

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep M.^a BECH SERRAT, Margarita CASTILLA BAREA, M.^a Carmen CRESPO MORA, M.^a Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María LUBOMIRA KUBICA, Andrea MACÍA MORILLO, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, 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 Procesal*.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Principio que prohíbe ir contra los propios actos. Debe tratarse de actos válidos y eficaces en Derecho.—Las sentencias que se citan en el motivo son las de 4 de marzo y 30 de septiembre de 1992, y 30 de septiembre de 1996. Las tres tienen que ver con la doctrina consolidada de esta Sala sobre los actos propios en el sentido de que si bien es cierto que prohíbe ir a su autor contra actos que definan claramente su posición o situación jurídica, o tiendan a crear, modificar o extinguir algún derecho, también lo es que tiene como presupuesto que sean válidos y eficaces en Derecho por lo que no procede su alegación cuando están viciados por error, ya que aquel conocimiento viciado, es notoriamente incompatible con la exigida «intención manifiesta» (además, SSTs de 18 de octubre de 1982; 24 de febrero de 1986; 17 de julio de 1995; 21 de abril y 19 de febrero de 2004), que es lo sucedido en este caso. En efecto, es el arrendador quien promueve la actualización de

la renta y la fijación del tiempo del contrato, y quien en fecha 26 de enero de 2001 pone en conocimiento del arrendatario que se va a proceder a ambas cosas, conforme a la DT 3.^a LAU de 1994. La actualización se hace en función de la actividad que se lleva a cabo en el local y de la cuota según las tarifas del IAE correspondientes al ejercicio de 1994. Datos que correspondía acreditar al arrendatario, según dispone el último párrafo del apartado 4.^o de la DT 3.^a citada («Incumbe al arrendatario la prueba de la cuota que corresponda a la actividad desarrollada en el local arrendado. En defecto de prueba, al arrendamiento tendrá la mínima de las duraciones previstas en el párrafo primero»). Este traslado de datos del arrendatario al arrendador supone la aceptación por éste de un recibo del IAE en el que figura una cuota mínima municipal que no era la que realmente correspondía al local, como se demostró con posterioridad, lo cual produjo un doble efecto: a) ampliar la duración del contrato a un periodo de veinte años mayor que el que realmente le correspondía en aplicación de la regla 2.^a del apartado 4 de la DT 3.^a de la LAU, al ser la cuota inferior a 85.000 pesetas, según las Tarifas del Impuesto sobre Actividades Económicas, y b) revisar la renta con arreglo a los porcentajes y plazos previstos en la regla 9.^a a) del apartado 11 de la DT 2.^a de la LAU, a la que se remite la regla 4.^a del apartado 6 de la DT 3.^a para los arrendamientos a los que corresponde un periodo de extinción de veinte años. La pasividad de la actora en el ejercicio de sus derechos o las dudas sobre cual debía ser la cuota de IAE, permitió un curso contractual distinto del que correspondía, mas ello en modo alguno constituye acto propio vinculante para la misma pues no se corresponde con la realidad debidamente constatada, distinta de la que fue aceptada, y sí un acto que obliga a adaptar el contrato a la situación que resulta de la norma de aplicación y que en el caso supone su extinción en la forma que dispuso la sentencia de la primera instancia, cuyas conclusiones se aceptan al asumir ésta Sala la instancia, casando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. (STS de 28 de septiembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El arrendador de un local de negocios puso en conocimiento del arrendatario en 2001 que se había procedido a la actualización de la renta del local conforme a la DT 3.^a de la LAU, con base en la copia del recibo del Impuesto del IAE correspondiente al año 1994 que recibió de la arrendataria, en el que figuraba como cuota mínima municipal la cantidad de 40.500 pesetas, expresando que el periodo de extinción del arrendamiento sería el de veinte años. La notificación había incurrido en un error, pues la verdadera cuota era de 400.500 pesetas, por lo que correspondía un periodo de extinción de cinco años. Instado por el arrendador en 2002 un procedimiento de desahucio, el arrendatario se defendió alegando que el arrendador le había concedido un plazo de extinción de veinte años y que no podía ir contra sus propios actos. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el demandado y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación al estimar que el arrendador demandante no estaba vinculado por sus propios actos, ya que había incurrido en un vicio de error al formular su comunicación (L. F. R. S.)

