continuada en el tiempo, pactada por años y acordados pagos mensuales no porque se produzca la extinción del convenio o lo requiera su esencia, sino por la utilidad de las partes contratantes. **(STS de 14 de febrero de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La actora instó la condena de varias sociedades —todas pertenecientes al mismo grupo empresarial— al pago de diversas cantidades, como consecuencia del incumplimiento por dichas compañías de los contratos suscritos con la primera para la realización de diversos trabajos de limpieza. Las demandadas se opusieron y, entre otras razones, alegaron la prescripción de algunas de las cantidades reclamadas al entender aplicable el plazo trienal del artículo 1967.3.º CC. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y rechazó la oposición de las condenadas. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación de las demandadas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación de las sociedades condenadas. (*L. A. P. M.*)

2. Prescripción: *dies a quo* para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual en caso de lesiones que dejan secuelas.—Es reiterada y pacífica doctrina de esta Sala la de que en los supuestos de lesiones que dejan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de curación o mejora, mediante el oportuno tratamiento continuado de las mismas, el cómputo del plazo para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual no puede comenzar a contarse desde la fecha del informe de sanidad o de alta, en el que se consignen o expresen las referidas secuelas, sino que ha de esperarse en conocer el alcance o efecto definitivo de éstas, consecuente al tratamiento que de las mismas se ha venido haciendo, en cuyo supuesto la fijación de *dies a quo*, para la computación del plazo prescriptivo de la acción, ha de determinarlo el juzgador de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica, siendo doctrina también reiterada (SSTS de 27 de mayo de 2009; 16 de junio 2010, entre otras) que la determinación de este día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones es función que corresponde en principio a la Sala de instancia, y que su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación. Sin embargo, el hecho de que la apreciación del instituto de la prescripción presente, junto al tal aspecto fáctico, una dimensión eminentemente jurídica, ha permitido a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables, que en el caso tienen que ver con una dimensión distinta, como es el carácter crónico de la enfermedad que padece el recurrente, y que en modo alguno alteran la decisión de instancia, como tampoco lo altera el hecho de que no se haya pronunciado sobre la incidencia de unas diligencias penales previas que se intentó hacer valer en el trámite de

apelación para sostener un día distinto, y que ante la omisión denunciada el recurrente tendría que haber hecho valer la impugnación por medio de la denuncia de la incongruencia o, en su caso, de falta de motivación de la sentencia.

La sentencia de 15 de octubre de 2008 establece, en un supuesto similar de contagio, que este daño, aun siendo continuado en sus efectos, dado su carácter crónico, no permite sostener que pueda quedar indeterminado el día a partir del cual pudo ejercitarse la acción. Lo que sucede es que este queda abierto hasta que se concrete definitivamente el alcance de las secuelas, momento a partir del cual se inicia el cómputo anual. Lo contrario eliminaría en la práctica la prescripción, pues dada la posibilidad de cualquier nuevo acontecimiento sobrevenido, hasta el momento del fallecimiento del afectado, no comenzaría a computarse el plazo de prescripción aplicable, con la consiguiente creación de una indefinida situación de inseguridad jurídica, que es precisamente lo que trata de evitar, a toda costa, el instituto de la prescripción extintiva que, por lo demás, aun siendo de aplicación no rigurosa sino cautelosa y restrictiva, la jurisprudencia no puede derogar por vía de interpretación pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (SSTS de 22 de febrero 1991; 16 de marzo 2010). **(STS de 19 de enero de 2011;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El actor, hemofílico, imputa la infección por el virus de inmunodeficiencia adquirida que padece a los dos laboratorios que fabricaban y comercializaban un fármaco con el que fue tratado de su enfermedad inicial y les reclama indemnización por los daños y perjuicios causados. El Juzgado estimó parcialmente la demanda por cuanto sólo condenó a indemnizar al laboratorio A. Apelaron el actor y el laboratorio condenado y la Audiencia estimó el recurso de la entidad absolviéndola de las pretensiones deducidas en la demanda a la vez que —en contra de la tesis del actor— consideró prescrita la acción para exigir responsabilidades al laboratorio B. No hubo lugar al recurso de casación que —en lo que aquí interesa— el actor hace pivotar sobre la aplicación indebida de los artículos 1968.2 y 1969 del CC. (R. G. S.)

3. Responsabilidad extracontractual. Daños sufridos en accidente laboral. Reclamación en vía civil. Cómputo del plazo anual de prescripción de la acción. *Dies a quo*: el de la definitiva determinación del daño padecido.—No se trata de un problema de interrupción de la prescripción de la acción civil por la presentación de una demanda ante el orden social, sino del momento mismo en que comienza a correr el plazo de prescripción de la acción civil en virtud de la definitiva determinación del daño sufrido por el perjudicado (STS de 7 de octubre de 2009). De manera que la reclamación de la indemnización por el concepto de invalidez dependía de que de modo definitivo se dilucidara por el orden social la concreta incapacidad que afectaba al interesado; pues la invalidez, como manifestación del daño para la salud, debía ser establecida en sus términos más precisos a fin de que el conocimiento exacto del perjuicio sufrido permitiera al interesado reclamar detalladamente su resarcimiento. No puede operar en contra del lesionado la falta de determinación definitiva de esa incapacidad laboral, ni siquiera cuando la impugnación en la jurisdicción social es

promovida por otra persona o entidad ajena al trabajador lesionado, ni por la circunstancia de que finalmente la resolución que la califica de modo firme se limite a ratificar los términos en que quedó determinada por la resolución administrativa inicial, ya que entender lo contrario equivaldría a hacer depender la determinación del plazo de prescripción del éxito o fracaso de la pretensión impugnatoria. (STS de 11 de febrero de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El actor dirigió demanda en el orden civil contra la empresa en la que prestaba servicios, reclamando la indemnización de daños personales y sus secuelas, físicas y psíquicas, sufridos mientras trabajaba en las dependencias de aquella, a consecuencia de una explosión originada por la falta de conservación y cuidado de las instalaciones de la demandada. Rechazada inicialmente la acción, por falta de jurisdicción, el Tribunal Supremo declaró la competencia del orden civil y mandó entrar en el fondo de la cuestión. Así, la Audiencia Provincial de Cantabria dictó nueva sentencia desestimando la acción planteada por entender que había prescrito, al haberse planteado la demanda civil transcurrido más de un año desde la fecha de la sentencia del Juzgado de lo Social que lo había declarado en situación de incapacidad, que marcaba el inicio del cómputo del plazo de un año; y no la de la sentencia de la Sala de lo Social en la que se resolvía el recurso interpuesto contra la anterior. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación del actor. (L. A. G. D.)

4. Inicio del cómputo del plazo de prescripción en comportamientos continuados.—El Tribunal Supremo reafirma su jurisprudencia (contenida, entre otras, en SSTs de 18 y 21 de enero y 5 de mayo de 2010) sobre inicio del cómputo del plazo ante comportamientos continuados. No es aplicable, sin embargo, cuando no está acreditado el comportamiento continuado. (STS de 28 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Una serie de empresas dedicadas a la producción y distribución de alimentos congelados interpusieron demanda en 2001 contra cuatro antiguos administradores y empleados de las mismas, alegando que habían desarrollado actos de competencia desleal. Concretamente, tras su salida de las empresas demandantes, los demandados habían constituido en 1999 otra empresa con denominación similar a las demandantes e idéntico objeto social, empleando las mismas técnicas de venta que las sociedades demandantes y sirviéndose de los vendedores que habían trabajado para ellas. A juicio de las demandantes, todo ello constituían actos de competencia desleal, por los que solicitaban la condena a la cesación de las actividades y la indemnización a las demandantes de los daños causados por estas actividades. Los demandados se opusieron a la demanda, alegando la prescripción de la acción ejercitada. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declaró la existencia de competencia desleal y condenó al cese de las actividades y al pago de una indemnización a favor de las demandantes, por los

daños sufridos. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial estimó la excepción de prescripción y declaró haber lugar al recurso, revocando la sentencia de primera instancia. A juicio de la Audiencia, no había prueba de la existencia de un comportamiento continuado de competencia desleal, sino únicamente de unos actos iniciales realizados en el año 1999, dos años antes de la interposición de la demanda. Las empresas demandantes interpusieron entonces recurso de casación, alegando el incumplimiento de la jurisprudencia sobre inicio del cómputo del plazo. (A. M. M.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

5. Protección al honor. Intromisión ilegítima mediante comentarios vertidos por terceras personas en un foro público de una página web. Responsabilidad del prestador de servicios de alojamiento cuando no actúa con la debida diligencia o prontitud en la eliminación de las expresiones injuriosas o difamatorias.—El artículo 16 de la LSSI de 2002 exime de responsabilidad al prestador de servicios de alojamiento o almacenamiento, cuando no tienen un conocimiento efectivo de que la información es ilícita o lesiona derechos de un tercero o, si lo tienen, actúan con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos. El significado de «conocimiento efectivo» no se limita exclusivamente al requerimiento o declaración que pueda hacerle un órgano oficial, sino que se extiende también al que razonablemente pudiera tener como resultado de una diligente gestión de la página de la que es titular; en especial cuando la ilicitud de las afirmaciones es patente y evidente por sí sola, al no depender de datos o información que no se encuentren a disposición del intermediario. De suerte que tanto la foto como las expresiones empleadas constituyen una intromisión en el derecho al honor del demandante notoria y manifiesta, sin que fuese precisa —por su obviedad— una resolución judicial que declarase la ilicitud del contenido de las mismas. Lo que lleva a concluir que, al no retirarlas el proveedor, incurrió en una falta de diligencia en el cumplimiento de los deberes de cuidado que le impone la propia LSSI, y que justifica la condena a la reparación del daño causado. (STS de 10 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D. Silvio formuló demanda en protección de su derecho al honor contra don Ricardo, por los mensajes publicados en el foro de su página web, en los que se contenían expresiones y afirmaciones claramente despectivas y vejatorias sobre la persona del actor. El demandante había intentado contactar directamente con el demandado para que retirase inmediatamente los contenidos atentatorios, sin conseguirlo al no contener información alguna en su página web sobre la identidad o titular de la página o su domicilio, más allá de una mera dirección de correo electrónico; siendo sólo después de darle traslado de la demanda cuando el titular de la web procedió a la retirada de dichos comentarios. El Juzgado de Primera Instancia estimó totalmente la demanda. La Audiencia Pro-

vincial desestimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del demandado. (L.A.G.D.)

6. La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información.—La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo.

Límite entre la libertad de expresión y la libertad de información.—No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizado por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizado por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y a la inversa (SSTC 29/2009, de 26 de enero, y 77/2009, de 23 de marzo).

El derecho a la intimidad personal y familiar: objeto.—El reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida (SSTC 197/1991, de 17 de octubre, y 115/2000, de 10 de mayo), evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Límite al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por la libertad de expresión e información.—Tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, respecto del derecho al honor (SSTS de 29 de julio de 2005 y 21 de julio de 2008, entre otras muchas); respecto del derecho a la intimidad personal y familiar (SSTS de 16 de enero de 2009 y 15 de enero de 2009, entre otras). Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

Alcance de la técnica de ponderación entre derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y la libertad de expresión e información.—La técnica de ponderación exige valorar:

1.º) El peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar *la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información sobre el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar* por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio demo-

crático (STS de 11 de marzo de 2009). *La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un nivel máximo 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 y 29/2009, de 26 de enero). *La construcción historiográfica, protegida por el derecho a la creación científica, artística o técnica, disfruta en la CE de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información*, ya que, aunque participa también de contenidos propios de éstas, no se refiere a hechos actuales protagonizados por personas del presente, sino a hechos del pasado protagonizados por individuos cuya personalidad, con el paso del tiempo, no puede oponerse como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos (STC 43/2004, de 24 de marzo).

2.º) El peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde esta perspectiva, la ponderación debe tener en cuenta: a) *si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública* (STC 68/2008; SSTs de 14 de marzo de 2003 y 6 de julio de 2009, entre otras muchas), pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso; b) *que la libertad de información para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor 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.

3.º) Que la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende, dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, porque, como viene reiterando el TC, la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto (SSTC 112/2000 y 56/2008, entre otras; y SSTs 18 de febrero y 17 de junio de 2009). El requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en éste se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas (STC 29/2009, de 26 de enero).

Ámbito de la veracidad por parte del informador.—Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 29/2009, de 26 de enero). Para valorar la veracidad de la información debe ponderarse el respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992 y 21/2000), a la que no se opone la difusión de una información relativa a la apertura de una investigación policial y judicial contra el autor de un presunto delito que puede afectar al interés público (STC 129/2009, de 1 de junio, y SSTs de 16 de marzo de 2001 y 12 de noviembre de 2008). La protección de la libertad de información no resulta condicionada por el resultado del proceso penal, de modo que no es obstáculo que el hecho denunciado no se haya declarado probado en un proceso de esta naturaleza (STC 297/2000, STS de 24 de octubre de 2008).

El reportaje neutral.—Cabe el denominado reportaje neutral (STC 76/2002, de 8 de abril), el cual exige que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se pongan en boca de personas determinadas responsables de ellas y que el medio informativo sea mero transmisor de tales declaraciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni reelaborarlas o provocarlas; en este caso la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración. **(STS de 25 de febrero de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor ejerció acción de protección en defensa de los derechos al honor y a la intimidad familiar, por estimar que los diversos artículos periodísticos publicados por los periódicos demandados y la obra cinematográfica, en la que se relata la muerte violenta a manos de miembros de un grupo anarquista de J.P. (padre del actor) el 21 de octubre de 1951, resulta lesiva en orden al extremo que relata que en el momento de su muerte el Sr. J.P. se encontraba en la habitación del *meublé* con una menor que era sobrina suya.

La demanda es desestimada en ambas instancias. El TS no da lugar al recurso de casación al entender que la consideración de las circunstancias concurrentes conduce a estimar que la libertad de expresión e información debe prevalecer sobre el derecho al honor y a la intimidad personal del demandante, pues el grado de afectación de los primeros es de gran intensidad y el grado de afectación de los segundos es muy débil. *(I. D.-L.)*

7. Colisión de la libertad de información y el derecho a la propia imagen en la captación de imágenes de personajes públicos en *top-less* en lugares públicos.—El conflicto entre el derecho a la propia imagen y la libertad de información debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, apreciando las circunstancias del caso concreto. Si se trata de la libertad de información la técnica de ponderación requiere valorar, primero, el peso en abstracto de los derechos fundamentales en colisión. Desde esta perspectiva la ponderación ha de respetar la posición prevalente que posee la libertad de información sobre el derecho a la propia imagen en cuanto aquella resulta esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político. La técnica de ponderación exige valorar, en segundo lugar, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales. Desde este punto de vista han de llevarse a cabo tres precisiones. Primero, la ponderación ha de tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general, o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, porque en este supuesto el peso de la libertad de información es más intenso. Segundo, para que la libertad de información pueda prevalecer sobre el derecho al honor, la información ha de ser veraz, esto es, ha de ser el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia conforme a las pautas profesionales. Tal requisito resulta de menor trascendencia, por el contrario, cuando está en juego el derecho a la propia imagen. Tercero, la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, ya que en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de propor-

cionalidad con el interés público en los aspectos de la vida privada que se difunden y la forma en que se lleva a cabo tal difusión. Respecto al derecho a la propia imagen, debe primar, desde el punto de vista de la proporcionalidad, la libertad de información cuando el personaje público se expone a la mirada ajena, porque está asumiendo que su imagen puede ser captada y difundida sin su consentimiento, le satisfaga o no el resultado. **(STS de 25 de febrero de 2011; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La demandante E interpone una demanda contra M, director de una conocida revista, y contra la sociedad editora Z, por la presunta vulneración del derecho a la imagen de la actora por la publicación en la revista de un reportaje en el que aparecen nueve fotografías de la demandante en *top-less*. La sentencia de primera instancia estima la demanda al considerar que existe una intromisión en la imagen de la actriz al haberse publicado dichas imágenes sin su consentimiento en una playa, en un ámbito de su vida privada que carecía de interés público. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandados, confirmando la sentencia de primera instancia. Esta sentencia es recurrida en casación por los demandados. El Tribunal Supremo ha lugar a tal recurso. (*Alma R. G.*)

8. La ponderación entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.—La limitación del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por las libertades de expresión o de información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual ha de resolverse mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno sobre otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella. Cuando se trata de las libertades de información y de expresión, la técnica de ponderación exige valorar, en primer lugar, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales en colisión. Desde tal punto de vista la ponderación ha de respetar la posición prevalente que poseen las libertades de expresión e información sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por resultar esenciales para la formación de una opinión pública libre. La técnica de la ponderación, en segundo lugar, requiere valorar el peso relativo de los derechos fundamentales en conflicto. Desde esta perspectiva han de analizarse varios aspectos: Primero, la ponderación ha de apreciar si la información o la crítica tienen relevancia pública o interés general en cuanto pueden contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyectan sobre personas que desempeñan un cargo público o poseen una personalidad política y ejercen funciones oficiales, o si tratan sólo de satisfacer la curiosidad humana por conocer a personas con notoriedad pública que no ejercen tales funciones. Segundo, la prevalencia de la libertad de información, dado que su objeto es la puesta en conocimiento de hechos, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de la libertad de expresión. Por veracidad ha de entenderse el resultado de una diligencia

razonable por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con las pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso, aún cuando después dicha información puede ser desmentida o no resulte confirmada. En tercer lugar, la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, porque la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto. **(STS de 25 de febrero de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don E ejercita una acción de tutela de su derecho al honor y a la propia imagen frente a la sociedad X y el ente público T, alegando que, con ocasión de la víspera del primer aniversario de los trágicos sucesos del 11 de marzo de 2004, se emitió en televisión un documental, en el que aparece la imagen del demandante identificando al mismo con un terrorista interviniente en dichos sucesos. El juzgado de primera instancia estima la demanda; la Audiencia Provincial dicta sentencia por la que estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por las partes demandadas únicamente en orden a la cuantía de la indemnización, confirmando el resto de la sentencia de primera instancia. Contra dicha sentencia se interpone recurso de casación por los demandados. *(Alma R. G.)*

9. La ponderación en caso de conflicto entre las libertades de información y expresión y el derecho al honor. Examen de los criterios de ponderación.—La ponderación puede definirse como el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de los derechos en conflicto resulta afectado, con el objeto de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella. La técnica de ponderación exige hacer una valoración, en primer lugar, del peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde tal perspectiva la ponderación ha de respetar la posición prevalente que ostentan las libertades de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar aquellas imprescindibles para la formación de una opinión pública libre. La técnica de ponderación obliga a valorar, en segundo lugar, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales en colisión. Para ello la ponderación ha de apreciar la relevancia pública o interés general de la noticia, que constituye un requisito para que puedan prevalecer las libertades de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado. También ha de tenerse en cuenta que la libertad de información, cuando comporta la transmisión de noticias que derivan en descrédito de la persona, para que aquella prevalezca sobre el honor se exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por último, la transmisión de la noticia no puede exceder el fin informativo que se persigue dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado. **(STS de 23 de febrero de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña D. presenta demanda de protección del derecho al honor y a la intimidad contra don F. y dos sociedades relacionadas con el mundo de la comunicación, por las declaraciones ver-

tidas por don F. en un programa de televisión. El juzgado de primera instancia estima parcialmente la demanda al apreciar una vulneración parcial de los derechos al honor y a la intimidad de la demandante. La Audiencia Provincial estima parcialmente los recursos presentados por los codemandados y contra dicha sentencia interpone recurso de casación la demandante. (*Alma R. G.*)

10. Derecho al honor. Libertad de expresión y derecho a la defensa jurídica: ponderación.—El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (entre otras, SSTS de 19 de febrero, 6 de julio y 4 de junio de 2009). La ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor y tener en cuenta si la información o la crítica tienen relevancia pública o interés general (SSTEDH 1991/51, *Observer y Guardian*, 2004/36, *Plon, Von Hannover y Alemania*, SSTC 115/2000 y 143/1999 y, entre otras, SSTS de 29 de diciembre de 1995, 8 de julio de 2004 y 21 de abril de 2005). La relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado. 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; y 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 (entre otras, SSTC 127/2004 de 19 de julio; 198/2004 de 15 de noviembre, y 39/2005 de 28 de febrero).

En el presente procedimiento nos encontramos ante un supuesto atípico de colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión, que no se desarrolla en medio periodístico, ni en un entorno público, ni entre contendientes políticos, sindicales o análogos, sino que se desarrolla dentro de un procedimiento sancionador, con base a una mala praxis profesional y con telón de fondo de una reclamación judicial en vía penal y civil. Por tanto, junto a los mencionados derechos al honor y libertad de información y expresión, se encuentra también el derecho fundamental de defensa (art. 24 CE) y es doctrina consolidada (SSTC 205/1994, 157/1996, 226/2001, 79/2002, entre otras, y STEDH de 22 de febrero de 1959 caso *Bardof*) que el ejercicio del derecho de defensa en las actuaciones judiciales —campo al que se extiende la libertad de expresión— tiene un contenido específicamente resistente y es inmune a restricciones salvo aquellas que derivan de la prohibición de utilizar términos insultantes, vejatorios o descalificaciones gratuitas, ajenas a la materia sobre la que se proyecta la defensa. En nuestra jurisprudencia se parte de que el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar ligado estrecha-

mente a la efectividad de los derechos de defensa del artículo 24 CE (STS de 12 de julio de 2004 y de 5 de noviembre de 2008). Y aunque en el presente caso no nos encontramos ante un procedimiento judicial, resulta aplicable la doctrina expuesta por tratarse de una manifestación del ejercicio de defensa. Por tales razones se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar. **(STS de 3 de marzo de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—El abogado F presentó escrito de queja ante los Colegios de abogados de Santa Cruz de Tenerife y las Palmas de Gran Canaria por la actividad desplegada por otro abogado, C., en el marco de un juicio verbal. Tras la incoación de un procedimiento sancionador, C. interpuso demanda contra F. y su anterior clienta del juicio verbal E., después clienta de F., por considerar que el contenido del escrito había vulnerado su derecho al honor.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife estimó en parte la demanda mediante sentencia de 23 de enero de 2008, condenó a F. a indemnizar el daño al demandante, y absolvió a E. Interpuesto recurso de apelación por parte de F., la sentencia de 22 de diciembre de 2008 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife lo estimó. A diferencia de la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial consideró que el escrito de queja tuvo por objeto resaltar una conducta profesional digna de reproche en el marco de la defensa jurídica de un cliente. C. recurre en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

11. Títulos nobiliarios. Adquisición por usucapión de cuarenta años.—De acuerdo con la Ley 45 de Toro, que recogía la posesión civilísima y, en consecuencia, la transmisión hereditaria del derecho sin necesidad de acto de aprehensión por el llamado a suceder, se reconocía la imprescriptibilidad de los títulos nobiliarios, esto es, la imposibilidad de adquirirlos por usucapión. Sin embargo, a partir de 1985 la doctrina jurisprudencial admite la posibilidad de que el título nobiliario sea poseído materialmente por un miembro del linaje distinto del óptimo y, con base en la Ley 41 de Toro, se admite que este poseedor material consolide la adquisición en virtud del título por la posesión de cuarenta años. Esta prescripción adquisitiva prevalece sobre la posesión civilísima, de modo que la Ley 41 de Toro, en tal ámbito, viene a representar una excepción a la Ley 45.

Rehabilitación de títulos nobiliarios. Salvaguarda de los derechos de terceros con preferencia a ostentar el título.—Las rehabilitaciones de títulos nobiliarios se hacen siempre sin perjuicio de tercero de mejor derecho, por lo que el que pretenda tener un mejor derecho habrá de ejercitarlo en el juicio ordinario correspondiente. Por ello, al orden jurisdiccional civil le corresponde declarar el mejor derecho genealógico del solicitante frente al rehabilitante. No frente a todos, porque puede no ser el óptimo, sino que ha de apreciarse únicamente en lo que concierne al reclamante y al actual poseedor (SSTS de 7 de octubre de 1984, de 13 de octubre de 1993 y de 26 de mayo de 2006). **(STS de 14 de febrero de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El actor, en nombre de su hijo, interpuso demanda solicitando que se declarara el mejor y preferente derecho genealógico del menor para ostentar el título nobiliario poseído, en virtud de rehabilitación, por la hermana del demandante y tía del menor. Asimismo se interesó que, con carácter previo, se declarara la nulidad de la rehabilitación del título hecha a favor de la demandada. El Juzgado de Primera Instancia no entró en el fondo de la cuestión al estimar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Provincial de Cádiz desestimó esta excepción y, conociendo del asunto, estimó la demanda planteada, declarando el mejor derecho del menor, representado por su padre, a ostentar el título nobiliario discutido. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la demandada. (L. A. G. D.)

12. Enajenación de bienes inmuebles en donde radica el domicilio social de una Fundación. Régimen de autorización del Protectorado de la Fundación.—El artículo 21.2 de la Ley de Fundaciones exige autorización previa del Protectorado de una fundación para la enajenación y el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o bien estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines de dicha fundación. Según el TS, esta disposición contiene una norma de interpretación auténtica, según la cual se entiende que los bienes y derechos de la fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada, que realice una portación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados, o bien mediante resolución motivada del protectorado de la fundación o de la autoridad judicial. Solamente alguna de estas acciones permite vincular un bien con el fin fundacional, y no otras. Por tanto, el TS entiende que el hecho de designar como domicilio de la fundación un edificio concreto no implica necesariamente la vinculación de este edificio al fin de la fundación, cuando el domicilio es perfectamente modificable. Asimismo, el TS aclara que ni siquiera el hecho de la fijación del domicilio fundacional en tal edificio por el fundador de ésta antes del momento de la donación permite deducir *per se* la intención del fundador de que dicho bien se integrase en la dotación inicial. (STS de 7 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La Junta de Andalucía interpuso demanda de impugnación del acuerdo del Patronato de la Fundación M. R., por el que ésta enajenaba el inmueble en el que entonces radicaba su domicilio estatutario. La demandante entiende que la enajenación de tal inmueble requería de la autorización preceptiva del Protectorado de la Fundación, ejercido por la Junta de Andalucía, a través de su Consejería de Cultura.

El Juzgado de Primera instancia estima la demanda y anula el acuerdo impugnado. Contra esta sentencia interpone recurso de apelación el Patronato de la Fundación.

La Audiencia Provincial estima el recurso, revocando la sentencia de primera instancia y desestimando, por tanto, la demanda originaria.

La Junta de Andalucía interpone recurso de casación, que es desestimando por el Tribunal Supremo. (*G.M.A.*)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

13. Interpretación de los contratos: artículo 1281 CC y doctrina jurisprudencial al respecto.—La cláusula interpretable establecía que el Club, salvo los derechos por los partidos de la final de la Copa del Rey y de la Supercopa, cedía los derechos correspondientes a todos los demás partidos de competiciones nacionales e internacionales en los más amplios términos. No resulta irrazonable, sino incluso «intención evidente» de los contratantes, la de excluir de la cesión todos aquellos derechos que no pertenecieran al Club al tiempo de celebrarse el contrato, cual sucedía con los de los partidos de la Liga de Campeones de la UEFA desde la temporada 1992/93.

Venta de cosa ajena: doctrina jurisprudencial; no procede su aplicación.—Los motivos alegados sobre la validez de la venta de cosa ajena y la consiguiente posibilidad del objeto del contrato litigioso y sobre la jurisprudencia que declara el carácter obligacional de la compraventa en nuestro Código Civil y la posibilidad de que el vendedor adquiera la cosa que todavía no es suya al tiempo de celebrarse el contrato para poder entregársela al comprador, desconocen las diferencias entre la hipótesis jurisprudencialmente admitida y aquella otra en que ambas partes saben o deben saber que el vendedor nunca podrá entregar al comprador la cosa objeto del contrato (STS de 7 de septiembre de 2007, del Pleno), cual es el caso, hipótesis a resolver por vía de nulidad del contrato por imposibilidad del objeto o, a lo sumo y según las circunstancias, por error en el consentimiento. (**STS de 10 de diciembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El litigio que da origen a la sentencia del Tribunal Supremo reseñada versa sobre el posible incumplimiento por la demandada-reconviniente, *R.C.D.M., S.A.D* (en adelante el Club), del contrato que ésta celebró con la actora-reconvenida, una sociedad anónima dedicada a la gestión de medios audiovisuales (en adelante Gestora), cediendo la primera a la segunda los derechos de imagen y de propiedad intelectual de todos los partidos de fútbol mencionados en el contrato que disputaran los equipos del Club durante las temporadas y en las competiciones igualmente señaladas, así como la autorización para efectuar la grabación, reproducción, transformación y comunicación pública de los partidos, pactándose una determinada cantidad por cada partido internacional y una cantidad fija más un 25 por 100 de participación en los beneficios netos de la explotación de los derechos audiovisuales por la temporada de Liga nacional. La sentencia de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. En apelación, se estimó en parte el recurso de la Gestora y se desestimó totalmente la impugnación del Club. (*S.M.S.*)

14. Principio de relatividad del contrato. No afectan a tercero las cláusulas de un contrato anterior que establecen obligaciones para las partes que carecen de carácter real y que no constituyen tampoco obligaciones *propter rem*.—A) El artículo 1257 CC establece como principio general que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, de modo que en general no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento (SSTS de 23 de julio de 1999, 9 de septiembre de 1996). Por ello si el contrato es considerado como una manifestación de la autonomía privada en orden a la reglamentación de los propios intereses, resulta claro que dicha reglamentación ha de afectar, en principio, tan solo a la esfera jurídica de sus autores, porque sólo respecto de ellos la autonomía existe.

B) No obstante lo anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia mantienen la relatividad de los efectos de los contratos, no de un modo general y abstracto, sino de manera concreta y muy determinada. En tal sentido, las sentencias de esta Sala que aplican la teoría de la relatividad de los contratos se refieren a obligaciones *propter rem* (por razón de la cosa) constituidas en función de la titularidad del derecho de propiedad sobre la cosa; así en las obligaciones asumidas por el promotor o vendedor de viviendas frente a segundos o sucesivos adquirentes por defectos constructivos, al ser doctrina jurisprudencial que dicho precepto no impide que los contratos tengan eficacia indirecta, refleja o mediata para los terceros que han de respetar situaciones jurídicas creadas (SSTS de 5 de diciembre de 1996, 29 de septiembre de 1997 y 29 de diciembre de 1998).

Partiendo de lo anterior, y dado que no se trata de un gravamen real, ni de una obligación que sea inherente a la titularidad de la cosa, derivada de su naturaleza o de las cargas que deben satisfacerse por razón de su mantenimiento o situación urbanística, susceptible de ser calificada como una obligación *propter rem* (por razón de la cosa) en la que deben entenderse subrogados los sucesivos titulares del inmueble, sino de una obligación personal establecida en virtud de un pacto contractual entre comprador y vendedor que está llamado a agotarse en la relación entre ellos, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 1257 CC fundado en la imposibilidad de que los efectos de los contratos, puedan perjudicar o afectar negativamente a aquellos terceros que ajenos a los mismos, adquieran bienes o derechos que libres de cargas y gravámenes que no sean inherentes a su naturaleza o situación jurídica o económica. (STS de 11 de abril de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Las partes en litigio habían celebrado en 1986 un contrato de compraventa de una finca en el que se había insertado una cláusula en cuya virtud los compradores se obligaban a entregar a los vendedores cualquier indemnización que en el futuro recibieran por una eventual expropiación de los terrenos vendidos. En 2003 se incoó expediente de expropiación forzosa de las fincas, por lo que los compradores designaron como beneficiarios de la indemnización a los vendedores. Pero en 2004 vendieron la finca litigiosa a un tercero, quedando apartados los vendedores del expediente de expropiación. Interpuesta demanda de nulidad de este segundo contrato transmisivo y declarada ésta en primera instancia, la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia y establece que la cláusula del primer contrato es inoponible al segundo

adquirente de la finca en virtud del artículo 1257 CC, pronunciamiento que resulta confirmado en casación. (*L. F. R. S.*)

15. Contrato en favor de tercero. Debe distinguirse entre el contrato con estipulación a favor de tercero y la obligación contractual de efectuar una prestación a favor de una tercera persona.—Para responder al motivo así planteado debe partirse de la jurisprudencia de esta Sala sobre la estipulación a favor de tercero. La sentencia de 9 de marzo de 2006 (rec. 2392/99) declara que «[d]esde la sentencia de 10 de diciembre de 1956, como recuerda la de 23 de octubre de 1995, se ha venido definiendo el contrato con estipulación a favor de tercero como el que se celebra entre dos personas que actúan en nombre propio y que otorgan un derecho a un extraño que no ha tomado parte en su conclusión». Y sobre el contrato examinado entonces, la misma sentencia de 2006 puntualiza que no era exactamente asimilable a un contrato con estipulación a favor de tercero «en el que entre estipulante y promitente se conviene una prestación a favor del tercero que confiere a este, en el supuesto de que haya aceptado (lo que puede haberse realizado expresa o tácitamente) un derecho a exigir la prestación convenida».

Esto último, a su vez, debe ponerse en relación con la jurisprudencia representada por las sentencias de 28 de noviembre de 1989 y 26 de abril de 1993, citadas por la sentencia impugnada y a las que cabe añadir la de 19 de diciembre de 1940, en cuanto distingue entre la verdadera estipulación a favor de tercero, en que la titularidad del derecho se deriva hacia el tercero beneficiario, y la obligación contractual en que la prestación ha de hacerse a una tercera persona, que no adquiere el derecho estipulado sino únicamente la facultad de recibir la prestación, supuesto en el que la sentencia recurrida encuadra el presente caso y que en verdad es el que mejor se acomoda al contenido de lo pactado, consistente en que el hoy recurrente indemnizaría a la Sra. Raimunda «por» D. Eutimio y D.^a Amalia.

Pues bien, tal vez cabría plantearse el problema de legitimación que propone el motivo si el tercero ajeno al contrato, la Sra. Raimunda, hubiera tenido alguna oportunidad de aceptar expresa o tácitamente lo acordado entre los demandantes y el hoy recurrente, o si el hoy recurrente hubiera cumplido lo pactado pagando a la Sra. Raimunda antes de proceder esta a la ejecución de la sentencia sobre los bienes de los demandantes. Pero carece de sentido planteárselo una vez que la Sra. Raimunda, eliminando cualquier incertidumbre sobre una eventual aceptación por ella de lo pactado por otros en el contrato litigioso, decidió proceder contra D.^a Amalia y D. Eutimio por la totalidad de la indemnización que estos le debían en virtud de sentencia firme. De otro modo, esto es de aceptarse el planteamiento del motivo, el resultado sería la liberación del hoy recurrente y su consiguiente enriquecimiento sin causa, ya que su prestación, pago del 50 por 100 de la indemnización que D.^a Amalia y D. Eutimio tuvieran que pagar a la Sra. Raimunda en función del importe que se fijara en ejecución de sentencia, tenía como contraprestación la renuncia de D.^a Amalia y D. Eutimio a cualquier expectativa de resultar absueltos dejando que ganara firmeza la sentencia condenatoria de primera instancia para que el hoy recurrente pudiera cumplir sus propios compromisos con otras personas y edificar sobre la finca.

En definitiva, ya se considere el pacto primero del contrato litigioso una estipulación a favor de tercero, ya una delegación parcial de deuda ignorada y por tanto no aceptada por el delegatario, ya un acuerdo entre demandantes

y demandado limitado a prever que el 50 por 100 de la indemnización a cargo de los demandantes y a favor de la Sra. Raimunda pudiera ser recibido directamente por esta del demandado D. Bruno, interpretación que parece la más ajustada al caso, el resultado será siempre, en último extremo por las reglas del incumplimiento contractual según considera también la sentencia recurrida, que D. Bruno, dado su nunca negado incumplimiento y dada la acción judicial de la Sra. Raimunda sobre los bienes de los demandantes, deba pagar a estos la cantidad que él se había obligado a pagar a la Sra. Raimunda, porque esta cantidad tenía que pagarla «por» ellos y como contraprestación a la renuncia de los mismos a cualquier expectativa de sentencia favorable, o menos desfavorable, en el pleito precedente, y ello por el interés de D. Bruno en construir sobre la finca objeto de ese mismo pleito. **(STS de 14 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—A consecuencia de una doble venta, un señor y su madre resultan condenados a abonar a una de las compradoras de la finca doblemente vendida una determinada cantidad. Posteriormente, los condenados celebran un contrato de transacción con el demandado en cuya virtud, y a cambio de desistir del recurso de apelación contra la sentencia recaída en otro procedimiento judicial, éste se obliga a pagar las cantidades adeudadas por aquellos a la citada señora compradora, así como a satisfacer los honorarios de abogado y procurador devengados en el trámite de ejecución de sentencia. Ante el incumplimiento de estos pactos, el promitente es condenado en ambas instancias al pago de lo estipulado, pronunciamientos que son confirmados por el Tribunal Supremo. *(M. C. B.)*

16. Pago por tercero. La acción de reembolso ejercitada por la sociedad demandante no puede ser desestimada por fraudulenta, abusiva o contraria a la buena fe, al no haberse acreditado como razón única del pago efectuado la intención de causar un perjuicio al deudor.—Pues bien, a partir de lo anterior no cabe considerar que el pago hecho por la demandante fuese contrario a las exigencias de la buena fe ni incurriera en un abuso del derecho prohibido por el ordenamiento jurídico hasta el punto de impedir el reembolso de lo pagado por la deuda ajena, ya que del sistema del Código Civil, deducible de su regulación del pago por tercero (arts. 1158 y 1159), de la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor (arts. 1203-3.º y 1209 a 1213) y de la transmisión de créditos (arts. 1.526 a 1.536), se desprende la posibilidad legal de que un tercero ajeno a la obligación obtenga un beneficio propio del pago al acreedor, siendo el ejemplo más característico el de la compra de un crédito por un precio inferior a su importe si el comprador consigue luego cobrarlo en su totalidad.

Es cierto que el pago por tercero regulado en el artículo 1158 CC puede parecer en principio extraño a casos como el aquí enjuiciado, esto es, el de constitución de una sociedad mercantil cuya única actividad era pagar deudas ajenas con la expectativa de obtener beneficios situándose en una posición especialmente favorable para el caso de que, si el deudor no le reembolsaba lo pagado, promover una ejecución sobre sus bienes inmuebles. Sin embargo esta finalidad no puede considerarse en sí misma ilícita, ilegítima o manifiestamente anormal o antisocial porque, de un lado, la doctrina científica sí contempla, entre las muchas hipótesis que caben en el artículo 1158 CC, la de un

acreedor ordinario que pague a otro preferente para liberar un bien del deudor y promover ejecución sobre el mismo; y de otro, la utilidad a que se refiere el párrafo último de dicho artículo debe entenderse, aunque ciertamente sobre este punto la doctrina científica no sea unánime, en sentido objetivo, esto es, analizando si mediante el pago se ha producido un aumento del patrimonio del deudor mediante la disminución de su pasivo, cual sucedió en el presente caso.

Si a todo ello se une que la jurisprudencia mantiene un concepto amplio de tercero a efectos de su legitimación para el ejercicio de las acciones de reembolso o repetición (p. ej. SSTs de 23 de julio de 2007 en rec. 2427/00 y 12 de marzo de 2010 en rec. 2369/05), no exigiendo ninguna relación especial entre el deudor y el tercero que paga su deuda, habrá que concluir que la acción de reembolso ejercitada por la sociedad demandante no puede ser desestimada por fraudulenta, abusiva o contraria a la buena fe, desestimación cuya consecuencia sería que hubiera pagado gratuitamente una deuda ajena ascendente a 134.455,91 euros, pues no están probados hechos constitutivos de circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio del derecho) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) que la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 2010 (rec. 1956/06), siguiendo el precedente representado por la de 18 de julio de 2000, exige para poder apreciar abuso del derecho, y ni tan siquiera pueden considerarse probados unos daños y perjuicios concretos o, si se quiere, distintos de la genérica pérdida de oportunidad de llegar a un acuerdo con el acreedor, oportunidad que sin embargo la recurrente sigue conservando en relación con la demandante-recurrída que pagó su deuda.

En atención a todo lo anteriormente razonado el motivo ha de ser desestimado, pues la propia recurrente, al alegar el propósito de enriquecimiento de la demandante, implícitamente viene a admitir que la finalidad de la demandante al pagar sus deudas no podía ser únicamente la de causarle un perjuicio.

La utilidad del pago debe entenderse en sentido objetivo, como disminución del pasivo.—Así planteado, el motivo se desestima por las siguientes razones:

1.^a) Incurrir en el vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, ya que la sentencia recurrida da por probada la inexistencia de una de las deudas afirmadas en la demanda pero no la de otra deuda más que se indica en este motivo. Si la recurrente considera que esta otra deuda también era inexistente tendría que haber impugnado la sentencia recurrida mediante recurso extraordinario por infracción procesal y observando los requisitos que la jurisprudencia de esta Sala exige para poder revisar por tal vía la valoración de la prueba.

2.^a) No es aceptable la tesis de que el pago se hizo contra la expresa voluntad del deudor, dando así lugar a la acción de repetición y no a la de reembolso, porque si el artículo 1158 CC admite el pago por tercero ignorándolo el deudor parece lógico deducir que su voluntad expresa en contra ha de manifestarse antes del pago o, a lo sumo, simultáneamente, pero no después.

3.^a) Aun admitiendo, con un autorizado sector doctrinal, que el párrafo tercero del artículo 1158 CC impone al que pagó la carga de probar la utilidad del pago para el deudor que expresamente se hubiera opuesto al mismo, mientras que en el caso de pago hecho ignorándolo el deudor se daría una presunción de utilidad que el deudor podría neutralizar probando su falta de utilidad, el resultado acabaría siendo también la desestimación del motivo

porque, como se ha razonado en el fundamento jurídico precedente, la utilidad del pago debe entenderse en sentido objetivo, como disminución del pasivo, y esta disminución fue patente en el presente caso según los hechos que la sentencia recurrida declara probados. Y como quiera que a estos hechos la recurrente tan solo contrapone sus genéricas expectativas de haber llegado a acuerdos favorables con sus acreedores, dando además por sentado que iba a lograrlos pese a que la sentencia recurrida no lo declara probado, su planteamiento no puede ser acogido porque, conforme a lo también razonado en el fundamento jurídico anterior, tales expectativas genéricas siempre existen en toda relación entre acreedor y deudor sin que por ello impidan el pago por un tercero con los efectos que determina el artículo 1158 CC.

4.ª) Aunque las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo no generen jurisprudencia civil, sí conviene destacar que la sentencia de dicha Sala de 28 de marzo de 1978, ante un caso de deudas tributarias pagadas por un tercero, como eran casi todas las satisfechas por la demandante-recurrida en el presente litigio, declaró que «el actuar así un tercero extraño a la deuda tributaria, no solo no actúa de modo ilegal sino que le ampara el fundamental artículo 1158 párrafo 1.º CC que como es notorio permite a un tercero realizar el pago de la deuda, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe ya lo ignore el deudor», siendo evidente la legitimidad del pago, «del que únicamente se derivaría la acción de reembolso por parte del tercero que paga». (**STS de 26 de mayo de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Una sociedad mercantil se constituye con el propósito de pagar deudas ajenas frente a distintos organismos y Administraciones Públicas y ostentar una posición de privilegio ante el embargo y posible ejecución de los inmuebles de las sociedades deudoras. Efectuado el pago de varias deudas, la sociedad *solvens* reclama a la deudora el reembolso de lo pagado, a lo que ésta se opone alegando un abuso de derecho y que lo pertinente, en todo caso, sería la repetición de aquello en lo que le fue útil el pago. El Tribunal Supremo respalda la actuación de la entidad *solvens* entendiéndola cubierta por los artículos 1158 y ss. CC. (*M. C. B.*)

17. Facultad resolutoria ex artículo 1124 CC. Doctrina jurisprudencial.—Esta Sala tiene declarado en sentencias, entre otras, de 17 de julio de 2007 y 31 de enero de 2008, que la jurisprudencia, a la hora de interpretar y aplicar el artículo 1124 CC, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento o producida por causa no imputable al que pide la resolución, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato, o como dice la Sentencia de 9 de marzo de 2005: «La doctrina jurisprudencial de esta Sala ha sufrido un cambio evolutivo progresivo en el sentido de abandonar el requisito subjetivista de la voluntad deliberadamente rebelde, sustituyéndole por el impago en el sentido objetivo, con lo que ya no se viene exigiendo una actitud dolosa del comprador para que la resolución por incumplimiento de

pago puede tener lugar que es a lo que apunta la frase “actitud deliberadamente rebelde”, bastando con que se frustre la finalidad económica de la relación, imputable al comprador o sucesores que resulten obligados, que no satisfacen el precio que se había acordado. Esta doctrina se presenta acomodada a los tiempos actuales para las situaciones de incumplimiento contractuales, ya que frente al vendedor que cumple el comprador incumplidor desequilibra la relación contractual al incurrir en impago voluntario».

Responsabilidad civil contractual. Alcance de la indemnización de daños y perjuicios. Doctrina jurisprudencial acerca de los artículos 1106 y 1107 CC.—Es lo cierto que aunque se pruebe la existencia del daño, e incluso su relación causal con el incumplimiento por aplicación de la teoría de la causalidad adecuada o de la *conditio sine qua non*, no siempre cabe imputar el mismo a la conducta del deudor pues se habrá de tener en cuenta el fin de protección de intereses que comporta el contrato. No todos los daños que pueda experimentar el acreedor por incumplimiento del deudor, aun probados, son indemnizables, pues sólo lo serán aquellos en los que se cumplan determinadas exigencias jurídicas y, entre ellas, en el ámbito subjetivo, que se trate de un deudor doloso en los términos a que se refiere el artículo 1107, párrafo segundo, del Código Civil, en cuanto hace al mismo responder frente al acreedor de todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación. Con independencia de la amplia discusión doctrinal acerca de la distinción entre el deudor de buena y de mala fe, esta Sala ha declarado en sentencia de 10 de marzo de 2009 que, según reiterada jurisprudencia, no pueden imputarse objetivamente al deudor todos los daños conocidamente derivados de la obligación (art. 1107 CC), pues para ello es exigible que la sentencia de instancia haya declarado expresamente el carácter doloso del incumplimiento, cosa que no ocurre en el caso examinado. El carácter doloso en el incumplimiento ha de comportar no sólo la voluntad de incumplir sino también la conciencia de que tal incumplimiento no está amparado por la ley ni por el contrato, situación que no cabe predicar de la conducta de las hoy recurrentes. En consecuencia, los daños y perjuicios de los que había de responder el deudor eran, en este caso, los previstos o los que se hubieran podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que fueran consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento (arts. 1106 y 1107, párrafo primero, del Código Civil); en suma, aquellos que estuvieran dentro de la órbita del contrato o del fin de protección de intereses amparados por el mismo. En el caso ahora enjuiciado la consecuencia perjudicial para el acreedor no sólo estaba ausente del fin de protección del contrato, sino que además no cabe encuadrarla en el concepto de daños y perjuicios previsibles y necesariamente vinculados al incumplimiento en los términos a que se refiere el artículo 1107 CC, pues se sitúa en un ámbito que resulta absolutamente extraño al propio contrato, como es el destino que el vendedor iba a dar al precio recibido, por lo que el motivo debe ser estimado. (STS de 17 de marzo de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En fecha 15 de noviembre de 2001, la entidad P. vendió a D. y C. una finca acordando el pago del precio en tres plazos. Ante el incumplimiento de dos de ellos, la entidad P. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Valencia solicitando la resolución del contrato de compraventa y la condena solidaria de las entidades demandadas a indemnizar a la actora en cerca de un millón de euros.

El Juzgado estimó en parte la demanda, rescindió el contrato y condenó a las sociedades demandadas a indemnizar a la actora en 800.000 euros. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Valencia la revocó, pero sólo en el sentido de estimar la cuantía indemnizatoria en cerca de 400.000 euros. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar en parte al mismo y absolvió a las entidades demandadas de la obligación de indemnizar. (A. S. C.)

18. Rescisión por fraude de acreedores. Presupuestos: insolvencia y fraude.—El primer motivo del recurso denuncia la infracción de lo dispuesto por el artículo 1111 CC, en relación con los artículos 1297 y 1291-3.º del mismo Código, pues entiende la parte recurrente que la sentencia impugnada no declara que los contratos rescindidos se hayan realizado beneficiando a un tercero o con ánimo de perjudicar al acreedor, que no se hace referencia a la existencia de una sentencia condenatoria previa sino a un simple auto que acuerda despachar ejecución, que tampoco se afirma que no existieran otros bienes en el patrimonio de la entidad deudora por lo que quedara minorada su solvencia y que la parte actora tenía como garantía de cobro el precio de venta que la demandada CIP —antes GIPC— había de obtener de sus compradores, sin que tenga trascendencia el hecho de que la deudora hubiere sido declarada posteriormente en estado legal de suspensión de pagos. El motivo ha de ser desestimado pues ninguna infracción legal se ha producido en relación con las citadas normas del Código Civil que, por el contrario, han sido rectamente aplicadas. El artículo 1111 permite a los acreedores impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho; el 1291, apartado 3.º, considera rescindibles los contratos celebrados en fraude de acreedores cuando estos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba y, por último, el artículo 1297 presume fraudulentas las enajenaciones a título oneroso hechas por aquél contra el que se haya expedido mandamiento de embargo de bienes, situación que es la que se ha producido en el caso presente. En este caso, ha quedado acreditada tanto la existencia de un mandamiento previo de embargo contra los bienes de la demandada como las enajenaciones de bienes llevadas a cabo con posterioridad por ésta a la otra demandada GPR, perjudicando así los derechos de la acreedora que no ha podido obtener la satisfacción de su crédito, situación de la que eran partícipes ambas contratantes. La presunción de existencia de fraude, de carácter *iuris tantum*, comporta la necesidad para quien resulta afectado por ella de acreditar la inexistencia de tal fraude, singularmente mediante la acreditación de la existencia de otros bienes en los que el acreedor podía hacer efectivo su crédito, sin que este último —beneficiado por la presunción— resulte obligado a ello.

Requisito del *consilium fraudis*.—El requisito del *consilium fraudis* viene establecido por la Audiencia con datos sumamente relevantes como son la identidad de personas que representan a las partes en los contratos fraudulentos, que actúan además por medio de otras sociedades. La sentencia de esta Sala de 25 junio 2010, Rec. 2160/2005, afirma que el propósito de defraudar (*consilium fraudis*) ha de concurrir tanto en el que enajena como en quien adquiere la cosa objeto de la enajenación (STS de 20 octubre 2005), pero tal exigencia ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar

dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora (SSTS de 12 de marzo, 21 de abril y 13 de mayo de 2004; 19 de julio y 25 de noviembre de 2005; y 25 de marzo de 2009, entre las más recientes). El *consilium fraudis* se entiende de manera amplia como «conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor» (SSTS de 31 de diciembre de 2002; 12 de marzo y 21 de junio de 2004; 25 de noviembre de 2005; 19 de noviembre 2007). Basta que el deudor –enajenante– haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio (SSTS de 31 de diciembre de 2002, 30 de octubre de 2006, 19 de noviembre de 2007, entre otras). Pero se requiere también la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata (STS de 20 de octubre de 2005). Para este conocimiento resulta suficiente la conciencia de causar daño o perjuicio –*scientia fraudis*– (SSTS de 15 de marzo de 2002; 17 de julio de 2006; 30 de abril y 19 de noviembre de 2007; 19 de mayo y 20 de junio de 2008; y 28 de mayo de 2009). **(STS de 23 de marzo 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.–En fecha 27 de abril de 2000, PCPA vendió una serie de fincas a GIPC. Tras el impago del precio de la compraventa, el día 21 de junio de 2000 un Juzgado de Primera Instancia despachó ejecución de sentencia contra los bienes de la compradora. Con posterioridad, los días 26 de junio y 2 de octubre de 2000, la empresa GIPC vendió las fincas a GPR y, más adelante, el auto de fecha 29 de diciembre de 2004 dictado por otro Juzgado declaró GIPC en suspensión de pagos y mandó embargar sus bienes. PCPA interpuso demanda contra las empresas GIPC y GPR por la que solicitó la rescisión de las compraventas de fechas 26 de junio y 2 de octubre de 2000 por fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia núm. 42 de Madrid desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de 16 de febrero de 2007 de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid lo estimó, tras constatar que las mismas personas físicas que representaron a GIPC en la compraventa de 27 de abril de 2000 intervinieron después por cuenta de GIPC y GPR en los contratos de fecha 26 de junio y 2 de octubre de 2000 a través de sociedades interpuestas. Las empresas GIPC y GPR recurren en casación por considerar que no concurren los presupuestos de la acción rescisoria y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

19. Cesión de contrato. Necesidad de consentimiento del contratante cedido.–Una de las partes contratantes puede hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas si éstas no han sido todavía cumplidas y la otra parte (contratante cedido) prestó consentimiento anterior, coetáneo o posterior al negocio de cesión (SSTS de 28 de abril de 1966, 6 de marzo de 1973, 25 de abril de 1975 y 26 de noviembre de 1982). Como señala la STS de 29 de junio de 2006, la cesión del contrato implica la transmisión de la relación contractual en su integridad, que sin afectar a la vida y virtualidad del contrato que continúa en vigor, mantiene sus derechos y obligaciones con los que son continuadores de los contratantes (STS de 4 de abril de 1990) y la primitiva relación contractual se amplía a un tercero, pasando al cesionario sus efectos (STS de 4 de febrero de 1993). Su esencia es, pues, la sustitución de uno de los sujetos

del contrato y la permanencia objetiva de la relación contractual (SSTS de 19 de septiembre y 27 de noviembre de 1998). Por lo cual, es evidente que requiere el consentimiento del contratante cedido; es, pues, necesaria la conjunción de tres voluntades contractuales (STS de 5 de marzo de 1994).

Cesión de contrato. El cedente deja de poder resolver el contrato cedido.—Operada la cesión, el cedente deja de ser parte en el contrato siendo íntegramente sustituido por el cesionario en los derechos y obligaciones derivados del mismo, por lo que carece de la facultad resolutoria desde el preciso momento en que alcanza efectividad la cesión. (STS de 26 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don Ezequiel celebró un contrato de opción de compra con la empresa Urbanizadora E.C., S.A., cediendo con posterioridad aquél su posición en el mismo a favor de la empresa V.N., S.L.

Don Ezequiel demandó a la empresa, solicitando la declaración de la resolución del contrato y la condena de ésta al pago de los daños y perjuicios causados por su incumplimiento, con los intereses legales y costas, ante lo que la demandada se opuso alegando su falta de legitimación activa al haber cedido a tercero la titularidad de la relación jurídica dimanante del contrato.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La sentencia fue apelada por la demandada y la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocando la sentencia del Juzgado, desestimando la demanda y absolviendo a la empresa. Contra esa sentencia, el demandante recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

20. Resolución contractual: cambio de las condiciones urbanísticas de la finca vendida.—A la hora de enjuiciar si cabe o no la acción de resolución del contrato ejercitada por el comprador de una finca que posee limitaciones urbanísticas en cuanto a su edificabilidad, lo decisivo es la posibilidad que haya tenido el adquirente de conocer dichas limitaciones antes de comprarla y la diligencia empleada por él para llegar a tal conocimiento. Así, no puede afirmarse que la buena fe exigible, como comportamiento honesto y leal en los tratos, imponga un especial deber de información de los vendedores que venga a coincidir con la información que pueda obtenerse mediante la consulta de los Registros y de las Oficinas Públicas que la dispensan, entre otras razones, porque la misma buena fe exige también en la contraparte un comportamiento diligente. En cambio puede y debe poseer relevancia el deber de información del vendedor en dos grupos de casos: Primero, cuando haya circunstancias o condiciones que estén en contradicción o que supongan modificación o alteración de hecho de cuanto se refleje en los Registros o Archivos (por ejemplo, se halla pendiente una modificación del plan, o una decisión sobre su validez que conozca ya la parte vendedora pero que no haya trascendido aún al Registro). Segundo, cuando la parte vendedora, mediante maquinaciones o insidias, consigue convencer a la compradora de que, no obstante la información urbanística pública, se dan en el caso otras condiciones que incitan a la adquisición. (STS de 16 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La parte compradora, una sociedad dedicada a la promoción inmobiliaria, pide la declaración de ineficacia del contrato de compraventa de una finca, considerada por ambas partes contratantes como solar edificable, pero que en realidad ya no lo era en el momento de la perfección del contrato a causa de una actuación municipal que las dos partes contratantes ignoraban, pese a que pocos días antes la compradora había pedido información al Ayuntamiento correspondiente y se le había facilitado un plano en el que la finca sí aparecía como edificable. La sentencia de primera instancia desestima la demanda de la compradora. Interpuesto recurso de apelación por la actora, el tribunal de segunda instancia lo acoge y revoca la sentencia apelada. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los codemandados. (*Alma R. G.*)

21. Compraventa con eficacia diferida al otorgamiento de una licencia urbanística. Obligaciones a plazo y condicionales.—Las obligaciones a plazo a que se refiere el artículo 1125 CC son aquéllas para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto, que es el que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo, de modo que si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional y se regirá por las normas propias de las obligaciones de tal clase.

En la compraventa cuya plena eficacia se difiere al momento de otorgamiento de una licencia urbanística su calificación no puede ser de un término, que es un hecho futuro y objetivamente cierto del que depende la eficacia, sino de condición, como hecho futuro y objetivamente incierto; la concesión por la Administración local de una licencia de obras no puede tenerse por algo objetivamente cierto, sino que es cuestión *incertus an et incertus quando*. Las obligaciones del contrato despliegan su eficacia, y sólo si no se obtiene la licencia se extingue la eficacia retroactivamente, es decir, se resuelven las obligaciones ya que la condición afecta a la totalidad del contrato y las obligaciones que de él derivan. Asimismo, es condición resolutoria negativa, en el sentido de que es la falta de la licencia la que resuelve el contrato. Todo ello, en el plazo previsto. Si no se fija plazo, debe reputarse cumplida y por tanto, resuelto el contrato, en el tiempo que verosímelmente se hubiese querido señalar, como dice el artículo 1118, segundo párrafo (SSTS de 5 de febrero de 1996, 25 de marzo de 2002 y 22 de julio de 2003). (**STS de 31 de mayo de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don Aquilino y doña Beatriz, como vendedores, y don Adolfo, como comprador, celebraron un contrato de compraventa sobre una finca rústica propiedad de los primeros, haciendo constar que la misma estaba catalogada en gran parte como suelo urbanizable. A la firma del contrato se entregan 60.000 euros y el resto del precio se entregaría al momento de otorgar escritura pública de compraventa. Se especifica que el Sector-5, en el que se inserta la finca, debe ser desarrollado mediante un Plan de Actuación Urbanizadora (PAU) y Plan Parcial, a tenor del Plan de Ordenación Municipal, y que en un plazo máximo de 90 días contados desde que se produzca la aprobación de dichos Planes ambas partes firmarán escritura pública; y para el caso de que, en el plazo de un año

contado desde la firma del contrato no se hubiesen aprobado los Planes, el comprador tendría la facultad de rescindir el contrato, procediéndose por parte de don Aquilino a la devolución a don Adolfo de la cantidad recibida.

Faltando pocos días para que se cumpliera un año desde la celebración del contrato, el comprador se dirigió por carta a los vendedores requiriéndoles a fin de que le informaran sobre el estado de tramitación de los Planes. Los vendedores requirieron notarialmente al comprador para el otorgamiento de la escritura pública y pago del resto del precio con apercibimiento de que, en caso contrario, considerarían resuelto el contrato, a lo que contestó el comprador oponiéndose a ello al no haber sido aprobado el PAU y Plan Parcial a que se refería el contrato. Se hizo constar por acta notarial la presencia de ambas partes en la Notaría sin que se llegara a formalizar la escritura pública, ni a pagar por parte del comprador el resto del precio.

Los vendedores don Aquilino y doña Beatriz interpusieron demanda contra el comprador don Adolfo, interesando que se dictara sentencia por la cual se declarara resuelto el contrato de compraventa.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la resolución del contrato. Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la Audiencia Provincial lo desestimó parcialmente. Don Adolfo recurrió en casación contra esa sentencia, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

22. Resolución por incumplimiento contractual. El vendedor no puede instarla únicamente por no haberse pagado el precio en el tiempo establecido, pues el comprador puede pagar mientras el vendedor no le requiera de pago.—A tenor de la jurisprudencia más reciente (SSTS de 2 de febrero de 2005, 9 de julio de 2007 y 13 de febrero de 2009), la estrecha conexión existente entre la norma general en materia de resolución de obligaciones recíprocas y el precepto que regula su ejercicio por el vendedor en supuestos de compraventa de inmuebles por precio aplazado, impone que el incumplimiento del comprador que constituye su presupuesto sea grave o sustancial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia renuente 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 (SSTS de 9 de julio de 2007, 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 y 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, y 20 de septiembre, 31 de octubre 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 art. 1445 CC). En todo caso, la singularidad del artículo 1504 CC conlleva

que no pueda otorgarse validez a la resolución instada por el vendedor por el mero hecho de no haberse pagado el precio en el tiempo establecido; dado que el comprador se encuentra facultado para pagar incluso después de expirar el término estipulado en el contrato mientras el vendedor no le haya requerido de pago, judicialmente o por acta notarial. (STS de 14 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Las empresas P., S.L., como vendedora, y F.A., S.L., como compradora, suscribieron un contrato de compraventa sobre una finca, pactándose que el precio se pagaría en tres pagos, a la firma del contrato, en concepto de señal y a cuenta del precio; durante el mes de octubre de 2003, y durante el mes de febrero de 2004. El mes de octubre de 2003 finalizó sin que la parte compradora hubiera satisfecho el segundo de los pagos estipulados. No obstante, mediante burofax enviado a la vendedora la compradora manifestó su voluntad de satisfacer dicha suma en el acto de otorgamiento de la escritura pública, ofrecimiento que fue aceptado por la entidad vendedora. A pesar de lo anterior, la vendedora instó la resolución del contrato privado por impago mediante requerimiento notarial y posteriormente papeleta de conciliación con el mismo fin.

La entidad compradora demandó a la vendedora en ejercicio de acción de cumplimiento del citado contrato y de condena al otorgamiento de escritura pública. La vendedora se opuso y formuló reconvencción con fines resolutorios por impago del precio.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, estimando la reconvencción, al entender que a primeros de noviembre existía una situación objetiva de impago exclusivamente imputable a la parte compradora. La sentencia fue apelada por la compradora demandante y la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocando la sentencia del Juzgado, estimando la demanda y rechazando la reconvencción, sobre la base de que la parte vendedora no estaba en disposición de resolver válidamente el contrato cuando lo intentó, pues el requerimiento notarial fue posterior a su propia aceptación de un aplazamiento en el otorgamiento de la escritura, y el intento en acto de conciliación fue posterior a su previo incumplimiento, al negarse a otorgar escritura pública. Contra esa sentencia, la vendedora demandada recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

23. Donación con cláusula de reversión: producido el evento reversional y habiendo edificaciones en la finca donada se aplica el artículo 353 CC y revierte al donante con sus edificaciones. No procede la aplicación del artículo 361 CC ni la liquidación del estado posesorio.—La cuestión que debe resolverse se centra en la aplicación del artículo 361 CC, accesión inmobiliaria en suelo ajeno con materiales propios que da derecho a una opción por parte del dueño del terreno: liquidación del estado posesorio o compraventa o arriendo (que estudia con detalle la sentencia de 15 de febrero de 1999). No es éste el caso. La donación con cláusula de reversión, que contempla el artículo 641 CC, es una restricción a la donación, que consiste en que producido el evento reversional se da el mecanismo recuperatorio que determina automáticamente la readquisición por parte del donante (a

no ser que la reversión sea a favor de un tercero). Pero mientras no se dé dicho evento, el donatario es propietario de lo donado, por lo que no puede pensarse en que se ha edificado en terreno ajeno: el terreno era propio y no cabe aplicar por analogía el artículo 361 que se ha dictado para otro básico presupuesto.

La cláusula de reversión, en el caso y en la finca de autos, tiene la siguiente redacción: «La cesión o donación del solar indicado se hace a dicha entidad cesionaria para la construcción por esta última de una sucursal del colegio de huérfanos de ... y con la condición de que las obras del mismo han de comenzarse a construir en el terreno cedido, dentro de un año a contar desde la fecha de esta escritura y de que, si pasado ese tiempo, no llegase a construirse o no se usase por la institución donataria de tales terrenos al fin indicado, revertirán nuevamente al Excmo. Ayuntamiento...., quedando nula y sin ningún efecto la cesión de dichos terrenos.»

El evento reversional se produjo a partir de 1983 cuando dejó de usarse la finca al fin indicado de impartir enseñanza como colegio, como dice la sentencia firme de 28 de mayo de 1990 que declaró el derecho de reversión.

Hemos de advertir la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 18 de junio de 1990 y 27 de febrero de 1993 en cuyas cláusulas de reversión se hacía constar que revertiría el terreno «automáticamente y de pleno derecho... con todas sus pertenencias y accesiones», «en las mismas condiciones de gratuidad en que se hizo la donación». En la de autos –escritura de 28 de marzo de 1945– tal como se ha transcrito, se dice: «revertirán nuevamente... quedando nula y sin ningún efecto la cesión de dichos terrenos».

De tal doctrina lo que hemos de reiterar es la gratuidad de la donación y la gratuidad de la reversión: el donatario si no cumple, porque no quiere o porque no puede, lo que condiciona la donación y se da el evento reversional no puede exigir al donante (o al tercero a quien se debe la reversión) lo que haya hecho que puede ser de un alcance económico inalcanzable. El decir, el donatario a quien se le aplica la reversión, debe devolver lo donado, sin tener derecho a exigir una liquidación posesoria ni, mucho menos, una aplicación del artículo 361 CC. En todo caso, la aplicación lo será del principio *superficies solo cedit* que proclama el artículo 353 del Código civil con carácter general, a favor del donante. (**STS de 27 de enero de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.–El Ayuntamiento de P. ejerció tres acciones frente a la Asociación Colegio de Huérfanos ... La primera, reivindicatoria de un terreno donado años atrás a la Asociación con cláusula de reversión si los terrenos no se usaban para los fines para los que fueron cedidos. La segunda, de deslinde para delimitar correctamente la finca objeto de la reivindicación anterior. Por virtud de la tercera acción se solicitaba la declaración del derecho de accesión del Ayuntamiento respecto de las edificaciones construidas sobre la finca sin derecho de indemnización del colegio demandado. El colegio reconvino pidiendo indemnización consistente en el «valor actual» de las edificaciones y declaración del derecho de accesión del suelo sobre el que se encontraban construidas las edificaciones de su titularidad. La Audiencia confirmó la estimación de la acción reivindicatoria previo el deslinde interesados en la demanda. Declaró, además, el derecho de accesión del Ayuntamiento respecto de las edificaciones construidas en la finca y el derecho del colegio a

percibir una indemnización consistente en los gastos de construcción de los edificios debidamente actualizada. Formuló recurso por infracción procesal y de casación el Ayuntamiento y el Tribunal Supremo estimó ambos lo que, desde el punto de vista sustantivo, supuso para el colegio la pérdida de la indemnización establecida por la Audiencia. (R. G. S.)

24. Arrendamientos urbanos sometidos al Real Decreto-ley 2/1985. Posibilidad de sometimiento a prórroga forzosa si así se pacta de modo expreso, aun implícitamente.—Aunque tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/1985 se produjo la supresión del régimen de prórroga forzosa que, para los arrendamientos urbanos, imponía el artículo 57 TRLAU 1964, nada impide que las partes, en uso de su libertad contractual, puedan establecer cláusulas o pactos que impliquen el voluntario sometimiento al referido régimen. En tal caso, es necesario que exista un acuerdo expreso de sometimiento, ya que, en caso contrario, hay que estar a la norma general, la duración del contrato por el tiempo convenido. El referido acuerdo, en general, debe existir en el contrato explícitamente, aunque cabe deducir la existencia de sometimiento del arrendador a la prórroga de modo implícito, que no tácito, de los propios términos del contrato, sin que exista una cláusula específica, pero, aun en estos casos la deducción de duración y sometimiento a la prórroga forzosa debe ser clara y terminante (SSTS de 9 de septiembre de 2009 y 7 de julio de 2010). (STS de 30 de mayo de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La entidad R.B., S.L., presentó demanda de desahucio contra don Ceferino, sobre la base de que el plazo del contrato de arrendamiento de vivienda celebrado entre el anterior propietario del inmueble y el ahora demandado, el 1 de diciembre de 1990, había expirado. Manifestó que había remitido al arrendatario un burofax, en el que le manifestaba su voluntad de poner fin al contrato por expiración de plazo, ya que se había consumido el plazo de la última tácita reconducción prevista en el artículo 1566 CC, de conformidad con la disposición transitoria 1.ª LAU 1994. El arrendatario se opuso al considerar que el contrato de arrendamiento estaba sometido al régimen de prórroga forzosa regulado en el TRLAU 1964.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, considerando que el contrato de arrendamiento no estaba sometido a la regulación prevista en el TRLAU 1964 y que en el texto del contrato se había establecido una duración para el arrendamiento de cinco años, pero la voluntad de las partes fue la de someter el contrato, en cuanto a su duración, al régimen de prórroga forzosa. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo estimó, entendiendo que tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/1985, los arrendamientos celebrados bajo su vigencia únicamente estarían sometidos al régimen legal de prórroga forzosa previsto en el artículo 57 TRLAU cuando así lo hubieran establecido los contratantes de manera expresa, lo que en el caso no se había producido; de modo que transcurridos los cinco años de duración pactados, en aplicación de la DT 1.ª LAU 1994 el contrato se sometió a la tácita reconducción de tres años, y a partir de entonces a la

tácita reconducción anual, por lo que el plazo del contrato había expirado y debía estimarse la demanda. Contra esa sentencia, el demandado recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

25. Actualización de la renta de arrendamiento de vivienda sujeto a la LAU de 1964 conforme a la disposición transitoria 2.ª LAU de 1994: valoración del silencio del arrendatario ante el requerimiento del arrendador.—La falta de contestación al requerimiento efectuado por el arrendador ha suscitado la cuestión relativa a determinar el alcance de este silencio:

i) Algunas AAPP 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. En defensa de este criterio se aduce que, con carácter general debe entenderse aplicable lo dispuesto en el artículo 101 LAU 1964, ya que el apartado 1.º de la disposición transitoria 2.ª LAU 1994 establece que los contratos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 continuarán rigiéndose por la ley arrendaticia derogada, salvo las modificaciones introducidas por el régimen transitorio. El referido artículo 101 LAU 1964 preveía, dentro del capítulo destinado a la modificación de la cuantía de la renta, que una vez hubiera el arrendador notificado por escrito al arrendatario la cantidad que, a su juicio, debía pagar éste como aumento de renta y la causa de ello, el arrendatario tenía un plazo de treinta días para contestar si aceptaba o no la obligación de pago propuesta, interpretándose su silencio como aceptación tácita. En tal caso, así como en el supuesto de aceptación expresa, el arrendador en el siguiente recibo podría girar el incremento y devenía su pago obligatorio, pese a lo cual, en caso de aceptación tácita, el arrendatario podría pedir la revisión y devolución de lo indebidamente pagado en el plazo del artículo 106 LAU 1964, (que era de tres meses y de caducidad).

ii) En otras resoluciones de AAPP, por el contrario, se ha entendido que la falta de oposición del arrendatario a la actualización de la renta en ese plazo de 30 días naturales solo conlleva que se pierde la facultad de impedir la actualización, con la contrapartida de la extinción del arrendamiento a los ocho años y la revisión anual de la renta conforme al Índice de Precios al Consumo, pero no, por sí sola, la aceptación tácita de la actualización pretendida. En definitiva el silencio del arrendatario equivale a los supuestos en los que el arrendatario, aún considerando correcta la actualización, se opone a ella expresamente. (Disposición transitoria 2.ª, D. 11, regla 6.ª LAU).

Con carácter general, cuando en el marco de una relación jurídica preexistente, se lleva a cabo un acto concreto por una de las partes que debería obtener una respuesta de la otra, bien aceptándolo bien rechazándolo, si esta última, pudiendo y debiendo hablar, guarda silencio, ha de reputarse que consiente, en aras de la buena fe. [SSTS de 15 de julio de 2004 (RC n.º 2443/2008), 20 de julio de 2006 (RC n.º 2534/1999)]

Como ya declaró esta Sala en STS de 23 de septiembre de 2008 (RC n.º 2836/2001) «[L]a incompleta y farragosa redacción de las normas examinadas conducen a una solución que tiene un momento de claridad y un desarrollo problemático: el inquilino dispone de treinta días naturales desde que recibe la notificación fehaciente del arrendador (y aquí tiene sentido que se exija la fehacencia) para oponerse sin más, con los efectos de la regla 6.ª,

párrafos primero y segundo; o para demostrar, en caso de que se encuentre en la situación que describe la regla 7.^a, que los ingresos percibidos por el conjunto de los convivientes hacen improcedente la actualización pretendida por el arrendador. Transcurrido tal plazo sin que se haya formulado oposición, se tendrá al arrendatario por aceptante tácito, pero, en el caso de que sea aplicable la regla 7.^a, ello no impediría que cupiera la revisión que previene la regla 4.^a del apartado 2 del artículo 101 TRLAU 1964. Tal y como se produce la composición de intereses en el seno de los preceptos que venimos comentando, la notificación del arrendador se ha de producir de modo que quede constancia de su fecha, y la respuesta del inquilino o del arrendatario parece también exigir certeza y claridad que, en el supuesto de la oposición formulada sin otra razón de apoyo que la mera voluntad del inquilino, se habría de traducir en la carga de comunicar también fehacientemente la oposición. La regla 7.^a párrafo segundo se refiere a que el inquilino ha de “acreditar” los ingresos y esta expresión parece referirse a algún medio o instrumento que permita advenir o comprobar el supuesto de hecho a que se contrae la regla 7.^a, lo que claramente desborda la mera manifestación verbal. Pero no se está hablando de comunicación fehaciente en la regla 7.^a (ni en la 8.^a), y aunque no se está exactamente en la situación a que se refiere el artículo 101.2.2.^a TRLAU 1964 (propuesta de elevación por escrito y aceptación o no por escrito en el plazo de treinta días, con aceptación tácita en caso de silencio), del tenor de las reglas 7.^a, primero y segundo párrafo, podría deducirse que no se exige una notificación fehaciente, sino una suerte de principio de prueba por escrito, una respuesta escrita.»

En definitiva, es criterio de esta Sala que 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 disposición transitoria 2.^a LAU 1994, equivale a un consentimiento tácito. Ello no impide que conforme a lo dispuesto en el artículo 101.4.^a en relación con el artículo 106 LAU 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, si considera que la fijación de la renta actualizada no se ciñe a los parámetros establecidos por la tan citada disposición transitoria 2.^a LAU 1994. **(STS de 27 de diciembre de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El recurso de casación trae causa de un juicio de desahucio por falta de pago de la renta y cantidades asimiladas a ella de un arrendamiento sujeto a la LAU de 1964. El arrendador había requerido al arrendatario para actualizar la renta en los términos de la disposición transitoria 2.^a de la LAU de 1994 sin que éste contestara. Mientras que el Juzgado desestimó la demanda por considerar que el silencio del arrendatario no suponía aceptación de la actualización, la Audiencia estimó el recurso de apelación por estimar que no era posible valorar el silencio del arrendatario como oposición a la actualización de la renta. Formula recurso de casación la parte demandada alegando la existencia de interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el extremo debatido en las instancias inferiores. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y sienta doctrina en la cuestión que se somete a su conocimiento. (R. G. S.)

26. Arrendamientos urbanos. Actualización de la renta en los contratos de inquilinato sujetos a la LAU de 1964. Posibilidad de exigir la totalidad del incremento a los diez años.—La actualización de la renta establecida a favor del arrendador y a cargo del arrendatario por la disposición transitoria 2.^a D) 11 LAU había de consumarse en un plazo de cinco o diez años, según circunstancias previstas en la norma, lo que suponía un beneficio para el arrendatario, que podía gozar de una actualización gradual a partir del primer vencimiento del contrato posterior a la entrada en vigor de la Ley de 1994, y un derecho potestativo para el arrendador que estaba facultado para incrementar cada año desde esa fecha un 10 por 100 más en la renta a percibir hasta llegar al 100 por 100 de incremento al décimo año. La falta de ejercicio de ese derecho potestativo por parte del arrendador durante las nueve anualidades anteriores, durante las que no exigió incremento alguno, no le impide que, cumplida la previsión legal el transcurso de diez años, pueda exigir la totalidad del incremento correspondiente.

El arrendatario conoció —o debió conocer (art. 6.1 CC)— que la nueva LAU de 1994 concedía al arrendador el derecho a incrementar la renta en determinada cuantía y a hacerlo desde el cumplimiento de la primera anualidad del contrato tras la entrada en vigor de la Ley, por lo que desde ese momento debía realizar las previsiones económicas oportunas para poder adaptarse a esta nueva situación, sin que la actuación del arrendador solicitando la actualización íntegra transcurrido el plazo de diez años suponga en forma alguna la aplicación retroactiva de la norma y, sí por el contrario, un beneficio para el arrendatario que, durante los nueve años anteriores, no sufrió el incremento que legalmente podía haberle aplicado el arrendador. En cualquier caso, subsiste la facultad del arrendatario para —incluso en este supuesto— rechazar la actualización con extinción del contrato en el plazo de ocho años desde el requerimiento formulado en tal sentido.

La tesis contraria conduciría, llevada a sus últimas consecuencias, a que —una vez iniciada la actualización para continuar durante el período previsto por la ley— en caso de que el arrendador omitiera la notificación de la actualización correspondiente a una anualidad no podría en el siguiente año aplicar el porcentaje propio de dicha nueva anualidad, sino que habría de aplicar el fijado para la anualidad en que se produjo tal omisión; lo que abiertamente pugnaría con la doctrina jurisprudencial que, al enjuiciar la aplicación de cláusulas voluntarias de elevación de renta y el montante del coeficiente de elevación correspondiente, proclama que ha de ser tomado en toda su extensión desde que la última elevación hubiera tenido lugar (SSTS, entre otras, de 28 de septiembre de 1994 y 21 de marzo de 1995). **(STS de 12 de mayo de 2011;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don Cesáreo y don Argimiro concertaron en 1971 un contrato de arrendamiento sobre una vivienda.

Don Cesáreo interpuso demanda contra su inquilino don Argimiro en ejercicio de acción de actualización de renta, dirigida a obtener una declaración judicial por la que, de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria 2.^a, aptdo. D) 11, LAU 1994, se estime procedente la actualización de la renta al 100 por 100, al haber sido solicitada esta actualización una vez transcurridos diez años desde la entrada en vigor de la actual LAU. El demandado se opuso a la demanda por entender que la renta actualizada mensual que le es exigible transcurridos diez años desde el primer vencimiento del contra-

to producido una vez en vigor la nueva Ley de 1994 será, durante el primer año, el 10 por 100 de la renta actualizada más el 10 por 100 de los gastos de comunidad, y así sucesivamente hasta alcanzar el 100 por 100 de renta actualizada después de diez años.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, acogiendo la tesis mantenida por el demandado en cuanto a la necesidad de un incremento de renta gradual y por años de un 10 por 100 hasta llegar a la totalidad del incremento previsto en la ley en un plazo de diez años. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia del Juzgado y declarando procedente la actualización total de la renta solicitada por el arrendador al haber transcurrido ya los diez años previstos en la citada disposición transitoria. Contra esa sentencia, el demandado don Argimiro recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia de la Audiencia. (F. J. J. M.)

27. *Dies a quo* para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción de retracto. El conocimiento de la transmisión por parte del retrayente hace innecesaria la notificación.—La jurisprudencia de esta Sala ha modulado el rigor del mandato contenido en el apartado segundo del artículo 48 LAU de 24 de diciembre de 1964, que constituye el precedente legislativo del actual artículo 25.3 de la vigente ley locativa, afirmando que, no obstante los tajantes términos del precepto, devenía innecesaria la práctica de la notificación en forma cuando aparecía probado que el arrendatario ya había tenido pleno y exacto conocimiento de la venta o transmisión y de sus condiciones, a partir de cuyo momento debía contarse el plazo de caducidad establecido en la norma.

Este criterio jurisprudencial, recogido, entre otras, en las sentencias de 6 de marzo de 2000, 14 de noviembre de 2002, 13 de marzo de 2004, y 14 de diciembre de 2006 y 24 de abril de 2007, mantiene plenamente su vigencia tras la publicación de la Ley 29/94, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, y es aplicable a los retractos ejercitados con arreglo a sus disposiciones, tanto más cuanto el legislador ha hecho desaparecer de la redacción del artículo 25.3 de la vigente ley la expresión *en todo caso* que contenía el artículo 48.2 de la anterior ley de arrendamientos. Se completa, por otra parte, con la doctrina conforme a la cual la publicidad registral del acto traslativo de dominio no desplaza el deber legal impuesto por la norma, ni tiene virtualidad de cara a considerar acreditado el conocimiento completo y exacto de las condiciones de la venta, advirtiendo la jurisprudencia de esta Sala acerca de la claridad y rotundidad del mandato legal, eliminado la ficción del Registro y su consiguiente presunción de conocimiento de los hechos inscritos (Sentencia de 14 de diciembre de 2006, que cita las de 22 de junio de 1962, 6 de febrero de 1965 y 19 de diciembre de 1968).

No se vulnera, por tanto, ninguna doctrina de esta sala respecto al ejercicio de la acción de retracto por cuanto la que aplica la sentencia es la que resulta de las sentencias citadas, y lo que realmente plantea el recurso es una cuestión de hecho, referida a la regla de conocimiento del arrendatario de las condiciones esenciales en que se produjo la compraventa, en contra del criterio de la Sala, lo que no es posible en el marco de este recurso (SSTS 23 de

diciembre 2005; 18 de octubre de 2007, entre otras). **(STS de 8 de noviembre de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS: Don L. acudió al Juzgado solicitando declarase su derecho a retraer la finca adquirida por don N. y doña M. E. y el órgano jurisdiccional accedió a lo pedido interpretando que el requerimiento de denegación de prórroga previo al juicio de retracto no podía equipararse a la notificación fehaciente de la venta o transmisión exigida por el artículo 48 LAU. La apelación de los demandados fue acogida por la Audiencia que consideró que el requerimiento notarial por el que se denegaba al actor la prórroga del arrendamiento dejando constancia a la vez de la titularidad del demandado bastaba para que el arrendatario tuviera conocimiento de la transmisión. El cotejo de las fechas del requerimiento y de interposición de la demanda permitía concluir la caducidad de la acción. El actor interpuso recurso por interés casacional planteando el problema de la determinación del momento en que comienza el cómputo de la acción de retracto. El Tribunal Supremo negó la vulneración de su doctrina aducida por el recurrente y declaró no haber lugar (*R. G. S.*)

28. Arrendamientos urbanos. Subrogación en el arrendamiento de local de negocio por jubilación prevista en la DT Tercera LAU. Extinción del contrato por jubilación del cónyuge subrogado aun cuando se mantenga como empresario al frente del negocio explotado en el local.—Bajo el régimen del TRLAU 1964 la duración del arrendamiento de los locales de negocio estaba sujeta a la prórroga forzosa por decisión unilateral del arrendatario a tenor del artículo 57. Entre las causas tasadas de resolución del contrato a instancia del arrendador previstas en el artículo 114 del expresado texto refundido de 1964, no se hallaba la jubilación del arrendatario. Sin embargo, la disposición transitoria 3.^a, A), aptdo. 1, LAU dispone, en relación con los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985 que subsistan en la fecha de su entrada en vigor, que continuarán rigiéndose por las normas de la LAU 1964 relativas al contrato de arrendamiento de local de negocio, salvo las modificaciones contenidas en los apartados siguientes de la misma disposición transitoria, figurando entre estas modificaciones que los arrendamientos cuyo arrendatario fuera una persona física se extinguirán por su jubilación o fallecimiento salvo que se subrogue su cónyuge y continúe la misma actividad desarrollada en el local.

Los términos jurídicos de jubilación y titularidad de actividad empresarial no son equiparables, pues jubilación es el nombre que recibe el acto administrativo por el que un trabajador en activo, ya sea por cuenta propia o ajena, pasa a una situación pasiva o de inactividad laboral, tras alcanzar una determinada edad máxima legal para trabajar, mientras que el empresario individual (autónomo) es una persona física que realiza en nombre propio y por medio de una empresa una actividad comercial, industrial o profesional, que generalmente se asocia con el autoempleo, dado que el propietario de la empresa es a su vez trabajador en la misma, independientemente de la actividad que desarrolle y del tipo de trabajo que realice. Es decir, es empresario y trabajador al mismo tiempo y por tanto como trabajador resulta afectado por la situación de jubilación, por más que se sitúe al frente de una actividad

empresarial. La regla general es que el disfrute de la pensión por jubilación es incompatible con la realización de trabajos por cuenta ajena/propia o con la realización de actividades para las Administraciones Públicas a excepción de la denominada jubilación flexible que permite compatibilizar ambos conceptos bajo circunstancias muy concretas. Por otra parte, la pensión de jubilación del empresario es compatible con el mero mantenimiento de la titularidad del negocio o establecimiento mercantil, siempre que no lleve a cabo ningún trabajo. Si la arrendataria desea continuar con el arrendamiento de local de negocio, deberá no solicitar la pensión de jubilación en el régimen de trabajadores autónomos. **(STS de 8 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña Camila, doña Florencia, doña Noelia y doña Zulima, como propietarias de un local de negocio, ejercitan una acción de extinción de contrato de arrendamiento, contra doña Rebeca como actual arrendataria, al haberse subrogado en 1995 por la muerte de su marido que en el momento era el arrendatario de dicho local, desde 1953, y lo hacen sobre la base de que la subrogación prevista en la disposición transitoria 3.ª B) 3 LAU para los contratos de arrendamiento de locales de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985 en favor del cónyuge del arrendatario persona física ya se produjo, sin que quepa una nueva subrogación, y que por lo tanto el contrato habría de extinguirse por la jubilación del cónyuge subrogado, lo que se produjo por cumplimiento de los sesenta y cinco años por la demandada, que percibe la correspondiente prestación. La demandada alega que no ha cesado en sus funciones y actividad como empresaria del local citado, estando al frente del mismo, sin que se haya producido su jubilación, ya que se encuentra dada de alta en la Seguridad Social, teniendo a cinco trabajadores dados de alta a su cuenta como empresaria y estando dada de alta en la Agencia Tributaria en el impuesto de actividades económicas. Admite que desde que cumple sesenta y cinco años está cobrando una pensión de vejez, pero que en los trabajadores autónomos la pensión de vejez es compatible con el ejercicio de la actividad empresarial, no pudiéndose por tanto comparar la jubilación administrativa con la que se produce en el cese de la actividad laboral o profesional, produciéndose la causa de extinción cuando se produce la jubilación por el cese en el local de la actividad que en él se desarrolla.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, por considerar que la demandada seguía ejerciendo su actividad empresarial en el negocio que tiene en el local arrendado y que no se daba la causa de resolución de contrato. Interpuesto recurso de apelación por las demandantes, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia de instancia y declarando extinguido por jubilación de la arrendataria subrogada el contrato de arrendamiento de local de negocio. Contra esa sentencia doña Rebeca interpuso recurso de casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia impugnada. (*F. J. J. M.*)

29. Retracto arrendaticio sobre local de negocio sometido a la LAU de 1964.—La jurisprudencia referida por la Audiencia no es aplicable al caso

objeto de debate desde el momento en que la propia sentencia recurrida reconoce que la finca que pretende ser retraída se configura como una unidad independiente. Nada impide, en principio, el ejercicio del retracto porque el demandado haya adquirido otras fincas, también independientes, ubicadas en el mismo edificio, tal y como se expone en las dos sentencias más recientes de esta Sala que sustentan el interés casacional en el que se funda el recurso a las que antes se ha hecho mención. Máxime cuando en la escritura de compraventa, pese a que se da un precio global por la adquisición de los pisos y el local de negocio, aparece cada uno de estos inmuebles perfectamente individualizado. Negar el derecho de retracto ejercitado al amparo del LAU 1964, por producirse una enajenación, en bloque, de varios pisos o locales de un edificio, supondría, como indica la citada sentencia de esta Sala de 8 de abril de 2000, así como también la más reciente de 24 de marzo de 2010 (RC 753/2006), dejar en manos del propietario-arrendador y del nuevo adquirente la facultad de decidir si el arrendatario puede ejercitar o no un derecho que tiene legalmente reconocido.