2. Prescripción de la acción de responsabilidad de administradores de sociedad anónima.—Tanto en el caso de las acciones a que se refieren los artículos 133 a 135 LSA cuanto los supuestos de la responsabilidad de los artículos 262.5 en relación con el 260.1 LSA, según ha establecido, ya con claridad y de modo consolidado, la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 26 de octubre de 2007, que recoge otras anteriores, como las de 26 de mayo de 2004, 22 de marzo, 13 y 22 de diciembre de 2005, 2 de febrero, 6 y 9 de marzo, 23 y 26 de junio, 9 y 27 de octubre y 28 de noviembre de 2006, 13 de febrero, 8 y 14 de marzo de 2007, 5 de marzo de 2009, etc.) esta responsabilidad nace desde que, producido el conocimiento de la situación de insolvencia o de la concurrencia de alguna de las causas de disolución a que se refieren los apartados 3.º, 4.º, 5.º o 7.º del artículo 2601.1 LSA, han transcurrido los plazos que señalan los artículos 262.2, 262.4 y 262.5 LSA sin que se haya verificado la promoción de la Junta, de la disolución judicial o del concurso (según el texto actualmente en vigor) en los términos que allí se señalan, y prescribe a los cuatro años del cese, por cualquier causa, como Administradores, como dispone el artículo 949 CCO, computándose desde la inscripción de su cese en el Registro Mercantil (SSTS 13 de abril de 2000, 2 de abril de 2002, 26 de mayo de 2006, etc.), doctrina que ha de entenderse (SSTS de 26 de mayo y 26 de junio de 2006, 5 de marzo de 2009, etc.) en el sentido de que la imposibilidad de oponer a terceros de buena fe el cese de los Administradores por falta de inscripción en el registro Mercantil no exime de la concurrencia de los demás presupuestos exigidos por la jurisprudencia para la existencia de dicha responsabilidad.

Enriquecimiento injusto.—Solo cabe acudir a la doctrina del enriquecimiento injusto como remedio residual, subsidiario, en defecto de acciones específicas, como factor de corrección de una atribución patrimonial carente de justificación en base a una relación jurídica preestablecida, ya sea una causa contractual o una situación jurídica que autorice al beneficiario a recibir la atribución (SSTS de 29 de abril de 1998, 19 de febrero de 1999, 6 de junio de 2002, 28 de febrero de 2003, 6 de octubre de 2005, 3 de enero, 24 de abril y 19 de mayo de 2006, 22 de febrero y 4 de junio de 2007, entre otras). Es claro que en el caso se dan la situación jurídica que ampara la atribución y la norma que la justifica. Sin perjuicio de señalar que en el Derecho español no existe una *condictio sine causa generalis* y que el «enriquecimiento sin causa» no permite una revisión del resultado, más o menos provechoso para una de las partes, de los negocios llevados a cabo en relación con otras por razón de que hayan generado un incremento patrimonial que pueda entenderse desproporcionado con la contraprestación efectuada por la otra parte.

Ejercicio abusivo del derecho.—Ejercicio del derecho a la recuperación de las cantidades entregadas por razón del contrato mediante el cual se pretendía la adquisición de un inmueble que no llegó a producirse, deducida la cantidad que fue el importe del precio de remate de la finca hipotecada que se adjudicó, en términos razonables, constituye una actuación dentro de los límites del derecho de la parte actora (SSTS de 3 de noviembre de 1990, 30 de mayo de 1998, 18 de junio de 2000, 28 de mayo y 2 de julio de 2002, 28 de enero de 2005, etc.). **(STS de 12 de junio de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penades.]

HECHOS.—La demanda se basa en el incumplimiento del contrato suscrito entre doña Elena (parte actora) y D., así como en el

posterior incumplimiento de la obligación de finalizar la construcción y entregar a la demandante en el plazo pactado un apartamento con plaza de garaje. La pretensión básica se dirige a que se declare resuelto el contrato de compraventa, condenando a la entidad demandada y, con ella, solidariamente, a sus administradores y a otras sociedades del grupo, por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo, al pago de la cantidad demandada en concepto de devolución del precio pagado por la compra, más daños y perjuicios. Concluido el plazo de entrega del apartamento, doña Elena ejecutó la hipoteca que garantizaba el precio pagado por la compra. La finca le fue adjudicada, en tercera subasta por el precio de 40.000.000 de pesetas. Entiende la demandante que D. le sigue adeudando la cantidad de 75.633.200 pesetas, resto de la suma entregada para pago del precio del apartamento a D., deducidos los 40.000.000 de pesetas, importe del remate de la finca hipotecada, y es lo que reclama en el procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso interpuesto por la parte actora, condenado a D. y sus administradores sociales solidariamente a pagar la cantidad reclamada.

Interponen el recurso de casación dos de los administradores sociales, alegando infracción de la jurisprudencia sobre el abuso de derecho, la equidad y el enriquecimiento injusto, así como de los artículos 1902 y 1968.2 CC en base del artículo 262.5 LSA. El recurso de casación fue interpuesto también por la demandante pretendiendo que la responsabilidad alcanzase también a los administradores que renunciaron el cargo después de fijarse el reconocimiento de la deuda en escritura pública. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a ninguno de los tres recursos. (*M. L. K.*)

3. Responsabilidad extracontractual: *dies a quo* para el cómputo de la prescripción.—[...] la prescripción es una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho y en el de seguridad jurídica, por lo que su aplicación por los tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva (SSTS de 23 de octubre de 2007 y 17 de julio de 2008, entre muchas otras). Por lo que se refiere al cómputo de la prescripción cuando se trata de responsabilidad extracontractual por lesiones sufridas por una persona, como se recoge en S de esta Sala de 14 de julio de 2008, que cita la de 3 de diciembre de 2007, «es reiterada la doctrina jurisprudencial que establece que no puede entenderse como fecha inicial del cómputo, “*dies a quo*”, la del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, es decir en el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados, pues hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas, ya que es en ese momento cuando el perjudicado tiene un conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad de los perjuicios. La doctrina relativa a que “en caso de reclamaciones por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir de la determinación del quebranto acaecido”, constituye una constante en las declaraciones de esta Sala, y se encuentra recogida en numerosas sentencias (SS de 3 de octubre de 2006, 20 de septiembre de 2006, 22 de julio de 2003, 13 de febrero de 2003, 22 de enero

de 2003 ó 13 de julio de 2003, que a su vez cita las de 22 de marzo de 1985, 21 de abril de 1986, 3 de abril y 4 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1992, 24 de junio de 1993 y 26 de mayo de 1994)». En el mismo sentido, la S de 3 de octubre de 2006, distingue entre el alta médica y la determinación de las secuelas invalidantes, con mención de numerosa jurisprudencia, concluyendo, «en los casos de lesiones corporales y daños consiguientes, que la determinación del evento indemnizable no se configura hasta que no se establezcan, con carácter definitivo, las secuelas causadas por el suceso lesivo, de manera que el “*dies a quo*” para el cómputo del plazo anual comienza a partir de la fecha en que se tiene constancia del alta médica definitiva o, en su caso, a partir del momento de fijación de la incapacidad o defectos permanentes originados por aquél». Igualmente, la S de 20 de septiembre de 2006 dice que ello se conoce como determinación invalidante de las secuelas y que esta determinación «sitúa el “*dies a quo*” no a partir de la fecha en que el perjudicado tiene constancia del alta médica definitiva sino del momento en que queda determinada la incapacidad o defectos permanentes originados cuando tras el alta médica se mantienen secuelas residuales que precisan un tratamiento posterior o, como sucede en el caso de autos, cuando se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador pues solo entonces se dispone de un dato –incapacidad –que afecta esencialmente a la determinación del daño padecido (SSTS de 22 de noviembre y 21 de diciembre de 1999; 22 de enero; 13 de febrero de 2003; 1 de febrero de 2006)». De modo específico, en la S de 1 de febrero de 2006 se dice que, tratándose de daños corporales, el plazo de prescripción no puede contarse desde la fecha de producción de la lesión, sino desde aquél en el que el perjudicado tuvo conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad del mismo, cuando se ha seguido expediente para dirimir, definitivamente, cuál ha sido la repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador, sólo entonces se dispone de un dato –incapacidad –que afecta esencialmente a la determinación del daño padecido.