Aunque la LAU 1994 opta por una solución distinta para el mismo supuesto de hecho en su artículo 25.7, al disponer que «No habrá lugar a los derechos de tanteo o retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble, ni tampoco cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble», el conflicto debe resolverse dentro del marco normativo fijado por el TRLAU 1964, cuyos artículos 47 y 48 regulan el derecho de tanteo y retracto, debido a que el contrato de arrendamiento que vincula a las partes es de fecha 11 de marzo de 1987 (disposición transitoria 4.^a LAU 1994).

La parte recurrente ha ejercitado el derecho de retracto dentro del plazo legalmente establecido. La efectividad del retracto exige la individualización del precio, dado que, conforme a la naturaleza del propio retracto, la determinación del precio se configura como un elemento esencial. En el caso examinado, el precio de venta del local de negocio sobre el que se ejercita el derecho de retracto, no quedó concretado en la escritura de venta, donde únicamente se recoge un precio global por la compra de los diferentes inmuebles que adquirió el aquí recurrido. Para su determinación, se debe acudir, como así hizo el juzgado de primera instancia, al precio establecido en el informe elaborado por el perito judicial que consta en las actuaciones. Tal informe goza de una mayor imparcialidad que la que pueda reconocerse a los dictámenes emitidos por los peritos designados por las partes y, además, ha fijado el precio en atención al valor que tenía del local de negocio en el momento en el que se produjo la venta.

Se debe reiterar como doctrina jurisprudencial que el derecho de retracto reconocido al arrendatario en el artículo 48 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 se ha de considerar aplicable no sólo en los casos en que se venda un único piso o planta destinados a vivienda o local de negocio, sino también en aquellos otros en que el propietario proceda a la agrupación de dos o más pisos o locales y realice la venta conjunta de los mismos por un solo precio. (**STS de 10 de noviembre 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La actora había arrendado un local de negocio situado en un edificio dividido en régimen de propiedad horizontal cuyo arrendamiento —por la fecha de su celebración— quedaba

sometido a la LAU de 1964. El local fue enajenado por la propietaria-arrendadora a la demandada que, posteriormente, adquirió el resto del inmueble donde aquél estaba situado. La actora presentó demanda ejercitando acción de retracto. En ella hacía constar que el precio de venta del local arrendado no podía conocerse ya que se había establecido un precio global de adquisición por un conjunto de inmuebles entre los que se encontraba el que era objeto del retracto y solicitaba, en consecuencia, la determinación pericial del valor de venta. La demandada se opuso aduciendo que al haber adquirido no solo el local sino otros inmuebles situados en el mismo edificio, el retracto no podía prosperar. El Juzgado estimó íntegramente la demanda. La Audiencia estimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora y sienta jurisprudencia en cuanto a los casos en que debe considerarse aplicable el derecho de retracto del artículo 48 del TRLAU 1964. (R. G. S.)

30. Arrendamiento de local de negocio versus arrendamiento de industria. Diferencias.—Siguiendo una doctrina jurisprudencial ya asentada, el TS declara que los arriendos de locales para negocio se diferencian de los de industria en que en los primeros lo que se cede es el elemento inmobiliario, mientras que en los segundos el objeto contractual es tanto el local como el negocio instalado y que se desarrolla en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación, que conforman un todo patrimonial autónomo (por todas, SSTs de 8 de junio de 1998 y de 7 de julio de 2006). Respecto de este segundo tipo de contrato de arrendamiento, la legislación aplicable ha de ser la contenida en el Código Civil (STS de 18 de marzo de 2009) y, por consiguiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 1565 CC, expirado el plazo inicialmente pactado por las partes y las posibles prórrogas determinadas en el contrato, procede acordar el desahucio del arrendatario por expiración del plazo del contrato de arrendamiento. (STS de 25 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El presente litigio tiene su origen en la demanda presentada por la compañía mercantil IH contra don R, por la que se solicitaba que se declarara la resolución del contrato de arrendamiento de industria para la explotación de ganado concertado entre las partes y, por tanto, se manifestara que había lugar al desahucio del demandado.

El Juez de primera instancia estima íntegramente la demanda. Entiende que este tipo de contratos se ha de regir por el Código Civil, ya que si bien es cierto, a diferencia de la LAU de 1964, cuyo artículo 3 excluía del ámbito de aplicación los arrendamientos de industria, la LAU de 1994 no los excluye expresamente, pero no por ello han de entenderse incluidos en dicha Ley. El Juez entiende que en los contratos de arrendamiento de industria, a diferencia de los contratos de arrendamiento de local de negocio, no se arrienda exclusivamente el local, sino una industria ya instalada y en funcionamiento. Por tanto, concluye que, por aplicación del artículo 1565 CC, habiéndose pactado por las partes en la estipulación segunda del contrato la duración del mismo hasta el 31 de diciembre

de 2001, así como la posibilidad de prorrogarlo de mutuo acuerdo y constando en actos que la entidad demandante requirió al demandado para que dejase libre la explotación, vencida la prórroga, debe entenderse válido el requerimiento efectuado y expirado el plazo de arrendamiento. Por ello, conforme al artículo 1581 CC, ha lugar al desahucio por expiración del plazo.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandado y confirma la sentencia de primera instancia.

Contra esta sentencia, el demandado interpone recurso de casación alegando la existencia de interés casacional, al considerar que la sentencia recurrida resuelve un punto sobre el que existe jurisprudencia contraria de las Audiencias Provinciales. (*G.M.A.*)

31. Distinción entre las figuras del acceso a la propiedad y el retracto.—Según reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 14 de diciembre de 1992; 7 de octubre de 1994; y 24 de septiembre de 1999), en relación al acceso a la propiedad, fallecido el demandante, se extingue el acceso a la propiedad que al mismo pudiera corresponder por su condición de arrendatario, por lo que no es posible, de ningún modo, hacer una declaración o reconocimiento del derecho pretendido en favor del arrendatario fallecido, ni, por consecuencia de ese fallecimiento, a favor de quien pueda ostentar la condición de sucesor en el arrendamiento al amparo del artículo 79 LAR. Sin embargo, esta situación no puede extenderse al retracto, pues son instituciones que no tienen semejanza alguna, dado el evidente carácter personalísimo y, por consiguiente, intransmisible que se predica del acceso a la propiedad a la que la ley asocia el compromiso ineludible de cultivar personalmente las fincas adquiridas durante un mínimo de seis años. Cosa que no sucede con el retracto. Efectivamente, al ejercer el derecho de retraer, se recupera incondicionalmente como propietario aquello que anteriormente se disfrutaba como arrendatario.

Expiación de la prórroga legal del arrendamiento rústico y extinción del contrato de arrendamiento rústico.—La Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos prorroga estos arrendamientos por un único y último periodo —hasta el 31 de diciembre de 1997—, durante el cual el arrendatario podrá ejercitar el derecho de acceso a la propiedad. El TS traza una clara diferencia entre la determinación de la fecha de finalización del derecho del arrendatario a acceder a la propiedad y la extinción del contrato, declarando que la expiración de la prórroga legal del primero no produce la extinción automática del contrato de arrendamiento rústico, pues puede haber existido tácita reconducción. En definitiva, la Ley 1/1992, de Arrendamientos Rústicos Históricos modifica la Ley 83/1980, de Arrendamientos Rústicos únicamente en lo que respecta al derecho de acceso a la propiedad del arrendatario y al complemento indemnizatorio por abandono. En todo lo demás, los arrendamientos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos siguen rigiéndose por la misma, que es la que determina el régimen jurídico de aquéllos, salvo en lo que respecta al tiempo de duración, que es el propio de la tácita reconducción del contrato de arrendamiento en el que se mantiene la relación arrendaticia y en cuya situación no pierde la condición de arrendatario que le permite ejercitar el derecho de retracto, por no prohibirlo la citada

Ley de Arrendamientos Rústicos. (STS de 22 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El procedimiento se inicia por demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de retracto de fincas rústicas, al ser el demandante arrendatario de arrendamiento rústico histórico y haberse enajenado las fincas arrendadas al demandado, sin habersele notificado previamente. La demandada niega la condición de cultivador personal al demandante, así como la posibilidad del derecho de retracto, ya que habiendo transcurrido el plazo de prórroga legal de la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos sin ejercitarse el acceso a la propiedad, el contrato por tácita reconducción quedaba sujeto al derecho común, que no contempla dicho derecho de retracto.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda porque considera que ha quedado acreditada la condición de cultivador personal del demandante, así como su derecho de retracto sobre las fincas, ya que no puede entenderse que se esté ante la tácita reconducción, sino en el supuesto contemplado en el artículo 4 de la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos.

Formulado recurso de apelación por la demandada, se dicta sentencia desestimatoria, confirmando en todos sus extremos la sentencia de primera instancia. Argumenta esta sentencia que la aportación documental no se ha producido extemporáneamente, al tiempo que considera que no se está ante una situación de tácita reconducción, sino de prórroga del contrato, que no se ha extinguido. (G. M. A.)

32. Contrato de obra. Legitimación activa del promotor para demandar a contratista y técnicos aun cuando haya transmitido la propiedad de la obra.—La jurisprudencia del artículo 1591 CC admite reiteradamente la legitimación activa del promotor frente al contratista y técnicos intervinientes en el proceso constructivo, no sólo para el caso de que continúe siendo propietario de la edificación, sino también cuando los posteriores adquirentes le hubieran reclamado, de forma fehaciente, la reparación de los daños sobrevenidos a la construcción. Por lo que el promotor arrendador puede, legítima y legalmente, eludir esta responsabilidad demandando anticipadamente al ejecutor material, para que éste se responsabilice de su conducta incumplidora, origen del defecto constructivo (SSTS de 17 de julio de 1990, de 7 de noviembre de 2005 y de 20 de diciembre de 2007).

Contrato de obra. Compatibilidad del ejercicio de las acciones derivadas de los defectos constructivos y de las resultantes del contrato.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de la compatibilidad de la acción derivada de la existencia de vicios ruinógenos del artículo 1591 CC con las de cumplimiento o resolución contractual del artículo 1124 CC, o incumplimiento o cumplimiento defectuoso del artículo 1101 CC y, por tanto, acumulables en su ejercicio (SSTS de 19 de mayo de 1998, de 2 de octubre de 2003 y de 30 de junio de 2006, entre otras muchas). (STS de 28 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La promotora EISA formuló demanda por vicios ruínógenos frente a LEP, empresa encargada de los proyectos y de la dirección facultativa, la constructora ACS y frente a don Adriano y don Alonso como redactores de los proyectos básicos y de ejecución de la construcción de un centro comercial, solicitando que se condenase a todos solidariamente a la realización de las obras de reparación necesarias, así como a la realización de un proyecto adecuado y a la indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a los demandados. La Audiencia Provincial de Vizcaya estimó el recurso de apelación interpuesto por don Adriano y don Alonso y los absolvió de la demanda formulada contra ellos. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación de las empresas condenadas. (*L. A. G. D.*)

33. Ley de Ordenación de la Edificación: obligaciones tanto para el director de la obra, como para el director de la ejecución.—Son aquéllas que tienen como punto de partida el proyecto que define la obra, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas; así como, las obligaciones contraídas con el promotor en virtud del encargo recibido de procurar una edificación no solo ajustada a la normativa técnica obligatoria propiamente dicha, sino al conjunto de la normativa reguladora del sector de actividad profesional de que se trate (STS de 13 de marzo 2008).

El promotor: alcance de su intervención en el proceso edificativo.—El promotor como agente que también es de la edificación, según el artículo 9 LOE, tiene una eficaz y decisiva intervención en el proceso edificativo, intervención que es continuada y parte desde la adquisición del solar y cumplimiento de trámites administrativos y urbanísticos para la edificación hasta llegar a presentar en el mercado un producto que debe ser correcto (STS de 13 de marzo 2008). (**STS de 6 de abril de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La entidad demandante, en su condición de promotora y constructora, contrató a los demandados, dos arquitectos superiores y un arquitecto técnico, para la elaboración del proyecto y la dirección técnica facultativa y de ejecución de la construcción de dos viviendas en una parcela de su propiedad. Al estar las obras prácticamente concluidas, el Ayuntamiento al que pertenecía la parcela, luego de constatar la falta de adecuación de la obra al proyecto y parámetros urbanísticos requeridos, concluyó que la obra, en esas condiciones, no era legalizable.

La parte actora interesó la condena solidaria de los demandados al pago de una indemnización de daños y perjuicios por negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones propias de su cargo y cometido. Su demanda no prospera en ambas instancias. El TS no da lugar al recurso de casación al quedar probado que el demandante participó en la obra no solo como promotora sino como contratista y que en el transcurso de su ejecución tomó numerosas decisiones que supusieron alterar sustancialmente lo proyectado, con evidente incumplimiento del régimen urbanístico aplicable al terreno en cuestión. (*I. D. -L.*)

34. Recurso de casación. Imposibilidad de revisar los hechos fijados por la sentencia recurrida.—Es doctrina de la Sala 1.^a TS (SSTS de 11 de diciembre de 2008 y 15 de junio de 2009) que la casación no es una tercera instancia, ni permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación de la norma jurídica a la cuestión de hecho.

La LEC ha reforzado el carácter extraordinario del recurso de casación, limitado a los aspectos sustantivos y ajeno a la revisión de la valoración de la prueba o a supuestos defectos de motivación o congruencia de las sentencias, pues deslinda los aspectos sustantivos de los procesales y reserva al recurso de casación comprobar la correcta aplicación del Derecho sustantivo a la cuestión de hecho. **(STS de 16 de marzo de 2011;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios ejerció la acción de responsabilidad por ruina del artículo 1591 CC y la acción de responsabilidad contractual; en la demanda solicitó la condena a la constructora promotora a reparar o indemnizar los vicios y defectos descritos en el informe pericial que se aportaba.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda.

La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación. Consideró, en esencia, que, salvo uno de los defectos denunciados, el resto debían ser indemnizados, dado que se había acreditado que la construcción de las viviendas fue muy deficiente y ante la generalidad de los defectos cuya existencia fue probada durante la tramitación del pleito, los vicios que se denunciaban tenían la naturaleza de ruinógenos.

El Tribunal Supremo no entra en el fondo del asunto y desestima los dos motivos en los que se basa el recurso de casación porque en la formulación de cada uno de ellos la parte recurrente prescinde de los hechos probados en que se asienta la decisión que impugna y denuncia una serie de defectos que afectan a la motivación y congruencia de la sentencia.

Y así, en el primer motivo la recurrente aduce que no han quedado objetivamente acreditados diferentes defectos de construcción por cuya existencia ha sido condenada.

No obstante, observa el Alto Tribunal, el argumento esencial en que se apoya la parte recurrente es que ninguno de los supuestos defectos a que viene obligada a reparar o indemnizar puede ser catalogado como de ruina, ya sea física o funcional. Para realizar tales afirmaciones, la recurrente se aparta de los hechos que han quedado probados para la Audiencia Provincial y de los argumentos jurídicos que se ofrecen en la sentencia recurrida; en ésta se valora como muy deficiente la construcción de las viviendas y se considera acreditada la existencia de tal número de defectos que la construcción debe ser calificada de ruinógena.

También en este motivo, continúa el TS, la recurrente pretende poner de manifiesto una supuesta incongruencia de la sentencia, al denunciar que la Audiencia Provincial ha estimado en parte la demanda haciendo uso de la doctrina de la inhabilidad del objeto, cuando ésta no ha sido alegada por la comunidad de propietarios demandante.

Alega, además, que no se puede distinguir con claridad qué defectos constructivos tienen la naturaleza de ruina legal o funcional y cuales otros son meras imperfecciones o vicios ocultos, lo que impide, a quien recurre, conocer cuál es la base de la condena parcial.

Afirma el TS que estas alegaciones no pueden sustentar un recurso de casación, al tratarse de cuestiones procesales que únicamente pueden ser analizadas a través del recurso extraordinario de infracción procesal.

El segundo de los motivos se sustenta en la vulneración del artículo 1588 CC; la recurrente afirma que dado que la obra fue recibida y aceptada, no cabe solicitar una posterior indemnización por los defectos que se puedan apreciar, sobre todo cuando algunos de ellos tienen su origen en las variaciones que en la construcción realizaron los propietarios, mientras que otros configuran unos vicios aparentes de los que no debe responder el vendedor conforme al artículo 1484 CC.

El Alto Tribunal pone de manifiesto que estos razonamientos suponen una alteración de los hechos en que la sentencia funda su condena, pues no se ha considerado probado ni que los vicios sea aparentes, ni que la actuación llevada a cabo por los propietarios de los inmuebles hubiera afectado a la aparición o agravación de los defectos denunciados. La Audiencia Provincial razona que la firma de los compradores de cada uno de los inmuebles, en el momento en que se produjo la entrega de llaves de los mismos, de un documento en que se mostraban su conformidad en la construcción y calidad de los materiales no supone, como afirma la entidad demandada, que los adquirentes renunciaran a toda reclamación. Esto es así, no sólo porque en el referido documento se excepcionaban los vicios ocultos, sino porque no se renunció al ejercicio de la acción prevista en el artículo 1591 CC. (*B. G. F.*)

35. Contrato de arrendamiento de obra. Concepto de ruina funcional.—Es reiterada la jurisprudencia al precisar que el concepto de ruina funcional gravita en torno a la idoneidad de la cosa para su normal destino y al valor práctico de la utilidad y seguridad de una adecuada construcción. Los desperfectos y deficiencias existentes trascienden de meras imperfecciones corrientes, y hacen difícil o penosa la normal utilización y habitabilidad del inmueble, convirtiendo su uso en irritante o molesto, y en tal sentido han de ser reputadas deficiencias graves, constitutivas de vicios ruinógenos a los efectos de la responsabilidad decenal el artículo 1591 CC (SSTS de 21 de marzo de 2002, 13 de febrero de 2007, 5 de junio 2008 y 19 de julio 2010), en los que cabe apreciar un grado de afectación al normal uso y habitabilidad del edificio y un grado de incomodidad y molestias en su utilización. (**STS de 27 de mayo de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios de X reclamó de la constructora ACPL, S.L., la reparación de los defectos y daños apreciados tanto en viviendas como en elementos comunes, bajo apercibimiento de ejecutarlos a su costa.

La Comunidad interpuso demanda contra la constructora, solicitando se condenara a la demandada a dejar el edificio afectado en el estado de habitabilidad, utilidad, seguridad y solidez que debería haber tenido de no haberse construido con vicios, y para el caso de que no realice las reparaciones, se ejecutaran a su costa.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, al considerar que los vicios no eran ruinógenos sino meros defectos constructivos y que habiendo ejercitado la parte actora sólo la acción del artículo 1591 CC, no procedía la condena de la parte demandada. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia del juzgado en el sentido de estimar parcialmente la demanda y de condenar a la constructora a la reparación de parte de los vicios apreciados, con subsidiaria ejecución a su costa, por estimar que los defectos apreciados entran dentro del concepto de ruina funcional en sentido amplio por cuanto hacen inhábil las edificaciones para el uso que les es propio, y que, aun cuando no se calificaran como vicios ruinógenos, procedería la condena de la constructora por existir un incumplimiento contractual. Contra esa sentencia, la constructora interpuso recurso de casación, siendo estimado en parte por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

36. Responsabilidad de los partícipes en el hecho constructivo por causa de los vicios ruinógenos.—El artículo 17 LOE recoge como regla general que la responsabilidad por vicios ruinógenos que se pone a cargo de los partícipes en el hecho constructivo es individualizada, personal y privativa, en armonía con la culpa propia de cada uno de estos sujetos en el cumplimiento de la respectiva función específica que desarrollan en el proceso edificativo (SSTS de 29 de noviembre de 1993, 24 de mayo de 2007 y 30 de julio de 2008). Por tanto, la condena solidaria de estos intervinientes en la construcción sólo está justificada cuando no pueda individualizarse la responsabilidad correspondiente a cada uno de los culpables de los defectos constructivos; si puede discriminarse con nitidez la participación de cada uno en el resultado ruinoso podrá exigírseles, en cambio, la reparación de forma individualizada (entre otras, SSTS de 30 de junio de 2005, 31 de mayo de 2007 y 26 de junio de 2008).

Obligación derivada de la responsabilidad por vicios ruinógenos. Reparación o indemnización.—Declara el Tribunal Supremo que tanto el tenor literal del artículo 1591 CC, como el del artículo 17 LOE permiten interpretar que la obligación a la que se refieren ambos de responder de los daños causados puede ser de hacer o simplemente indemnizatoria; caben, pues, ambas soluciones, como se deduce igualmente del artículo 19.6 LOE (STS de 21 de diciembre de 2010). Ello no es más que la consecuencia racional y lógica de que el fin de la indemnización es tanto la reparación como la compensación pecuniaria, y de que lo que se pretende realmente es que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa del responsable del daño, en situación igual o, al menos, equivalente, a la que tenía antes de haber sufrido el daño, aunque posiblemente la solución indemnizatoria sea más efectiva en atención a las complicaciones, dilaciones y conflictos que se pueden plantear en el trámite ejecutivo resultante de una condena de hacer a costa de quien causó el daño. Ahora bien, conforme a la regla

general del artículo 1098 CC, la indemnización es una excepción a la regla general de la reparación, que exige la acreditación de circunstancias añadidas, como es el requerimiento desatendido por los agentes responsables para ejecutar las obras de reparación de los desperfectos existentes, cosa que no se ha acreditado en este caso. (STS de 15 de febrero de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El propietario de un edificio interpuso demanda frente a quienes habían participado en la construcción del mismo, ejercitando la acción de responsabilidad decenal ante los graves desperfectos producidos en la fachada, y solicitando la condena al pago de una indemnización que comprendía la reparación de los defectos constructivos y los daños y perjuicios sufridos.

La sentencia de primera instancia condenó a todos los demandados de forma solidaria. Recurrida en apelación esta sentencia por los demandados, la Audiencia Provincial estimó varios de los recursos, revocando parte de la sentencia apelada. Se consideró acreditado que el defecto de la construcción puesto de manifiesto estaba en el mortero que servía de base al material de revestimiento de la fachada, lo que ponía de relieve que el daño no era imputable a los arquitectos superiores de la obra ni a la entidad suministradora del material de revestimiento de la fachada. Habiéndose, pues, individualizado los defectos y el grado de participación, declaró absueltos a estos recurrentes y condenó al resto al pago de la cantidad correspondiente a las obras ya realizadas y a la realización de las obras de reparación necesarias en las fachadas que aún no hubieran sido reparadas o a la ejecución a su costa, en caso de que no se realizaran en un plazo razonable. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la propietaria del edificio. (A. M. M.)

37. Contrato de arrendamiento de obra. Responsabilidad de los agentes de la construcción por defectos en la misma. Inversión de la carga de la prueba.—La responsabilidad que impone el artículo 1591 CC, y ahora el artículo 17.8 LOE, a las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación se establece en favor de los propietarios y de los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos en el caso de que fueran objeto de división, y no será exigible a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación si se prueba que aquellos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño. Tiene como presupuesto el incumplimiento de la *lex artis* como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones de quienes ponen sus conocimientos técnicos al servicio de la construcción, aplicando a tal fin parámetros adecuados a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Acreditada que una construcción es defectuosa, se presumirá que existe una acción u omisión negligente del sujeto agente, que siempre responderá del daño, salvo que concurran las circunstancias enervantes de la acción, de tal forma que la falta de prueba sobre el origen del daño no recaerá sobre los demandantes, a los que les basta con acreditar que la ruina existe, que se produjo y se manifestó en el plazo decenal, sino sobre los demandados (SSTS de 29 de noviembre de 1993; y 31 de mayo de 2000, en la interpretación del art. 1591 CC).

Es, por tanto, de plena aplicación el principio de inversión de la carga de la prueba que obliga al perjudicado a acreditar que existe un daño vinculado a la actuación de los agentes y que éste ha ocurrido dentro del periodo de garantía. Si así fuera, no quedarán estos exonerados de su responsabilidad si no acreditan fehacientemente que el daño o vicio constructivo se produjo por causas ajenas a su intervención. (STS de 7 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios del edificio X interpuso demanda contra los arquitectos don Eliseo, don Eugenio y don Ezequías por existencia de vicios ruinógenos, solicitando la realización de las obras necesarias para la reparación y subsanación de los defectos y alternativamente en caso de no ejecución de tales obras una cantidad de dinero, además de los daños morales.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la Comunidad demandante, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia de instancia y estimando parcialmente la demanda, condenando a los demandados a realizar las obras necesarias para la eliminación y subsanación de los defectos de construcción determinantes de la ruina y, alternativamente para el supuesto de la no ejecución de dichas obras en un mes, al pago de la cantidad equivalente al coste de las obras de reparación, desestimando la demanda en todo lo demás. Contra esa sentencia, los demandados interpusieron recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, siendo desestimados por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

38. Responsabilidad del promotor en los contratos denominados *llaves en mano*. Artículo 1591.2 CC.—El promotor se comporta frente al comprador del inmueble de una forma ambivalente porque, por una parte, es un encargado de la construcción del edificio que ha vendido sobre plano y, en consecuencia, será responsable de los defectos o vicios de la construcción que presente el inmueble y, por otra parte, actúa como vendedor del inmueble.

En los contratos denominados *llaves en mano* no puede excluirse la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1591.2 CC, que establece un plazo de quince años para la responsabilidad ocasionada por el incumplimiento del contrato. Efectivamente, no se trata únicamente de un contrato de arrendamiento de obra en el que se demanda al promotor como tal, sino de una compraventa de cosa futura, que el promotor está encargado de poner a disposición del adquirente, con las condiciones expresadas en la memoria de calidades; por todo ello hay que aplicar la regla del artículo 1591.2 CC, dado que el promotor es el vendedor y responde por el incumplimiento de las calidades.

Contratos con cláusula genérica de entrega a satisfacción.—Siguiendo a la STS de 15 de marzo de 2010, este tipo de contratos «[...] cae[n] por sus características dentro del ámbito de aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, vigente en el momento de la adquisición [...], que aparece desarrollado en el artículo 3.2 Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, con evidentes reflejos constitucionales, en el que la oferta es un sentido amplio, incluida la publicitaria y, con mayor razón, el documento contractual, determinan el derecho del compra-

dor a recibir, a costa del vendedor, la copia de diversos documentos sobre el objeto y precio del contrato. Se trata, en definitiva, de que tenga una representación cumplida de lo que va a adquirir y que el vendedor asuma la obligación esencial y constitutiva de entregar al vendedor la cosa vendida, una vez que ésta ha alcanzado la existencia real y física cumpliendo de esa forma lo ofertado en la memoria de calidades y en la publicidad que se integran en el contenido del contrato». En el mismo sentido, la STS de 12 de diciembre de 2005. (STS de 8 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En unos folletos de propaganda, la promotora demandada ofreció la venta de viviendas de una urbanización con unos servicios comunes; adjunta figuraba la memoria de calidades.

Los demandantes (la comunidad de propietarios y 20 propietarios individuales) denunciaron el incumplimiento del contrato por defectos en la construcción e incumplimiento de las calidades, entre otros extremos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó totalmente la demanda.

La Audiencia estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por la promotora.

En el recurso de casación, desestimado por el Tribunal Supremo, la promotora alegaba, por un lado, la no concurrencia de incumplimiento; por otro lado, entendía que, al recibir los compradores las viviendas conocían sus características y no hicieron ninguna reclamación acerca de las calidades de la vivienda hasta dos años después, con la interposición de la demanda, por lo que habían mantenido una conducta inequívoca (*sic*).

NOTA.—La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ha sido derogada por el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) que contempla la incorporación de la publicidad al contenido del contrato en su artículo 61. (B. G. F.)

39. Contrato de asesoramiento y gestión para ahorro de costes de consumo de energía eléctrica: arrendamiento de servicios. Desistimiento unilateral: en las relaciones concertadas *intuitu personae* y en caso de frustración de la utilidad que el contrato comportaría.—La relación jurídica litigiosa se encuadra en el ámbito de los denominados en el Código Civil arrendamientos de servicios (arts. 1542 y 1544), —aunque mejor sería hablar de contrato de prestación de servicios—, o, como hace la doctrina moderna, con referencia a una categoría más amplia, en las que califica como relaciones de gestión. El contrato de servicios, según el *facere* en que consista, puede cobijar múltiples modalidades —la del caso, que ya tiene precedentes en esta Sala en Sentencias de 20 de mayo de 1992 y 15 de diciembre de 2009 entre otras, se refiere a «asesoramiento y gestiones para ahorro de costes de consumo de energía eléctrica»— y presentarse con diversidad de estipulaciones, que, en virtud del pacto —*lex privata*—, conforman distintas perspectivas en cuanto a la duración, indemnización y otros aspectos y condicionan diversas consecuencias jurídicas. Con carácter general, cuando concurre al *intuitu personae*, se admite el desistimiento unilateral, con indemnización de daños

y perjuicios (SS de 6 de octubre de 1989; 30 de marzo de 1992; 11 de mayo de 1993; 20 de junio de 1995; 12 de mayo de 1997; 25 de marzo de 1998; 24 de junio de 2010, entre otras) salvo causa justificada. En el caso, la interrupción de la actividad de la prestadora del servicio (arrendataria en la terminología del t. 1546 CC) por la beneficiaria del mismo (arrendataria según dicho precepto, en cuanto que es la que se obliga a pagar el precio) se produjo por una causa justificada, dado que la reclamación administrativa que intentaba la actora «no tenía visos de prosperabilidad», y, por consiguiente, no se produjo infracción legal por la denegación de la indemnización pretendida. Pero, aún de ubicarse la relación del caso fuera del «carácter personal» –contemplación o miramiento de la persona en quien se deposita la confianza de la prestación del servicio–, lo que en un sector de la doctrina moderna se reduce a los arrendamientos de «servicios profesionales», no cambiaría la situación y los efectos consiguientes. La finalidad del contrato era la de obtener un ahorro en el consumo de energía eléctrica y su objeto la actividad encaminada a tal fin. Si en un momento dado la arrendataria estima que no va a conseguir ninguna ventaja o beneficio es razonable que pueda desistir de que continúe la actividad de gestión de la arrendadora, porque la utilidad es un elemento consustancial de la prestación que integra la obligación de hacer. Y claro es, para que no sea un mero arbitrio de cumplimiento del contrato o contrario a la buena fe, se requiere una causa justificada, que excluye la consecuencia indemnizatoria.

Dolo contractual.–[...] en modo alguno cabe estimar la existencia de una actuación dolosa por parte de... [la empresa arrendataria del servicio] . Las dos modalidades de dolo reguladas en el Código Civil (art. 1101 en relación con el incumplimiento de las obligaciones, y 1269 y 1270 respecto de la formación de la voluntad contractual –dolo *in contrahendo*–) no se presumen y corresponde la carga de probarlas cumplidamente a quien las alega (SS de 7 de julio de 1989, 4 de diciembre de 1990, 11 de mayo de 1993, 23 de enero de 1994, 8 de junio de 1995, 18 de julio de 2000, 31 de mayo de 2008). En el caso, ni se aprecia por el juzgador *a quo*, ni se plantea en el recurso un motivo idóneo para el examen del tema, ni cabe desconocer que si bien la significación jurídica es materia de casación, se requiere soporte fáctico adecuado, cuya fijación es ajena a este recurso. **(STS de 23 de diciembre 2010; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.–Una importante fábrica de cervezas y una entidad mercantil dedicada a la elaboración de proyectos y asesoramiento en materias energéticas pactan un contrato de «asesoramiento y gestión para ahorro de costes de consumo de energía eléctrica». La prestadora del servicio se encargaría de gestionar las reclamaciones procedentes respecto de la facturación de energía eléctrica de la empresa cervecera a fin de obtener la devolución de los importes incorrectamente facturados distribuyéndose, en este caso, la diferencia al cincuenta por ciento. Realizadas diversas gestiones y estando en curso una reclamación administrativa entablada a nombre de la arrendataria-beneficiaria del servicio, ésta la interrumpió por considerarla improcedente ya que la facturación energética efectuada era conforme con lo contratado. La entidad asesora consideró que la arrendataria de sus servicios había incumplido el contrato celebrado al no permitirle rematar sus gestiones con la consiguiente pérdida de la oportunidad de obtener el beneficio pactado.

El Juzgado estimó en parte su demanda y condenó a la empresa cervecera al pago de una indemnización. Recurrieron las partes y la apelación de la arrendataria fue acogida: la Audiencia revocó la sentencia de instancia desestimando la demanda inicial. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación interpuesto por la entidad asesora condenando a la empresa cervecera a pagar una indemnización por los conceptos –ajenos al incumplimiento del contrato– que se relacionan en los Fundamentos sexto y décimo de la sentencia. (*R. G. S.*)

40. Cláusula abusiva: contrato de arrendamiento de servicios profesionales de abogado.—El principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC se desenvuelve con las limitaciones propias que imponen las exigencias de la buena fe o la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos –art. 1258 CC –, que también recoge la normativa propia de consumidores y usuarios, con lo que se trata de evitar que se produzca un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones que resultan del acuerdo retributivo que deriva, en este caso, de la prestación de servicios profesionales de abogado. Aquí, la voluntad del profesional es la que impone de forma encubierta los requisitos del servicio jurídico que presta el bufete para impedir que el cliente pueda resolver unilateralmente el contrato con evidente y grave limitación de su derecho de defensa, pues solo será posible hacerlo mediante el desembolso de una indemnización desproporcionada que no tiene como correlativo un pacto que ampare su situación en el supuesto de que quisiera resolver el contrato sea cual sea el motivo y el momento. Se trata, en definitiva, de una cláusula abusiva y, por tanto, nula, que no mantiene una reciprocidad real y equitativa de las obligaciones asumidas por ambos contratantes. (**STS de 8 de abril de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El objeto del pleito era una reclamación de honorarios que tenía su base en un contrato de arrendamiento de servicios profesionales celebrado entre un bufete, en el que está integrado el actor, y el padre de la demandada, ya fallecido, para la defensa de los intereses de éste último en el proceso divisorio de una herencia en la que era coheredero. En el contrato mencionado se incluía la cláusula siguiente: «si por cualquier circunstancia don A. (padre de la demandada) decidiera prescindir de los servicios de abogados, los honorarios quedarán fijados en el quince por ciento del valor de su participación en la herencia, según la valoración más alta de la que se tenga conocimiento y serán satisfechos en el momento de retirada del asunto».

La sentencia de primera instancia admitió parcialmente la demanda de reclamación de honorarios y estimó también en parte la reconvencción al declarar nulo el inciso final de la cláusula del contrato citada en el párrafo anterior. Ambas partes apelaron y la audiencia estimó en parte el recurso de la actora y desestimó totalmente el formulado por la demandada. El TS dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada al declarar nula por abusiva la referida cláusula. (*L. A. P. M.*)

41. Contratos de arrendamiento de servicios de enseñanza conectados a servicios de financiación. Crédito al consumo: valoración de la gratuidad del préstamo.—No puede considerarse gratuito el préstamo concertado por una entidad cuyo fin esencial es la obtención de un lucro, pese a que el interés pactado sea del cero por ciento, cuando el prestamista ha convenido con el proveedor de los servicios una retribución a cargo de este último (este pacto a su vez supone un incremento en el precio del curso).

Contratos vinculados y pacto de exclusividad.—El hecho de que un contrato de financiación deba celebrarse con alguna de las entidades financieras determinadas por la empresa suministradora del servicio ha de ser interpretado como un pacto de exclusividad que limita la libertad del consumidor y que permite apreciar la vinculación entre los contratos de enseñanza y los contratos de crédito concertados para su financiación. Para determinar la vinculación entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de financiación, se considera suficiente la existencia de un acuerdo previo entre el concedente del crédito y el proveedor de los servicios, en virtud del cual aquél ofrezca crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los servicios. (STS de 22 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En febrero de 2003 una empresa dedicada a la enseñanza del inglés cerró sus centros y comunicó a sus alumnos la consiguiente resolución de los contratos celebrados con ellos. Dichos contratos contemplaban dos modalidades distintas de pago: sea en efectivo, sea a través de un contrato de financiación que podía celebrarse con alguna de las distintas entidades financieras concretadas. Pese a la citada resolución de los contratos de enseñanza, las entidades financieras continuaron reclamando y cobrando las mensualidades correspondientes a los contratos de financiación celebrados, por entender que se trataba de contratos de préstamo que habían sido cumplidos por parte de dichas entidades con el pago adelantado del curso y por tanto debían ser cumplidos por parte de los prestatarios con la devolución de las cantidades adelantadas. Lo anterior dio lugar al ejercicio de una acción colectiva ejercitada por la Asociación de consumidores de la provincia de Barcelona en representación de quinientos sesenta y cuatro asociados, en virtud de la cual se solicita la resolución de los contratos de enseñanza de inglés y de los correspondientes contratos de financiación, con la consiguiente condena de las entidades financieras a devolver las cantidades percibidas desde febrero de 2003 con los intereses legales devengados desde la fecha en que fueron abonadas las diversas mensualidades. Las entidades financieras se opusieron alegando, entre otros motivos, los siguientes: que no se trataba de contratos vinculados dado que no ostentaban la exclusividad para la financiación de los cursos; que se trataba de préstamos gratuitos, excluidos de la Ley de crédito al consumo; y, en definitiva, que los alumnos asumían el riesgo del pago anticipado del curso mediante el contrato de préstamo celebrado con una entidad financiera con la que, por otra parte, asumían la obligación de devolución del dinero prestado. En Primera Instancia se estimaron los argumentos esgrimidos por las entidades financieras y solo se condenó a una de ellas (al allanarse esta última a la demanda). Sin embargo, la Audiencia Provincial de Barcelona esti-

mó la pretensión resolutoria de los contratos de financiación formulada por la Asociación de consumidores apelante. En casación, no hubo lugar. (C. J. D.)

42. Nulidad de las cláusulas de redondeo en los préstamos bancarios. Control judicial del contenido de las cláusulas abusivas. Interpretación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.—El Tribunal de apelación declaró nulas las cláusulas a que la demanda se había referido, en aplicación del artículo 8, apartado segundo, de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y, por tanto, del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios. Esto es, por tratarse de estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Esa fue la norma aplicada para resolver el conflicto de intereses planteado en la demanda y no la señalada por la recurrente en el motivo. Y hay que decir que lo fue correctamente, por cuanto la demanda rectora del proceso se interpuso en el año dos mil cinco, mientras que los contratos bancarios a los que las cláusulas se incorporaron fueron celebrados en los años mil novecientos noventa y nueve y dos mil.

No hubo, pues, aplicación retroactiva de la norma que en el motivo señala la recurrente. Y, tampoco, de los artículos en los que realmente se basó la sentencia recurrida.

Por otro lado, respecto a la otra cuestión planteada —deficientemente— en el mismo motivo por Caja Provincial de Ahorros relativa a la posibilidad de un control judicial del contenido de las cláusulas litigiosas y, al fin, a la interpretación del apartado segundo del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, ha de tenerse en cuenta que, como declaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 3 de junio de 2010 —C-484/08—, dicho artículo debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida.

Por ello, esta segunda parte del recurso, en todo caso, también se desestima. (STS de 4 de noviembre 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La Asociación de Usuarios y Consumidores de Servicios Bancarios demandó a una Caja de Ahorros declarando el Juzgado de Primera Instancia la nulidad, por abusivas, de las cláusulas que la entidad imponía a los consumidores en los contrato de préstamo y concesión de crédito que con ellos celebraba. Según estas cláusulas, el interés variable debía determinarse según una fórmula de redondeo al alza de las fracciones de punto aplicables en cada caso. La Audiencia desestimó el recurso de apelación de la demandada considerando, como ya había hecho el Juzgado, que procedía declarar la nulidad de las cláusulas en litigio no por la infracción de los requisitos exigidos para su incorporación a los contratos sino por resultar abusivas para los consumidores en con-

cordancia con lo dispuesto en el artículo 8, apartado segundo de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación. El recurso de casación que interpuso la Caja de Ahorros se fundamentó en la infracción la disposición adicional duodécima de la Ley 44/2002 de noviembre de medidas de reforma del sistema financiero, en relación con la Orden ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Se argumentó que hasta la Ley de 2002 –que excluía la validez del redondeo al alza en los contratos de crédito y de préstamo garantizados con hipoteca, caución, prenda o garantía equivalente– la norma aplicable a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria era la Orden de 1994 y que no cabía una aplicación retroactiva de la norma legal. El Tribunal Supremo, por los motivos que arriba se transcriben, declaró no haber lugar. (R. G. S.)

43. Contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Transparencia de las condiciones financieras. Aplicación de la Ley 7/1998 a condiciones generales reguladas por otras normas.—El artículo 4.2 LCGC deja fuera de su normativa las condiciones generales que reflejen las disposiciones que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes. Sin duda la finalidad de esta norma es respetar la legislación en sectores específicos, como los de las entidades de crédito, entidades aseguradoras y otras entidades financieras. Es el caso de la Orden de 5 de mayo de 1994, relacionada con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase los 25 millones de pesetas. La finalidad no es otra que la de garantizar la información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, facilitando la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario así como la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato que finalmente vaya a concertar. Ahora bien, la finalidad tuitiva que se procura al consumidor en el ámbito de las funciones específicas competencia del Banco de España, en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/1998 a esta suerte de contratos de consumidores, como ley general. Así lo dispone el artículo 2.2 de la Orden, según el cual «lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación». Sería una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC.