En el caso de autos [...] el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconoció a Eliseo la prestación del Régimen General por incapacidad permanente total para la profesión habitual de conductor de camión derivada de accidente no laboral. Contra dicha resolución el actor presentó reclamación previa ante el INSS, que se desestimó, y presentada demanda ante la jurisdicción social, el Juzgado de lo Social dictó sentencia en la que, considerando acreditado que el trabajo del beneficiario consistió siempre desde su alta hasta su baja en el de palista de maquinaria pesada y por tanto también cuando ocurrió el accidente no laboral, declaró que la profesión habitual del actor para la que está afecto de incapacidad permanente total derivada de accidente no laboral es la de palista de maquinaria pesada y no la de conductor de camión. Esta resolución fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en sentencia desestimatoria del recurso de suplicación interpuesto por el INSS.

Por lo tanto, el exacto quebranto producido por las lesiones no quedó determinado hasta que en la Jurisdicción Social no se declaró cuál era la profesión habitual a la que afectaba la capacidad invalidante. Esta determinación puede tener consecuencias económicas, teniendo en cuenta la compatibilidad o incompatibilidad de las profesiones que después pueda ejercer el perjudicado y también la posibilidad de revisión de la calificación por agravación o mejoría, para lo cual tiene incidencia la profesión que se determine como

habitual. Ello justifica que el interesado impugnara ante la Jurisdicción Social la determinación de la profesión habitual que realizó el INSS. Y tan es así que, en el caso que nos ocupa, la profesión habitual del lesionado ha sido materia de debate durante el litigio, pues los demandados han dado gran importancia, en cuanto a la aplicación de los factores de corrección, a que la profesión habitual del lesionado fuese la de conductor de camión no la de palista de maquinaria pesada, pues sostenían que el lesionado conducía un camión, hasta el punto de aportar un informe de detectives, e incluso en el recurso de apelación la compañía aseguradora alegó que el actor continuaba realizando el mismo trabajo que llevaba a cabo antes del accidente, a fin de que no fuera aplicada cantidad alguna como factor de corrección por la incapacidad permanente. Tampoco se debe ignorar que la demanda se interpuso al poco tiempo de dictarse sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y que, previamente, el Sr. Eliseo solicitó el desglose de todos los documentos aportados y el testimonio íntegro del juicio de faltas, al objeto de, se cita literalmente, «poder proceder a su presentación en procedimiento ordinario» lo que constituye indicio de no haber procedido al abandono de sus derechos.

Así pues, se estima que el «*dies a quo*» en que ha de comenzar el cómputo de la prescripción es el 10 de junio de 2002, fecha en que se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, por ser aquella en que de modo exacto se determinó la entidad del quebranto producido por el lesionado, al identificar la profesión habitual sobre la que recaía y por lo tanto la acción no puede considerarse prescrita, al haberse presentado la demanda el 5 de septiembre de 2002.

Cálculo de los intereses moratorios del artículo 20 LCS.—El cálculo de los intereses del artículo 20.4 LCS ha de hacerse conforme al criterio jurisprudencial sentado por la Sentencia del Pleno de la Sala de 1 de marzo de 2007, aplicada reiteradamente en posteriores resoluciones de esta Sala —como en SS de 26 de noviembre de 2008 y 25 de febrero de 2009—, que estableció como doctrina jurisprudencial para el cálculo de los intereses de dicho precepto la siguiente: «durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar los ya devengados diariamente hasta ese momento». (STS de 20 de mayo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don Eliseo interpuso demanda contra don Justo y su compañía de seguros reclamando indemnización por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del atropello ocasionado por la motocicleta que el demandado conducía. El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente la reclamación y condenó a los demandados a que abonasen al actor determinada cantidad. Tanto la aseguradora como don Justo fueron condenados al pago de intereses sobre la cantidad anterior. Interpusieron recurso de apelación el actor y la aseguradora. La Audiencia estimó el de la compañía —rechazando, como consecuencia, la demanda en todos sus extremos— y desestimó el de don Eliseo. Acudió este último al Tribunal Supremo que declaró haber lugar al recurso de casación