Cláusulas sobre notificación previa del tipo de interés y de redondeo: carácter abusivo.—La cláusula 3.4.c) del contrato sobre notificación previa del tipo de interés establecía que «[s]alvo en los casos que, por disposición legal, esté relevado de hacerlo, el banco comunicará a la parte prestataria, por cualquier procedimiento escrito, el nuevo tipo de interés aplicable a la operación, con carácter previo a su aplicación». Como con acierto dice la sentencia de instancia, la norma sexta de la Circular 8/1990 «vaciaba de contenido real la estipulación primera, 3.4.c) pues el juego de ambas [la cláusula y la Circular] impedía siempre la aplicación del deber de comunicación escrita al prestatario, siendo así una condición de imposible cumplimiento [...] provocando una apariencia desmentida por un elemento no explicitado en el contrato y

desconocido por la parte más débil», y creaba en esta «falaces expectativas, que sólo tuvieron una apariencia imaginaria, y nunca existencia real». Estamos, por tanto, ante una cláusula abusiva en la medida en que, según el artículo 10 bis.1 de la LGDCU, no ha sido negociada individualmente y causa, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Por su lado, la cláusula de redondeo del tipo inicial contenida en el contrato de préstamo hipotecario está redactada literalmente de la siguiente forma: «Si la suma del tipo básico de referencia y el margen o diferencial no fuera múltiplo exacto de un cuarto de punto porcentual, el tipo de interés resultante se redondeará al múltiplo superior de dicho cuarto de plazo». Es hecho probado que la cláusula de redondeo pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de interés y que se encuentra sometida al ámbito de la Ley 7/1998, sobre las Condiciones Generales de la Contratación y como tal sujeta a los controles de incorporación que el ordenamiento establece para éstas, desde el momento en que provoca un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues la posición del Banco queda reforzada mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación, y contrariamente se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio. Tal desequilibrio, provocado por el banco, sólo puede calificarse de contrario a la buena fe, pues no de otro modo se puede entender que no se opte por el redondeo a la fracción decimal más próxima o al cuarto de punto más próximo, que fácilmente permitiría repartir entre él y su cliente la oportunidad de beneficiarse del redondeo. Este argumento se mantiene. La Sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 2010, que reproduce la de 1 de diciembre del mismo año, declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las «fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto», con base en los artículos 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato; y, mantuvo, de otro, que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio porque la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 –C 484/08– ha resuelto, en interpretación del artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta sentencia, pueden «apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible». (STS de 2 de marzo 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.–Con fecha 16 de mayo de 2000, B suscribió un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad bancaria BP. Al parecer, en el momento de celebrar el contrato el banco

conocía que la normativa específica en materia de transparencia de las condiciones financieras la eximía de la obligación de comunicar la variación del tipo de interés. Tras comprobar que la prestamista había incrementado el tipo de interés pactado, B interpuso demanda por la que reclamó que las cláusulas de notificación previa del tipo de interés y de redondeo fueran declaradas abusivas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Valencia desestimó la demanda mediante sentencia de 22 de abril de 2002. Interpuesto recurso de apelación por parte del prestatario, la sentencia de 19 de octubre de 2002 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia lo estimó. A diferencia de la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial declaró abusiva la cláusula de redondeo y además, tras considerar aplicable la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación a la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, declaró nula la expresión «[s]alvo en los casos que, por disposición legal, esté relevado de hacerlo» de la cláusula relativa a la notificación previa del tipo de interés. La prestamista recurre en casación por considerar válidas ambas cláusulas y aplicable a la cláusula sobre notificación previa del tipo de interés únicamente la normativa específica en materia de transparencia de las condiciones financieras. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

44. Culpa extracontractual: Accidente laboral: Competencia civil.–

En el supuesto de las reclamaciones civiles por accidente de trabajo constituye jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS de Pleno, de 15 enero 2008, que en aplicación del artículo 9 LOPJ, declaró que será competente la jurisdicción social siempre que el daño dimanase de la vulneración de normas reguladoras de la relación laboral, incluyendo las que desarrollan los deberes del empresario, entre los que se encuentra el de proteger eficazmente al trabajador en materia de seguridad e higiene, y únicamente competente la jurisdicción civil cuando conste que el daño se funda en la infracción de normas distintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral.

Esta doctrina cuya estricta aplicación permitiría a la Sala examinar de oficio su jurisdicción, tal y como hizo en SSTS de 17 noviembre y 15 diciembre 2008, ha sido después matizada por la STS de 11 setiembre 2009, seguida por la de 9 marzo 2010, ante la inoportunidad de aplicarla a procesos, como el presente, iniciados al amparo de una normativa orgánica, sustantiva y procesal interpretada ahora de forma distinta, a fin de no negar ahora legitimidad al orden jurisdiccional civil para conocer de un asunto que se inició con la cobertura que le proporcionaba una reiterada jurisprudencia al respecto. Esta doctrina, contraria a que se pueda apreciar de oficio la falta de jurisdicción en casos como el de autos, se sustenta en que tal solución resultaría contraria a la esencia misma del derecho a la tutela judicial efectiva, pues no se compadece con esa tutela que a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de pasar tanto tiempo desde que se interpuso la demanda, se declare inadmisión en la jurisdicción en la que había sido planteada vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, y a la evitación de dilaciones indebidas.

Muerte por electrocución: Pirotecnia que contrata con empresa del servicio de prevención de riesgos laborales: Actividad de riesgo: Culpa levísima de la pirotécnica concurriendo con negligencia de la otra empresa: Hecho nuevo.—En la sentencia recurrida se declara probado que la causa del siniestro fue la incorrecta instalación de la plancha de aluminio que debía recubrir la madera de la mesa de trabajo, por carecer el cable conductor a tierra de una resistencia en serie debido a la incorrecta redacción que de tal medida hizo la empresa previsor de riesgos. La pirotécnica para la que trabajaba la fallecida, cumplió con la obligación reglamentaria de velar por la seguridad y salud de sus trabajadores contratando con esta última, e imponiendo a los trabajadores las medidas indicadas en el plan, entre ellas, la instalación de un recubrimiento metálico en las mesas de trabajo, contando en el momento del siniestro con todas las autorizaciones administrativas. Sin embargo, en casos de actividades especialmente peligrosas, como la que se desarrollaba por la víctima, no es suficiente el cumplimiento de las normas y reglamentos, debiendo el empresario extremar su diligencia. En el presente caso no lo hizo e incurrió en culpa levísima tanto por no entregar a la empresa de electricidad que se encargó de ejecutar la medida de recubrir las mesas una copia por escrito de las directrices que había ordenado la empresa de prevención, y limitarse a comunicarlas telefónicamente, como por no contrastar tampoco con otros técnicos la efectividad de dichas medidas habida cuenta de las dudas que existían desde el punto de vista científico.

La jurisprudencia ha precisado que el recurso se da contra el fallo y los argumentos que constituyen la *ratio decidendi*, no pudiendo formularse la impugnación en los *obiter dicta*. Ello determina la no-admisión del recurso que introduce un hecho nuevo, no debatido en la instancia, a saber, la ausencia de relación de dependencia o jerarquía entre las empresas demandadas, en orden a defender la inaplicabilidad del artículo 1903.4 CC (STS de 11 de abril de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Si algún caso de reclamación de indemnización con base en la responsabilidad civil del empresario en accidente laboral encajaba indudablemente en la regla general de la competencia jurisdiccional laboral según la última doctrina de la Sala 1.^a establecida en varias sentencias de Pleno, es el presente. Se discute aquí sobre la responsabilidad de una empresa de pirotecnia por muerte de una obrera, la cual había contratado los servicios de otra empresa de prevención de riesgos laborales y había ejecutado el plan propuesto por ésta. Un supuesto claro sobre el supuesto (in)cumplimiento de las obligaciones de seguridad en el trabajo. Pero subsiste todavía lo que acaso pueda calificarse de una *difusa y residual competencia civil* con que la Sala 1.^a justifica en determinadas circunstancias el mantenimiento de la antigua doctrina en la materia. Muchas veces la incompetencia civil se alega en la instancia como excepción, y en tal caso han de pronunciarse los tribunales inferiores (que en la actualidad parecen aceptar con relativa facilidad la doctrina general), y el asunto puede no llegar, en definitiva, al TS. Aunque ambas partes acepten la competencia civil hay que recordar que los tribunales deben apreciar *ex officio* su propia competencia (como ocurre en STS de 16 octubre 2009, ext. en ADC 2011, págs. 440 s.) pero en el supuesto extractado apreciaron la legitimación pasiva de varios demandados ajenos a lo laboral (dueño de la

casa en construcción y técnicos de la obra), por lo que se impone también, en definitiva, la competencia civil. Los argumentos que en sentencia extractada se hacen valer, (ya contenidos en la STS de 9 marzo 2010, extr. en ADC, 2011, p. 844 y s.) son la duración del proceso (accidente ocurrido en enero del 2002) y el hecho de haberse planteado la demanda cuando no se había clarificado jurisprudencialmente la doctrina general sobre la competencia que hoy rige, con riesgo de violar el artículo 24 CE. Pero el resultado es una innegable incertidumbre para los recurrentes cuando pleitean ante la Sala 1.^a. Me parece que la última *ratio* de esa doctrina sobre competencia residual civil es la convicción de que la Sala 1.^a otorga mayor protección patrimonial a las víctimas. ¿Llegaría a apreciarse, en su caso, una *culpa levissima* en el empresario, como se hace aquí, por la Sala de lo Social? (G.G.C.)

45. Imposibilidad de revisar, en vía casacional, los hechos fijados por la sentencia recurrida.—Es doctrina de esta Sala (SSTS de 11 de diciembre de 2008 y 15 de junio de 2009) que la casación no es una tercera instancia ni permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación de la norma jurídica a la cuestión de hecho. La aplicación de esta doctrina determina la desestimación del primer motivo del recurso, pues se observa que en su formulación la parte recurrente prescinde de los hechos probados en los que se asientan los razonamientos jurídicos que la sentencia recurrida ofrece para establecer que existen todos y cada uno de los presupuestos exigidos para apreciar la existencia de una responsabilidad extracontractual. La Audiencia Provincial declara que la entidad demandada no cumplió con las exigencias mínimas de diligencia en el ejercicio de su actividad, al poner a disposición y para su uso por los trabajadores, un tractor que no era adecuado para las labores que debían realizar, que no tenía superada la inspección técnica de vehículos y que no cumplía con la normativa vigente en el momento de producirse el accidente, respecto de la necesaria colocación de una estructura protectora de la cabina, que a la vista del modo en el que se produjo el accidente, resultaron ser circunstancias esenciales en la producción del accidente. Frente a ello la parte recurrente, niega que tales hechos fueran relevantes, realizando una nueva valoración de la prueba conforme a sus pretensiones.

Aplicación orientativa del sistema legal de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico en otros sectores de la responsabilidad civil extracontractual.—Esta Sala, a fin de evitar soluciones dispares, viene aceptando los criterios cuantitativos que resultan de aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, para fijar los perjuicios y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad. Esta aceptación no es vinculante, tal y como aparece para la cuantificación de los daños derivados de un hecho relacionado con la circulación, sino orientativa, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Así lo establecen, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 22 de julio de 2008 y 2 de julio de 2008. (STS de 25 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En fecha 1 de agosto de 2000, L, empleado de la entidad mercantil A sufrió un accidente laboral al volcar el tractor que conducía, produciéndose su fallecimiento. Ante ello, su viuda y sus dos hijos mayores de edad interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lalín contra A solicitando la oportuna indemnización.

El Juzgado estimó en parte la demanda al considerar acreditada la negligencia de la sociedad demandada, puesto que el tractor llevaba años sin realizar la inspección técnica de vehículos y carecía de sistema antivuelco. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia Provincial de Pontevedra. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

46. Culpa extracontractual: Caída en estación de esquí, golpeándose contra cañón de nieve: Demanda contra la entidad titular de la estación: Actividad de riesgo: Imputación objetiva: Negligencia de la empresa: Prueba.—La empresa titular de la estación de esquí no discute si, como consecuencia de la doctrina del riesgo, se aplicaron correcta o incorrectamente las reglas de la carga de la prueba, sino que se centra únicamente en negar, contra lo afirmado en la sentencia recurrida, que se le pueda imputar un comportamiento negligente causalmente determinante del resultado lesivo. Pero es un hecho acreditado que instaló un cañón de nieve en un lugar próximo a la pista, lo que incrementaba el riesgo inherente a la práctica de esquí. También es acertado concluir que resultaba previsible que contra dicho elemento colisionaran los esquiadores en caso de las también previsibles caídas durante la práctica de este deporte, aún sin mediar culpa alguna del deportista, como fue el caso. Con estos datos, debe juzgarse como razonable la decisión de calificar como no diligente la conducta de la empresa titular de la estación, pues lo mismo que en el caso de la organización de una carrera ciclista (STS de 9 abril 2010), el dueño de una estación de esquí se encuentra obligado a poner los medios adecuados para evitar el daño teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad que gestiona, y con mayor motivo cuando contribuyó a incrementar el riesgo propio de la actividad colocando en lugar próximo a la pista un elemento artificial, rígido y duro, como un cañón artificial, que generaba riesgo evidente de lesiones en caso de colisión, incluso si esta se producía por consecuencia de un deslizamiento subsiguiente a una caída. Y siendo todo ello previsible, las caídas, las colisiones y el daño, no podía limitarse a señalar el elemento sino que le incumbía adoptar medidas de seguridad encaminadas a evitar o a disminuir el riesgo de lesiones, lo que no hizo (pues el colchón naranja, por sus características de grosor insuficiente, no servía para preservar la integridad de los esquiadores en caso de impacto).

Cuantía de la indemnización por daños corporales con arreglo al valor del punto en el momento del alta definitiva: Aplicación analógica del baremo aplicable a los accidentes de circulación.—Conforme a la doctrina fijada en STS de 17 de abril de 2007, y otras posteriores, seguida por reiterada jurisprudencia, el momento del accidente determina el régimen legal aplicable a la determinación del daño, pero su cuantificación ha de llevarse a cabo con arreglo a los importes publicados para el año en que se produzca el alta definitiva. En este caso esta se produjo el mismo año del accidente, por lo cual los diferentes conceptos a indemnizar, recogidos en la sentencia de apelación, deben cuantificarse en fase de ejecución de sentencia

con arreglo a los importes publicados para el año 2001 (año del accidente y del alta definitiva) por resolución de la DGS de fecha de 30 enero 2001. (**STS de 9 de febrero de 2011**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

NOTA.—Sorprende la cita de la STS de abril de 2010 (extr. en *ADC*, 2011, pp. 443-445) dada la ausencia de identidad del caso con la sentencia aquí extractada (en aquélla se trata de la organización de una carrera ciclista por una Asociación Deportiva Cultural de T., y en ésta, de la explotación —por tanto, con ánimo de lucro— de las instalaciones de una estación de esquí en el Pirineo), así como del sentido de su resolución (en aquélla se absuelve a la Asociación organizadora —condenada, sin embargo, en ambas instancias— de su eventual responsabilidad civil por las lesiones gravísimas sufridas por un corredor ciclista que se sale de la carretera, mientras en ésta se condena a indemnizar a la empresa que explota la estación); tampoco parece que exista mucha analogía entre la acción de esquiar y la de correr en bicicleta, aunque ciertamente en ambas se trata de actividades deportivas de riesgo que pueden originar, y originaron de hecho, lesiones fatales (el ciclista que se salió de la carretera, ha quedado en estado vegetativo, y el esquiador que colisionó con un cañón de nieve mal protegido, ha sido declarado gran inválido destinado a utilizar permanentemente silla de ruedas). (*G. G. C.*)

47. Responsabilidad civil ex artículo 1902 CC. Necesidad de acreditar el requisito de la culpa.—La jurisprudencia (SSTS de 5 de abril de 2010, 11 de septiembre de 2006, 10 de junio de 2006, 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000) no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC, y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. Por estas razones la aplicación de la doctrina del riesgo, además de que solo es posible en supuestos de riesgos extraordinarios (riesgo considerablemente anormal en relación a los parámetros medios, SSTS de 18 de julio de 2002 y de 21 de mayo de 2009), no implica una responsabilidad objetiva fundada en el resultado o en el propio riesgo creado (que no tiene encaje en el art. 1902 CC, como declara, entre otras, la STS de 25 de marzo de 2010), sino que, sin prescindir del elemento esencial de la culpa, a lo más que llega es aceptar la aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia a daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole. De esto se sigue que, al margen de cómo se distribuya la carga de la prueba, la doctrina del riesgo no elimina la necesidad de acreditar la existencia de una acción u omisión culposa a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, sin perjuicio, eso sí, de que, en orden a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo o culpabilístico, deba de tenerse en cuenta que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta. La Audiencia no se aparta de la doctrina expuesta. En primer lugar, la sentencia declara probada la relación de causalidad

desde el punto de vista físico o fenomenológico, entre la conducta del agente y el resultado, y lo hace a partir de considerar acreditados determinados hechos que ahora no pueden ser desvirtuados (el impacto entre el buceador y el casco de la nave). En segundo lugar, y desde el punto de vista de la imputación objetiva del resultado lesivo al agente, contrariamente a lo que se sostiene, la responsabilidad del piloto no se hace descansar únicamente en el riesgo creado por la conducción de una embarcación deportiva sino que, con absoluto respeto al sistema tradicional culpabilístico, se asienta en la omisión de la diligencia extrema que cabía exigirle en atención al extraordinario riesgo que origina quien conduce una embarcación de recreo, superior y completamente ajeno al asumido por la propia víctima con la práctica deportiva. En el caso enjuiciado, ese especial deber de diligencia resulta, asimismo, de las disposiciones administrativas sobre la materia, que obligaban a reducir la velocidad en las zonas más próximas a la costa, y especialmente a la playa, en previsión de la presencia de bañistas o nadadores.

Interpretación jurisprudencial del concepto de «causa justificada» previsto en el artículo 20.8 LCS.—A la hora de determinar qué ha de entenderse por causa justificada a los efectos de aplicar la regla octava del artículo 20 LCS, en la redacción dada por la disposición adicional sexta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, esta Sala viene declarando que la mera existencia de un proceso o el hecho de que la aseguradora formule en él su oposición al pago frente a la reclamación del asegurado o perjudicado, no constituye causa en sí misma justificada del retraso, ni es óbice para imponer a la aseguradora los intereses cuando no se aprecia una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional, pues la razón del mandato legal radica en evitar el perjuicio que para estos deriva del retraso en el abono de la indemnización y en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la expresada obligación, sin perjuicio de que la aseguradora pueda obtener de forma efectiva su tutela jurídica en el pleito y recuperar la cantidad satisfecha o previamente consignada en caso de prosperar su oposición. En esta línea, constituye doctrina reiterada que para vencer la oposición de la aseguradora se hace necesario examinar la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realizadas por la Audiencia, a quien, como declara reiteradamente la jurisprudencia, corresponde la fijación de los hechos probados y las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica para integrar los presupuestos de la norma aplicada, y, asimismo, que solo cabe apreciar una auténtica necesidad de acudir al litigio cuando la situación de incertidumbre o duda racional a dilucidar a través de él afecte a la existencia misma del siniestro o su cobertura, sin que tenga tal consideración la discrepancia entorno a la culpa o respecto de la cuantía indemnizatoria, sobre todo cuando se ha visto favorecida por desatender la propia aseguradora su deber de emplear la mayor diligencia en la rápida tasación del daño causado, a fin de facilitar que el asegurado obtenga una pronta reparación. (STS de 14 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—En fecha 13 de agosto de 2000, F resultó gravemente herido cuando, al practicar submarinismo en las inmediaciones de la costa, resultó arrollado por una embarcación a motor. Ante ello, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Barcelona contra M, piloto de la embarcación, O, pro-

pietaria de la misma, y la entidad aseguradora Z solicitando que se declarase la responsabilidad civil solidaria de todos ellos al pago de las oportunas indemnizaciones que, en el caso de la compañía aseguradora, debían incrementarse en un 20 por 100.

El Juzgado estimó en parte la demanda al apreciar la existencia de concurrencia de culpa de la víctima en un 25 por 100. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona la revocó, pero sólo en el sentido de considerar que la concurrencia de culpa de la víctima debía valorarse en un 50 por 100. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

48. Responsabilidad profesional del Abogado: No personación en plazo y forma ante la Audiencia: Indemnización de daños y perjuicios: Cuantía: Control en casación.—Si el abogado designado de oficio para la defensa del recurrente se personó ante la Audiencia Provincial una vez transcurrido el término de emplazamiento, y se le tuvo por personado a los solos efectos de recibir citaciones y notificaciones, lo que le impidió ejercer la acusación particular en el juicio oral o hacer reserva de acciones, incurrió en responsabilidad de la que se discute la cuantificación realizada en la instancia.

Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales, no tiene acceso a la casación, correspondiendo a la función soberana de los tribunales de instancia, sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción, o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases para fijar el *quantum*.

En el presente caso resultaría atendible en abstracto la afirmación del recurrente en el sentido de que la sentencia de apelación limita expresamente la indemnización por negligencia profesional del abogado al daño moral cuando la jurisprudencia reconoce también el daño material en base a la posibilidad de éxito del recurso frustrado. Sin embargo, en este punto aquélla sigue los criterios de la sentencia de primera instancia en la cual se valoran entre otros extremos la «gravedad de los hechos enjuiciados» y «la imposibilidad del principal perjudicado de sostener la acusación contra el responsable». En suma, aunque sean discutibles los argumentos utilizados por la sentencia de la Audiencia Provincial sobre la calificación del daño, no se advierte que se haya incurrido en una notoria desproporción entre el daño patrimonial sufrido y la indemnización fijada con arreglo a las circunstancias del caso, integradas, entre otros extremos, por las posibilidades de éxito de las actuaciones frustradas por la negligencia del abogado.

Seguro de responsabilidad civil: Intereses del artículo 20 LCS con cargo a la aseguradora: Valoración de su conducta.—A la hora de determinar qué ha de entenderse por causa justificada a los efectos de la aplicación de la regla octava del artículo 20 LCS, en la redacción dada por la disposición adicional 6.^a de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, esta Sala ha seguido una línea interpretativa rigurosa con las obligaciones de las aseguradoras, pues la razón del mandato legal radica en evitar el perjuicio que para los asegurados deriva del retraso en el abono de la indemnización y en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la póliza, sin que disminuya la tutela jurídica de la aseguradora en el pleito, ya que, de prosperar su oposición, ello con-

lleva la devolución de la cantidad satisfecha o previamente consignada, por ser total o parcialmente indebida.

No cabe calificar de razonable o justificada la negativa de la aseguradora a cumplir con su deber de satisfacer la prestación frente al perjudicado lo antes posible, cuando, en el caso enjuiciado, es un hecho acreditado que la aseguradora tuvo conocimiento de los hechos inmediatamente de producirse por la notificación recibida por el Colegio de Abogados; existió una negociación para llegar a un acuerdo en la que participó la compañía de seguros y constan en autos los telegramas enviados por la representación procesal del actor a la compañía de seguros a efectos de interrupción del plazo prescriptorio, y, además, han transcurrido más de ocho años desde la primera reclamación a la aseguradora hasta la presentación de la demanda. En esta tesitura, teniendo la demandada datos suficientes para advertir la gravedad de los daños derivados del hecho causante, así como de la responsabilidad de su asegurado en su causación, cubierta por la póliza de responsabilidad suscrita, no debe tenerse por justificada la negativa de la aseguradora a asumir sus obligaciones para con el perjudicado. Tampoco constituye razón justificada el que no se tuviera la deuda por líquida, y con menor razón cuando a la misma coadyuva la aseguradora con una conducta pasiva, que discurre al margen de su deber de poner en marcha los mecanismos a su alcance para determinar económicamente el valor del daño y lograr la pronta satisfacción de la víctima, con omisión de la obligación de pagar o consignar en los tres primeros meses siguientes al siniestro al menos el importe mínimo de lo que fuera debido. **(STS de 9 de marzo de 2011; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los hechos arrancan del 3 octubre 1994, en que se produce una agresión con disparos de escopeta al actor desencadenada por la persona que había sido expulsada del bar en que se encontraba la víctima. En el proceso penal contra el agresor, se designa de oficio al letrado demandado, quien incurre en negligencia profesional por no personarse dentro de plazo para apelar ante la Audiencia Provincial. En 1995 se dicta sentencia condenatoria, de conformidad, condenando al agresor a penas de prisión y a indemnizar al demandante en la suma de 800.000 pts. por lesiones y secuelas. La víctima, no conforme con la indemnización otorgada en vía penal, y cerrada la vía civil por la negligencia de su letrado, demanda a éste y conjuntamente a la compañía aseguradora de su responsabilidad civil. El Juzgado de Primera Instancia le concede 30.000 euros con los intereses del artículo 20 LCS. En apelación se revoca el último extremo. El TS estima el recurso únicamente en cuanto a los intereses. Que el litigio se resuelva al cabo de casi diecisiete años de producirse los hechos originarios, justifica sobradamente la tacha de injustificada de la conducta de la aseguradora que *sólo* demoró durante ocho años el pago de la indemnización (*G. G. C.*)

49. Responsabilidad civil por accidente laboral mortal. La revisión de la cuantía indemnizatoria fijada en la instancia sólo puede revisarse en casación excepcionalmente cuando concurren una serie de requisitos que no se dan en el presente caso.—... el recurso debe ser desestimado, al no concurrir en el presente caso, los requisitos exigibles para que pueda abor-

darse por esta Sala la siempre excepcional revisión de la cuantía de la indemnización concedida en la instancia.

Para alcanzar esta conclusión resulta determinante que la sentencia que se recurre confirma la decisión del Juzgado en todos sus términos, y por ende, también en relación con la única cuestión controvertida en casación sobre la cuantificación de la indemnización derivada del fallecimiento del marido y padre de las demandantes, que igualmente centró el recurso de la parte actora en segunda instancia. Y, fundamentalmente, que al hacerlo, la Audiencia Provincial ratificó la valoración probatoria efectuada por el Juzgado, y los datos fácticos en que este se apoyó para fijar la concreta suma a indemnizar, que, consecuentemente, han de considerarse incontrovertibles en casación.

En esta tesitura, no cabe ver en la decisión impugnada ninguna de las infracciones que se denuncian, ni la existencia de error notorio o arbitrariedad, notoria desproporción o infracción de ley en la fijación de las bases tomadas en consideración, siendo razones para rechazar los argumentos de la recurrente los siguientes:

a) una vez que fue anulada la condena penal y se dictó nueva sentencia absolutoria, era esta última y no la anterior, la que debía tenerse en consideración en orden a apreciar su fuerza vinculante. Y dado que las absolutorias solo vinculan cuando declaran inexistente el hecho constitutivo de la infracción, lo que no es el caso, fue correcta la decisión de entender que ninguna limitación tenía la jurisdicción civil a la hora de cuantificar el daño sufrido con arreglo al material probatorio obrante en este proceso.

b) En esa labor soberana de determinar la cuantía de la indemnización, tampoco puede sostenerse con arreglo a la doctrina expuesta que se vulnerara el principio de resarcimiento íntegro del daño por la circunstancia de aplicar, con valor orientativo, el sistema legal de valoración de los daños personales vigente en materia de accidentes de tráfico, y con menor razón, cuando, incurriendo de nuevo en el misma falta de precisión que le reprochó la Audiencia Provincial, la parte recurrente insiste en calificar de insuficiente la suma recibida con referencia a unos daños superiores que tampoco concreta, o al menos, que no prueba que no sean resarcidos en su integridad con las cantidades concedidas, dada la dificultad inherente a la reparación del perjuicio moral. En este sentido, debe valorarse que la sentencia no distingue entre régimen legal aplicable para determinar el daño y el que debe aplicarse a su cuantificación, lo que supuso que se aplicaran las cuantías vigentes para el año en que se dictó sentencia (2007), decisión claramente beneficiosa para las demandantes y que no se compadece con la doctrina de esta Sala.

c) El hecho de que se concedieran sumas superiores para las hijas en la primera sentencia penal, además de no poder condicionar en modo alguno, como se ha expuesto, la libre decisión al respecto del juez civil, en atención a la prueba practicada en este proceso, tampoco es indicativo de la pretendida vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, al tratarse de órganos y jurisdicciones distintas. **(STS de 31 de mayo de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El marido y padre de las demandantes sufrió una caída mortal mientras trabajaba como peón de albañil en el domicilio del demandado. Seguido el correspondiente proceso penal, se reconoció a las actoras una indemnización que hubieron luego de devolver cuando, apelada la sentencia, se absolvió al demandado de

todo cargo por delito. Posteriormente, ante la jurisdicción civil se ejercitó la acción de indemnización por responsabilidad extracontractual, pretendiendo la parte actora una vinculación del Juez civil a la cuantía dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Penal. La Audiencia Provincial les reconoció entonces una indemnización inferior, aplicando con carácter orientativo el baremo de la LRC-SCVM y no los artículos 1902 y 1106 CC. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación en el que las actoras plantean que la aplicación de la citada Ley vulnera el principio de resarcimiento integral del daño y que el establecimiento en la jurisdicción civil de una indemnización inferior a la fijada en vía penal contraviene el principio constitucional de igualdad en la aplicación de la Ley. (L. F. R. S)

50. Responsabilidad civil médica. Ausencia de consentimiento informado. Efectos.—Es cierto que existió una intervención quirúrgica que el demandado realizó a la paciente, y que en términos de causalidad física esta es la causa del daño sufrido, porque la secuela se generó como consecuencia de la intervención, y sin ésta no se habría producido. Ahora bien, el daño que se debe poner a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa, puesto que los hechos probados de la sentencia descartan una negligencia médica en su práctica. El daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haber omitido la información previa al consentimiento. La falta de información implica una mala praxis médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que es además una consecuencia que la norma procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), como precisan las sentencias de 2 de julio de 2002 y 10 de mayo de 2006. La actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud y como tal no es quien le informa sino él quien a través de la información que recibe, adopta la solución más favorable a sus intereses, incluso en aquellos supuestos en los que se actúa de forma necesaria sobre el enfermo para evitar ulteriores consecuencias. Cosa distinta son los efectos que producen esa falta de consentimiento informado, con independencia de que la intervención médica se realice correctamente, como pretensión autónoma que tiene como fundamento un daño y que este sea consecuencia del acto médico no informado. Sin daño no hay responsabilidad alguna. La falta de información, dice la sentencia de 27 de septiembre de 2001, y reiteran la de 10 de mayo de 2006 y 23 de octubre de 2008, no es *per se* una causa de resarcimiento pecuniario, lo que parece lógico cuando el resultado no es distinto del que esperaba una persona al someterse a un determinado tratamiento médico o intervención quirúrgica. Los efectos que origina la falta de información están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una interven-

ción innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS de 12 de febrero de 2007, 23 de mayo, 29 de junio y 28 de noviembre de 2007; 23 de octubre de 2008). (STS de 4 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—J. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca contra la *Clínica B*, el médico P y la compañía aseguradora A solicitando que se declarase la responsabilidad civil solidaria de todos ellos, por los daños ocasionados por la falta de consentimiento informado previo a una intervención quirúrgica de una fístula perianal y de la que resultó como secuela una incontinencia anal.

El Juzgado estimó en parte la demanda y condenó a P. y a la compañía aseguradora A. a indemnizar a la actora en la cantidad de 18.000 euros, cuantía muy inferior a los cerca de 600.000 euros solicitados en la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca la revocó, pero sólo en el sentido de elevar la cuantía indemnizatoria a 36.000 euros. Interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los mismos. (A. S. C.)

51. Responsabilidad civil médica: consentimiento informado en operación de cirugía estética.—La información que se proporciona al paciente antes de la intervención, y el correlativo consentimiento por parte de este, es un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica, y se hace especialmente exigente en intervenciones médicas no necesarias, en las que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma y porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención (SSTS de 21 de octubre de 2005; 4 de octubre de 2006; 29 de junio de 2007).

Como tal, la información debe hacerse efectiva con tiempo y dedicación suficiente y obliga tanto al médico responsable del paciente, en este caso el cirujano, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto (SSTS de 15 de noviembre de 2006, y las que en ella se citan), dice la STS de 21 de enero de 2009, 22 de septiembre de 2010, entre otras.

En el caso, la información se proporcionó a la paciente de una forma escrita y suficientemente expresiva de la intervención que se iba a llevar a cabo (elevación mamaria —mastopexia—), así como de sus riesgos, incluidos los de la anestesia, siguiendo el protocolo preparado por la Sociedad Española de Cirugía Plástica, Reparadora y Estética. Cuestionar la forma de practicarse, o determinadas omisiones, como la inexistencia de UCI en la Clínica, no es más que un intento de buscar y obtener a través del motivo un criterio de

imputación del facultativo inaceptable en un supuesto en el que la paciente no era desconocedora de la intervención a la que se sometía, como tampoco de las circunstancias de la clínica puesto que, con idéntica información, había sido previamente intervenida en el mismo centro en marzo de 2000 para dermolipectomía abdominal y liposucción de flancos y en abril del mismo año para mastopexia bilateral y liposucción de zonas axilares, realizándose ambas correcciones estéticas con la misma clase de anestesia local y sedación utilizada en la intervención del año 2002, lo que pone de relieve no solo que la información se dio, sino que ésta se produjo en el marco de una relación médico-paciente larga en el tiempo dirigida a resolver la estética que la anatomía de ésta presentaba. **(STS de 20 de enero de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—En el curso de una intervención de cirugía estética sufrió D.^a R. lesiones irreversibles que le condujeron a un coma profundo. Su esposo y cuatro hijas demandaron al cirujano plástico, al anestésista y a la compañía con la que los facultativos tenían concertados sus seguros de responsabilidad civil. La demanda se apoyaba en una doble argumentación: de una parte, la teoría del daño desproporcionado, con prueba a cargo de los demandados y, de otra, en la infracción de las normas sobre consentimiento informado. La sentencia de instancia condenó solidariamente al cirujano y anestésista demandados sin entrar en el tema —que llegaría a la casación— del consentimiento informado. La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por los médicos absolviéndoles. La familia de D.^a R. interpuso doble recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. En este último se alegó infracción del artículo 10, apartados 5 y 6 de la Ley General de Sanidad, así como de los artículos 1902 y 1903 CC en cuanto al consentimiento recabado a la paciente. El recurso de casación fue desestimado. (R. G. S.)

52. Responsabilidad médica: reclamación de daños y perjuicios por el fallecimiento de uno de los fetos en el momento de un parto gemelar.—Al ser la causa del fallecimiento del feto la hipoxia o anoxia, esto es, falta de oxígeno en el feto, que nació muerto, el beneficio de la indemnización se debe reconocer exclusivamente en relación con la pérdida de la vida del feto y no con la muerte de un ser humano que nunca ha existido. Lo que justifica la aplicación de forma orientativa del Baremo contenido en la Resolución de la Dirección General de Seguros de 7 de febrero de 2005 y en concreto de la Tabla II para «víctima embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente».

Consentimiento informado para la práctica de una ligadura de trompas en el parto.—Hubo información médica y consentimiento suscrito por la actora autorizando la ligadura de trompas porque «no quería tener más embarazos» y no porque no quisiera tener más de tres hijos, deseo que se vio frustrado con el nacimiento muerto de uno de los dos gemelos que esperaba.

Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: jurisdicción civil cuando se ejercita la acción directa contra la aseguradora de la Administración.—Se atribuye competencia a la jurisdicción civil cuando la demanda se dirige en el ejercicio de la acción directa del artículo 76 LCS,

contra el asegurador de la Administración (SSTS de 30 de mayo de 2007 y 21 de mayo de 2008). (**STS de 11 de febrero de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Los padres de dos menores, que actuaban en nombre propio y en el de sus dos hijos, ejercitaron acción de reclamación de daños y perjuicios por el fallecimiento de su hija y hermana en el momento del parto, en base a la acción directa derivada del contrato de seguro, frente a la aseguradora de un hospital público, por deficiente funcionamiento del servicio sanitario en lo relativo al fallecimiento de uno de los fetos, y por falta del consentimiento informado al considerar que la autorización de la ligadura de trompas durante el parto estaba condiciona a al deseo de no tener más de tres hijos.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. La audiencia Provincial de Murcia estimó en parte el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, condenó a la aseguradora a indemnizar a los actores en la cantidad de 15.527,82 euros al apreciar la existencia de un deficiente servicio sanitario, y ratificó el pronunciamiento sobre la información. El TS no dio lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes. (*I. D.-L.*)

53. Obligación de medios: un centro sanitario está sólo obligado a poner los medios para que no se produzcan resultados de autolesión de los pacientes.—Los hechos descritos permiten apreciar que la evaluación y diagnóstico de la paciente a su ingreso y durante la estancia en el Centro fue totalmente correcta. Se dice, incluso, que tampoco carecía de las medidas adecuadas a la función desarrollada en el mismo. Se trata de una unidad asistencial y no custodial bajo la atención de médicos especialistas al que los pacientes acuden de forma voluntaria desde su casa los días y las horas indicadas, en este caso durante cinco horas diarias, de lunes a viernes, durante los cuales asume, entre otras cosas, la seguridad del paciente; la organización y gestión y la calidad asistencial, en un sistema de medios y no de resultados por parte del personal sanitario y del hospital.

Los medios, por tanto, se pusieron a disposición de la paciente a partir de un diagnóstico adecuado en el que las instalaciones del hospital se tienen necesariamente en cuenta para el tratamiento asistencial que se le proporciona, de tal forma que la constancia de antecedentes de un peligro cierto, más o menos grave, de autolisis, constituía el principal elemento en la diagnosis y tratamiento en función del cual se establecieron las medidas de vigilancia y control pertinentes.

Riesgo, previsibilidad del daño y deberes de seguridad a cargo de un centro psiquiátrico ambulatorio.—[...] es evidente en ningún caso falló la apreciación del riesgo que pudiera resultar de la actividad que se desarrolla en una unidad psiquiátrica asistencial, como es la demandada, en la que es nota característica la ausencia de medidas de vigilancia especiales y la libertad de movimientos de los pacientes en razón a esa previa evaluación que, a juicio de la sentencia, resultó correcta, y que hacía innecesarias medidas genéricas como la que la sentencia apunta con evidente contradicción, consistente en el traslado de la enferma a otro Centro Psiquiátrico General, o propiamente custodial, pues no es posible sostener, de un lado, que no hubo

negligencia profesional médica, y trasladar, de otro, la responsabilidad al Centro en razón de un «peligro evidente y anunciado», que únicamente podían advertir quienes de forma absolutamente correcta diagnosticaron y trataron a la paciente precisamente de aquello por lo que ingresó; todo lo cual conduce a criterios de limitación de la imputabilidad objetiva para recordar que no puede cuestionarse esta toma de decisiones sobre seguridad, más allá de la que resultaba razonable, si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior, de la paciente, lo que se conoce como la prohibición de regreso (SSTS de 14 de febrero y 15 de febrero de 2006 y 7 de mayo de 2007).

Tampoco hay base para sentar un juicio de reproche en el ámbito de la culpabilidad en razón de no haber actuado el centro conforme a los cánones o estándares de conducta referidos, entre otros, a la previsibilidad del daño y la adopción de métodos alternativos, tanto en la perspectiva de la responsabilidad contractual como en la extracontractual, por hecho propio (art. 1902 CC) o ajeno (art. 1903 CC), ni para atribuirle el resultado conforme a criterios de imputación objetiva. El hecho de que se hubiera producido un resultado dañoso no determina necesariamente que se debe responder porque las medidas adoptadas resultaron ineficaces e insuficientes, pues tal conclusión, sin matices, conduce a la responsabilidad objetiva pura o por daño, que no es el sistema que regulan los artículos 1902 y 1903 CC (STS de 16 de octubre de 2007; 21 de noviembre de 2008). Sin duda mediante el ingreso en un Hospital de Día Psiquiátrico se crea no solo una razonable expectativa de curación del enfermo, sino una legítima expectativa de seguridad del paciente en razón a los antecedentes clínicos que determinan su ingreso. Pero es evidente que el tratamiento que le proporcionaban los médicos controlaba el riesgo a que podía estar expuesta durante su ingreso en el Centro, y tanto el diagnóstico como el tratamiento fueron correctos de tal forma que no es posible trasladar al Centro deberes de seguridad que no eran acordes al mismo y que pudieran llegar a justificar una imputación de responsabilidad por su incumplimiento teniendo en cuenta que los medios disponibles que deben proporcionar estos centros sanitarios han de contemplarse dentro de parámetros de normalidad sin exigencia de utopías, y que las medidas genéricas de seguridad, cuya desatención toma en consideración la sentencia para responsabilizar a la demandada, son más propias de un Centro custodial que ambulatorio. Lo contrario equivaldría, sin más, a que en el supuesto de enfermos con antecedentes clínicos reveladores de una situación de peligro, el establecimiento hospitalario debía imponer, a toda costa y permanentemente, al interesado, personal y exhaustiva vigilancia casi determinante de la privación total y absoluta de libertad del paciente –STS de 17 de febrero de 2000–; situación que en el caso no se corresponde con la estructura física, recursos materiales y humanos que el mismo dispone en razón del tratamiento dispensado. **(STS de 17 de noviembre de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.–Doña P. se precipitó desde una terraza del Centro Psiquiátrico en el que recibía tratamiento sufriendo lesiones que tardaron en curar casi trescientos días amén de determinadas secuelas. Ello dio lugar a sendas reclamaciones frente al centro médico tanto por la responsabilidad extracontractual derivada de los daños como por la emanada del incumplimiento del contrato que le vinculaba con la damnificada, incumplido al parecer de la actora, por no

adoptar el centro las medidas a que estaba obligado, necesarias para evitar caídas y accidentes de los pacientes tratados en la institución. El Juzgado desestimó la demanda en todos sus pedimentos. La Audiencia estimó parcialmente la apelación de la actora. Interpuso el Centro Psiquiátrico recurso por infracción procesal y recurso de casación desestimándose el primero y acogándose el segundo. (R. G. S.)

54. Responsabilidad del profesional médico: se basa en la culpabilidad, debiéndose probar por el paciente la infracción de las técnicas médicas exigibles y el nexo de causalidad con el resultado dañoso.—En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5 LEC). El criterio de imputación del artículo 1.902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (SSTS de 24 de noviembre de 2005, 10 de junio de 2008 y 20 de noviembre de 2009). La prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva (SSTS de 11 de febrero de 1998, 30 de junio de 2000 y 20 de febrero de 2003) y ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades (SSTS de 6 de febrero y 31 de julio de 1999, y 8 de febrero de 2000), aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad.