apoyado en la infracción de los preceptos del Código civil relativos a la prescripción. Asumida la instancia, el Tribunal Supremo rectifica el criterio de la Audiencia Provincial en cuanto al procedimiento seguido para fijar los intereses debidos por la aseguradora. (R. G. S.)

4. No interrumpe el plazo de prescripción de la acción la interposición de demanda que adolece de defectos no subsanados desistiéndose a continuación de la prosecución de la *litis* ni la solicitud de justicia gratuita.—La interrupción de la prescripción produce el efecto de que el derecho no se extinga y comience de nuevo a contar el plazo establecido por la ley durante el que puede interponerse una reclamación. El Código civil permite esta interrupción en el artículo 1973 por medio de tres vías: a) la interposición de una reclamación judicial; b) la reclamación extrajudicial, y c) «cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor». Como afirma la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 11 de febrero de 1966 y 11 de marzo de 2004), la reclamación es un acto de naturaleza conservativa que tiene como finalidad la defensa del propio derecho.

Nos encontramos en este supuesto ante la necesidad de interpretar la primera de las causas de interrupción permitidas en el artículo 1973 CC, es decir, el ejercicio de la acción ante los tribunales, en un caso en que se presentó la demanda, pero al adolecer ésta de unos defectos que produjeron el requerimiento judicial para su subsanación, fue retirada por la demandante, volviendo a presentarse un mes después, y transcurrido ya el año previsto para la prescripción en el artículo 1968.2.º CC, acabado el proceso penal seguido por el accidente que produjo el fallecimiento del marido de la actora.

La doctrina ha estado dividida desde la publicación del Código civil acerca del efecto interruptivo de una demanda que después se retira. La tesis de la negación del efecto interruptivo fue la tradicional porque se consideraba que abandonar el pleito o dejarlo caducar podía significar dos cosas: o que se reconocía que no se tenía derecho o que se había producido una negligencia en la reclamación. La doctrina más moderna considera, sin embargo, que se ha producido la interrupción, al haberse ya ejercitado la acción.

Esta Sala ha venido manteniendo una tesis mixta entre las dos descritas, de acuerdo con la cual, si la demanda había sido ya comunicada a la parte demandada, de modo que ésta conociera la reclamación, se había producido el efecto interruptivo porque como afirma la S de 12 noviembre de 2007, con cita de sentencias anteriores, «[...] para que opere la interrupción de la prescripción es preciso que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, lo que implica que no basta que la exteriorización de esa voluntad conservativa del derecho por parte de su titular se efectuó por un medio eficaz [...], sino que además deben darse otros dos requisitos», que según la citada sentencia van a ser que en el acto de exteriorización se identifique claramente el derecho que se pretende conservar y la persona frente a la que se pretende hacerlo valer y, además, «que dicha voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor, ya que es doctrina reiterada que la eficacia del acto interruptivo exige “no sólo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización” STS de 13 de octubre de 1994)». Asimismo, la S de 12 de diciembre de 1995 consideró prescrita una acción

por haberse producido un desistimiento de la demanda, «por irregularidades en el poder del procurador que la representaba», irregularidades «que pudieron ser perfectamente subsanadas dentro de aquel proceso y al no serlo se realizó un desistimiento, sin necesidad legal alguna». Así en este caso, ni tan solo se llegó a conocimiento de los demandados el hecho de la interposición de la demanda.

Además no puede aceptarse que, como regla, la petición de abogado y procurador de oficio en virtud de lo dispuesto en la Ley 1/1996 produzca la interrupción de la prescripción, porque el párrafo primero del artículo 16 de dicha ley establece que «la solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita no suspenderá el curso del proceso». Es cierto que dicho artículo incluye algunas excepciones cuando el transcurso del procedimiento para pedir la justicia gratuita pudiera provocar la preclusión de un trámite (párrafo 2) o la indefensión de las partes, en cuyo caso el juez, de oficio o a instancia de parte, puede acordar la suspensión. Otra excepción tiene lugar cuando se produzca la petición durante el proceso, en que la acción queda interrumpida cuando «[...] no sea posible nombrar al solicitante abogado y, de ser preceptivo, procurador del turno de oficio que ejerciten la acción en nombre del solicitante». Ninguno de estos supuestos se ha producido en el litigio, por lo que también por estas razones debe rechazarse el recurso. (**STS de 30 de septiembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El 7 de marzo de 1991 falleció en accidente de trabajo don Luciano. Su viuda, doña M., a los efectos de reclamar la correspondiente indemnización por responsabilidad civil, inició diligencias previas, que se sobreseyeron por auto de 28 de enero de 1998 produciéndose el archivo definitivo el 26 de octubre de 1998.

El 25 de mayo de 1999 fue concedido a doña M. el beneficio de justicia gratuita y presentó demanda de reclamación de daños y perjuicios contra la empresa en la que trabajó su marido y otros responsables. Antes de la admisión de la demanda la actora fue requerida para que subsanase determinados defectos. Pero, en fecha 16 de junio de 1999, la demandante envió escrito al Juzgado por el que desistía de la prosecución del pleito solicitando su archivo. El 24 de noviembre de 1999, la demanda se presentó de nuevo. Los demandados alegaron la excepción de prescripción que fue acogida por el Juzgado desestimándose, como consecuencia, la reclamación. La sentencia de instancia fue confirmada por la Audiencia Provincial. Interpuso doña M. recurso de casación declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (*R. G. S.*)

DERECHO DE LA PERSONA

5. Vulneración del derecho al honor de una persona jurídica.—Ha de señalarse, en primer lugar, en cuanto a la posibilidad de vulneración del derecho al honor de una persona jurídica, que la misma es afirmada por la jurisprudencia de esta Sala. Así, como se exponía en S de 9 de octubre

de 1997, el honor, fama o prestigio de una persona jurídica es indudable e indiscutible; no se puede ofender a una persona física ni tampoco a una jurídica; una persona jurídica que es atacada en su buena fama, su prestigio o su honor, tiene indudablemente acción para su protección, sea persona jurídica de tipo personalista (*universitas personarum*), sea de tipo patrimonialista (*universitas bonorum*). A su vez, la S 139/1995, de 26 de septiembre, del Tribunal Constitucional contiene una doctrina que puede resumirse de la siguiente manera: ninguna norma constitucional ni de rango legal impide que las personas jurídicas puedan ser sujetos de derechos fundamentales; la Constitución contiene un reconocimiento de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones; aunque el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, el derecho a su propia estimación no es patrimonio exclusivo de las mismas: el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas; la persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena. Siguiendo esta doctrina, la S de esta Sala de 14 de marzo de 1996 dice: «la persona física y, por extensión constitucional, la persona jurídica son merecedores de esa tutela» (se refiere al honor), y la de 20 de marzo de 1997 dice: «en lo que respecta a la cuestión de si las personas jurídicas pueden ser protegidas a través del ejercicio del derecho al honor, superando el brocardo que especifica que “las personas jurídicas tienen prestigio pero no honor”. Efectivamente, aunque en la Constitución española no se contiene pronunciamiento alguno acerca de la titularidad del derecho al honor en relación a las personas jurídicas, a diferencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 que proclama que los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas. Sin embargo, a partir de la doctrina sentada a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 1995, se puede afirmar que de la propia sistemática constitucional el significado del derecho ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas». En consecuencia, esta Sala ha proclamado que la persona jurídica tiene derecho al honor, protegido constitucionalmente por el artículo 18.1 CE, regulado por la Ley 1/1982, de 5 de mayo, y tiene legitimación activa en el proceso ejercitado para su defensa. En la S de 4 de diciembre de 2008 se recuerda la doctrina expuesta.