Necesidad de causalidad material y jurídica para la imputabilidad.—Para imputar a una persona un resultado dañoso no basta con la constancia de la relación causal material o física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado o atribución del resultado (causalidad material y jurídica); actuando en la segunda, entre otros criterios de imputación, la prohibición de regreso que impide que el reproche se realice exclusivamente fundándose en la evolución posterior del paciente (SSTS de 14 de febrero y 15 de febrero de 2006, 7 de mayo de 2007 y 29 de enero 2010). (STS de 1 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Carlos Manuel era paciente del oftalmólogo don Gregorio, que le había operado de cataratas en el ojo derecho, aconsejándole hacerlo del izquierdo, intervención que se realizó previas las pertinentes pruebas preoperatorias. El día señalado para la operación, se le suministró anestesia peribulbar cuya instauración le produjo un hematoma intraorbitario con el consiguiente aumento de tensión orbitaria, que obligan a abortar la operación programada. Como quiera que en dos días dicha tensión volvió a límites normales, se acordó verificar la intervención interrumpida, que se llevó a cabo esta vez con anestesia tópica, a resultas de la cual se produjo la ruptura de la cápsula posterior con el efecto de que el humor vítreo se dirigió hacia la cámara posterior, lo que

determinó que se le diera un punto de sutura en la incisión e encarcelar el vítreo, originándose días después un desprendimiento de retina y la consiguiente pérdida de visión de este ojo.

Don Carlos Manuel interpuso demanda contra la compañía de seguros Z. en ejercicio de acción de responsabilidad civil. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda, por entender que no existió consentimiento informado por parte del paciente. Interpuesto recurso de apelación por la sociedad demandada, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia del Juzgado y desestimando íntegramente la demanda. Contra esa sentencia, el demandante formuló recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, siendo desestimados ambos íntegramente por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

55. Inaplicación de los criterios de responsabilidad objetiva de la legislación de consumidores –Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios– a los actos médicos.—La responsabilidad por productos y servicios defectuosos fundada en la LCU, según la más reciente jurisprudencia, no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc* (reglas del oficio adecuadas al caso). Por esta razón la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios (SSTS de 5 de febrero de 2001; 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004; 5 de enero y 26 de 2007; 4 de junio y 20 de noviembre 2009).

La aplicación de esta doctrina conduce a la desestimación del motivo, pues la parte demandante ha fundado sus pretensiones atribuyendo los daños padecidos básicamente a determinados actos u omisiones en el tratamiento y la asistencia médica y quirúrgica, respecto de las cuales se ha declarado que no ha existido incumplimiento alguno de la buena praxis médica.

Responsabilidad médica y doctrina del daño desproporcionado.—En general, la obligación del médico y, en general, del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la curación del paciente, sino la de proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y de la *lex artis ad hoc* (reglas del oficio adecuadas al caso) (STS de 24 de marzo de 2005, RC n.º 4088/1998).

En el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento. Sólo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente, y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, pueden servir de base para declarar su responsabilidad (STS de 15 de febrero de 2006).

En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para los supuestos tasados (art. 217.5 LEC). El criterio de imputación del artículo 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico

o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles (STS de 24 de noviembre de 2005).

La efectividad del derecho al resarcimiento del perjudicado y el efecto indirecto de prevención, que constituyen principios propios del Derecho de daños, exige que se module en determinados casos, bien la imputación objetiva de los daños al profesional sanitario, bien la valoración del elemento subjetivo de la culpa o negligencia, como ocurre en los casos en los que se aprecia la producción de un resultado de daño desproporcionado. En virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que se produjo el daño si se presenta un resultado de daños generado en la esfera de acción del demandado de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, dado que entonces el enjuiciamiento de la conducta del agente debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recaer sobre el que causa un daño no previsto ni explicable en su esfera de actuación profesional (SSTS de 23 de mayo de 2007, y 8 de noviembre 2007, RC n.º 3976/2000).

Con arreglo a la anterior doctrina no son aceptables las argumentaciones de este motivo del recurso que parecen defender una concepción objetiva de la responsabilidad médica fundada en la existencia de un resultado de daños, o a sostener que los médicos actuantes estaban obligados a demostrar que la secuela padecida no fue debida a su negligencia, puesto que la sentencia destaca, entre otros extremos, que el tratamiento fue adecuado, que la secuela padecida puede aparecer por distintas causas y que solo podía evitarse mediante rehabilitación, en la que resulta importante la colaboración de la paciente, que no se produjo. **(STS de 25 de noviembre de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La actora sufrió un accidente laboral a consecuencia del que resultó la fractura de una muñeca de la que fue tratada por los profesionales correspondientes en una clínica de su ciudad. Posteriormente interpuso demanda contra el médico, la clínica y mutua laboral a la que estaba afiliada reclamando indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Sostenía la existencia de negligencia en el tratamiento quirúrgico, error en el tratamiento médico empleado y dejación de la asistencia médica pertinente y achacaba a todo ello la incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión que padecía. El Juzgado desestimó la demanda por abonar las pruebas el acierto y la profesionalidad de médicos y clínica a la hora de establecer el diagnóstico y prescribir y aplicar el tratamiento requerido por la patología de la actora. La Audiencia confirmó la sentencia de instancia. Los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que ésta interpuso no prosperaron. *(R. G. S.)*

56. Responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria por la mala praxis de los facultativos, personal sanitario o centros médicos.—La responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria por una mala praxis de los facultativos, personal sanitario o Centros médicos, tal y como señalan las sentencias de 4 de diciembre de 2007 y 4 de junio 2009, ha venido reconociéndose o rechazándose por la jurisprudencia

de esta Sala en función de diversos criterios aplicados, alternativa o combinadamente, en atención a las circunstancias de cada caso:

(a) Responsabilidad por hecho ajeno dimanante de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1903 I y IV CC. La existencia de una relación de dependencia no parece ofrecer duda en aquellos supuestos en los cuales la relación de los médicos con la aseguradora de asistencia médica es una relación de naturaleza laboral. Sin embargo, en la mayoría de los casos esta relación es la propia de un arrendamiento de servicios entre la entidad aseguradora y el prestador sanitario, según la califica habitualmente la jurisprudencia (SSTS de 12 febrero 1990; 10 de noviembre de 1999). El hecho de que los facultativos presten sus servicios con total libertad de criterio, de acuerdo con sus conocimientos científicos y técnicos, sin interferencias de las aseguradoras, supone que en principio responde por sí mismo –siempre que reúna las cualidades adecuadas y por ello deba estimarse correctamente seleccionado por parte del empresario; y siempre que éste no ejerza una función de control sobre su actividad–, por lo que en alguna de estas sentencias se contempla algún elemento adicional, como el hecho de la elección directa del médico por la aseguradora.

(b) Responsabilidad derivada de naturaleza contractual que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica frente a sus asegurados, basada normalmente en asumir, más o menos explícitamente, que la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica (SSTS de 4 de octubre de 2004; 17 de noviembre de 2004), con apoyo en los precedentes históricos del contrato de seguro de asistencia médica, pues en las mutuas e iguales no existía separación entre la gestión del seguro y la prestación de la asistencia médica, y en el hecho de que el artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que «el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos».

(c) Responsabilidad sanitaria con base en la llamada doctrina o principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores (STS de 2 de noviembre 1999: el seguro se contrató en atención a la garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía, con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial, y también en la STS de 4 de octubre de 2004, en la que se toma en consideración que se garantizaba expresamente una correcta atención al enfermo). En todos estos casos, los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga a resultas del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación. La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio. Desde esta perspectiva, la responsabilidad de la aseguradora tiene carácter contractual, pero no excluye la posible responsabilidad del profesional sanitario frente al paciente con carácter solidario respecto a la aseguradora y sin perjuicio de la acción de regreso de ésta contra su auxiliar contractual.

(d) Responsabilidad derivada de la existencia de una intervención directa de la aseguradora en la elección de los facultativos o en su actuación

(STS de 2 de noviembre de 1999). Este tipo de responsabilidad opera en el marco de la relación contractual determinante de una responsabilidad directa de la aseguradora, pero no es infrecuente la referencia a las disposiciones del Código Civil que regulan la responsabilidad por hecho de otro en el marco de la extracontractual. La sentencia de 21 de junio de 2006 parte del hecho de que la comadrona estaba incluida en el cuadro facultativo de la aseguradora, y otras, más numerosas, de las Audiencias Provinciales, suelen considerar suficiente la inclusión del facultativo en el cuadro médico de la aseguradora para inferir la existencia de responsabilidad por parte de ésta derivada de la culpa in eligendo.

(e) Responsabilidad en aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios (arts. 26 y 28, en la redacción anterior al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 5 de febrero de 2001; 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004; 5 de enero de 2007 y 26 de abril de 2007).

En el caso enjuiciado, ha de entenderse, como expresa la sentencia, que por medio del contrato de seguro de asistencia sanitaria celebrado entre la entidad codemandada, S. S.A., y la codemandante «el asegurador se obliga no sólo a prestar la asistencia correspondiente al padecimiento (enfermedad o lesión) del asegurado, sino también la más segura y eficaz, alcanzando así a la elección del facultativo adecuado que se pone al servicio del cliente; prestación sanitaria que resultará defraudada si la asistencia recibida resulta incorrecta y conlleva graves consecuencias dañosas morales y materiales para el paciente, derivadas de una actuación negligente del facultativo elegido por el asegurado, dando lugar a una responsabilidad contractual por parte del asegurador por incorrecto cumplimiento de las prestaciones del contrato». Asimismo, el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, lo cual se produce por medio de un contrato de arrendamiento de servicios, como ocurre en este caso entre los codemandados «estableciéndose así una relación de dependencia cuando menos económica y funcional que da lugar a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno», establecida con carácter general en el artículo 1903,4.º CC, caso de producirse daños y perjuicios concretos con motivo de una actuación culposa o negligente del facultativo. (STS 4 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don N. y D.ª M. C. actuando en su propio nombre y en el de su hija menor E., ejercitan acción de responsabilidad civil extracontractual contra el médico que atendió a D.ª M. C. durante su embarazo y parto. También ejercitaron acción de responsabilidad contractual y extracontractual por hecho ajeno contra la Compañía de Seguros S. (con la que D.ª M. C. había celebrado un contrato de asistencia sanitaria). Se reclamaba la indemnización correspondiente a los daños morales y patrimoniales derivados del nacimiento de una niña con focomelia (ausencia de ambas manos y dos terceras

partes de los antebrazos). La demanda fue estimada por el Juzgado y la resolución confirmada por la Audiencia, si bien con diferencia en el monto de las indemnizaciones. La Compañía de Seguros y los actores en la instancia formularon recurso de casación. En ambos casos el Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (R. G. S.)

57. *Dies a quo* para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción de repetición contra los responsables de la causación del daño.—El día a partir del cual es posible el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse la acción de que se trate y que en caso las partes han reconducido a través del artículo 1968.2 CC y no del artículo 1964, como propia de una acción recuperatoria o contractual, no sujeta al plazo prescriptivo del año sino al de quince años establecido en aquel artículo 1964; plazo que no ha transcurrido si se tiene en cuenta que es presupuesto necesario para el ejercicio de la acción que la sentencia haya sido íntegramente cumplida por la entidad pública, puesto que la prescripción de la acción se cuenta a partir de la fecha del pago total efectuado. El pago de la indemnización extingue la obligación impuesta por la condena y legitima al condenado al pago para el ejercicio de la acción de repetición, de forma similar a lo que dispone Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Tratándose de una acción de repetición, dice la STS de 29 de octubre de 1997, el cómputo del plazo prescriptivo ha de contarse desde el último pago efectivo llevado a cabo, como acertadamente sienta la sentencia que se recurre, abono que tuvo lugar en fecha 21 de julio de 2003, por lo que no procede estimar la prescripción extintiva de la acción alegada, conforme al precepto general 1969 del Código Civil dado el tiempo de producción del evento y el de ejercicio de la acción que de él nace a través del pago efectuado. Con lo que el motivo ha de ser desestimado.

Protección de los consumidores: responsabilidad solidaria de los causantes del daño. Relación interna entre los codeudores.—Dice el artículo 27.2 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en la actualidad: artículo 132 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: «El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño»), que «si a la producción de daños concurrieren varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pague al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños». En lo que aquí interesa supone que una cosa es la defensa que la ley proporciona a los consumidores mediante una amplia legitimación de las personas que pueden responder frente a la víctima y otra distinta que el ejercicio de la acción contra todos o contra uno de los posibles responsables no permita en la relación entre posibles codeudores la repetición de la totalidad de lo que se pagó, pues en ningún caso la ley condiciona la acción de repetición a que también hubiera sido condenado en el pleito inicial en el que la ahora demandada no pudo serlo por razón de la jurisdicción en la que fue instado, lo que impone a quien acciona, conforme a las reglas impuestas en el artículo 217 LEC, acreditar fehacientemente una responsabilidad distinta de las varias que contempla la Ley de Consumidores, o lo que es lo mismo, probar quien es el autor del daño y que, en el caso, se proyecta exclusivamente «sobre quien fabricó o al menos distri-

buyó» el producto al que la sentencia identifica como autor exclusivo, frente a la entidad pública a quien la jurisdicción social se lo imputa por una defectuosa asistencia sanitaria consistente en prescribir un tratamiento inadecuado de un producto que fabricó la demandada, que tiene el mismo efecto frente a la víctima, pero que son cosas distintas en la relación interna entre los deudores solidarios. (STS de 15 de noviembre 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La Administración sanitaria de determinada Comunidad Autónoma fue condenada por un Juzgado de lo Social a indemnizar a don F. al establecerse la relación de causalidad entre el medicamento administrado —en el marco de un tratamiento inadecuado— al susodicho y la hepatitis C contraída por éste. El Servicio Jurídico de la Comunidad Autónoma ejercita acción de repetición contra la empresa farmacéutica que fabricó y distribuyó el medicamento apoyando su acción en el artículo 28 de la Ley 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. La sentencia del Juzgado estimó íntegramente la demanda y condenó a la empresa al abono de la cantidad solicitada. La Audiencia revocó la sentencia inferior pero a los solos efectos de reducir la cuantía que la empresa debía abonar a la Administración pues mantuvo la responsabilidad de la apelante en los daños ocasionados. Recurre la empresa farmacéutica al Tribunal Supremo, declarando éste no haber lugar ni a la casación de la sentencia ni al recurso extraordinario por infracción procesal planteados. (R. G. S.)

58. Indemnización por daños corporales en accidente de circulación: deuda de valor con arreglo al valor del punto en el momento del alta definitiva.—Las SSTs de 17 de abril de 2007 y 17 de abril de 2007, del Pleno de esta Sala (SSTS 429/2007 y 430/2007) han sentado como doctrina jurisprudencial «que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente el momento de la 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».

Las sentencias, cuya doctrina debemos aplicar en el supuesto examinado, consideran que la pérdida de valor que origina la valoración de los puntos en el momento del accidente no podría compensarse con los intereses de demora del artículo 20 LCS, dado que éstos no siempre son aplicables; las lesiones pueden curarse o manifestarse transcurrido largo tiempo; y la determinación de los intereses de demora exige determinar la cantidad en función de la cual se van a devengar.

Dichas sentencias descartan que exista una incompatibilidad entre irroactividad y deuda de valor, porque la tesis que ha defendido su existencia parte de una interpretación fragmentaria del artículo 12 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSVM) 1995 y del Anexo, primero, LRCSVM 1995. Al contrario, debe distinguirse la regla general según la cual el régimen legal aplicable a un accidente es el vigente en el momento en que el siniestro se produce (art. 1.2 LRCSVM 1995) y Anexo, primero, 3, LRCSVM 1995, que no fija la cuantía de la indemnización, puesto que no liga al momento del accidente el valor del punto. 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 valorativos, que serán los del momento del accidente. En consecuencia, cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado.

Los preceptos citados no cambian la naturaleza de deuda de valor que la Sala ha atribuido a la obligación de indemnizar los daños personales. De ahí que la cuantificación de los puntos «[...] debe efectuarse en el momento en que las secuelas del accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 8 de julio de 1987, 16 de julio de 1991, 3 de septiembre de 1996, 22 de abril de 1997, 20 de noviembre de 2000, 14 de julio de 2001, 22 de julio de 2001, 23 de diciembre de 2004, 3 de octubre de 2006, entre muchas otras). Y ello con independencia de que la reclamación sea o no judicial».

La doctrina sentada por estas sentencias ha sido aplicada posteriormente por las de 3 de octubre de 2006, SSTS de 9 de julio de 2008, RC n.º 1927/02 y 10 de julio de 2008, RC n.º 1634/02, 2541/03, 23 de julio de 2008, RC n.º 1793/04, 18 de septiembre de 2008, RC n.º 838/04, 30 de octubre de 2008, RC n.º 296/04, 18 de junio de 2009, RC n.º 2775/2004 y 9 de marzo de 2010, RC n.º 456/2006.

La disposición transitoria única del texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor aprobado por RDL 8/2004, de 29 de octubre establece: Disposición transitoria única. Subsistencia de las cuantías indemnizatorias actualizadas de las tablas I a V del anexo «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación», de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, incorporado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. Para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de este texto refundido, subsistirán y resultarán de aplicación las cuantías indemnizatorias fijadas en las tablas I a V del anexo «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación» de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, incorporado por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados; así como las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones mediante las que se han hecho públicas las actualizaciones anuales de dichas cuantías.

Esta norma no se opone a la doctrina arriba expuesta pues tan solo aclara que, para accidentes producidos con anterioridad a su entrada en vigor, han de seguir rigiendo las cuantías indemnizatorias fijadas en el texto derogado, aunque actualizadas anualmente con arreglo a lo que cada año publique la DGS. En consecuencia, no contradice la jurisprudencia citada en cuanto a la procedencia de aplicar el régimen anterior para fijar los daños derivados de siniestros ocurridos durante la vigencia de la LRCSCVM 1995, sin perjuicio de que para su cuantificación deba estarse a la actualización correspondiente al año en que se produzca el alta definitiva, y esto, independientemente este momento sea anterior o posterior a la entrada en vigor del TR, pues el RDL 8/2004, de 29 de octubre mantiene el criterio 10 del apartado Primero C) del Anexo, que alude a la actualización anual de las cuantías con efectos de uno

de enero y con arreglo a las resoluciones publicadas por la DGS, en términos idénticos a los contemplados en el texto del 95, que fue objeto de refundición.

La aplicación de la doctrina que acaba de exponerse al caso examinado conduce a acoger la impugnación articulada a través del único motivo de casación, si bien solo parcialmente pues, aunque la Audiencia Provincial se aparta de aquella al no distinguir entre régimen legal aplicable y cuantificación del daño, y tomar en consideración la fecha del siniestro tanto para la determinación del daño como para su cuantificación económica, cuando la doctrina de esta Sala exige que esto último se haga en función de las cuantías actualizadas vigentes para el año en que las lesiones quedaron definitivamente estabilizadas, tampoco esta jurisprudencia acoge por completo la tesis de la parte recurrente de estar a la actualización correspondiente a la fecha de la sentencia, por ser lo adecuado tomar en consideración las cuantías actualizadas para el año en que se produjo el alta definitiva.

En consecuencia, al ser un hecho probado, no revisable en casación, que el alta tuvo lugar en enero de 2003, el cálculo de las cantidades por los diferentes conceptos indemnizatorios concretados correctamente en la sentencia recurrida con arreglo al sistema legal vigente a fecha del siniestro (año 2002) debe llevarse a cabo, en periodo de ejecución de sentencia, con arreglo a las cuantías señaladas para aquel año por resolución de la DGS de fecha 20 de enero de 2003 («BOE» de 24 de enero de 2003). La cantidad resultante devengará los intereses de demora fijados en segunda instancia, cuyo pronunciamiento permanece inalterado. **(STS de 10 de noviembre de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Tras haber sufrido lesiones como consecuencia de un accidente de circulación, el perjudicado entabló acción directa contra la aseguradora de la responsabilidad civil del vehículo causante reclamando la indemnización correspondiente, los intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro y costas del pleito. Para el cálculo de la indemnización el actor tomó como referencia el sistema legal de valoración del daño corporal vigente en el momento de la demanda aunque sin renunciar a la actualización procedente en la fecha de la sentencia. El Juzgado declaró prescrita la acción y, sin entrar en el fondo, absolvió a la aseguradora. La Audiencia estimó parcialmente el recurso del actor y condenó a la entidad a abonar determinada cantidad más los intereses legales del artículo 20 desde la fecha del siniestro y hasta su completo pago. Recurre el actor en casación cuestionando el criterio de la Audiencia de atenerse al régimen vigente al tiempo del siniestro tanto para determinar el daño como para valorarlo económicamente. El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso considerando que la valoración económica de los daños corporales sufridos por el recurrente había de hacerse atendiendo a las actualizaciones vigentes al tiempo en que tuvo lugar el alta definitiva del perjudicado. (R. G. S.)

4. DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

59. Limitaciones por razón del interés general en el ámbito de la propiedad horizontal: requisitos de eficacia.—Esta Sala ha expuesto reite-

radamente que el derecho a la propiedad privada constituye un derecho constitucionalmente reconocido (art. 33 CE), concebido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente que, en todo caso, deben ser interpretadas de un modo restrictivo.

En el ámbito de la propiedad horizontal, resulta posible, el establecimiento de limitaciones o prohibiciones que en general atienden al interés general de la comunidad. Estas prohibiciones referidas a la realización de determinadas actividades o al cambio de uso del inmueble, deben constar de manera expresa, y a fin de tener eficacia frente a terceros deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad.

La doctrina de esta Sala es prácticamente unánime [SSTS 23 de febrero de 2006 (RC n.º 1374/1999), 20 de octubre de 2008 (RC n.º 3106/2002), entre otras] al considerar que la mera descripción del inmueble no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales. Para que las prohibiciones o limitaciones resulten eficaces, resulta imprescindible que una cláusula o regla precisa así lo establezca. Los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad como consideren más adecuado, a no ser que este uso esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria.

La interpretación que realiza la Audiencia Provincial de los preceptos que se consideran vulnerados por el recurrente, es plenamente acertada. Tras constatar que la comunidad de propietarios carece de estatutos, señala que en la escritura de división de la propiedad horizontal únicamente aparece reflejado el destino de la planta sótano (reservada a servicios comunes de la comunidad) para a continuación limitarse a describir los elementos del inmueble, señalando que la planta primera, donde está situada la finca del recurrido, está compuesta de locales comerciales. Esta referencia no permite deducir la vigencia de una prohibición que afecta a las facultades dominicales. Esta clase de prohibiciones o limitaciones deben ser expresas y no pueden presumirse. En definitiva no existe en el caso que se examina ninguna limitación de uso ni una prohibición de modificación del uso del inmueble. **(STS de 30 de diciembre de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Juzgado había desestimado la acción interpuesta por una comunidad de propietarios solicitando declarase contrarias a la Ley de Propiedad Horizontal las obras realizadas por un propietario al afectar aquéllas a elementos comunes así como la ilegalidad del cambio de destino del inmueble, que de local comercial había pasado a ser vivienda, esto último por considerarlo prohibido tanto legal como convencionalmente. La Audiencia desestimó la apelación de la comunidad actora considerando la inexistencia de normas —incluso estatutarias— que impidiesen al demandado la alteración del uso del inmueble de su propiedad. La comunidad formalizó recurso de casación que el Tribunal Supremo desestimó reiterando su doctrina sobre la necesidad de que las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble sean expresas como requisito de eficacia. (*R. G. S.*)

60. Propiedad horizontal: elementos comunes por naturaleza y por destino.—Los primeros serían imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diferentes pisos o locales y no podrían quedar desafectados, mientras que los segundos, a través del título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, o por acuerdo unánime de la comunidad de propietarios, podrían ser objeto de desafectación.

Las terrazas de los edificios constituidos en el régimen de la propiedad horizontal son elementos comunes por destino.—Lo que permite atribuir el uso privativo de las mismas a uno de los propietarios.

La cubierta del edificio no puede perder su condición de elemento común por naturaleza.—Debido a la función que cumple en el ámbito de la propiedad horizontal, y ello pese a que la terraza situada en la última planta del edificio, se configure como privativa. (STS de 8 de abril de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Un comunero solicitaba a la comunidad de propietarios en la que se situaba su vivienda, que hiciera frente a los gastos de reparación de la terraza aneja a su vivienda que formaba parte de la cubierta del edificio.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. La audiencia estimó el recurso de apelación presentado por la parte actora al considerar, que como la terraza del actor constituía parte de la cubierta del edificio, no podía ser calificada como un elemento privativo al ser un elemento común por naturaleza. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D.-L.)

61. Propiedad Horizontal. Acuerdos para la alteración del aspecto exterior o fachada del edificio. Atenuación de la regla de la unanimidad cuando se trata de locales comerciales abiertos al público.—La exigencia de unanimidad, que establece el artículo 12 en relación con el artículo 17.1.ª LPH, para adoptar acuerdos que impliquen una modificación de los elementos comunes, por suponer una modificación del título constitutivo, como los que se refieren a la alteración del aspecto exterior del edificio, ha sido matizada por la jurisprudencia de esta Sala, que considera que debe interpretarse de modo flexible, cuando se trata de locales comerciales situados en edificios en régimen de propiedad horizontal. Pues estos locales están destinados a albergar diferentes negocios, de modo que para su correcto desarrollo es necesaria la instalación de elementos externos tendentes a la captación de clientela, que necesariamente va a afectar a elementos comunes del edificio y, en especial, a la fachada. En este sentido, las SSTs de 11 de noviembre de 2009 y de 30 de septiembre de 2010 declaran que no cabe idéntica interpretación entre locales de negocios y pisos, pues la zona de los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales. De este modo, los propietarios de los locales comerciales situados en la planta baja pueden ejecutar obras que supongan la alteración de la fachada del edificio, siempre y cuando su realización no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general o perjudique los derechos de otros propietarios. (STS de 14 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio situado en La Coruña promovió juicio verbal de suspensión de obra nueva, solicitando que se condenara al propietario y al arrendatario de un local comercial, situado en la planta baja, a reponer el estado de la fachada a la situación en la que se encontraba antes de la realización de las obras que ejecutaron sin haber obtenido el consentimiento de la comunidad. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a los demandados. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora. (*L. A. P. M.*)

62. Propiedad horizontal: obras que afectan a elementos comunes sin autorización expresa. Consentimiento tácito de la comunidad de propietarios.—[...] es preciso recordar la doctrina que se viene aplicando por esta Sala en relación con la necesidad del consentimiento de la Junta de Propietarios para la realización de obras que puedan afectar a elementos comunes, cuya naturaleza ostenta, en el caso que nos ocupa, la fachada afectada por la instalación de un cerramiento metálico. Esta Sala ha declarado ya en otras resoluciones que, ciertamente, el conocimiento no equivale a consentimiento ni el silencio supone una declaración genérica (SSTS de 26 de mayo de 1986, 16 de octubre de 1992 y 3 de octubre de 1998), tal y como defiende la parte ahora recurrente. No obstante, también se ha establecido, con valor de doctrina jurisprudencial, que ha de estarse a los hechos concretos para decidir si el silencio cabe ser apreciado como consentimiento tácito o manifestación de una determinada voluntad. De este modo, la resolución del conflicto radica en determinar bajo qué condiciones debe interpretarse aquél como tácita manifestación de ese consentimiento, a cuyo fin habrán de valorarse las relaciones preexistentes entre las partes, la conducta o comportamiento de éstas y las circunstancias que preceden y acompañan al silencio susceptible de ser interpretado como asentimiento [SSTS de 23 de octubre de 2008 (RC n.º 1332/2003) y 5 de noviembre de 2008 (RC n.º 1971/2003)].

Desde estos parámetros, el interés casacional por oposición a la jurisprudencia de la Sala es inexistente. Sólo si se ignoran los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial se puede concluir que concurra la contradicción que se alega. La sentencia recurrida, en el Fundamento de Derecho Primero, no sólo evidencia que se ha realizado un gran número de cerramientos de terrazas, mediante construcciones de aluminio, sin que la Comunidad haya iniciado acciones tendentes a su retirada, sino que considera acreditado que cuando los recurridos adquirieron la vivienda ya se había instalado una construcción de aluminio, cristal y material de obra en la terraza en cuestión. A todo ello se une que se han aportado pruebas que ponen de manifiesto que otro vecino, frente al que ninguna acción se ha llevado a cabo, realizó un cerramiento de la terraza análogo al ejecutado por los recurridos, que ha sido consentido por la Comunidad.

En definitiva, las sentencias de esta Sala que identifica el recurrente mantienen un criterio doctrinal que ha sido completado por jurisprudencia más reciente, conforme se ha examinado, y ahora se reitera, respecto a que es posible la aprobación tácita de la Comunidad en la realización de obras como las que son objeto de este pleito, una vez analizados los hechos concretos, que en el presente caso han permitido a la Audiencia Provincial, tras valorar

la existencia de construcciones análogas permitidas por la Comunidad, así como la preexistencia de un cerramiento anterior llevado a cabo por quienes vendieron a los ahora propietarios el inmueble en cuestión, declarar la validez de la construcción ejecutada. (STS de 26 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Juzgado estimó la demanda interpuesta por una comunidad de propietarios declarando la ilegalidad de un cerramiento metálico de terraza al haber sido ejecutado sin contar con la preceptiva autorización de la comunidad. La Audiencia revocó la resolución de instancia y desestimó la demanda considerando la existencia en el edificio de cerramientos similares consentidos por la comunidad sin que, en aquellos casos, ésta hubiere interpuesto acción alguna. La comunidad de propietarios interpuso recurso por interés casacional al entender que sobre el punto debatido existía jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

63. Legitimación del presidente de una comunidad de propietarios para el ejercicio de acciones relativas a daños sobre elementos privativos.—Declara el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (v. gr., SSTs de 8 de julio de 2003, 18 de julio de 2007 y 30 de abril de 2008) que las comunidades de propietarios, con la representación conferida legalmente a los respectivos presidentes (art. 13.3 LPH), gozan de legitimación para demandar la reparación de los daños causados a elementos comunes y privativos del inmueble. Las personas ajenas a esta comunidad no pueden pretender realizar diferencia entre estos elementos, ya que tal cuestión queda reservada a la relación interna entre los integrantes subjetivos de la comunidad (STS de 24 de septiembre de 1991), sin perjuicio de las obligaciones del presidente de responder frente a ellos de su gestión (SSTs de 15 de enero y 9 de marzo de 1988). Frente al exterior, por tanto, vale la voluntad del presidente como voluntad de la comunidad. Con ello, el Tribunal Supremo extiende las facultades del presidente a la defensa de los intereses afectantes a los elementos privativos del inmueble cuando los propietarios le autoricen. Es más, tal autorización se presume, pues se entiende que existe mientras no se acredite lo contrario (STS de 2 de diciembre de 1989). A este respecto, no basta con la prueba de que no existe autorización previa de la junta de propietarios, pues, salvo en los supuestos expresamente excluidos por la Ley y en los que exista una oposición expresa, tal autorización no es necesaria si ejercita una pretensión en beneficio de la comunidad (ver al respecto SSTs de 3 de marzo de 1995, 16 de octubre y 20 y 31 de diciembre de 1996 y 18 de julio de 2007). Concretamente, se sigue esta doctrina, al menos, para los vicios y defectos de construcción, por afectar también el interés de la comunidad a los incumplimientos contractuales afectantes a viviendas en particular (STS de 10 de mayo de 1995).

Incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato de obra. Reparación *in natura* frente a indemnización.—Si bien el Tribunal Supremo afirma que existe una larga jurisprudencia que considera que, en el contrato de obra, el derecho del perjudicado a obtener la reparación *in natura* sólo es preferente sobre la indemnizatoria, cuando tal reparación sea posible y el perjudicado la prefiera (v. gr., SSTs de 2 de diciembre de 1994, 13 de mayo de 1996

y 13 de julio de 2005), en determinados supuestos se ha afirmado la solución contraria; esto es: que la posibilidad de instar la reclamación directa de la indemnización es únicamente una excepción a la regla general del artículo 1098 CC, que prescribe la reparación *in natura* (entre otras, SSTS de 17 de marzo de 1995 y 13 de julio y 27 de septiembre de 2005). Ahora bien, incluso conforme a esta otra doctrina, se ha mantenido la procedencia de la pretensión resarcitoria por equivalencia cuando concurren una serie de circunstancias – por ejemplo, acto de conciliación que termina sin avenencia–, que coinciden con las que se presentan en este caso. Todo ello es consecuencia racional y lógica de que la reparación trata de conseguir que el patrimonio del lesionado quede en situación igual o, al menos, equivalente, a la que tenía antes de haber sufrido el daño, y de que, como declara la STS de 21 de diciembre de 2010, a estos fines, la solución indemnizatoria es a veces más efectiva en atención a las complicaciones, dilaciones y conflictos que se pueden plantear en el trámite ejecutivo. (STS de 16 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.–La presidenta de una comunidad de propietarios interpuso demanda contra la promotora de las viviendas sobre la que se constituía la propiedad, así como contra los arquitectos y aparejadores de la obra realizada, en ejercicio de la acción por vicios ruinógenos del artículo 1591 CC y, subsidiariamente, de incumplimiento de contrato, reclamando la indemnización de los daños producidos en los bienes comunes, así como en los privativos de los diversos propietarios de la comunidad.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó únicamente a la promotora al pago de una indemnización menor que la solicitada, absolviendo al resto de los demandados. Contra esta sentencia interpusieron recurso de apelación tanto la comunidad de propietarios, a través de su presidenta, como la promotora de las viviendas. La Audiencia Provincial, partiendo de la inexistencia de vicios ruinógenos, pero sí de defectos leves relacionados con el incumplimiento contractual, desestimó ambos recursos, argumentando respecto del primero que no procedía declarar la condena solidaria de los arquitectos y aparejadores de la obra. Respecto del segundo recurso, rechazaba la Audiencia la tesis de la falta de legitimación de la presidenta de la comunidad de propietarios para el ejercicio de acciones en relación a elementos privativos, y declaraba por otra parte que no era necesario en este caso la previa solicitud de reparación *in natura*. La promotora interpuso entonces recurso de casación. (A. M. M.)

64. Propiedad intelectual: requisitos para apreciar la existencia de obra fotográfica; diferencia entre obra fotográfica y mera fotografía. Originalidad: doctrina jurisprudencial.–Citando la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1992, se hace referencia desde una perspectiva subjetiva, a la exigencia de un esfuerzo creativo y que «se refleje la personalidad del autor»; y, en el plano de la novedad objetiva, a la trascendencia de la obra.

La originalidad protegible en la obra fotográfica: diferencias con la mera fotografía; valoración de una cierta altura creativa.–La diferencia

entre obra fotográfica y mera fotografía va a recaer en la valoración de una cierta altura creativa (no basta una novedad objetiva cualquiera). Su valoración corresponde, en principio, a los tribunales que conocen en instancia, aun cuando la «suficiencia creativa» es verificable en casación, en tanto que la «originalidad creativa» es un concepto jurídico indeterminado. En el caso concreto no hay datos en la sentencia impugnada que evidencien irracionalidad de criterio, porque, en lo que se refiere al valor creativo de lo que la actora denomina «pintar con luz» ha sido contestado por la contraparte argumentando con un informe técnico que se trata de una de las maneras usuales y tradicionales de los fotogrfos profesionales de fotografiar los alimentos u objetos específicos de los que aparecen en envases como el de autos. (STS de 5 de abril de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El litigio versa sobre los derechos exclusivos de propiedad intelectual sobre unas fotografías encargadas para ser incluidas en la confección del diseño de los envases de unos productos que comercializa la entidad demandada. El fotogrfo demandante sostiene que en la explotación de las fotografías se han ignorado sus derechos exclusivos de propiedad intelectual (patrimoniales y morales) como autor, en este caso, de una obra fotográfica. En primera instancia se desestima la demanda y la Audiencia Provincial confirma el fallo recurrido en apelación. (S. M. S.)

65. Propiedad intelectual. Interpretación del artículo 46.1 LPI: participación proporcional en los ingresos de explotación.—La demandada pretende que se tome en cuenta el pago que recibí del IMPU del Ayuntamiento de Barcelona por la cesión de derechos de la obra y no el precio de venta al público de la obra por dicho IMPU, pues la editorial no obtuvo ingreso ni beneficio de dicha explotación por un tercero. Sin embargo, aparte de que la editorial también percibió una cantidad por la publicidad inserta en la obra, en cualquier caso la interpretación efectuada por la resolución recurrida de la expresión «sobre las ventas» (para aplicar el porcentaje) no ha sido cuestionada como tal interpretación contractual, ni por lo demás es en absoluto arbitraria o irrazonable, siendo por lo demás irrelevante (s que también incierto) que el encargo del Instituto fuera posterior al efectuado por la Editorial a la actora. (STS de 6 de abril de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El proceso versa sobre la fijación de los porcentajes correspondientes al autor de unas obras literarias cuya explotación cedió a la Editorial M., S.L., a cambio de una remuneración proporcional sobre los precios de venta. El fallo de primera instancia estimó parcialmente la demanda de la actora; lo mismo sucedió con el recurso en apelación. La editorial demandada presenta recurso de casación. (S. M. S.)

66. Propiedad intelectual: protegibilidad del formato televisivo como obra: se requiere originalidad; no se aprecia.—La obra audiovisual sólo existe y merece tal protección en el caso de que sea original. En el caso

del programa televisivo al que se refieren los derechos patrimoniales supuestamente lesionados contiene elementos pertenecientes al llamado dominio público cultural, semejantes en todos los programas televisivos del mismo contenido temático.

Derechos patrimoniales del productor sobre la grabación audiovisual: derechos conexos; no se infringen. Existiendo diferencias sustanciales entre ambos programas, basta ello para resolver la cuestión de los derechos patrimoniales del productor sobre la grabación, por no tratarse de un problema de plagio o usurpación, propio del derecho moral del autor de exigir el reconocimiento de su condición de tal.

Actos de competencia desleal: artículos 6, 11 y 12 LCD (Ley 3/1991). En relación con el artículo 6, al mencionar la norma como objeto de la confusión del consumidor «la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos», se refiere el legislador a los medios de identificación o presentación de la empresa, de las prestaciones o de los establecimientos de otro agente económico en el mercado. También se proyecta sobre las creaciones formales, bien que reputadas, el artículo 12 –STS de 19 de mayo de 2008–, mientras que el artículo 11 lo hace a la imitación de las iniciativas empresariales y de las prestaciones ajenas, entendidas éstas en el sentido de creaciones materiales –SSTS de 11 de mayo de 2004, 7 de julio de 2006 y 4 de marzo de 2010–. Conforme a lo expuesto, los artículos 6 y 12 sólo serían aplicables a la utilización por los demandados del título «La botica de Txumari» para identificar el programa de televisión a que se refiere la demanda. Pues bien, las sustanciales diferencias existentes entre ambos, considerados aisladamente, excluyen tanto el riesgo de confusión en los televidentes sobre el origen empresarial de uno y otro, como el aprovechamiento por el segundo de la reputación ganada en el mercado por el primero. La misma conclusión se impone en relación con el artículo 11. Por ello debe mantenerse la decisión del tribunal que conoció en apelación al considerar que los consumidores de programas televisivos sobre salud entienden que los litigiosos se producen por diferentes empresarios y son distintos, pues su parecido es tan usual como poco significativo en el ramo de actividad de que se trata y la identidad del presentador de uno con el que lo había sido del otro carece de potencialidad suficiente para generar riesgo de error o aprovechamiento de reputación. **(STS de 9 de diciembre de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.–La productora K, S.L. celebra un contrato de producción de obra audiovisual con D. B., por el que éste creará los guiones y presentará un programa televisivo sobre salud natural, que se tituló «La Botica de la Abuela». En 1998, la productora y D. B. convienen la extinción de la relación contractual hasta entonces vigente, cediéndole D. B. a la productora, en exclusiva, sus derechos de reproducción, distribución y comunicación pública sobre la obra audiovisual, que era emitida periódicamente, con indudable éxito. En enero de 2000 comienza la emisión periódica en una cadena de televisión, de la que es titular A3 TV, S.A., de un programa titulado «La botica de Txumari», producido por S.P., S.A. y presentado y conducido por el mismo D.B., con la misma estructura general e idénticos decorados, puesta en escena, contenido temático y medios de presentación que «La Botica de la Abuela». K, S.L. demanda a D. B., por plagio y vulneración de sus derechos exclusivos de propiedad intelectual, así como por actos de compe-

tencia desleal. En primera instancia fue desestimada la demanda y en apelación se confirmó el fallo recurrido. (S. M. S.)

67. Propiedad intelectual: acción indemnizatoria por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido: artículo 140 LPI. Requisito para que las tarifas generales exigibles puedan considerarse parámetro de la cantidad que debería haberse abonado si el infractor hubiera pedido autorización: carácter equitativo.—Según el artículo 140 la indemnización exigible por el titular comprende también el lucro cesante. Y además se permite al titular optar por el montante indemnizatorio resultante de la cantidad que como remuneración hubiera percibido si el infractor hubiera pedido autorización. No es correcto afirmar que, para verificar este cálculo haya necesariamente que estar a las tarifas generales de las entidades de gestión porque han sido comunicadas al órgano de la Administración competente, porque la Ley de Propiedad Intelectual no le atribuye facultades de aprobación, sino de mera recepción de la comunicación y de genérica vigilancia de cumplimiento de obligaciones y requisitos legales. Tampoco el proceso negociador previo justifica la aplicación de las tarifas generales con independencia de otro juicio sobre su carácter equitativo. Y, en todo caso, si las tarifas atienden exclusivamente a los rendimientos obtenidos por la infractora con el desempeño de su actividad, prescindiendo de cual haya sido el efectivo uso del repertorio, tampoco pueden considerarse equitativas, ni, en definitivas, una retribución válida para las autorizaciones que se conceden a cambio de una «remuneración equitativa». También deberá atenderse a los acuerdos a que hubiera llegado la entidad de gestión con otras entidades o personas para autorizar el uso de su repertorio, dada la estrecha relación de la equidad con la inexistencia de desproporción injustificada en supuestos semejantes. (STS de 23 de marzo de 2011; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—En las dos instancias se ha declarado probado que la demandada, A3TV, S.A., ente de radiotelevisión, desde el comienzo de sus emisiones ha lesionado, sin justificación conocida, los derechos gestionados por la demandante, AGEDI, al reproducir y comunicar al público, sin el necesario consentimiento, fonogramas de su repertorio.

Por dicha razón, en aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), fue condenada a cesar en tal actividad ilícita y a indemnizar a la entidad de gestión actora, con la extensión resultante de la aplicación de sus tarifas generales, por los daños y perjuicios causados. (S. M. S.)

68. Propiedad intelectual. Derechos conexos: artistas. Derecho de remuneración por comunicación pública: artículo 108 LPI. Comparación con el régimen de los productores audiovisuales: sólo los artistas gozan de derecho de remuneración por los actos de comunicación primaria; justificación.—Si bien es cierto que el artículo 7.3.III de la Ley 43/1994 (previo al texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado en 1996) otorgaba un tratamiento idéntico a productores y artistas audiovisuales, la normativa posterior sólo concede un derecho de remuneración a los productores en los

casos de comunicaciones públicas derivadas. Pero este cambio no puede admitirse como una actuación *ultra vires* del Gobierno en su actuación normativa (y por tanto, se desestima el vicio de nulidad del precepto alegado por los demandados). La falta de mención de los productores en los actos de comunicación originaria [arts. 20.2. f) y g) LPI] se explica razonablemente por el hecho de que al productor le corresponde el derecho a autorizar la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales, por lo que parece injustificado que perciba una remuneración equitativa como compensación económica por el acto de comunicación pública que tiene la facultad de autorizar controlando el establecimiento de las condiciones económicas adecuadas. En los casos de comunicación pública derivada [supuestos aptdos. f) y g), artículo 20.2], por el contrario, resulta imposible prever el alcance que tendrán para establecer de antemano las condiciones económicas que compensen estos actos, de tal suerte que es en este supuesto donde se justifica la percepción de una remuneración equitativa por parte de los productores.