Periodismo de investigación, información veraz, reportaje neutral.—[...] no cabe por tanto apreciar que se haya transmitido a la opinión pública información veraz, no estando exento el periodismo de investigación de observar este requisito en la información que transmite, veracidad que respecto de la que la STC 72/2002, de 8 de abril, establece que no debe confundirse con una exigencia de la realidad incontrovertible de los hechos, sino que en rigor únicamente hace referencia a una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo. Tampoco cabe entender de aplicación la doctrina del reportaje neutral, conforme al cual la reproducción fiel o exacta de lo dicho por otro no constituye difamación, poniéndolo en relación con la veracidad de los actos grabados, pues, tal como se recoge en la S del Pleno de esta Sala de 16 de enero de 2009, con cita de las SS 6/1996, de 16 de enero y 17/2004, de 18 de octubre, cuando, como acontece con el llamado periodismo de investigación, es el propio medio el que ha provocado la noticia, el referido concepto no resulta aplicable.

Variación de las formas de lesión del derecho al honor.—[...] la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor no puede excluirse porque no se viertan expresiones u opiniones vejatorias o injuriosas, pues puede realizarse de otros modos, como demuestra la propia redacción del artículo 7.7 de la LO 1/1982, al repudiar intromisión ilegítima la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. En el presente supuesto, no cabe duda de que la imputación de numerosas irregularidades, hasta el punto de estarse en una situación insostenible, desmerece profundamente la reputación de la entidad demandante. (**STS de 7 de julio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La entidad Centro geriátrico L. L., S. L y doña E. presentaron demanda de protección civil de los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen contra una cadena de televisión y la empresa que la respaldaba por haber emitido un reportaje relativo a las residencias de la tercera edad en el que se expusieron irregularidades de tres residencias, una de ellas la demandante. Los reporteros, que ocultaron su identidad como tales, habían utilizado cámaras ocultas. Se solicitaba al órgano judicial declarase que con la emisión del reportaje se había lesionado el prestigio profesional de las actrices y el derecho a la propia imagen de doña E. El Juzgado de Primera Instancia, que rechazó la vulneración del derecho al honor y a la propia imagen de doña E., consideró que el reportaje había supuesto una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la residencia geriátrica demandante y condenó a las demandadas a indemnizar al centro. El recurso de apelación de éstas fue desestimado. Idéntica suerte corrió el recurso de casación. (*R. G. S.*)

6. Derecho al honor de las personas jurídicas.—Según la jurisprudencia constitucional, el reconocimiento de derechos fundamentales de titularidad de las personas jurídicas necesita ser delimitado y concretado a la vista de cada derecho fundamental en atención a los fines de la persona jurídica, a la naturaleza del derecho considerado y a su ejercicio por aquélla (SSTC 223/1992 y 76/1995). Aunque el honor es un valor que debe referirse a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste no es patrimonio exclusivo de las mismas (STC 214/1991). A través de los fines de la persona jurídica-privada puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad en el sentido de protegerla para el desarrollo de sus fines y proteger las condiciones de ejercicio de la misma. La persona jurídica puede ver así lesionado su derecho mediante la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la infame o la haga desmerecer en la consideración ajena. En este caso, la persona jurídica afectada, aunque se trata de una entidad mercantil no viene obligada a probar la existencia del daño patrimonial en sus intereses, sino que basta constatar que existe una intromisión en el honor o prestigio profesional de la entidad y que ésta no sea legítima (STC 139/1995). En el caso examinado, esta Sala considera que no puede aceptarse que la emisión televisiva que estamos considerando suponga una vulnera-