La condición de usuario en el supuesto de hecho del derecho de remuneración del artículo 108 LPI. Distinción entre cesionario y usuario.—El reconocimiento del derecho a la remuneración equitativa no se funda en la imposibilidad de establecer pactos de manera individual y concreta sobre los derechos económicos derivados de la autorización de la comunicación pública, sino en la necesidad de garantizar de manera efectiva la participación de los titulares de derechos de autor en la explotación de la obra. El legislador reconoce este derecho a los artistas habida cuenta de que, mientras los productores se hallan en la situación adecuada para negociar sus derechos económicos respecto de dichos actos, los artistas, intérpretes o ejecutantes se presumen en una situación de inferioridad frente a la productora en el momento de la contratación, como se refleja al proclamar el carácter irrenunciable de la expresada remuneración y establecerla sin perjuicio de lo que pueda haberse acordado en el contrato de producción de una grabación audiovisual entre el artista, intérprete o ejecutante y el productor. En consonancia con esto, en el caso de los artistas, no solo la ausencia de previsibilidad de los resultados económicos de las comunicaciones públicas futuras opera como factor para el reconocimiento de su derecho a la remuneración equitativa, sino también la imposibilidad en que se encuentran de imponer a los productores condiciones económicas adecuadas para lograr el reconocimiento efectivo de una participación económica en los resultados de la explotación de la obra. Es por ello que, aun siendo la entidad de radiodifusión cesionaria derivativa de los derechos exclusivos de comunicación pública de los artistas, es «usuaria» a los efectos del pago del derecho de remuneración, sin que quepa apreciar un supuesto de doble pago.

Remuneración equitativa: criterios de equidad.—No constituye garantía de equidad de las tarifas aplicadas por las entidades de gestión, por sí misma, la comunicación obligatoria de las tarifas al Ministerio de Cultura (art. 159.3 LPI). Tampoco que haya existido un proceso negociador previo. La fijación de tarifas generales atendiendo únicamente a los rendimientos de explotación es insuficiente para afirmar su carácter equitativo. Además, deben tenerse en cuenta otros criterios: comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión con otras productoras; amplitud del repertorio de cada sociedad en relación con las demás y con los sujetos activos de la remuneración; «factores variables y fijos», como menciona la STJUE 6 de febrero de 2003. La Doctrina de la Sala ha admitido ya en relación con los derechos de autor dimanantes de la comunicación pública de

obras audiovisuales, que la remuneración equitativa no puede fijarse de manera incondicionada, sino por aproximación a principios de efectividad de uso (SSTS 20 de septiembre de 2007; 15 de enero de 2008; 7 de abril de 2009). (STS de 13 de diciembre de 2011; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—AISGE y AIE demandan a la entidad de radiodifusión C.S.D., S.L., por impago del derecho de remuneración que la LPI reconoce a favor de los artistas por la comunicación pública de las grabaciones que contienen sus actuaciones (art. 108. LPI). El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. El fallo es confirmado por la Audiencia Provincial. (S. M. S.)

69. Servidumbre de paso constituida a favor del Ayuntamiento. Carácter público del uso de la misma: la apertura de una puerta que da acceso al espacio público que comprende la servidumbre es conforme con su destino y ni crea ni agrava la servidumbre ya existente.—No nos encontramos ante una servidumbre de interés privado sino de carácter público mediante la cual se configura como de uso público, abierto por tanto a cualquier persona, una determinada porción del dominio privado de forma permanente y perpetua (lo que venía exigido por razones urbanísticas). De ahí que la actuación de la parte demandada al abrir un acceso para su edificación a un espacio de uso público ni crea servidumbre ni agrava la ya existente haciendo, por el contrario, uso de la misma para la finalidad de paso para la que fue establecida a favor del Ayuntamiento, no excediéndose del uso *civiliter* que en relación con las servidumbres requiere el ejercicio de tal derecho conforme a las exigencias de la buena fe. Lo que comporta que la parte actora carece de interés jurídico protegible para el ejercicio de la acción negatoria de que se trata. (STS de 10 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios interpuso una acción negatoria de servidumbre contra la mercantil C.V., S.L., solicitando se declarara que sobre la parte de la finca de la actora destinada a plaza nunca se había constituido una servidumbre de paso a favor del inmueble de la demandada, y se le condenara a cerrar la puerta abierta en la fachada que da a dicha plaza. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Asturias rechazaron de plano la acción. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la actora. (C. O. M.)

70. Determinación de la naturaleza de una pared como propiedad exclusiva o como medianería. Presunción *iuris tantum* de medianería en las paredes sobre la línea divisoria de dos edificios. Prueba a contrario.—Según el TS, de los artículos 572.1 y 573.1 CC se desprende que la mera existencia de una pared sobre la línea divisoria de dos edificios contiguos permite presumir que aquélla es medianera, y no de propiedad exclusiva de uno de ellos, a menos que se acredite otra cosa, esto es, a menos que haya signo externo en contrario. Una evidencia contraria a la medianería consiste en la existencia de huecos en el elemento de separación. De existir dicho

signo externo, la norma del artículo 573.1 CC ha de conectarse con los artículos 580 y 581 CC, por cuanto el primero de ellos prohíbe la apertura de huecos y ventanas en pared medianera si no media acuerdo de los interesados, y el segundo admite la posibilidad –con ciertos límites– de que el dueño de una pared no medianera contigua a finca ajena pueda abrir tales huecos. (**STS de 24 de febrero de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.–El origen del litigio tiene lugar con la demanda de juicio ordinario presentada por la Comunidad de Propietarios A contra la Comunidad de Propietarios B. En dicha demanda se solicita que se declare que la obra de levante que efectúa la demandada ha afectado los derechos de propiedad, medianería y servidumbre de luces y vistas de la comunidad demandante y, en consecuencia, se condene a la demandada a eliminar a su costa la estructura metálica colocada en el patio que se encuentra entre ambos edificios.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda declarando que la obra ejecutada por la comunidad de propietarios demandada ha afectado negativamente a los derechos alegados por la demandante y condenado a la demandada a dejar el patio en su estado originario.

Ambas partes recurrieron en apelación, pero la Audiencia Provincial desestimó los referidos recursos.

Contra esta última resolución recurre en casación la comunidad de propietarios demandada. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial. (*G. M. A.*)

71. Causas de nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria o causas de reclamación de cantidad o indemnización de daños y perjuicios.–El TS entiende que un exceso en la reclamación por una presunta liquidación defectuosa de una deuda no determina, en cualquier caso, la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido, sino que establece, en su caso, la procedencia de una reclamación de cantidad e incluso la indemnización de daños y perjuicios. Sólo así se entiende que el artículo 132 LH contemple de manera separada las reclamaciones que versen sobre la nulidad del título y las actuaciones sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda y que el artículo 131, regla 2.ª, LH, en la fecha de inicio del proceso, dispusiera que el acreedor habría de quedar sujeto a indemnizar cuantos años y perjuicios irrogare al deudor o terceros interesados por malicia en la exposición de los hechos y de las demás circunstancias que ha de apreciar el Juez para autorizar el procedimiento.

Validez de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios.–El TS reitera su doctrina en la que admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado del contrato en los préstamos hipotecarios, prevista en sus anteriores SSTs de 7 de febrero de 2000, 9 de marzo de 2001 y 4 de junio de 2008. Efectivamente, esta jurisprudencia, contraria al pronunciamiento contenido, con carácter *obiter dicta*, en la sentencia de 4 de junio de 2008, atiende a los actuales usos de comercio, a la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente y en el principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, cuando concorra justa causa para

ello, esto es, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo (STS de 17 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La compañía A interpone demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de Güimar contra Caja P, posteriormente Banco B. V. A., interesando que se dictara sentencia por la que se declarara la nulidad de pleno derecho del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH seguido en su día por el antecesor de la demandada, el Banco C. A., contra la demandante ante el Juzgado de Primera Instancia de dicha ciudad. La demandante alega haberse producido indefensión de la parte demandante por no ser correcta la cuantía de la deuda reclamada por la existencia de errores en la liquidación de ésta, y no cumplir, por tanto, la demanda del procedimiento cuya nulidad se solicita con los requisitos legales sobre las circunstancias determinantes de la exigibilidad del crédito y la cuantía de la deuda previstos en el artículo 131, reglas 2.ª y 4.ª LH.

La demandada alega la falta de litisconsorcio pasivo necesario a fin de que fueran llamadas al proceso como demandadas las adjudicatarias del bien hipotecado, objeto de subasta en el procedimiento de ejecución hipotecaria, así como los terceros arrendatarios. Dichas adjudicatarias se personaron y se opusieron a la demanda.

El citado Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, por entender cumplidos en el caso los requisitos para la admisión de la demanda de ejecución hipotecaria, y el seguimiento del proceso, en cuanto a la certeza, subsistencia y exigibilidad de la deuda, así como en cuanto a la determinación de la cuantía exacta que por todos los conceptos era objeto de reclamación, sin perjuicio, eso sí, de que la parte ejecutada no estuviera de acuerdo con dichas cuantías o bien con la forma de practicar la liquidación.

Contra esta sentencia recurre en apelación la demandante. La Audiencia Provincial de Tenerife desestima también dicho recurso, por lo que confirma la sentencia de primera instancia.

La demandante vuelve a recurrir, esta vez en casación. En realidad, lo que el recurrente viene a plantear no es que faltara la determinación de las cantidades reclamadas, sino que éstas eran excesivas al haber sido liquidada erróneamente la deuda, por una incorrecta fijación de ésta. El TS declara no haber lugar al recurso, por lo que confirma las sentencias de instancia.

NOTA.—Téngase en cuenta que la redacción del artículo 131 LH que el TS aplica en la presente sentencia, es la vigente con anterioridad a la modificación producida por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, dado que el procedimiento de ejecución hipotecaria al que se refiere la demanda data de 1997. En esta fecha, la regla 2.ª de este artículo 141 LH declaraba lo siguiente: «*Se iniciará el procedimiento por demanda autorizada por Letrado, en la que deberá constar necesariamente: I) Los hechos y las razones jurídicas determinantes de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito y de la competencia del Juzgado; II) La*

cantidad exacta que por todos los conceptos sean objeto de reclamación». Seguidamente, esta disposición afirmaba: *«El acreedor quedará sujeto a indemnizar cuantos daños y perjuicios irrogare al deudor o terceros interesados por malicia en la exposición de los hechos y de las demás circunstancias que ha de apreciar el Juez para autorizar el procedimiento».* Por su parte, la regla 4.^a ordenaba al Juez que llevara a cabo el examen de la demanda y los documentos acompañados y, si se cumplieren los requisitos legales, que procediera a su admisión mandando sustanciar el procedimiento con la práctica de los requerimientos que fueren necesarios y solicitud de certificación al Registro de la Propiedad.

Por otro lado, se debe llamar la atención sobre el hecho de que la controversia interpretativa acerca de las cláusulas de vencimiento anticipado ha sido zanjada con la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento 1/2000, de 7 de enero, ya que en la nueva redacción de su artículo 693.2 se admite la plena eficacia de tales pactos siempre que estén inscritos en el Registro de la Propiedad. (G. M. A.)

72. La buena fe en los supuestos de doble venta de inmuebles.—Los supuestos de doble venta contemplados en el artículo 1473 CC se producen cuando el propietario vende la misma cosa a varios compradores, disponiendo cuál de ellos tiene la preferencia en la adquisición de la misma y declarando ineficaces el resto. Si la cosa es inmueble, adquiere el que antes la haya inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que presupone que antes hubo tradición real o instrumental por la escritura pública. Sin embargo, esta preferencia al que ha inscrito tan sólo se produce si ha mediado buena fe por su parte.

Aunque parece que el CC no exige la buena fe, al menos expresamente, cuando se trata de venta de inmuebles, ello no es así. La exigencia de la buena fe al caso de doble venta de inmuebles, prevista en el párrafo tercero del artículo 1473 CC, se deduce de los principios generales del derecho y de relacionar esta norma con el artículo 34 LH.

La buena fe no es un estado de conducta, como ocurre en las obligaciones y contratos, sino de conocimiento —el creer o ignorar si la situación registral es o no exacta, respecto a la titularidad registral—. En materia de propiedad y derechos reales, la buena fe consiste, en su aspecto positivo, en la creencia por parte de quien pretende ampararse en la protección registral, que la persona de quien adquirió la finca de que se trate era dueño de ella y podía transmitirle su dominio. En su sentido negativo, consiste en la ignorancia y desconocimiento de inexactitudes o de vicios invalidantes que puedan afectar a la titularidad del enajenante, por lo que carecen de tal cualidad quienes tienen noticia perfecta de la situación extratabular o de las posibles causas capaces de enervar el título de su transmitente.

La causa de los contratos.—Tal como establece el artículo 1274 CC, la causa de todo contrato es objetiva y distinta de los móviles subjetivos que llevan a las partes a contratar, que quedan fuera del contrato. (STS de 11 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Se trata de determinar la prevalencia entre el contrato de compraventa de 24 de enero de 2001 en documento privado y otro contrato de compraventa formalizado en escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad el 30 de enero de 2002. En el

primero, el codemandado y recurrente en casación don A vende la totalidad de las fincas de su propiedad que le restan de otras ventas anteriores, por un determinado precio a la demandante y parte recurrida, la entidad D. En el segundo, vende las mismas fincas por el mismo precio a la codemandada no recurrente doña M. Ni la entidad D. ni doña M. han llegado a tomar posesión de las fincas. Además, esta última las adquirió en calidad de testafarro, careciendo de buena fe. La entidad D. formula demanda en la que solicita la declaración de validez y eficacia del primero de los contratos, de 24 de enero de 2001, y la preferencia de éste sobre el segundo. El demandado, don A, formula demanda reconvenzional solicitando la declaración de nulidad del primero de los contratos.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Sin embargo, en apelación la Audiencia Provincial revocó la sentencia recurrida, estimó la demanda, aplicando la doctrina de la doble venta y declarando la validez de la compraventa formalizada en el documento privado de 24 de enero de 2001 y su preferencia.

El demandado formula recurso de casación, alegando básicamente la aplicación indebida del artículo 1473 CC, pues doña M. era poseedora material, aunque poseedora mediata. Según el TS, la segunda compradora carecía de buena fe. Además, entiende el Alto Tribunal que es discutible que el artículo 1473 CC incluya la entrega *ficta* de la posesión, como tal posesión, pero lo que es indiscutible es que tal tradición instrumental es considerada como tal posesión, cuando de la escritura y de los hechos probados se desprende que no hubo transmisión posesoria. En definitiva, al no tener la segunda compradora buena fe, no se le puede reconocer preferencia en la doble venta. (S. L. M.)

73. El principio de protección del tercero hipotecario.—En virtud del artículo 34 LH, el tercero hipotecario será mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante.

La presunción de exactitud registral se desdobra en los dos principios o aspectos de la eficacia registral: el principio de legitimación registral —eficacia defensiva de la inscripción— y el principio de fe pública registral —eficacia ofensiva de la inscripción—. Se protege, así, al tercero hipotecario frente a lo no inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que también se corrobora en el artículo 32 LH. Esto implica que si el transmitente era titular registral y tenía inscrito a su favor el derecho real, pero no era verdadero titular, careciendo por tanto de poder de disposición, y, pese a ello, lo transmite a título oneroso a un tercero de buena fe y éste inscribe su adquisición en el Registro, confiando en su contenido, va a quedar protegido registralmente y mantenido materialmente en su adquisición, pese a ser a *non domino*. (STS de 31 de marzo de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Los demandados vendieron las mismas fincas a distintas compradoras. También arrendaron otras fincas a varias arrendatarias a la vez. Doña A y sus hijas, que en su momento confiaron en la exactitud de las correspondientes inscripciones registrales a la hora de celebrar los citados contratos, formulan demanda solicitando la nulidad de éstos por simulación absoluta, con las can-

celaciones registrales procedentes e indemnización de daños y perjuicios. Además, el Banco B., también demandado, otorgó hipoteca, como acreedor hipotecante, sobre las fincas cuya titularidad de los contratantes deudores hipotecarios constaba inscrita en el Registro de la Propiedad. Se solicita también la cancelación de la hipoteca.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, por lo que las actoras recurren en apelación. La Audiencia Provincial no hizo mención alguna del negocio jurídico fiduciario y declaró la nulidad por simulación absoluta de las dos compraventas, la nulidad de los dos contratos de arrendamiento y la condena a los demandados al pago de una indemnización.

En casación el TS entendió que está totalmente claro que hubo unos contratos sin precio, lo que significa un supuesto evidente de contrato con simulación absoluta —el negocio fiduciario no es otra cosa que un negocio simulado—. Por otro lado, se alega el principio de protección del tercero hipotecante. Considera el TS que, dándose la buena fe de aquél y habiendo inscrito su derecho, queda protegido por la presunción de exactitud registral llegando incluso a la posible adquisición a *non domino*, lo que contempla expresamente el artículo 34 LH. Así, el TS termina estimando el recurso planteado por los demandados. (S. L. M.)

74. Resoluciones extemporáneas de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Determinación de su validez o nulidad. Normativa aplicable.—La letra del artículo 327, párrafo noveno, LH se limita a firmar que, respecto del recurso que puede interponerse ante la DGRN contra las calificaciones negativas del registrador, *«la Dirección General deberá resolver y notificar el recurso interpuesto en el plazo de tres meses, computados desde que el recurso tuvo su entrada en el Registro de la Propiedad cuya calificación se recurre. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución se entenderá desestimado el recuso quedando expedita la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria a que ello hubiere lugar»*. Las sentencias de las Audiencias Provinciales recaídas hasta la fecha han resuelto de manera discrepante la cuestión de la interpretación de este precepto, defendiéndose, por un lado, la validez de la resolución recaída extemporáneamente (entre otras, SAP de Navarra de 2 de diciembre de 2008) y, en sentido contrario, por otro grupo de sentencias, la nulidad de las resoluciones extemporáneas (por todas, SSAP de Madrid de 17 de mayo de 2010; Las Palmas, de 23 de diciembre de 2009; y Alicante, de 9 de julio de 2009). La existencia de tales criterios judiciales opuestos determina la procedencia de la intervención del TS para unificar la doctrina. El Alto Tribunal se decanta por la segunda línea jurisdiccional enunciada. Por tanto, ha de entenderse que, transcurrido el plazo impuesto a la DGRN en el artículo 327, párrafo noveno, LH, el recurso se entiende desestimado y toda resolución recaída con posterioridad es nula. No podía ser de otra manera si atiende al tenor del artículo 327 LH, que, contiene remisiones concretas al régimen administrativo, pero no así con respecto al silencio administrativo, del que declara con claridad la desestimación por el transcurso del plazo temporal, sin remisión alguna a la LRJPAC. Seguidamente, aclara el TS que la aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo no se puede aceptar, dado

que, a pesar de ser la DGRN un órgano administrativo y tener sus resoluciones esta misma naturaleza, la función calificadora presenta peculiaridades de notoria importancia respecto del régimen de las actividades administrativas públicas, que justifican su tratamiento específico –entre otras, el examen de su legalidad, que corresponde al orden jurisdiccional civil, no al administrativo–. Por último, entiende el Alto Tribunal que la posibilidad de que la DGRN pudiera modificar la decisión una vez transcurrido el plazo para resolver crearía una situación de inseguridad jurídica que, a diferencia de la actividad administrativa, no podría justificarse en motivos de interés general, dado que en el ámbito registral predomina la protección de los derechos de los terceros que, habiendo obtenido la inscripción registral de su derecho, pueden resultar afectados por el acceso al Registro de un derecho reconocido por la DGRN con carácter extemporáneo. **(STS de 3 de enero de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–El presente litigio tiene su origen en la decisión de una registradora de la Propiedad de suspender la inscripción de una escritura de compraventa que le había sido presentada, por no relacionarse en ella los términos del poder de la representante de la vendedora de forma suficiente que para permitir su calificación, y no acompañarse copia autorizada de la escritura de poder. El notario que había autorizado la escritura interpuso recurso gubernativo, elevándose el expediente a la DGRN.

Transcurrido algo más de tres meses desde la interposición su interposición, la DGRN estimó el recurso y revocó la calificación de la registradora. Cuando recayó la RDGRN los otorgantes de la compraventa ya habían subsanado por su cuenta las deficiencias opuestas por la registradora y la escritura había sido inscrita al margen del recurso gubernativo interpuesto por el notario.

La registradora interpuso demanda solicitando que se dejase sin efecto la RDGRN recurrida por considerar que el recurso interpuesto debía entenderse desestimado por el transcurso de tres meses, en virtud del artículo 327, párrafo noveno, LH. El Juzgado estimó la demanda, declarando la nulidad de la resolución recurrida.

La abogacía del Estado interpone recurso de apelación. Recurso que es desestimado por la Audiencia Provincial, fundándose en que no puede admitirse la aplicación automática de las normas administrativas ordinarias para colmar sus lagunas en todos los casos de las resoluciones de la DGRN, dadas sus peculiares características. Dicho órgano jurisprudencial entiende que no resulta de aplicación supletoria la normativa sobre el silencio administrativo, habida cuenta de que el artículo 327, párrafo décimo, LH no se remite a ella.

Contra la sentencia de segunda instancia se interpone recurso de casación por el Abogado del Estado. Éste es desestimado por el TS, que confirma, por tanto, la sentencia de la Audiencia Provincial.

NOTA.–Para un estudio detallado del régimen de nulidad de las resoluciones extemporáneas de la DGRN, se recomienda encarecidamente la lectura de la siguiente obra: 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. En este trabajo, el autor analiza la jurisprudencia menor recaída hasta la fecha en materia de extemporaneidad de las RDGRN e interpretación del artículo 327, párrafo noveno, LH y realiza una propuesta de *lege ferenda* en la que sostiene una postura coincidente con la defendida por el TS en la sentencia que aquí se comenta. (G. M. A.)

75. Comprobación del cumplimiento del requisito de la firma electrónica en los sistemas de comunicación entre notarios y registradores de la propiedad.—El problema resuelto en esta STS versa en si el cumplimiento de los requisitos de autenticidad y vigencia en la comunicación telemática originaria —mediante el sistema de la firma electrónica— entre el Notario que da fe de una escritura pública de constitución de una sociedad y el Registrador Mercantil Central ha de ser comprobado únicamente por el primero, dentro de su función de dación de fe, o si, por el contrario, debe ser asimismo examinado posteriormente por el Registrador provincial que ha de practicar la inscripción en soporte papel, dentro de su función calificadora. El TS adopta una interpretación flexible, pues entiende que resultaría desproporcionada la exigencia de que el Registrador deba tener a la vista para la comprobación directa toda la documentación, sin que baste la dación de fe notarial. Por tanto, no es razonable exigir una doble comprobación de dichos requisitos, como tampoco lo es aminorar el alcance de la fe notarial respecto de datos de hecho. Además, de acogerse una postura más restrictiva, en el caso del Registrador, se estaría ampliando de manera infundada, para el sistema de firma electrónica, una función calificadora que no se da en el sistema soporte papel. Por otro lado, la generalización de este método de evaluación de la autenticidad introduciría serias dificultades en el funcionamiento actual, pues conduciría a exigir que se aportase fotocopia o transcripción de todos los documentos públicos (impuestos, Catastro, etc.) que deben incorporarse, con la matriz, al protocolo notarial. Entiende el TS que con esta interpretación flexible no se perjudica en absoluto la función de calificación del Registrador, y tampoco la seguridad jurídica, que queda plenamente cubierta por la fe pública notarial y la responsabilidad del Notario, sin necesidad de una doble comprobación directa. (STS de 15 de febrero de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El litigio se origina con la demanda interpuesta por el Registrador Mercantil Sr. D. T. contra la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la que se estimaba el recurso gubernativo de un Notario contra la negativa del citado Registrador Mercantil a inscribir la constitución de una sociedad cuya escritura pública fue autorizada por dicho Notario. El motivo alegado en la Resolución impugnada para expedir tal calificación negativa era la insuficiencia de las manifestaciones contenidas en el documento aportado para comprobar la autenticidad de la firma electrónica empleada en la certificación por el Registrador Mercantil Central.

La sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil desestima la demanda. Contra ésta, el demandante originario plantea recurso de apelación.

La Audiencia Provincial estima el recurso, revoca la sentencia de primera instancia y, en su lugar, acuerda anular y dejar sin efecto la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado impugnada.

La Dirección de la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Notario interponen sendos recursos de casación, que son estimados por el Tribunal Supremo, dejando sin efecto la anulación e ineficacia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que había sido acordada por la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmando en tal aspecto la sentencia del Juzgado de lo Mercantil.

NOTA.—Téngase en cuenta que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado impugnada se dictó con fecha de 11 de noviembre de 2004, por lo que no es de aplicación la reforma del artículo 108 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por la Ley de 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el Impulso de la Productividad. En su estado originario, este precepto se limitaba a hacer una remisión al Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, por el que se regula el uso de la firma electrónica, actualmente derogado. En la versión vigente a día de hoy, el artículo 108 de la citada Ley, a pesar de remitir a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, regula de manera detallada las obligaciones derivadas de la implantación del sistema electrónico. Esta norma parte del principio general de que *«los notarios y registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, deberán disponer para la adecuada prestación de sus funciones públicas de firma electrónica reconocida»* (G.M.A.)

5. DERECHO DE FAMILIA

76. Divorcio: Efectos frente a los hijos: Custodia compartida: Padre condenado en juicio de faltas por amenazas y coacciones a la esposa.—El artículo 92.7 CC establece que no procederá esta guarda cuando uno de los cónyuges esté incurso en un procedimiento penal del tipo de los previstos en la primera parte de este párrafo, pero a continuación añade que *«tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica»*. Es verdad que el delito por el que fue condenado el ahora recurrente no está incluido en la lista contenida en la primera parte del párrafo séptimo del artículo 92, pero sí puede constituir un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso la ley declara que no procede la guarda conjunta.

Además debe recordarse que este no fue el único argumento que llevó a la sentencia de la Audiencia Provincial a rechazar la guarda compartida, puesto que se utiliza como un criterio más entre los enumerados en la sentencia. No es decisivo porque aunque se eliminara este argumento, la medida

acordada por la sentencia recurrida se mantendría por las restantes razones, que son suficientes para conservar la decisión de la sentencia recurrida.

Informes técnicos favorables: No son vinculantes.—En la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el juez puede pedir de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 92.9 CC. En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en SSTS de 28 septiembre 2009, y 11 marzo y 1 y 8 octubre 2010.

La reforma de 2005 acordó que con la finalidad de formar la opinión del juez, debían figurar en el procedimiento estos informes, que no son en modo alguno vinculantes y que el juez debe valorar a los efectos de tomar la decisión más adecuada para proteger el interés del menor. Pero a partir de aquí, la decisión del juez está sometida al criterio de escrutinio general, es decir, que solo podrá ser revisada por esta Sala cuando sea arbitraria, o bien llegue a conclusiones erróneas, porque el juez no está vinculado por los informes profesionales y debe apreciar y expresar las razones de su decisión, y porque las sentencias deben ser siempre motivadas para evitar la arbitrariedad (**STS de 7 de abril de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Aunque los hijos residen en Coruña con su madre, el padre vive fuera porque viaja con frecuencia por razones profesionales. La madre insta la separación, solicitando la guarda de los dos hijos menores, mientras que el padre reconvencional pidiendo, entre otras cosas, el divorcio y la guarda compartida. El Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca otorga el divorcio y, además de otros pedimentos, concede la guarda compartida y por periodo de quince días a cada cónyuge, comenzando por la demandante, a la vista de los informes periciales favorables y del acuerdo del Ministerio Fiscal. Se basaba en lo siguiente: *a)* las circunstancias personales eran favorables, porque al mantener los menores buena relación con ambos progenitores, se producía de hecho la situación de guarda y custodia compartida, que no había repercutido negativamente; que ambos progenitores estaban capacitados; que si bien el padre residía durante la semana fuera de Coruña, no tenía inconveniente en fijar su residencia allí y que la hija había expresado el deseo de que ambos progenitores tuvieran la guarda compartida; *b)* el informe favorable del Ministerio Fiscal. Con esta decisión declara que se protegen adecuadamente los intereses de los menores al dotar la relación con sus padres de la necesaria estabilidad y plenitud. Sin embargo, los argumentos contrarios de la Audiencia Provincial, reproducidos en la sentencia de casación, son confirmados por la sentencia extractada.

La Audiencia Provincial revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo relativo a la custodia compartida, invocando el interés del menor, con los siguientes argumentos: *a)* existía conflictividad entre los cónyuges no sólo debido a la ruptura, sino en relación a los esquemas educativos; *b)* la madre debió instar la ejecución de la pensión alimenticia [tema no discutido en casa-

ción]; c) el padre debía estar ausente de A Coruña por su actividad profesional, siendo la abuela quien se hacía cargo de los niños, lo que generaba enfrentamientos con la hija mayor; d) el padre fue condenado por una falta de amenazas y coacciones a la esposa por sentencia firme de 25 enero 2005, lo que obligaba a aplicar el artículo 97.2 CC; y e) no hay constancia de que este tipo de guarda y custodia sea el único medio de proteger los intereses de los menores. Ello, a pesar de que los informes técnicos y del Ministerio Fiscal, reproducidos en la segunda instancia, habían sido favorables a la adopción de la medida de la guarda y custodia compartida. En consecuencia, se atribuyó a la madre la guarda y custodia, reconociendo al padre un amplio derecho de visitas.

NOTA.—La importante práctica de la reforma del artículo 97 CC por Ley 15/20005 dista de ser asimilada e interpretada unívocamente por todos los tribunales de instancia, y tampoco hay una doctrina consolidada de la Sala 1.ª TS. No parece haber un claro principio inspirador en la nueva normativa. El apartado 4 parece conceder amplio campo de acción al acuerdo de los cónyuges, incluso admitiendo la custodia compartida ya que si se admite expresamente que la custodia sea ejercida parcialmente por uno de los cónyuges, es lógico que al otro se le atribuya, implícitamente, el ejercicio de las restantes facultades (¿es imaginable que el padre se ocupe sólo de la educación o de la atención médica, sin compartirlo con la madre que ejerce las restantes facultades que también compartirá, de hecho, con aquél?). El ap. 5 contempla expresamente el acuerdo de compartir la custodia, estableciendo algunas garantías judiciales, que también podrán adoptarse en el caso anterior. El ap. 6 fija, a mi juicio, un requisito fundamental, a saber la idoneidad de los padres para asumir la custodia compartida, implícito en las dos hipótesis anteriores, y que se deduce inicialmente de la relación que mantienen entre sí y con sus hijos. El controvertido ap. 8 establece el supuesto excepcional, —que ha sido aplicado en este caso por el Juzgado de Primera Instancia y que, al parecer, ha funcionado—, faltando el acuerdo y a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal. El ap. 7 establece obstáculos de naturaleza penal que impiden cualquier modalidad de custodia compartida, y que la sentencia extractada ha estimado que concurre en el caso analizado. Con carácter general, hay que observar que los supuestos penales incardinados en normas civiles no suelen ser interpretados pacíficamente, por la diferente técnica legislativa utilizada y, en este caso, por la indeterminación y vaguedad que suele darse en su redacción. ¿Qué significa estar «incurso en un proceso penal iniciado»? ¿Haberse iniciado diligencias penales, o hace falta estar imputado?; y si ha sido absuelto el cónyuge, pero el Ministerio Fiscal recurre ¿sigue incurso a efectos del 92.7 CC? En este caso hay cierta confusión porque la sentencia recurrida habla de condena en juicio de faltas mientras el TS se refiere a delito de amenazas y coacciones causadas por el marido a la esposa. Por cierto que la sentencia extractada afirma que tales hechos no figuran en la lista de tipos penales descrita en el ap. 7, lo que, a mi juicio, acaso puede discutirse. No resulta muy convincente, en cambio, el inciso final de «la existencia de indicios fundados de

violencia doméstica», que por su indeterminación se presta a la arbitrariedad. El hecho de que alguna discusión conyugal finalizara en amenazas y coacciones, que constituyeron una falta penal, no implica que no hubiera acuerdo sobre la custodia compartida que, al parecer, se practicó con buenos resultados más tarde.

En resumen, lo que parece claro es que hay jueces y tribunales que discrepan abiertamente sobre la oportunidad de la custodia compartida, tanto a nivel general como en el caso concreto, y que en la sentencia extractada el TS da por buenas las razones de la Audiencia Provincial con argumentos más bien formales.

Hace notar Martínez de Aguirre, *Curso, 4, Derecho de familia*, 3.ª ed. (Madrid 2011) p. 177 y ss. que la introducción formal de la custodia compartida en el CC se ha producido de forma tímida, sujeta a importantes requisitos que de hecho restringen considerablemente sus posibilidades de aplicación. Esta regulación ha tenido dos efectos aparentemente contradictorios: 1) por un lado, frente a las decisiones judiciales que antes de la reforma de 2005 negaban la posibilidad de la custodia compartida en nuestro sistema, basándose en que no estaba admitida por nuestra CC, la reforma deja claro que es una opción legal y posible; 2) por otro lado, la actual regulación introduce controles y exigencias antes inexistentes, de modo que restringe desde el punto de vista práctico las posibilidades de acudir a este régimen. Aunque en la práctica, antes de la reforma, más del 85 por 100 de casos eran de custodia materna, a partir de 2009 se han producido un aumento significativo de custodias compartidas, favorecidas por las reformas en Aragón, Cataluña y Valencia (ésta recurrida ante el TC) que lo consideran sistema preferente. Además la designación de la figura se presta a alguna confusión porque se trata más bien de ejercicio alterno de la guarda, en la forma que acuerden los progenitores o decida el juez. A juicio del autor citado ha de ser una decisión a adoptar con prudencia y deberá asimismo ser revisada regularmente para comprobar su correcto funcionamiento en relación con los hijos. (G. G. C.)

77. Divorcio: Atribución del uso de la vivienda familiar a la madre a la que se encomienda la guarda del hijo menor de edad: Abuso de derecho.—Cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el presente caso, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. La atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en este caso se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre, que, no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario, y decidir en el sentido propuesto por la recurrente, sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho, que no

queda amparado ni en el artículo 96, ni en el art. 7, ambos del CC. (STS de 29 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—En ambas sentencias de instancia se atribuye la vivienda familiar al marido, sin perjuicio de conceder a la madre la guarda del hijo menor, solución que ratifica el TS en la sentencia extractada. Resulta novedosa la eventual aplicación de la doctrina del abuso del derecho al ámbito familiar, pues normalmente la doctrina no suele ejemplificarlo. ¿Habría que entender que si mientras el hijo común sea menor de edad, se altera sustancialmente la situación habitacional de la madre, podría ésta, en nombre de su hijo exigir el cumplimiento del artículo 96.1 CC?; la sentencia alude a esa hipótesis, sin avanzar respuesta, aunque no resulta impensable que pueda producirse en las actuales circunstancias (por ej. si por impago de la hipoteca la madre se ve privada de la nueva vivienda que ha adquirido con hipoteca). Sin perjuicio de las vicisitudes jurídicas independientes que ha podido sufrir ésta. (G. G. C.)

78. Separación matrimonial: Vivienda familiar cedida en precario y no en comodato: Procede el desahucio aunque se le haya asignado en la sentencia.—La respuesta debe tener como guía el criterio establecido por STS de 26 diciembre 2006, reiterada posteriormente, que fija las pautas interpretativas y de aplicación que sirven para resolver la cuestión, por lo demás frecuente, de la procedencia de la reclamación del propietario o titular de una vivienda que está siendo usada por un familiar para su utilización como domicilio conyugal o familiar.

A) Se debe analizar cada caso en concreto, pues debe resolverse si ha existido o no un contrato entre las partes, particularmente de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. Si existe un contrato de comodato, los conflictos en torno al uso deben resolverse conforme a las normas reguladoras del mismo. Para el caso de que no resulte acreditado la celebración de un contrato, se debe concluir que la situación jurídica analizada es un precario.

B) Para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecida en un procedimiento de familia. Como dice la STS del Pleno de 18 enero 2010, la solución a estos conflictos debe darse desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges nada tienen que ver con los terceros propietarios.

C) Como ha declarado la STS del Pleno de 14 enero 2010, el derecho al uso de la vivienda familiar concedido en sentencia, en el ámbito del derecho de familia, no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección. Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de

obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como *actos de disposición de la vivienda*, oponible a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 octubre 2008). Pero si los cónyuges ocupan en precario una vivienda, no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges.

D) La sentencia recurrida, al calificar dicha situación como de comodato se opone a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, por lo que se debe estimar el recurso y anular la sentencia recurrida y ya en funciones de instancia procede estimar la demanda declarando haber lugar al desahucio de la vivienda.

E) Procede declarar reiterar como doctrina jurisprudencial la siguiente: *La situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario a su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familia, por resolución judicial (STS de 18 de marzo de 2011; ha lugar.)* [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.] (G.G.C.)

79. Reclamación de vivienda cedida por razón de matrimonio: distinción entre comodato y precario.—La respuesta que debe darse a la denuncia formulada debe tener como guía el criterio establecido por la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 2005, y a partir de ellas muchas otras (SSTS de 30 de junio de 2009, RC 1738/04, 22 de octubre de 2009, RC 2302/05 o 14 de julio de 2010, RC 1741/05 entre las más recientes), que fija las pautas interpretativas y de aplicación que sirven para resolver la cuestión, por lo demás, frecuente, de la procedencia de la reclamación del propietario o titular de una vivienda cedida a un familiar para su utilización como domicilio conyugal o familiar. De este modo para resolver conflictos como el ahora planteado es necesario analizar cada caso concreto, de modo que resulta imprescindible concretar si ha existido o no un contrato entre las partes, y particularmente, un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. Si existe un contrato de comodato, los conflictos que puedan surgir en torno al uso, deberán resolverse conforme a las normas reguladoras de ese negocio jurídico. Sin embargo, y para el caso de que no resulte acreditado, se debe concluir que la situación jurídica analizada es característica de la figura de un precario.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial concluye, tras valorar las pruebas que fueron practicadas, que no se puede deducir que la cesión del uso que la primitiva propietaria realizó a favor de don L. A. por razón de su matrimonio con doña R. reúna los requisitos exigibles para caracterizar la misma como un contrato de comodato. Interpreta la cesión que fue realizada y niega que la relación jurídica pudiera configurarse de un modo diferente a la de un precario, dado que no se cedió el uso de la vivienda para un uso determinado e indica que el destino propio de la cosa no puede confundirse con el concreto uso para la que fue prestada, únicos elementos que en definitiva permitirían calificar la situación como constitutiva de un contrato de

comodato. (STS de 11 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Juzgado estimó una demanda de desahucio por precario interpuesta por la propietaria de una vivienda que la había cedido a sus ocupantes por razón de su matrimonio. En la sentencia se consideró que los desahuciados, que habían utilizado la vivienda sin pagar renta o merced, lo habían hecho en concepto de precaristas. Idéntico criterio mantuvo la Audiencia considerando que no existía un contrato de comodato que vinculase a las partes sino un precario que, por tanto, podía ser extinguido unilateralmente por la propiedad sin alegar causa o razón de urgencia alguna. El Tribunal Supremo reitera su conocida doctrina sobre el particular al desestimar el recurso de casación. (R. G. S.)

80. Divorcio: Efectos patrimoniales: Carácter de las cuotas del préstamo hipotecario: No son cargas del matrimonio a efectos del artículo 90D CC, sino deudas de la sociedad de gananciales incluidas en el artículo 1362. 2.º CC.—La STS de 5 noviembre 2008 ha declarado que la hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90D, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y, por tanto, incluida en el artículo 1362, 2.º. Por ello, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava, es decir, los cónyuges. Por tanto el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse el artículo 1347.3, que declara la ganancialidad de «los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos», por lo que será de cargo de la sociedad, según dispone el artículo 1362, «la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes». Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad.

Tipo de gastos que pueden afectar a la vivienda familiar.—Deben distinguirse dos tipos de gastos que pueden afectar a la vivienda familiar: 1) los relacionados con la conservación y mantenimiento del inmueble destinado a vivienda familiar, que sí tienen la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio, y 2) el pago de las cuotas del préstamo que ha permitido que ambos cónyuges hayan accedido a la propiedad por mitad del local destinado a vivienda en tanto que bien ganancial. Esto último está relacionado con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, y se tratará de un problema de liquidación de la sociedad de gananciales, que debe resolverse entre los cónyuges en el momento de la disolución y consiguiente liquidación del régimen. En la sociedad existe una deuda frente al acreedor hipotecario y eso debe resolverse con los criterios del régimen matrimonial correspondiente.

Doctrina jurisprudencial.—En consecuencia de los anteriores razonamientos, la Sala formula la siguiente doctrina: *El pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición*

de la propiedad del inmueble destinado a la vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales, y como tal incluida en el artículo 1362,2.º, y no constituye carga del matrimonio a los efectos de los artículos 90 y 91 CC. (STS de 28 de marzo de 2011; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.] (G.G.C.)

81. La acción de división de la cosa común en los casos de crisis matrimonial.—Según el artículo 400 CC, ningún copropietario estará obligado a permanecer en la indivisión. Esta regla no tiene excepciones, por lo que no puede oponerse el hecho de que las cuotas sean o no gananciales o no se haya liquidado aún la sociedad, pues también se podría ejercitar la acción en el caso de que no se hubiese producido la crisis matrimonial y no debiera liquidarse dicha sociedad. El problema se plantea a la hora de determinar la consideración jurídica que debe tener el acto divisorio. Si se trata de un acto de disposición, debería aplicarse lo dispuesto en los artículos 1375 y 1377.1 CC, que exigen la actuación conjunta de ambos cónyuges. Si se trata de un acto de defensa de los bienes gananciales, correspondería a cada cónyuge individualmente el ejercicio de la acción. La doctrina apunta que el acto divisorio es un acto con un efecto extintivo de una situación jurídica anterior, la de la comunidad, y con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes, por lo que debe ser calificado como un acto dispositivo y de verdadera atribución patrimonial. (STS de 25 de febrero de 2011; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don A. era copropietario de una serie de fincas. Los otros copropietarios eran sus hermanos y sus respectivas esposas. Don A. estaba separado de su esposa, también demandada. Los bienes pertenecían a su sociedad de gananciales. Don A. demandó a don M. y su esposa, don F. y su esposa y doña A., su ex esposa, reclamando: *a)* que se declarase la indivisibilidad de las fincas; *b)* que se procediera en período de ejecución de sentencia a la venta en pública subasta, previo avalúo y con admisión de licitadores extraños, repartiendo el precio que pudiera obtenerse conforme a las cuotas de cada uno de los comuneros. Los demandados don M. y don F. se allanaron a la división, pero en relación a la forma en que debía efectuarse, alegaron que el edificio urbano podía dividirse, adjudicándolo por pisos según las cuotas que cada comunero ostentaba en la comunidad. Doña A. se opuso a la demanda, por inviable, porque el actor pretendía que se le adjudicara una cuota cuando la mitad de los bienes correspondientes a estas cuotas pertenecía a la sociedad de gananciales que aún no se había liquidado.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Señaló que el actor no puede ejercitar la acción de división hasta tanto se haya liquidado la sociedad conyugal o bien hasta que se cuente con el consentimiento de la demandada, lo que aquí no ocurre. En apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Según la Audiencia, cuando aun declarada disuelta la sociedad de gananciales no ha sido liquidada, cada cónyuge partícipe tiene una simple cuota abstracta sobre la totalidad del conjunto patrimonial, que sólo podrá recaer sobre bienes concretos una vez que se haya procedido a su liquidación y adjudicación a los esposos.

En casación, el demandante alega: *a)* que no se prohíbe en el CC el ejercicio de la acción de división a uno de los miembros de la sociedad de gananciales; *b)* una vez disuelta la comunidad de gananciales, se convierte en una comunidad de cuotas, por lo que puede ejercer la acción de división; *c)* constante la sociedad de gananciales, el principio de cogestión del artículo 1375 CC se complementa con el auxilio judicial; *d)* no se impide a ninguno de los cónyuges actuar en interés de los gananciales. La cuestión a la que se enfrenta el Alto Tribunal es la de determinar si uno de los cónyuges puede ejercitar solo la acción de división o bien debe actuar conjuntamente con su esposa. Entiende el TS que don A. es titular de la acción de división de los bienes comunales, y ello con independencia de que se haya o no liquidado la sociedad de gananciales. Para ello deben seguirse las reglas normales de la acción de división: o bien actúan conjuntamente frente a los demás copropietarios, o bien debe demandarse al otro cónyuge, aquí a la esposa conjuntamente con los demás, en su cualidad de copropietaria como parte de la sociedad de gananciales. Siendo así como ocurre en este caso, la esposa demandada no puede oponer al demandante la necesidad de la liquidación previa de la sociedad de gananciales para que pueda procederse a la división de los bienes de titularidad común con terceros propietarios. De ahí que se acabe estimando el recurso. (*S. L. M.*)

82. Divorcio: Pensión compensatoria: Temporalidad: Cuestión nueva.—En juicio de divorcio a instancia del marido la única cuestión discutida en casación ha sido la cuantía de la pensión compensatoria, aunque sin limitación temporal; aquél propuso siempre la de 1.000 euros mensuales, mientras que la esposa solicitó 6.000, otorgándole 2.800 la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y 3.500 la de apelación en atención a las siguientes circunstancias: 1.^a) La duración de 26 años del matrimonio; 2.^a) La edad respectiva que tenían al contraerlo y la actual (25 y 51 años el marido y 24 y 50 años la mujer); 3.^a) La dedicación continuada de la esposa al cuidado de los hijos, renunciando a trabajar; 4.^a) La práctica imposibilidad de incorporarse al mercado de trabajo en esas circunstancias; y 5.^a) la diferencia de ingresos, con unos acreditados del marido en torno a 227.000 euros anuales dadas sus numerosas propiedades y negocios.

Esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones la imposibilidad de plantear cuestiones nuevas en el recurso de casación, en cuanto se ve afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia. No es admisible la introducción en el recurso de casación de un elemento de controversia que ha sido ajeno al debate en las instancias. La temporalidad de la pensión no ha sido objeto de debate en ninguna de las instancias precedentes. A tenor de los criterios para recurrir que esta Sala viene señalando bajo el régimen de la vigente Lec es que la existencia de interés casacional ha de quedar acreditado tanto en fase de preparación como en fase de interposición del recurso. La causa de no-admisión se convierte en causa de desestimación.

Por otra parte, la posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias es, en la actualidad, una cuestión pacífica a la luz de la muchas resoluciones de esta Sala y de la nueva

redacción dada al artículo 97 CC por la Ley 15/2005. Ahora bien, el que sea posible el establecimiento de un límite temporal para su percepción no determina que la sentencia que no lo establezca vulnere aquella doctrina siempre que no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial teniendo en cuenta la libre y ponderada valoración a los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC. Incluso en la hipótesis de no considerar novedosa la cuestión de la temporalidad, la doctrina jurisprudencial determina la desestimación del motivo pues la Audiencia Provincial apoya su fijación con carácter indefinido en factores que se encuentran en el artículo 97, concluyendo con criterios de prudencia y ponderación que son razonablemente escasas las posibilidades reales de la esposa de obtener en un plazo concreto un empleo que le permita gozar de medios propios para obrar autónomamente (**STS de 14 de marzo de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La doctrina jurisprudencial sobre temporalidad de la prestación compensatoria se reitera también en STS de 14 de febrero de 2011, en este mismo fascículo del ADC. (G. G. C.)

83. Divorcio: Doctrina jurisprudencial sobre temporalidad de la pensión compensatoria.—La STS de 10 febrero 2005, dictada para unificación de doctrina, en un momento de división doctrinal de las AAPP entre ambas posibilidades, señala, en primer lugar, que *la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida-vitalicio*, para añadir que, *la ley —que de ningún modo cabe tergiversar— no prohíbe la temporalización, se adecua a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora, siempre que se den determinadas circunstancias. Ergo debe admitirse su posibilidad, aunque es preciso hacer referencia a las pautas generales que permiten su aplicación*; para finalizar diciendo que, *ahora este Tribunal que se pronuncia por primera vez y sienta como doctrina jurisprudencial la posibilidad de establecer una duración limitada para la pensión compensatoria del artículo 97 CC, siempre que cumpla la función reequilibradora por concurrir presupuestos conocidos que acrediten una base real para dicha limitación temporal*. Esta se ha completado, a partir de la STS de 19 diciembre 2005, con la referencia a la modificación del artículo 97.1 CC. En consecuencia, de acuerdo con la modificación introducida por Ley 15/2005, la pensión podrá constituirse por un periodo de tiempo concreto, o bien de forma indefinida.

Prueba.—Lo que pretende la recurrente es la revisión de las conclusiones de la sentencia en desacuerdo con la valoración de la prueba, y debe advertirse, además, que la solución de la sentencia recurrida, está de acuerdo con la doctrina de la STS del Pleno de 19 enero 2010, cuya doctrina expresada en sus fundamentos 5.º y 6.º deben considerarse incorporadas en este FJ. (**STS de 14 de febrero de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—La STS de 19 de enero de 2010, aludida en la extractada para completarla, ha sido anotada en ADC, 2011, pp. 874-875, y no coincide del todo con la sentencia aquí extractada, en su supuesto fáctico pues se refiere a un matrimonio de larga duración, sin hijos, y al dictarse sentencia de separación el marido está percibien-

do una modesta pensión por incapacidad permanente de 944,20 euros; en la sentencia de 14 de febrero de 2011, la duración del matrimonio es menor y el marido inicia la separación que la mujer reconviene en divorcio, siendo el único punto debatido la duración de la pensión que la Audiencia Provincial rebaja de cinco a tres años. En ambos casos la mujer está en el paro aunque con posibilidad de recolocación. (G.G.C.)

84. Validez de contratos celebrados entre cónyuges con previsión de posibles crisis matrimoniales: Autonomía de la voluntad de los cónyuges: Atipicidad.—La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en STS de 22 de abril de 1997, que pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: *En primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, que es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente que queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, que tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 CC.* Por ello, según declara la STS de 17 de octubre de 2007, los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio.

La STS de 23 de diciembre de 1998 distinguía entre convenio regulador y acuerdos transaccionales posteriores, reconociendo que los aspectos patrimoniales no contemplados en aquél y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial. La STS de 22 de abril de 1997 declara que es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes, y el hecho de que no hubiera sido homologado por el juez, sólo le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia procesal como negocio jurídico. Según STS de 27 de enero de 1998, las partes deben cumplir el negocio jurídico concertado según el principio de la autonomía de la voluntad, pues no se puede estimar que los efectos interpartes de un convenio carezcan de eficacia por falta de aprobación judicial, si se desenvuelve dentro de los límites lícitos de aquélla. Asimismo la STS de 15 de febrero de 2002 reconocía la validez de un contrato privado de liquidación de la sociedad de gananciales con la consideración de que *los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial, en ejercicio de su autonomía privada pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia, tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales ad solemnitatem o ad substantiam para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia* (en el mismo sentido la STS de 17 octubre 2007). Esta jurisprudencia ha dado lugar al artículo 233-5 Cccat que establece que estos pactos vinculan a los cónyuges.

Requisitos de validez de los pactos entre cónyuges distintos del convenio regulador.—Aunque el contrato cuya validez se discute se haya deno-

minado *convenio regulador*; no es tal sino un pacto atípico en el que los cónyuges, luego de una reconciliación y previendo otra posible crisis de convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación. Esta Sala ha partido de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan todos los requisitos exigidos para la validez de los contratos. En este caso hay que concluir que concurre: *a)* consentimiento de ambos cónyuges contratantes, pues aunque el recurrido alegó un vicio de la voluntad, ello no se ha considerado probado; *b)* objeto del contrato; y *c)* causa de la obligación que se establezca. Aunque el contrato generó obligaciones sólo a cargo del marido ello no es indicio de ninguna anomalía contractual.

Inaplicación al caso del artículo 1256 CC: Validez del contrato.—Ambas sentencias de instancia declaran la nulidad del contrato ente cónyuges al entender que se ha dejado la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes, la esposa, interpretando y sobreponiendo así la naturaleza unilateral de la obligación creada con la iniciativa en la ruptura del matrimonio.

Pero el artículo 1256 CC es una consecuencia lógica del artículo 1254 que determina la existencia del contrato desde que dos personas consienten en obligarse; la protección de la autonomía privada y la seguridad del tráfico impiden que se deje al arbitrio de una de las partes la validez y eficacia del contrato, de modo que lo que se prohíbe en esta disposición es que sea la voluntad de uno de los contratantes la que determine los requisitos del contrato, o bien que se deje al arbitrio de uno el entero cumplimiento, o que se permita la conducta arbitraria de uno de ellos durante la ejecución del contrato. Se trata de una norma que no tiene carácter absoluto porque no puede excluirse la posibilidad de desistimiento unilateral de los contratos (SSTS de 9 de enero de 1995, 27 de febrero de 1997 y 4 de diciembre de 1998).

La aplicación del artículo 1256 en este caso tiene su origen en una interpretación que llega a resultados absurdos. En efecto, los cónyuges pactaron que *en el supuesto de que se produzca de nuevo la separación de los comparecientes, el marido vendrá obligado a lo siguiente (...)*; por tanto la obligación del marido surge fuera quien fuera quien iniciara la nueva separación y es por ello que interpretar esta cláusula en el sentido de que se dejaba a la iniciativa de la recurrente la eficacia del pacto, lleva a un resultado no admisible de acuerdo con las reglas de la interpretación, que pueden ser revisadas por esta Sala en aquellos casos en que esto se produzca (STS de 14 de febrero de 2010). La aplicación de esta doctrina lleva a declarar la validez del contrato, denominado *convenio regulador*, celebrado por los cónyuges en 1989.

Validez de la pensión de alimentos a la esposa e invalidez de la promesa de donación de piso.—En el primer pacto se acuerda el pago de una cantidad de dinero con sus correspondientes actualizaciones. Este pacto consiste en atribuir a la esposa el derecho a obtener una renta mensual con cargo a su marido, que es independiente de que concurra o no los requisitos para la pensión compensatoria. Estos pactos no tienen limitado su objeto y se concluyen muchas veces para concretar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones y divorcios. Debe declararse válido el pacto en cuestión, y al no tratarse de un *convenio regulador* no debía aportarse a la segunda demanda de separación porque goza de autonomía propia y no está ligado al procedimiento matrimonial. Por ello no puede atribuirse a este hecho la renuncia tácita que deduce la sentencia recurrida.

Mayores dificultades plantea la admisión de la validez de la promesa del marido de donar un piso a su esposa en las condiciones y características que se pactan, pues choca con dos obstáculos: *a)* se trata de una donación con un objeto indeterminado, un piso a elección de la donataria, que vulnera el artículo 635 CC («la donación no podrá comprender los bienes futuros») que serán aquellos de los que el donante no puede disponer al tiempo de la donación y ello porque la donación transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados, lo que resulta imposible en relación a los futuros; y *b)* la validez de este tipo de donaciones ha sido estudiada por las SSTS de 24 y 25 de enero de 2008, las cuales declaran que desde la STS de 6 de junio de 1908 esta Sala se ha pronunciado de forma repetida (SSTS de 27 de junio de 1914, 25 de abril de 1924, 22 de enero de 1930, 21 de noviembre de 1935, 21 de junio de 1945, 22 de junio de 1982, 23 de diciembre de 1995, 6 de febrero de 1996, 19 de junio de 1999 y 25 de noviembre de 2004) sobre la no validez de las promesas de donación, pues este contrato requiere aceptación por escrito, de suerte que la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas. En resumen, la doctrina de esta Sala califica la promesa como una donación incompleta carente de los efectos jurídicos de la donación en que concurren todos los requisitos legales.

Prescripción de pensiones no reclamadas.—Al estimar parcialmente el recurso de casación procede asumir la instancia y declarar que las pensiones se deben a partir de la sentencia de separación, el 30 julio 1993, teniendo en cuenta que la demanda se presentó en 8 de mayo de 2002, a efecto del plazo quinquenal de prescripción que establece el artículo 1966, 3.º CC. En consecuencia, se declaran prescritas las devengadas con anterioridad al tiempo de cinco años, contados desde la sentencia de separación hasta el momento de la interposición de la demanda. Las pensiones no prescritas deberán abonarse teniendo en cuenta la actualización por el IPC, como resulta pactado. La cantidad como atrasos así como la cuantía de las futuras pensiones será determinada en ejecución de sentencia, calculada sobre estas bases. Todo ello sin imposición de costas en ninguna de las instancias (**STS de 31 de marzo de 2011**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Examinados los hechos bajo la frialdad de los documentos puede hablarse de un matrimonio cuya compleja y accidentada historia de relaciones personales no se acompasa del todo con el devenir de las relaciones patrimoniales de la pareja. Contraen matrimonio el 1 de junio de 1987, y dos años más tarde, el 17 de octubre de 1989, la esposa insta la separación y las medidas provisionales. El 30 de noviembre de 1989 elevan a escritura pública un documento en el que se incluyen los pactos que varios años después han llegado a la Sala 1.ª, haciendo constar previamente el desistimiento de la demanda de separación, aunque aquéllos se pactan sólo «en el supuesto de que se produzca de nuevo la separación de los cónyuges». En el periodo de reconciliación nace el único hijo de la unión. Surgen de nuevo las desavenencias y la esposa vuelve a instar la separación, que obtiene seis años después de casarse, en 30 de julio de 1993, y también logra posterior sentencia de divorcio. La ex-esposa insta un juicio ejecutivo pretendiendo la ejecución de los pactos contenidos en el documento de 1989, pero se declara su nulidad por considerar que la deuda reclamada era ilícui-

da en sentencia firme de la Audiencia Provincial de 2002. En el propio año se interpone por la actora la demanda origen del presente recurso de casación ahora resuelto, y que ha sido desestimada en ambas instancias. No se hacen valer efectos civiles de las sentencias firmes de separación y divorcio, sino de un acuerdo elevado a escritura pública, en una fase intermedia de reconciliación de los cónyuges aunque en previsión de nuevas rupturas. El desfase cronológico denunciado radica en el hecho de que, al cabo de casi 22 años de formalizado el supuesto *convenio regulador*, y más de una quincena aproximada de dictarse sentencia firme de divorcio, el exmarido es condenado a abonar la pensión inicialmente pactada de 200.000 pesetas mensuales, ilimitadamente y con efecto retroactivo.

La sentencia extractada resume y analiza una doctrina reiterada, desde hace algún tiempo, de la Sala 1.^a sobre la validez y contenido de tales pactos conyugales, diferenciándolos del convenio regulador, homologado o no judicialmente, y que la doctrina admite con base en el artículo 90, II CC (*cf.*: últimamente Martínez de Aguirre, *Derecho de familia*, 3.^a ed. 2011, p. 173). No opina así Núria Ginés Castellet, *Autonomía de la voluntad y fracaso matrimonial: Los pactos de ruptura en el Libro II del CC de Cataluña*, RCDI, septiembre-octubre 2011, p. 2580, quien afirma que son pocas las resoluciones judiciales en que se viene admitiendo la validez de los pactos previos sobre aspectos patrimoniales de libre disposición de las partes vinculados a una posterior ruptura matrimonial y ninguna proviene del TS. La sentencia extractada prueba lo contrario pues cita diversos fallos de finales de los años noventa. Por otra parte al ceñirse al estudio de la nueva normativa catalana, la autora no llega a identificar con claridad el supuesto puro y simple de pensión de alimentos que la sentencia aquí contempla. Parece puede concluirse que la doctrina jurisprudencial del TS resulta más amplia y generosa que la referida normativa (G. G. C.)

85. Unión de hecho: Ruptura: Derecho de visita del padre: Finalidad: Suspensión: Conducta violenta del padre.—Debe recordarse la finalidad del derecho de visita del padre no matrimonial en caso de la ruptura de la convivencia *more uxorio*, tal como se deduce de la STC 176/2008, de 22 de diciembre: *Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 CC como un derecho de que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.* Sin embargo, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, *contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa: así el artículo 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 noviembre 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990: «Los Estados Partes respetarán el derecho del niño*

que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular; salvo si ello es contrario al interés superior del niño»; así también el artículo 14 de la Carta Europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento europeo en Res. de 18 julio 1992: *«En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguarda de los intereses del niño»;* igualmente cabe citar el artículo 24.3 de los Derechos fundamentales de la UE: *Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.*

De esta cita cabe deducir que las decisiones que hay que tomar acerca de la guarda y custodia en los casos en que el padre y la madre del niño no convivan han de tener como función prioritaria la protección del interés del menor. Esta regla está admitida en el artículo 94 CC cuando después de admitir el derecho de visita de los progenitores que no tengan consigo al hijo, añade que el Juez «podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen». En el mismo sentido disponen el artículo 57 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, y el artículo 233-8.3 Cccat.

Uno de los supuestos admitidos para la suspensión de las visitas del padre se produce cuando se producen episodios de violencia entre los progenitores o bien contra el propio hijo por parte de quien pretende el derecho de visita. Así el artículo 65 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia del género, dice que *el Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera,* y el artículo 66 admite que *el Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes.*

En el presente recurso se impugna una sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de G.C., en la que se considera probada la conducta violenta del recurrente. Así se acredita que la madre se encuentra en unas circunstancias frente al padre que obligaron en su momento a redactar una orden de protección, que no consta a este Tribunal que en este momento haya sido revocada; se abrieron diligencias penales, aunque se sobreseyeron; el recurrente protagonizó unos episodios de violencia ante los propios tribunales que entendieron en los trámites del juicio de guarda y custodia de alimentos del hijos menor. Todo ello ha llevado al Tribunal a negar el régimen de visitas, con base en la protección del interés del menor.

Las sentencias en que se basa el interés casacional no permiten fundar el recurso: en la STS de 9 de julio de 2002 concurre falta de prueba de los factores de riesgo de despreocupación por parte del padre y alejamiento temporal y, en cualquier caso no tenía nada que ver con episodios de violencia; en STS de 19 de octubre de 1992, no se apreciaron tampoco circunstancias de riesgo, así como en la STS de 21 de julio de 1993. Resulta absolutamente artificiosa la alegación de interés casacional, pues en este caso se ha probado que la conducta del padre llevada a cabo hasta el momento de presentar el recurso no permitía apreciar que el interés del menor quedara protegido si se reconocía a su padre el derecho de visitas. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de modificar la medida en el caso de que cambien las circunstancias

que ahora han determinado la denegación. (STS de 11 febrero 2011: no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Sentencia de aprobar en cuanto al fondo. Marginalmente cabría subrayar que este tipo de procesos está requiriendo, de algún modo, una *Sala o Sección especial* de asuntos familiares en el TS que, en atención a su íntima naturaleza, exigen rápida y urgente solución, bien sea porque no producen cosa juzgada, o ya por el grave perjuicio que puede derivarse de la dilación del fallo. En este caso, la 1.^a instancia se resuelve en octubre de 2005 y la apelación en julio de 2007, empleando casi cuatro años en resolver la Sala 1.^a El menor el fallarse el recurso de casación habrá cumplido, al menos seis años y, de hecho, no habrá conocido personalmente a su progenitor, quien, sin embargo, puede haber rectificado su anterior conducta con su compañera. La función esencial del derecho de visita corre aquí el riesgo de quedar sin cumplimiento. El bajo nivel social de los padres (manifestado en esos 60 euros mensuales que la sentencia señala en concepto de alimentos para el hijo), debiera ser, a mi juicio, un acicate para facilitar un mayor seguimiento judicial del caso. Por otra parte, yo no creo que los textos internacionales tan profusamente recordados en la sentencia extractada vengan en reconocer exclusivamente al menor como único titular del *ius visitandi*, de modo que tanto al padre como, en su caso, a los abuelos vendría a reconocérseles una mera situación fáctica o de tolerancia; se trata de un derecho-deber o facultad de carácter familiar, derivado de los derechos de la personalidad, no absoluto, sino susceptible de suspensión en interés del menor (*cf.* mi cuaderno Civitas, *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 noviembre 2003*, Madrid 2004, pp. 182 y ss.) (G. G. C.)

86. Unión de hecho: Ruptura: Interés del menor que ha sido reconocido por los convivientes: Atribución de la vivienda: Analogía.—Debe recordarse que en una separación de dos personas que no han contraído matrimonio, no se discuten los efectos económicos de la ruptura, sino de la atribución del uso de la vivienda al menor, hijo de ambos; cuestión que debe resolverse fundamentalmente teniendo en cuenta el interés del niño.

El primer problema previo consiste en resolver si puede aplicarse por analogía la norma del artículo 96 CC, que expresamente sólo se aplica cuando se trata de matrimonios. Es cierto que en la regulación de la convivencia del hijo con sus padres cuando estén separados no existe una atribución del uso de la vivienda (art. 159), pero las reglas de los artículos 156.5 y 159 no contradicen, sino que confirman lo que se establece en el artículo 92 CC, por lo que la relación de analogía entre situaciones existe, de acuerdo con el artículo 4 CC.

No puede aquí existir interés casacional porque los casos resueltos en las sentencias que se aportan para justificar dicho interés tratan de situaciones distintas a la que se ha producido en este litigio, porque la convivencia no equivale a matrimonio. En realidad, el criterio de semejanza no se produce en relación a la situación de los padres, sino de lo que se trata es de la protección del interés del menor, protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de los artículos 14 y 39 CE.

El artículo 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permiten interpretaciones limitadoras e incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir ningún perjuicio.

El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla. La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostentan la titularidad sobre dicho bien.

La sentencia recurrida impone un uso limitado en el tiempo de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes, momento en el que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y aunque esta pudiera ser una solución de futuro, que no corresponde a los jueces que están sometidos al imperio de la ley, hay que reconocer que se opone al artículo 96.1 CC. Esta norma no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora implicaría la vulneración de estos derechos, que la CE incorporó al ordenamiento jurídico español, y que después han sido desarrollados por la LO de protección del menor. Esta era ya la doctrina de esta Sala en SSTs de 9 de mayo de 2007, 22 de octubre y 3 de diciembre de 2008, entre otras, en las que se conserva el uso de la vivienda a pesar de la división y se impone, incluso a los terceros adjudicatarios en la subasta necesaria para proceder a la división.

En consecuencia de lo anterior, se formula la siguiente doctrina: *La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 CC. (STS de 1 de abril de 2011; ha lugar.)* [Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

87. Unión de hecho: Ruptura: Liquidación de bienes en común: Crédito por aportación y titularidad dominical.—La recurrente trata de impugnar la resolución de la sentencia que reconoce la existencia de un crédito del recurrido como consecuencia de la mayor aportación de éste en la adquisición de la vivienda que resulta ser titularidad por mitades indivisas de ambos convivientes. Titularidad que se mantiene en la sentencia recurrida.

La recurrente intenta evitar el pago de la cantidad a que se le ha condenado utilizando tres argumentos: *a)* existió un pacto sobre las cuotas, que la sentencia ha dejado de lado; *b)* hay una vulneración de la doctrina de los actos propios porque el hecho de poner en común y por mitad la vivienda era práctica habitual entre las partes, y *c)* la doctrina de esta Sala apoyaría esta argumentación.

Pero la recurrente olvida cuestiones fundamentales que desautorizan estos motivos: 1.º) La sentencia recurrida no ha alterado la titularidad existente sobre el inmueble que tuvo la condición de vivienda familiar, sino que la mantiene expresamente. No se trata de que se haya alterado un pretendido pacto sobre igualdad de cuotas, porque claramente la recurrente sigue siendo copropietaria de la mitad del inmueble. 2.º) Estas mismas razones impiden aplicar la doctrina de los actos propios y apreciar la vulneración del artículo 7.1 CC. 3.º) No es posible aplicar la doctrina que se cita como infringida. En la STS de 14 de mayo de 2004 se partía de un supuesto de hecho semejante, cual es que durante el periodo de convivencia, se adquiere un bien –la vivienda común– por mitad pro indiviso de los dos, y tras la ruptura uno de los convivientes pretende que se declare de su exclusiva propiedad, lo que había sido aceptado por la sentencia de la Audiencia Provincial, y casada por la Sala 1.ª, con el argumento de que *el mantenimiento durante toda la convivencia, de la cotitularidad dominical de los dos convivientes sobre su vivienda, adquirida por mitad y pro indiviso, implica que la petición por uno de ellos de que es de su exclusiva propiedad por haberla pagado, desconociendo la colaboración y la aportación de ella, constituye la infracción de la doctrina de los actos propios*. Pero éste no es el supuesto de este recurso, pues se ha probado que el inmueble se adquirió por mitades indivisas y que uno de los partícipes, el conviviente, había realizado aportaciones superiores a las de la otra partícipe, la recurrente. Lo que no se ha probado es que el conviviente hubiera donado a la contraparte el mayor valor que aportó, por lo que se generó un crédito en el que resulta deudora la conviviente (**STS de 7 de febrero de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

88. Desamparo de menor de edad declarado por la Administración: Interés del menor: Tratados internacionales: Atribución de la custodia al padre.—Las medidas que han de tomarse para proteger al menor deben siempre tener en cuenta el valor superior del interés del niño, recogido en el artículo 3.1 de la Convención de Nueva York de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España en 1990, que dispone lo siguiente: *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*. Esta norma ha sido recogida en el artículo 3.1 de la LO 1/1996, de 15 de enero, que establece como principio general que *en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*.

Por tanto, la legislación que regula las decisiones que deben adoptarse en los casos de situaciones de riesgo para los niños, sobre todo cuando haya que tomar la medida de separación de la familia, requiere que estas se funden siempre en el interés del menor, como así se proclama en el artículo 172.4 CC, que resulta aplicable en este caso por la remisión que efectúa el artículo 31.1 de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias de 27 enero, de Protección del Menor. Y ello es congruente con lo que establece la LO 1/1996, que aunque posterior a la autonómica, no puede dejar de aplicarse en cuanto constituye el desarrollo del artículo 39.4 CE, que establece que *los niños gozarán de la protección prevista en los tratados internacionales que velan por sus derechos*. En consecuencia, el artículo 11.2 LO 1/1996 establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: a) *La supremacía del interés del menor*; b) *El mantenimiento del menor en el*

medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, y c) Su integración familiar y social.

La STS de 31 de julio de 2009 dice que cuando existe una contradicción entre el interés del menor y la reinserción familiar, debe tenerse en cuenta la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor; de modo que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Por todo ello, sienta la doctrina de que para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo del desamparo del menor. Aunque el supuesto de hecho no es idéntico al actual (allí reclamación de la familia acogedora después de la declaración de desamparo del menor, frente a la familia biológica; aquí reclamación de ésta frente a la Administración del Principado de Asturias que declaró igualmente el desamparo) su doctrina es plenamente aplicable el caso ahora planteado.

La protección del niño tiene como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una situación de falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. La administración encargada de la protección de menores tiene entonces dos posibilidades: o bien declarar el desamparo y asumir la tutela del menor, con la adopción de medidas para permitir que el niño se reinerte en la familia, cuando no sea contrario a su interés (art. 172.4 CC), o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la administración. Así, las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras medidas menos radicales.

De esta forma se puede afirmar que: *a)* la Administración puede actuar de forma cautelar; *b)* hay que ponderar los intereses en juego, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia (STS de 31 de julio de 2009); y *c)* que en toda la normativa relativa a la protección del interés del menor en estas circunstancias, se recomienda que se procure la reinserción del niño en su propia familia, siempre que ello no sea contrario a su interés.

El motivo primero reconduce a una cuestión de apreciación de la prueba relativa a si la sentencia recurrida ha respetado el principio de protección del menor. A estos efectos hay que recordar que en la sentencia: *a)* se acuerda que el padre ostente la guarda y custodia del niño, excluyéndose a la madre porque sus condiciones personales la hacen inhábil para la educación del menor; *b)* la propia sentencia dice que el padre lleva una vida relativamente adaptada, cosa que no ha sido negado por la administración recurrente; *c)* el artículo 172.4 CC considera incluido en el interés del menor su reinserción en su propia familia, cuando ello no sea contrario a su propio interés, y *d)* y, seguramente lo más importante, la guarda y custodia no se atribuye al padre de forma incondicionada, sino que se le somete a los controles de la Admi-

nistración protectora de menores, que puede y debe vigilar el desarrollo de la relación. Por todo ello hay que entender que la sentencia de la Audiencia Provincial ha protegido el interés del menor. (STS de 21 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—En mi opinión, aunque la sentencia extractada invoca *ex abundantia* la doctrina consignada en la STS de 31 de julio de 2009, en realidad no se limita a reiterarla sino que, por vía interpretativa, da un paso adelante fallando —a diferencia de esta última— a favor del padre biológico. He escrito recientemente (*El enigmático artículo 172 CC español y sus secretos familiares*, RDNot., octubre-diciembre de 2010, pp. 59 y s.: «A mi juicio, el menor tiene derecho preferente a permanecer y a formarse en su hogar originario una vez que este cumpla los requisitos mínimos del deber legal de asistencia y protección; y ello aunque en abstracto, su bienestar fuese más elevado en la eventual familia acogedora o adoptante [...] lo más beneficioso para el menor no es siempre que se haga borrón y cuenta nueva, en estos casos, de la biografía anterior del mismo, de modo que una familia biológica que haya corregido satisfactoriamente —aunque no necesariamente al 100 por 100— sus deficiencias educativas o asistenciales, recuperando el mínimo de protección, sea preferida a otra que únicamente ofrece un mayor nivel cultural-económico-social para proseguir la evolución de su hijo biológico». El que se trate de un caso en cierto modo límite (madre nunca escolarizada, con una minusvalía mental del 71,5 por 100, y también madre anteriormente de una hija que dio en adopción en 1990; padre conviviente, drogadicto curado desde 2004, con minusvalía del 67 por 100, protagonizando episodios de violencia contra la madre) sólo permite llamar la atención sobre una sentencia en cierto modo *contracorriente*, y por ello audaz, pero, a mi parecer, bien fundada en la exégesis de la compleja normativa en vigor. (G. G. C.)

6. DERECHO DE SUCESIONES

89. Sustitución fideicomisaria: Tercio de mejora: Facultades de la heredera fiduciaria: Interpretación del testamento: Medios extrínsecos.—El causante, que ostentaba el título de conde, falleció bajo testamento en 1901, sobreviviéndole dos hijas, Melisa y Noelia, realizándose la correspondiente partición. Ha resultado origen del pleito la cláusula 7.^a del testamento relativa a la mejora, que contiene una sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit*, recíproca entre los nietos del testador que son a la vez fiduciarios y fideicomisarios. El usufructo del tercio de mejora se lo adjudica a D.^a Noelia y distribuye desigualmente entre los hijos de ésta. Manifiesta además el testador su deseo de que se conserve por todo el más tiempo posible unido el título nobiliario, a una masa de bienes bastante para que se lleve con decoro debido. D.^a Noelia, heredera del título, falleció en 1934, dejando tres hijos; el primogénito, D. Óscar, también heredero del título, falleció en 1951 sin hijos, y en su testamento nombró heredero a su hermano D. Urbano, a quien igualmente correspondió el título; entre los bienes que heredó de su hermano premuerto

se encontraba la mitad del tercio de mejora que le había sido atribuido a D. Óscar en el testamento de su abuelo. D. Urbano falleció en 1976, nombrando herederos por partes iguales a sus tres hijos –D. Pedro Miguel, D. Balbino y D.^a Filomena–, demandantes del pleito actual.

D.^a Isidora, tercera de los hijos de D.^a Noelia, falleció en 1968, sin hijos. Había vendido algunos de los bienes en que se concretó en la partición el derecho a una cuota de la mejora, disponiendo algunos legados a favor de algunos sobrinos y designando herederos a otros. Por su parte los actuales recurrentes realizaron actos posteriores al fallecimiento de D.^a Isidora (deslindes, urbanizaciones, permutas, compraventas etc.). En la demanda rectora se reclama la devolución que bienes que formaban parte del tercio de mejora, por entender que D.^a Isidora tenía limitada su facultad dispositiva.

La primera regla interpretativa del artículo 675 CC es la literalidad, de modo que a la hora de atribuir un sentido a la voluntad testamentaria, debe analizarse el texto de la disposición discutida. Algunas sentencias antiguas, como las de 9 de junio de 1962 y 23 de octubre de 1971, permiten entender que si alguien pretende que el sentido literal del testamento no concuerda con la verdadera voluntad del testador debe acreditarlo plenamente, porque la ley parte de una idea básica, que algunos califican de presunción de que el testador tradujo su voluntad en las palabras que utilizó. Los otros medios, que han sido calificados como extrínsecos, no pueden rechazarse, pero jugando un papel accesorio en la interpretación y sobre todo, debe evitarse que se atribuyan al testador soluciones que no quiso. Especialmente problemática resulta la utilización de la conducta de los llamados como medio interpretativo de un testamento en el que, evidentemente, no concurrieron. La STS de 8 de mayo de 1979 alude a un supuesto en que *esa interpretación testamentaria, fue estimada siempre sin contradicción, por cuantos estuvieron interesados en la sucesión de que se trata, a lo largo de escalonadas actuaciones en las más diversas épocas, circunstancias claras, de carácter extrínseco al testamento mismo, que como autoriza la jurisprudencia, contribuyen a definir, respetando el texto de la disposición testamentaria, la verdadera voluntad del testador.*

En el presente caso, la cláusula 7.^a del testamento está dividida en dos partes muy bien diferenciadas. En la primera se grava la mejora con una sustitución fideicomisaria en la que los nietos son los sustitutos fideicomisarios y la madre D.^a Noelia es la fiduciaria. Los fideicomisarios no reciben un llamamiento libre, sino que en sus respectivas cuotas, fueron gravados recíprocamente, el uno a favor del otro, tal como permite el artículo 824. La Sala llega a esta conclusión con base en los siguientes criterios de interpretación: 1.º Aunque la hija D.^a Noelia fue llamada en usufructo, la falta de nudo propietarios en la institución hace que deba aplicarse la regla del artículo 787 CC, que equipara estas instituciones a las sustituciones fideicomisarias (ver STS de 22 de noviembre de 2010); 2.º El llamamiento se limita a los nietos del testador, porque de esta forma se cumple con la restricción del artículo 781 CC; 3.º Los nietos aparecen gravados recíprocamente para el caso de no tener hijos, con una de las modalidades más típicas de esta sustitución que es la que condiciona la consolidación de la propiedad de lo adquirido al hecho de tener hijos, de modo que el último fallecido adquiere libremente. En la segunda parte de la cláusula aparecen las razones del testador para efectuar este tipo de institución, al establecer que sólo el hijo de D.^a Noelia que ostente el título, o le correspondiere llevarlo, tendrá derecho a acrecer a

su porción la parte de bienes provenientes de la mejora que dejare aquel hermano que hubiera fallecido sin suceder en el título.

Sustituciones recíprocas: Significado de la palabra acrecerá.—La utilización de este verbo no debe ser entendida en sentido técnico jurídico, sino como forma de expresar que va a ir a parar a quien ostente el título nobiliario la parte de mejora que aparece gravada por el testador. De la interpretación conjunta se deduce que la finalidad buscada por el testador al redactar esta cláusula no se limitaba a encontrar un heredero que finalmente adquiriera estos bienes, y evitar así que quedase vacante una parte de la herencia, para la que serviría el derecho de acrecer en sentido técnico, sino que lo que verdaderamente quiso el causante era beneficiar a quien ostentara el título y evitar, por una parte, la dispersión de sus bienes, y por otra, que quien ostentara el título nobiliario no pudiera mantener el *decoro de la casa*. La expresión *acrecerá* significa que la parte de quien fallezca sin hijos incrementará la parte de quien aún sobreviva, y así hasta el último de los nietos llamados como fideicomisarios y a la vez fiduciarios recíprocos. Con esta interpretación se superan las discusiones sobre si resulta o no posible el acrecimiento en partes no iguales, puesto que no existe tal derecho de acrecer.

Interpretación de los actos propios de los nietos del causante.—Las sentencias recaídas en este litigio, que han negado a la cláusula 7.^a el carácter de sustitución fideicomisaria, han basado parte de sus argumentos en los actos posteriores de los herederos del causante quienes calificaron a la institución como un usufructo, de modo que, al fallecer D.^a Noelia, sus hijos consolidaron la nuda propiedad sobre los bienes integrantes del tercio de mejora, efectuando actos de dueño, comenzando por la atribución en partición y ulterior realización de negocios jurídicos sobre los mismos de diversos tipos, que demuestran que dichos nietos se consideraron herederos libres en relación con los bienes sometidos al fideicomiso.

Estas conductas no pueden ser utilizadas como una vía para interpretar el testamento del causante inicial, pero sí que son lo suficientemente importantes como para constituir actos que demuestran su voluntad de desconocer sus derechos como fideicomisarios. Aunque sería cuestión nueva determinar si la apariencia creada por los fideicomisarios produjo una renuncia a sus derechos como fideicomisarios, es oportuno recordar que el fideicomisario puede disponer de sus derechos al fideicomiso y esto lo efectuó D. Urbano, heredero a su vez de los derechos de su hermano Óscar, a través de sus actos de disposición. Por ello no pueden ahora sus herederos alegar la existencia de una sustitución fideicomisaria que efectivamente gravaba los bienes objetos de discusión, pero que no tuvieron en cuenta en el momento de disponer y de autorizar los actos de su hermana D.^a Isidora en los contratos que se celebraron.

Todo ello conduce a la estimación parcial del recurso por infracción del artículo 675 CC, declarándose que la cláusula testamentaria debatida contenía una sustitución fideicomisaria condicional que gravaba recíprocamente a sus nietos, aunque en aplicación de la doctrina de esta Sala relativa a la equivalencia de resultados, debe desestimarse el recurso por la concurrencia de actos propios de los causantes de los recurrentes que demuestran claramente su voluntad de ignorar la vinculación. (STS de 18 de marzo de 2011; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. D.^a Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Complejo supuesto de derecho sucesorio en el que el *thema debatendi* se centra en la mejora que D. Celestino, fallecido a principios del siglo XX, hizo en beneficio de una de sus hijas,

D.^a Noelia y sus descendientes legítimos. Las vicisitudes jurídicas ulteriores de los bienes integrantes de aquélla alcanzan a la tercera generación, complicándose con la diversa interpretación dada a la cláusula constitutiva de la mejora, que produjo en la práctica una pluralidad de negocios *inter vivos*, originándose diversos procesos civiles que finalizan acumulándose a la demanda principal que se ha interpuesto al cabo de un siglo de fallecer D. Celestino. Debe destacarse el esfuerzo que implica una visión global del entramado contractual producido, que se ofrece en el planteamiento simplificador y clarificador de la Magistrada Ponente. (G. G. C.)

II. DERECHO MERCANTIL

90. Derecho de la competencia y contrato de agencia. Contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales: no les afecta la prohibición establecida por el apartado 1 del artículo 85 TCE. Asunción de riesgos como criterio de distinción del agente comercial del comerciante independiente.—La Comunicación de la Comisión de 24 de diciembre de 1962, relativa a los contratos de representación exclusiva suscritos con agentes comerciales en los que éstos se comprometan, para una parte determinada del territorio del mercado común, a negociar asuntos por cuenta de una empresa o a llegar a un acuerdo, en nombre y por cuenta de aquella, o a llegar a un acuerdo en su propio nombre y por cuenta de aquella, afirma que no les afecta la prohibición establecida por el aptdo. 1 del artículo 85 del Tratado, siendo indispensable que el contratante calificado como agente comercial lo sea efectivamente por su propia función, y no asuma ni ejerza una actividad de comerciante independiente en el desarrollo de las operaciones comerciales. En tal sentido, es criterio determinante para distinguir al agente comercial del comerciante independiente el acuerdo expreso o tácito, relativo a la asunción de los riesgos financieros vinculados a la venta o a la ejecución del contrato. Con excepción de la garantía usual dada para el cumplimiento del contrato, el agente comercial no debe, por su función, asumir riesgo alguno proveniente de la transacción: si los asumiera, su función se aproximaría económicamente a la del comerciante independiente, y debería por tanto ser tratado como tal en relación con la legislación en materia de competencia.

Calificación del contrato y «agencia no genuina».—La Directriz 15 de las Directrices de la Comisión relativas a las restricciones verticales de 13 de octubre de 2000 establece que el acuerdo de agencia se considera como un genuino acuerdo de agencia y, en consecuencia, queda excluido del ámbito de aplicación del aptdo. 1 del artículo 81 si el agente no asume riesgo alguno, o éste es insignificante, en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal y con las inversiones específicamente destinadas al mercado para dicho ámbito de actividad. En la situación inversa (asunción de riesgos significativos en relación con los contratos celebrados o negociados por cuenta del principal y con las inversiones específicamente destinadas al mercado para dicho ámbito de actividad), se considera como un no genuino acuerdo de agencia y sí entra dentro del ámbito de aplicación del aptdo. 1 del artículo 81. En tales casos será tratado como un distribuidor independiente que ha de mantener su libertad a la hora de determinar su estrategia de mer-

cadotecnia para poder recuperar sus inversiones relativas al contrato o específicamente destinadas al mercado.

Aplicación del Derecho europeo de la competencia a los contratos de suministro exclusivo de carburantes.—El régimen de prohibiciones del artículo 81.1 TCE se aplica a figuras que despliegan una función económica de «distribuidor independiente», prescindiendo de que en el Derecho interno la naturaleza de la relación jurídica entre las partes sea susceptible de merecer una calificación diferente a la de compraventa, por lo que a estas figuras también se aplicará el régimen de exenciones por razón de categoría, aunque el artículo 10 del Reglamento 1984/83 se refiera a contratos de «compra para reventa» de carburante en estaciones de servicio con pacto en exclusiva.

Un contrato de suministro exclusivo de carburantes y combustibles así como de lubricantes y demás productos afines puede estar incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, aptdo. 1 cuando el titular de la estación de servicio asume, en una proporción no insignificante, riesgos financieros y comerciales relativos a la venta de estos productos a terceros y dicho contrato contiene cláusulas que pueden menoscabar el juego de la competencia. Los intermediarios sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados o celebrados por cuenta del comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa de éste, por lo que cabe la posibilidad de contratos que, aun siendo en abstracto calificables como de agencia con arreglo a la Ley española 12/92, puedan sin embargo incurrir en prohibición y consiguiente nulidad por impedir, restringir o falsear el juego de la competencia.

Invalidez de los contratos con cláusula de fijación del precio de venta al público.—El precio de adquisición de los productos de consumo habitual, cuando existe una pluralidad de oferentes en una misma zona geográfica y por sus características existen otros productos que se perciben por el consumidor como sustitutos por ser muy parecidos o idénticos, constituye en numerosos casos uno de los factores más importantes, sino el que más, de los tenidos en cuenta por el consumidor para la selección del proveedor, de ahí que la primera de las conductas prohibidas en particular por el artículo 81.1 TCE, por ser incompatible con el mercado común, dada su potencial incidencia en el comercio entre los Estados miembros, sea el acuerdo entre empresas consistente en «fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción». Por ello, el Reglamento CEE 2790/99, de 22 de diciembre de 1999, y después el Reglamento (UE) 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, aptdo. 3, TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, precisa que no quedan exentos los acuerdos verticales consistentes en la fijación de precios de reventa mínimos y fijos, y que no cabe exención de aquellos acuerdos que tengan por objeto la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes. Criterio reiterado por el artículo 1.a) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, reproducido en la Ley 15/2007, de 3 de julio; y asimismo acogido por la jurisprudencia, como la STS de 863/2009, de 15 de enero de 2010, que cita las SSTJUE de 11 de septiembre de 2008 y 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07), y las SSTS de 3

de octubre de 2007, 20 de noviembre de 2008 y 15 de abril de 2009. De este modo, toda cláusula por la que se impida al agente repartir su comisión, ya sea fija o variable, con el cliente o se le impongan restricciones al respecto, constituiría una restricción especialmente grave, y por tanto, se debería dar plena libertad al agente para reducir el precio efectivo pagado por el cliente sin disminuir los ingresos del principal. No obstante, cabe que el proveedor se limite a la fijación de un precio de venta máximo y la recomendación de un precio de venta y, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público, como señalan las SSTS de 15 de enero de 2010; 312/2011, de 5 de mayo, 308/2011, de 10 de mayo, y 307/2011, de 11 de mayo. (STS de 13 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—Las empresas R.C.P.P., S.A. (R.) y Estación de Servicio M., S.L. (M.) celebraron un contrato de abastecimiento en exclusiva de productos petrolíferos en estaciones de servicio por tiempo de diez años.

M. interpuso demanda contra R. solicitando la declaración de nulidad del contrato por ser incompatible con el artículo 81.1 del Tratado Constitutivo de la CEE y por resultar su causa inexistente e ilícita, al encontrarse el precio indeterminado y quedar su fijación al arbitrio de una sola de las partes, y su condena al pago de la diferencia entre el precio cobrado por R. a la estación de servicio menos comisiones, y el precio más bajo semanal ofrecido por otros Operadores, en régimen de compra en firme, a Estaciones de Servicio de sus mismas características.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda. Contra esa sentencia, los demandados interpusieron recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, siendo ambos desestimados por el Tribunal Supremo. (F.J.J.M.)

91. Interpretación del Derecho de la Unión Europea.—La interpretación del Derecho comunitario por parte de la Comisión Europea no resulta vinculante para los Tribunales nacionales, sino que son las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas en el procedimiento previsto en el artículo 234 TCE, con la finalidad de garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales, las que despliegan un efecto vinculante para estos (SSTS 401/2010, de 1 de julio, y 312/2011, de 5 de mayo). No obstante, existe un interés manifiesto en que el ordenamiento jurídico de la Unión se interprete y aplique por las autoridades y tribunales de los diferentes Estados miembros de una forma uniforme (SSTJUE de 17 de julio de 1997, *Giloy*, C-130/95; 11 de octubre de 2001, *Adam*, C-267/99; 15 de enero de 2002, *Andersen og Jensen*, C-43/00; 16 de marzo de 2006, *Poseidon Chartering*, C-3/04; 14 de diciembre de 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contra Compañía Española de Petróleos, S.A.*, C-217/05; 20 de mayo de 2010, *Modehuis A. Zwijnenburg BV contra Staatssecretaris van Financiën*, C-352/08; 21 de octubre de 2010, *Eredics y Sári*, C-205/09; 28 de octubre de 2010, *Volvo Car Germany GmbH contra Autohof Weidensdorf GmbH*,

C-203/09; y 31 de marzo de 2011, *Aurubis Bulgaria AD contra Nachalnik na Mitnitsa Stolichna*, C-546/09). En tal sentido, la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apdo. 1 del artículo 81 TCE (*de minimis*), de 22 de diciembre de 2001, tan sólo tiene un carácter orientativo, pretendiendo brindar una orientación a los tribunales y autoridades de los Estados miembros a la hora de aplicar el artículo 81.

La incidencia de un acuerdo sobre el mercado resulta de su examen dentro de su contexto económico y jurídico.—Para poder incidir sobre el comercio entre los Estados miembros, una decisión, un acuerdo o una práctica deben permitir prever con un grado suficiente de probabilidad que pueden ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes de intercambios entre los Estados miembros y ello de manera que pudiera hacer temer que podrían obstaculizar la realización de un mercado único entre Estados miembros. Es necesario, además, que tal influencia no sea insignificante. De este modo, la incidencia sobre el comercio intracomunitario es, en general, el resultado de una combinación de diversos factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente decisivos: para verificar si una práctica colusoria afecta sensiblemente al comercio entre los Estados miembros, es preciso examinarla dentro de su contexto económico y jurídico (SSTJCE de 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax y Administración del Estado*, C-238/05; y 24 de septiembre de 2009, *Erste Group Bank AG y otros contra Comisión*, en los asuntos acumulados C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P).

Ilícitud de los pactos de exclusiva superiores a diez años. Coordinación entre los Reglamentos CEE 1984/83 y 2790/1999.—Bajo el Reglamento CEE 1984/83, de la Comisión, de 22 de junio de 1983, eran lícitos los pactos de exclusiva con duración superior a los diez años si se ajustaban a las condiciones indicadas por el propio Reglamento, sin necesidad de que el proveedor fuese propietario del terreno y de las instalaciones, y este régimen fue modificado por el Reglamento (CE) n.º 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, que vino a exigir para la aplicación de la excepción que el proveedor sea propietario tanto de la estación de servicio que arrienda al revendedor como del terreno sobre el que aquélla está construida o que, en el caso de no ser propietario, los arrienda a terceros no vinculados con el revendedor; y mientras el derecho de superficie autorizaba una duración de la exclusiva superior a los diez años bajo la vigencia del Reglamento de 1983, no sucede lo mismo bajo el régimen del Reglamento de 1999. De este modo, la exclusiva de abastecimiento subsistente al entrar en vigor el Reglamento de 1999 puede incurrir en ineficacia sobrevinida si deja de gozar de la exención de prohibición, siendo entonces la fecha límite de validez de la relación jurídica el 31 de diciembre de 2006, resultado de sumar al 31 de diciembre de 2001 los cinco años de duración máxima general permitida por el artículo 5.a) de dicho Reglamento, sin perjuicio del reajuste de las prestaciones para restablecer la equivalencia en el momento de la extinción del vínculo (STJCE de 2 de abril de 2009, *Pedro IV Servicios, S.L. contra Total España, S.A.*, C-260/07, y SSTS 533/2009, de 30 de junio, 308/2011, de 10 de mayo y 312/2011, de 5 de mayo). **(STS de 6 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—ESTSA era la titular de una estación de servicio que resultó afectada por la construcción de una nueva autovía, a

consecuencia de lo cual se acogió al derecho de trasladar sus instalaciones, adquiriendo a tal fin unas fincas. ESTSA suscribió con la petrolera SESA un compromiso de arrendamiento de industria en relación con la estación de servicio y más tarde constituyó en su favor un derecho de superficie, transmitiendo a SESA las licencias y autorizaciones administrativas necesarias para la construcción de la estación de servicio. Con posterioridad, ambas empresas firmaron un contrato de arrendamiento de industria, compra en exclusiva y abanderamiento en virtud del cual SESA cedía a ESTSA la explotación de la estación de servicio construida sobre los terrenos en los que se había constituido el citado derecho de superficie y se establecía el compromiso de compra en exclusiva a SESA de la totalidad de los carburantes y combustibles necesarios para su expedición en régimen de reventa en la estación, fijándose la fórmula para la determinación del precio base de facturación a satisfacer por el arrendatario en concepto de contraprestación por la venta y suministro de combustibles y carburantes y estableciéndose la determinación libre por el arrendatario de los precios de venta al público de los combustibles y carburantes expedidos. Más tarde, SESA se escindió formando dos sociedades, una de las cuales, SPSL, asumió los derechos y obligaciones de la relación jurídica con ESTSA y cambiando con posterioridad su denominación social por la de DPSLU.

ESTSA interpuso demanda contra SESA y DPSLU solicitando se declarase que los contratos de constitución del derecho de superficie y de arrendamiento de industria, compra en exclusiva y abanderamiento constituyen un negocio jurídico complejo nulo por infracción del artículo 81 del Tratado CEE y de los artículos 1256 y 1449 CC y por causa torpe; y la resolución contractual por incumplimiento derivado de la subrogación efectuada por DPSLU en la situación que en el contrato se encontraba la entidad SESA y posteriormente SPSL.

Dicha demanda es desestimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. El demandante interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, siendo igualmente ambos desestimados por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

92. Alcance del artículo 878, párrafo segundo, CCO respecto de los actos realizados por el deudor en el período de retroacción de la quiebra.—La primera cuestión hace referencia al alcance del artículo 878, párrafo segundo, del Código de Comercio de 1889 (actualmente derogado por la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio) respecto de los actos o contratos, sean de dominio o de administración, realizados por el deudor, luego quebrado, o a él jurídicamente atribuibles, que tengan por objeto bienes de su patrimonio, y que tuvieron lugar en el período de retroacción de la quiebra. Durante mucho tiempo prevaleció un criterio, denominado estricto o rigorista, con arreglo al que dichos actos, por unos u otros fundamentos, se consideraban nulos con nulidad de pleno derecho, absoluta, radical, por vicio de origen. Con base en diversas consideraciones y singularmente porque no tenía sentido dejar sin efecto operaciones que no afectaban a los acreedores, se fue

introduciendo por diversas sentencias el denominado criterio flexible, primero con carácter de excepcionalidad (Auto de esta Sala de 27 de enero de 2009 y SS de 20 de septiembre de 1993), posteriormente con carácter general, aunque existieron algunas resoluciones contrarias, y actualmente como doctrina jurisprudencial uniforme. En tal sentido señala la Sentencia de 10 de septiembre de 2010, número 525, que «la jurisprudencia actual puede resumirse declarando que la ineficacia establecida en el párrafo segundo del artículo 878 C. Com. no alcanza a los actos que correspondan al giro y tráfico ordinario del quebrado (ej. pagos de cuotas de la seguridad social, de suministros o de arrendamientos), ni tampoco a aquellos que resulten beneficiosos para el quebrado y los acreedores o al menos no causen lesión o perjuicio a éstos».

Se consagra en definitiva el criterio de la exigencia de un perjuicio para la masa activa que justifique la sanción de ineficacia, el cual ha venido siendo recogido en numerosas Sentencias de esta Sala (entre las de los últimos años, las de 13 de diciembre de 2005; 30 de marzo, 12 de mayo, 8 y 19 de junio de 2006; 15, 19, 28 de marzo, 23 de mayo, 1 de junio, 13 y 27 de septiembre y 6 y 29 de noviembre de 2007; 7 de mayo de 2008; 16 de junio de 2009; 8 de marzo de 2010) resaltando la Sentencia citada de 10 de octubre de 2010 que se requiere el perjuicio, pero no se exige fraude, confabulación o simulación. La jurisprudencia no admite la aplicación de la doctrina del tercero hipotecario del artículo 34 LH al adquirente directo del quebrado (en tal sentido Sentencias de 30 de diciembre de 2005, 19 de junio de 2006 y 11 de febrero de 2009 y 8 de marzo y 29 de julio de 2010), que si se defiende por algún sector doctrinal.

Posición jurídica del subadquirente.—La segunda cuestión que se plantea se refiere a la posición jurídica del subadquirente, es decir, el que no adquirió del deudor quebrado sino que se trata de un segundo o posterior adquirente. Este tema también ha tenido diversas vicisitudes habiendo predominado durante muchos años la tesis de la inoperancia del artículo 34 LH frente al rigor del artículo 878, párrafo segundo, C. de Comercio (SS, entre otras, 17 de marzo de 1958, 15 de noviembre de 1991, 16 de marzo de 1995 y 16 de febrero y 22 de mayo de 2000), si bien ha terminado por prevalecer el criterio que permite aplicar al subadquirente que reúna los requisitos al efecto la condición de tercero hipotecario (con antecedente en Sentencias de 12 de marzo y 20 de septiembre de 1993; 28 de octubre de 1996 y 14 de junio de 2000 se recoge en Sentencias de 13 de diciembre de 2005, 14 de febrero, 30 de marzo y 19 de junio de 2006, 19 de marzo de 2007 y 8 de marzo y 29 de julio de 2010).

Efectos de la nulidad derivada de la retroacción de la quiebra cuando se trata de contratos con obligaciones recíprocas. Posición del comprador que ha de reintegrar a la masa de la quiebra el bien objeto de la compraventa como consecuencia de la nulidad.—En este punto también se ha producido en los últimos años un cambio jurisprudencial radical. Esta Sala había venido entendiendo que era inaplicable el régimen jurídico de los artículos 1303 y ss. (SS, entre otras, 27 de mayo, 14 de diciembre de 1960, 29 de octubre de 1962). Se entendía que el comprador tenía un derecho de crédito que sólo procedía ejercitar en el juicio universal, en la pieza correspondiente. Como tal criterio no armonizaba con el general de nulidad radical (al que la jurisprudencia venía aplicando el régimen del artículo 1303 y concordantes del CC) y por otro lado era evidente que la reintegración de la cosa y frutos sin la contrapartida de la restitución del precio e intereses producía un enriquecimiento injusto, o injustificado (SS de 13

de diciembre de 2005, 24 de marzo de 2006, 24 de septiembre de 2008, entre otras), la doctrina esta Sala evolucionó, con antecedente en la Sentencia de 11 de febrero de 2003, pero sobre todo, de modo prácticamente pacífico, a partir de la sentencia de 13 de diciembre de 2005, número 951, en el sentido de aplicar a los contratos sinalagmáticos el criterio de que «la nulidad que se declara por efecto de tratarse de un acto de disposición efectuado por el quebrado durante el periodo de retroacción implica la restitución en los términos establecidos por los artículos 1303, 1304 y 1308 del Código Civil». Se da plena operatividad a la restitución recíproca de lo entregado, y el derecho del comprador a la restitución ha de ser tratado como una «deuda de la masa». En esta línea, además de las resoluciones mencionadas, cabe citar también las de 14 de febrero, 24 de marzo (núm. 312), 22 de mayo (núm. 473) y 19 de junio de 2006; 19 de marzo, 1 de junio y 6 de noviembre de 2007, 17 de abril (núm. 271) y 24 de septiembre (núm. 852) de 2008 y 10 de septiembre de 2010 (núm. 525).

Alcance de la buena fe en el contexto del artículo 34 LH. Control en casación.—La alegación de falta de buena fe no puede ser estimada porque, si bien la sentencia recurrida incurre en una apreciación equivocada cuando parece limitar el ámbito de la buena fe del artículo 34 LH a lo que resulta del Registro de la Propiedad, lo que no es conforme a la doctrina de esta Sala que la extiende también al desconocimiento de la realidad extrarregistral (SS, entre otras, de 8 de marzo de 2001, 7 de diciembre de 2004, 18 de febrero y 5 de octubre de 2005 y 11 de octubre, y 7 de noviembre de 2006, 14 de mayo de 2007, 18 de marzo y 14 de mayo de 2008), de tal modo que se excluye no solo cuando se conoce dicha realidad sino también cuando no se desplegó la diligencia normal o adecuada a las circunstancias que habría permitido el conocimiento (SS, entre otras, 25 de mayo, 7 de noviembre de 2006; 7 de septiembre de 2007; y, 22 de enero, 22 de septiembre y 25 de noviembre y 2 de diciembre de 2008), sin embargo el juzgador de segunda instancia entra en la valoración de los hechos y razona que de los mismos no se deduce la falta de buena fe.

La buena fe —subjetiva—, que es un estado de conocimiento —desconocimiento de la inexactitud del registro o creencia en la exactitud del mismo— se presume, aunque puede ser destruida la presunción mediante las correspondientes probanzas (SS, entre otras, 21 de julio de 2006, 21 de enero, 18 de marzo, 5 y 14 de mayo, 22 de septiembre y 8 de octubre de 2008). La apreciación de la mala fe constituye fundamentalmente una cuestión fáctica (SS de 25 de mayo, 7 de noviembre de 2006, 13 de noviembre de 2007 y 8 de octubre de 2008, entre otras), habiendo declarado esta Sala en Sentencia de 13 de noviembre de 2007, núm. 1.231, que para desvirtuar la presunción legal de buena fe se necesitan probanzas auténticas y fehacientes (SS de 29 de enero de 1989, 14 de febrero de 2000, 25 de junio de 2002), una prueba plena, cumplida y manifiesta que no deje lugar a dudas (SS de 31 de enero de 1975, 14 de febrero de 2000). Y por lo que respecta al control en casación de la apreciación por el juzgador de instancia hay que distinguir el aspecto fáctico, que es ajeno a la misma por tratarse de cuestión de orden procesal, y la deducción que proceda —significación jurídica de los hechos previamente fijados en la instancia— que cabe ponderar en dicho recurso (SS de 13 de noviembre de 2007 y 21 de enero de 2008). (**STS de 10 de noviembre 2010**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La sindicatura de la quiebra de la sociedad A, demandó a la sociedad A y a la mercantil B interesando se declarase la

nulidad de la compraventa de las fincas que A había vendido a B. Posteriormente, la sindicatura de la quiebra de A demandó a B (adquirente directa de A) y a C (entidad que había adquirido de B, en virtud de compraventa posterior, las fincas enajenadas por A) solicitando del Juzgado la nulidad de la segunda enajenación. El Juzgado declaró la nulidad de ambas compraventas y condenó a C a reintegrar a la masa de la quiebra las fincas en cuestión. Se apoyó para ello en una interpretación rigurosa del párrafo segundo del artículo 878 CCo en cuanto a la primera compraventa y en la inoperancia de la protección a C sobre la base del artículo 34 de la Ley Hipotecaria frente al precepto del CCo ya mencionado. La Audiencia resolvió los recursos de apelación de B y C confirmando la nulidad de la primera compraventa (por existir perjuicio para la masa activa de la quiebra) y aplicando a C la protección del tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley correspondiente. El tema central del recurso de casación se refiere a los efectos de la retroacción de la quiebra de una sociedad anónima en función de la interpretación que debiera darse al artículo 878 II CCo. Ha lugar, en parte, al recurso de casación en cuanto se condena a B a pagar los intereses legales del valor de los inmuebles desde la fecha de la venta. Los pronunciamientos de fondo de la sentencia de apelación se mantienen. (R. G. S.)

III. DERECHO CONCURSAL

93. Concurso de acreedores. Créditos tributarios. Cómputo del privilegio general previsto en el artículo 91.4 LC.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo, por razón de interés casacional, ha sentado en la STS de 21 de enero de 2009 (Pleno, RC núm. 842/2007) la doctrina de que, para configurar el privilegio genérico establecido en el artículo 91.4 LC a favor de los créditos de la Hacienda Pública y demás de Derecho público y de la Seguridad Social, no cabe tomar en cuenta para calcular el 50 por 100 de su importe los créditos comprendidos en los artículos 90, 91 y 92 LC porque estos ya están clasificados con una u otra condición. Según esta doctrina, la exclusión de la base del cálculo de los créditos con privilegio especial (art. 90 LC) y de las retenciones (art. 91.2 LC) se justifica por su específico rango privilegiado (arts. 155 y 156 LC) y se deduce del texto del artículo 91.4 inciso primero LC. La exclusión de los créditos subordinados se justifica, por un lado, porque no es razonable que unos créditos que el legislador posterga o discrimina por unas u otras razones subjetivas u objetivas se tomen en cuenta para incrementar la cuantía del privilegio general en perjuicio de los acreedores ordinarios, y, por otro lado, porque una de las directrices de la LC es la de limitación de los privilegios.

Concurso de acreedores. Calificación de los recargos por deudas tributarias y de la Seguridad Social.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo, por razón de interés casacional, ha sentado en la STS de 21 de enero de 2009 (Pleno, RC núm. 84/07) la doctrina de que los créditos por recargo deben considerarse créditos subordinados del artículo 92 LC.

Se ha argumentado, en síntesis, que (a) en materia de clasificación de créditos a efectos de un concurso la regulación de la Ley General Tributaria se halla subordinada a la normativa de la LC; (b) en materia concursal

rigen los principios de limitación de los privilegios de Derecho público y de *par condicio creditorum* y la postergación en el cobro para los denominados créditos subordinados; (c) los recargos tienen el carácter accesorio de la obligación y este carácter no se limita a los intereses pues el recargo ejecutivo y el recargo de apremio excluyen y sustituyen los intereses moratorios a partir del inicio del período ejecutivo, razón por la cual, en la medida en que coinciden, realizan la misma función; (d) entendiendo el concepto de sanción en sentido amplio (efecto del incumplimiento de un deber jurídico) el recargo de apremio ordinario es una sanción por la falta de cumplimiento de la deuda; se contempla en la exposición de motivos de la LC al referirse a «sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la seguridad social»; y debe estimarse comprendido en la expresión legal «los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias» sin incurrir por ello en una interpretación extensiva. (STS de 25 de marzo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En el marco de un concurso de acreedores, la Tesorería General de la Seguridad Social formuló demanda incidental de impugnación de la clasificación de sus créditos, por discrepar de la forma en que se había calculado el privilegio del 50 por 100 previsto en el artículo 91.4 LC, y de la decisión de otorgar la naturaleza de créditos subordinados a los recargos.

El Juzgado desestimó la demanda en lo sustancial y confirmó la clasificación de los créditos efectuada por la administración concursal.

La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia.

NOTA.—Véase en el mismo sentido la STS de 17 de marzo de 2011 [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]. (B. G. F.)

94. Concurso de acreedores. Clasificación de los créditos por sanciones: no debe atenderse al momento de nacimiento de la obligación de pago de la sanción, sino al de la comisión de la conducta sancionada, por ser ésta la determinante del régimen aplicable.—Es necesario clasificar el crédito derivado de la sanción en atención al momento en que se produjo el hecho infractor, pero no porque fuera el momento de nacimiento de la obligación, sino por ser determinante del régimen aplicable a ésta. Y en el caso enjuiciado se ha acreditado que la infracción tuvo lugar con anterioridad a declararse el concurso, por más que la sanción recayera en fecha posterior. En consecuencia, el crédito ha de considerarse como concursal. Lo contrario supondría trasladar principios e instituciones propias del derecho privado de obligaciones al ámbito del derecho sancionador, presidido por principios absolutamente diferentes y que determinan que ninguna obligación surja para el presunto infractor sino hasta el momento en que recae una resolución que aprecie tanto su participación en la comisión del ilícito como su culpabilidad. Y porque la calificación del crédito como contra la mas no puede quedar a voluntad o decisión unilateral de la Administración, en la medida que ésta no puede dilatar sin consecuencias el inicio y la resolución del expediente sancionador, ya que el correcto ejercicio de la potestad sancionadora presupone un procedimiento en el que se respeten los plazos de tramitación.

(STS de 5 de abril de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En el marco del concurso de acreedores de una sociedad mercantil, la Tesorería General de la Seguridad Social formuló demanda incidental de impugnación de la clasificación de los créditos realizada por la administración concursal, con la pretensión de que se reconociera como crédito contra la masa, y no como concursal, el que tenía por sanciones impuestas a dicha sociedad derivadas del incumplimiento de la normativa laboral, cometido en los meses de 2004, al tratarse de créditos nacidos en el momento de recaer la resolución sancionadora (de mayo de 2005) y, por ende, posterior a la declaración del concurso (de abril de 2005). El Juzgado de Primera Instancia rechazó la pretensión y declaró el carácter concursal del crédito, al hacer coincidir su nacimiento con el momento del devengo, y éste con el momento en que se produce el hecho determinante de la sanción, pero no con el de la fecha de la sanción misma. La Audiencia Provincial de Alicante desestimó el recurso de apelación de la Tesorería General y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo, pese a rechazar los argumentos de la sentencia combatida, confirmó su fallo con base en otros razonamientos, y no dio lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

95. Compraventa de acciones de sociedad mercantil. Llamada de terceros al proceso e intervención de los mismos en ejercicio de un derecho propio. No es intervención adhesiva cuando se ejercita un derecho propio que faculta para promover la acción en calidad de demandante.—La intervención de dos socios se hizo para adherirse al sostenimiento de la acción de nulidad de la compraventa basada en el incumplimiento de los estatutos de la sociedad, es decir, como cotitulares de una de las acciones ejercitadas en la demanda. Así pues, la intervención de los terceros no fue una intervención por adhesión o intervención adhesiva simple, pues no concurre la primera característica de esta intervención, que exige que al tercero no le asista la facultad para promover el juicio, ya que tanto la sociedad como los socios que intervinieron estaban legitimados para promover la acción de nulidad por infracción de las normas estatutarias. De manera que los terceros estaban legitimados en virtud de su propio derecho y podían comparecer en juicio sin necesidad de llamada alguna, con independencia de la conducta procesal de la demandante. En consecuencia, la falta de legitimación del litisconsorte no debe impedir el sostenimiento de la acción por el tercero, evitando con ello que quien es titular de una acción para cuyo debate se abrió un proceso se vea obligado a iniciar otro proceso. (STS de 24 de febrero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La actora interpuso demanda instando la declaración de nulidad de la compraventa de acciones formalizada por su esposo, como vendedor, y una sociedad limitada, como compradora, por falta de consentimiento de la demandante, así como por vulneración de los estatutos sociales, que exigían la notificación al resto de los socios, titulares de un derecho de suscripción preferente. En el proceso se le dio la posibilidad de adherirse a los demás socios y a la sociedad

cuyas acciones eran vendidas. Estos comparecieron e impugnaron la venta llevada a cabo. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas estimó parcialmente el recurso de apelación de la sociedad demandada, y acogió la falta de legitimación activa de la actora, al no ser socia ni estar acreditado el carácter ganancial de las acciones vendidas. Sin embargo, estimó la acción de la nulidad, con base en la adhesión de los socios perjudicados, por infracción de las normas de los estatutos sobre transmisión de acciones. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la parte demandada. (C. O. M.)

IV. DERECHO PROCESAL

96. Competencia de la jurisdicción civil para pronunciarse sobre la repercusión del IVA pactada por particulares: supuestos en los que procede.—El conocimiento de las controversias entre particulares acerca del cumplimiento de obligaciones dimanantes de relaciones contractuales corresponde, en principio, al orden jurisdiccional civil, al que, según el artículo 9.1 LOPJ, corresponde el conocimiento de los conflictos *inter privatos* (entre particulares), puesto que se le atribuyen las materias que le son propias, además de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional (SSTS de 2 de abril de 2009, RC n.º 1266/2009, de 16 de junio de 2010, RC n.º 397/2006 y de 10 de noviembre de 2008, RC n.º 2577/2002).

Según la STS de 10 de noviembre de 2008, RC n.º 2577/2002, este principio alcanza a aquellos supuestos en que la procedencia de la obligación entre particulares tiene un presupuesto de carácter administrativo-tributario, como el devengo de un determinado tributo a cargo de un obligado tributario, salvo en aquellos casos en que, por versar la controversia principalmente sobre la existencia o contenido de la obligación tributaria o sobre la determinación del sujeto que resulta obligado en virtud de la misma, no puede admitirse que el *thema decidendi* (cuestión que debe decidirse), de carácter jurídico-administrativo y llamado a ser resuelto por la jurisdicción de este orden, tenga carácter accesorio o prejudicial respecto de la cuestión civil planteada. Señala esta misma sentencia que estos principios son aplicables a las cuestiones que surgen sobre la repercusión del IVA en relación con actos de los particulares. En estos casos deben distinguirse los supuestos en que básicamente se trata de obtener el cumplimiento de una obligación contractual no discutida, que se estiman de naturaleza civil —bien porque dicha obligación ha sido contractualmente asumida, bien porque no existe cuestión en cuanto a su existencia y alcance tributario que justifique la intervención de la Administración tributaria, sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa— de aquellos otros en que la cuestión debe resolverse por la Administración o en el orden contencioso-administrativo, por cuanto ha de determinarse el tipo impositivo correspondiente y con ello la procedencia o no de la repercusión por existir controversia sobre estos aspectos tributarios (SSTS de 27 de septiembre de 2000, 25 de abril de 2002, 26 de mayo de 1993 y 29 de junio de 2006). Esto no ocurre cuanto la existencia de la obligación tributaria constituye una cuestión que puede considerarse accesorio (v. gr., SSTS 10 de febrero de 1992, 5 de marzo de 2001, 25 de junio de 1992, 19 de diciembre de 2003, 15 de noviembre de 2005, 27 de octubre de 2005, 31 de

mayo de 2006, 12 de julio de 2006, 29 de septiembre de 2006 y 6 de marzo de 2007). En idéntico sentido se ha pronunciado el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (sentencias de 7 de julio de 1989 y 17 de noviembre de 1989).

Plazo para el ejercicio del derecho de repercusión del IVA pactado por particulares.—En relación con la caducidad es preciso señalar que, esta circunstancia, como cualesquier otra que, desde la perspectiva de la normativa tributaria, pudiera permitir a la sociedad demandada eludir el pago del impuesto, debió ser convenientemente esgrimida por ésta a su debido tiempo y en vía económico-administrativa. Así, el artículo 117 del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo —en redacción vigente a fecha de los hechos, la cual estuvo en vigor hasta su derogación por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa—, aprueba el Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas y regula el procedimiento especial que rige para la oposición a los actos de repercusión tributaria o al reembolso de tributos satisfechos por sustitutos del contribuyente. En su párrafo tercero fija un plazo de 15 días a contar, en el caso más favorable, desde que exista constancia de que lo conozca el obligado tributario, lo que se produjo, en todo caso, a partir del momento en que reconoce haber recibido la factura adjuntada al requerimiento de 10 de diciembre de 2001. Al no hacerlo, no puede ahora pretender suplir en este orden tal omisión, pues, como se ha dicho, la jurisdicción civil conoce tan solo de las controversias sobre el derecho de repercusión de impuestos cuando lo que se pretende es el cumplimiento de una obligación contractual no discutida, contractualmente asumida, y sin polémica en cuanto a su existencia y alcance tributario que justifique la intervención de la Administración tributaria, sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En suma, al no haberse cuestionado en tiempo y forma la procedencia o no de la repercusión desde la óptica tributaria, ha de entenderse que no existen a estas alturas razones que justifiquen la prejudicialidad administrativa, siendo la única norma que rige al respecto el pacto que en tal sentido suscribieron las partes, del que resulta la obligación de la demandada, que, por derivar de un contrato válido, es exigible civilmente, como también cabe amparar el derecho de los actores a recuperar lo pagado por cuenta de la obligada tributaria, a fin de evitar su enriquecimiento injustificado, con aplicación en ambos casos del plazo de prescripción general de quince años, previsto en el 1964 CC para las acciones personales no sujetas a otro plazo (por todas, STS de 9 de febrero de 1998, RC n.º 217/1994). **(STS de 17 de noviembre de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los litigantes otorgaron escritura pública de «cesión de bienes a cambio de obra» en cuya virtud se pactaba la permuta de un solar por la obra nueva a construir. En una de las cláusulas del acuerdo se estipulaba que los gastos, arbitrios e impuestos —incluido el I. V. A.— devengados tanto por la cesión del solar como por la posterior adjudicación y entrega de la obra nueva serían abonados por las partes con arreglo a la ley. Los permutantes del suelo formularon demanda contra la sociedad adquirente solicitando su condena a satisfacer el I. V. A. devengado por la entrega del solar, que había sido previamente abonado por la actora. Su pretensión se fundamentaba en su derecho a repercutir el I. V. A. con

arreglo a lo pactado. La sociedad demandada formuló declinatoria de jurisdicción por razón de la materia tributaria implicada. El Juzgado, sin embargo, estimó la reclamación considerando básicamente que la atipicidad del contrato pactado postulaba su regulación por lo acordado entre las partes. La Audiencia confirmó la sentencia recurrida. La demandada y apelante interpone recurso de casación, declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

97. Principio de justicia rogada.—Carece de sentido invocar la vulneración del artículo 216 LEC sin precisar en qué consiste tal vulneración y, en definitiva, qué es lo resuelto por el juzgador apartándose de las pretensiones de las partes, de los hechos en que se basa, y de su prueba.

Requisito de exhaustividad de las sentencias.—Cuando el artículo 218.1 LEC impone que las sentencias decidan «*todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate*» no está exigiendo un pronunciamiento especial y detallado sobre cada una de las cuestiones de hecho suscitadas, que integran las alegaciones de las partes, sino que por el contrario impone un pronunciamiento sobre los temas que constituyen el objeto del proceso.

Requisito de congruencia de las sentencias.—Al acudir las sentencias de ambas instancias para resolver la cuestión litigiosa a fundamentos de hecho distintos de los que las partes expusieron en los escritos iniciales del proceso, vulneran lo dispuesto por el artículo 218.1, párr. 2.º, LEC. En consecuencia, procede la anulación de la sentencia recurrida y la devolución de los autos al tribunal *a quo* para que se dicte nueva sentencia ajustándose a las alegaciones de hecho efectuadas por las partes en momento procesal apto para ello (SSTS de 19 de febrero y 3 de noviembre de 2009, 4 y 5 de noviembre y 16 de diciembre de 2010). (STS de 10 de febrero de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La entidad actora demandó a cuatro personas físicas por accesión invertida al entender que éstos se habían extralimitado en la construcción que habían llevado a cabo en el terreno de su propiedad.

En ambas instancias se desestimó la demanda. El Tribunal Supremo anuló la resolución recurrida y ordenó la reposición de las actuaciones al momento en que se denegó por la audiencia la práctica de la prueba pericial judicial solicitada, ya que no obsta a su procedencia la aportación de dictamen con la demanda, si su necesidad deriva de las nuevas alegaciones efectuadas en la audiencia previa o de las contenidas en el escrito de contestación a la demanda. (I. D.-L.)

98. Consignación para recurrir en caso de condena solidaria de varios demandados.—Indica el Tribunal Supremo que la finalidad del artículo 449.3 LEC, dirigido a conseguir la agilización de los procesos sobre daños en el contexto de la circulación, evitando, en lo posible, la formulación de recursos infundados o meramente dilatorios que alarguen el abono de las cantidades reconocidas en sentencia y buscando la disminución de los efectos que ocasiona en el tiempo la tramitación de los recursos devolutivos (STC de 28 de mayo de 1992), no impide aplicar este precepto de forma ajustada a la naturaleza de la condena solidaria, de manera que, hecha la consignación

por uno de los condenados solidarios, benefice a todos ellos. Ha de tenerse en cuenta a este respecto la naturaleza de la condena solidaria, pues si la deuda es única y la sentencia puede ser ejecutada indistintamente contra cualquiera de los obligados solidarios, es lógico pensar que la finalidad perseguida a través de la consignación pueda quedar cumplida si consigna cualquiera de ellos. Ahora bien, ciertamente, la aplicación de esta doctrina en el marco del mencionado artículo 449.3 LEC puede dar lugar a situaciones en las que, tras haberse efectuado la consignación para recurrir por uno de los condenados solidarios –con el consiguiente beneficio para los demás–, se produzcan incidencias que afecten al recurso del recurrente que consignó (v. gr., no admisión, desistimiento) que le facultan para recuperar la consignación. En tales casos, para impedir que el artículo 449.3 LEC quede ineficaz, deberá habilitarse un trámite a fin de requerir a los demás recurrentes-condenados solidarios que inicialmente no consignaron, para que subsanen la falta sobrevenida de consignación, bajo el apercibimiento de decaimiento del recurso.

Obligación de consignar circunscrita a los procesos sobre reclamación de daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor.—Declara el Tribunal Supremo que la interpretación del artículo 449.3 LEC, en la medida en que establece una carga que condiciona el derecho de acceso a los recursos, ha de hacerse de forma restrictiva, de manera que no puede extenderse a supuestos distintos de los contemplados. Concretamente, no procede su aplicación a un proceso en que el condenado no conducía un vehículo a motor.

Criterio de la proporcionalidad para el examen del cumplimiento de los requisitos procesales.—Es doctrina reiterada del TEDH que el derecho de acceso a un tribunal no es absoluto, sino que puede estar sujeto a limitaciones implícitamente admitidas, particularmente, en cuanto a las condiciones de admisibilidad de un recurso (STEDH de 28 de mayo de 1985). Tales condiciones deben estar reglamentadas por el Estado, quien goza de un cierto margen de apreciación al respecto (STEDH de 19 de febrero de 1998). Ahora bien, estas limitaciones no deben restringir el acceso hasta el punto que perjudique la misma esencia del derecho; se exige, pues, que las limitaciones tiendan a un fin legítimo y exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios creados y el fin que se pretende alcanzar (SSTEDH de 21 de septiembre de 1994, 4 de diciembre de 1995, 16 de noviembre de 2006 y 13 de marzo de 2007). Por otra parte, también puede verse vulnerado el derecho de acceso a un tribunal cuando la interpretación de las formalidades para interponer un recurso por parte de los tribunales internos sea excesivamente rígida y formalista, llegando a impedir, de hecho, el examen a fondo del recurso. Sobre esta base, afirma el Tribunal Supremo que la finalidad perseguida por el requisito de la consignación recogido en el artículo 449.3 LEC es compatible con el espíritu del artículo 24 CE, siempre que su interpretación sea ponderada, atendiendo en cada caso a las circunstancias concurrentes, para evitar una mecánica aplicación del mismo que lo convierta en un obstáculo formalista y desproporcionado en sus consecuencias (SSTC de 25 de abril de 1994, 30 de junio de 1998 y 13 de diciembre de 1999). **(STS de 3 de febrero de 2011; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Las partes implicadas en un accidente de circulación entre una bicicleta y una motocicleta, y sus respectivas compañías aseguradoras, se reclamaron recíprocamente en juicio las indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos en el acciden-

te. En primera instancia quedó acreditado que el accidente era imputable únicamente a la ciclista, condenando a ésta y a su compañía aseguradora, solidariamente, al pago de una indemnización. Notificada la sentencia a las partes, la aseguradora condenada presentó justificante de ingreso, en la cuenta de depósitos y consignaciones judiciales, del pago de la cantidad fijada por la sentencia. Paralelamente, sin embargo, la ciclista condenada presentó escrito preparando el recurso de apelación, sin efectuar consignación del importe de la condena. El Juzgado de Primera Instancia tuvo por preparado el recurso y otorgó a la apelante el plazo para presentar el escrito de interposición del recurso de apelación. Un día después, el Juzgado dictó providencia acordando la devolución a la aseguradora condenada de la cantidad consignada, sobre el argumento de que no existía un trámite de ejecución voluntaria de sentencia y de que no corresponde al Juzgado actuar de mediador entre particulares; el importe fue devuelto a la aseguradora y ninguna de las partes efectuó manifestaciones al respecto.

Dado traslado a las partes del escrito de interposición del recurso de apelación presentado por la ciclista condenada, su aseguradora aprovechó el trámite para formular por su parte impugnación de la sentencia de primera instancia y manifestó su voluntad de volver a consignar el importe de la indemnización y de los intereses. La parte recurrida se opuso a los recursos de apelación, alegando que no debieron ser admitidos, por incumplimiento de lo previsto en el artículo 449.3 LEC, que, en los procesos sobre daños derivados de la circulación de vehículos de motor, obliga al condenado a acreditar, en la preparación del recurso, la consignación del importe de la condena más los intereses; no era suficiente, por tanto, con el ofrecimiento que realizó la aseguradora al formular su impugnación de la sentencia de primera instancia. Unos días después, el Juzgado requirió a la aseguradora condenada a que consignara el importe de la condena; ésta así lo hizo, siendo consentida esta providencia por las partes, aunque ya había vencido el plazo para preparar el recurso.

La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia, sin entrar a examinar el recurso de apelación ni la impugnación de la sentencia; declaró que no debió admitirse el recurso de apelación por falta de cumplimiento del requisito de la consignación. Contra esta sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la ciclista condenada, alegando que su compañía aseguradora había cumplido con el requisito de la consignación en plazo, debiéndose toda la confusión a las sucesivas decisiones del Juzgado de Primera Instancia. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, sobre la idea de que las actuaciones posteriores a la sentencia de primera instancia fueron irregulares y dificultaron la coordinación de la protección de los intereses de los perjudicados con la protección del derecho de tutela efectiva a la recurrente. Ordena, por tanto, la reposición de las actuaciones al momento de dictarse la sentencia de apelación. (A. M. M.)

99. Vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión.—Mediante la redacción de un recurso de casación no se puede tergi-

versar la sentencia de apelación impugnada, apartándose completamente de los hechos que la sentencia impugnada declara probados y eludiendo la verdadera razón causal del fallo impugnado. Este tipo de defectos recibe el nombre de vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión. La falta de percepción sobre la existencia de este vicio en la fase de admisión del recurso de casación no impide la Tribunal Supremo poder valorarlo posteriormente, con ocasión de desestimar el recurso. **(STS de 10 de marzo de 2011;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El presente litigio se origina con la demanda presentada por la compañía mercantil Construcciones C contra la mercantil ADC solicitando que la cantidad correspondiente al precio convenido entre ambas para la enajenación de un solar quedó compensada con la cantidad que la demandada debía a la demandante con motivo de la realización de unas obras, quedando un saldo en favor de la actora, con cargo a la demandada por importe de X.

La demandada formuló reconvencción contra la demandante inicial y contra dos ingenieros y una sociedad anónima, pidiendo que se declare que los cuatro demandados reconconvencionales, por no haber cumplido sus obligaciones debidamente, son frente a ella responsables solidarios —o mancomunados, en la proporción que determine el juez según su cuota de responsabilidad— de los defectos y deficiencias de la obra. Asimismo, la demandante reconvenccional solicita que la demandante originaria sea condenada a pagar la cantidad resultante de aplicar la cláusula penal por retraso en la ejecución de las obras que se contenía en el contrato de ejecución de obra celebrado entre ambas.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, declarando la compensación de las cantidades y condenando a la demandada al pago de la cantidad expresada en la demanda. Asimismo, estima parcialmente la demanda reconvenccional, declarando que la responsabilidad mancomunada de los demandados reconconvencionales y condenando a éstos a abonar a la demandante reconvenccional la cantidad prevista en la demanda reconvenccional.

Tanto las partes demandantes como demandadas, en reconvencción o no, plantean sendos recursos de apelación, que son parcialmente estimados por la Audiencia Provincial, en el sentido de declarar la responsabilidad solidaria —y no mancomunada— de los demandados reconconvencionales.

Contra dicha sentencia la demandada originaria —posterior demandante reconvenccional— interpone recurso de casación. En este recurso, las únicas partes litigantes interesadas son las demandante y demandada originarias, y no así el resto de sujetos que actuaron en las instancias previas. Éste es desestimado por el Tribunal Supremo, por considerar que dicho recurso se aparta completamente de los hechos que la sentencia impugnada declara probados. La sentencia de apelación no considera probado el retraso en la finalización de las obras y, en cambio, sí declara probado que una vez finalizadas éstas la hoy recurrente debía una cantidad distinta a la que afirma en el recurso. Por tanto, El TS confirma la sentencia de la Audiencia Provincial. (*G.M.A.*)