ción del derecho al honor de la empresa por las razones que se expresan a continuación. Se trataba de una serie de ficción (la serie *Periodistas*), por lo que la libertad de creación de los autores protegida por la Constitución Española debe ser ponderada en contraposición con el derecho al honor de la empresa. En el caso examinado debe darse prevalencia al primero de los expresados derechos. En efecto: (a) El derecho al honor de la empresa aparece afectado con escasa intensidad, (i) en términos generales, porque el derecho al honor de las personas jurídicas no se presenta con la misma intensidad que el de las personas físicas sino que los derechos fundamentales de las personas jurídicas deben considerarse en relación con sus fines y con su ámbito de actuación y, particularmente, el derecho al honor debe entenderse en relación con la protección para el ejercicio de sus fines y las condiciones de ejercicio de su identidad aspectos que se proyectan sobre un ámbito externo y funcional. [...]; (ii) en términos específicos, por la falta de identificación concreta de la empresa mediante el logotipo y el número de identificación del autobús y por la falta de demostración de que la emisión televisiva tenga una repercusión relevante en el ámbito de protección del ejercicio de las funciones de la empresa, más allá de una consideración abstracta de su prestigio, para lo que no basta que los trabajadores hayan podido sentirse afectados. (b) A su vez, el derecho a la libertad de creación artística protegido por la Constitución, en el caso de considerarse ilícita la emisión que consideramos, resultaría afectado con una intensidad muy superior, por cuanto el hecho de desempeñar la empresa demandante mediante concesión administrativa los transportes municipales en la ciudad de M. impide prácticamente escenificar con un mínimo realismo cualquier incidente dramático en que intervenga un autobús en M. o que afecte a los transportes que se realizan en la capital evitando en los espectadores conocedores de esta ciudad la evocación de la EMT. Las reglas de la ponderación conducen, en consecuencia, a atribuir prevalencia en el caso examinado al derecho de libre creación y a la consecuencia de que no se ha producido una vulneración del derecho al honor de la parte actora.

Derecho a la propia imagen de las personas jurídicas.—No puede aceptarse que mediante esta emisión se haya vulnerado el derecho a la imagen de la empresa actora [...]. En efecto, (a) el derecho fundamental a la propia imagen es el derecho de la persona a difundir su propia imagen y a impedir esa difusión por parte de terceros. Se trata, en consecuencia, de un derecho ligado al ámbito de intimidad de la persona. El Tribunal Constitucional considera que tiene como contenido «el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o se difundan sin su consentimiento» (STC 72/2007, de 16 de abril). De esto se sigue que, por su propia naturaleza, el derecho a la propia imagen sólo tiene sentido en relación con la persona física. Los signos asociados a la imagen de las personas jurídicas, como parte de su activo cultural, están protegidos mediante la regulación de la propiedad intelectual e industrial, cuya vulneración no comporta por sí misma la infracción de un derecho fundamental. (b) No puede hablarse de utilización comercial o publicitaria de una imagen para referirse a la obtención de los beneficios ordinarios procedentes de la difusión de obras de creación, si no se demuestra que éstos resultan incrementados de manera relevante por el empleo indebido de la expresada imagen. (STS de 21 de mayo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Dos productoras televisivas habían localizado un autobús, previamente dado de baja para desguace por la Empresa Municipal de Transportes, del que se habían servido en dos conocidas series de televisión. La empresa interpuso demanda contra las productoras por intromisión ilegítima en su propia imagen dada la utilización del vehículo en, a juicio de la demandante, descrédito de la entidad. El Juzgado desestimó la demanda al considerar que el derecho a la propia imagen no jugaba respecto de las personas jurídicas y que la utilización del autobús no había supuesto menoscabo alguno en la reputación de la empresa. La Audiencia, discrepando en todos sus extremos de la resolución de instancia, la revocó y accedió a la indemnización de UNA peseta solicitada por la actora. Hubo lugar a los recursos de casación que interpusieron las productoras. (R. G. S.)

7. Alcance del derecho a la propia imagen.—El Tribunal Constitucional (entre otras, en SSTC 231/1988, 99/1994, 117/1994, 81/2001, 139/2001, 156/2001, 83/2002, 14/2003) caracteriza el derecho a la propia imagen como un «derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública». De esto se sigue que no se halla en cuestión el derecho a la propia imagen cuando no se ha producido información gráfica alguna sobre los rasgos físicos de una persona.

Relevancia pública e interés general, a efectos informativos, de la política urbanística.—Las partes reconocen que la información objeto de controversia tiene relevancia pública e interés general y no cabe duda acerca de ello, en grado muy singular, puesto que afecta a una cuestión de gran relevancia política, social y económica, como es el respeto por los partidos políticos y empresarios promotores a las reglas de planeamiento, a la adecuación de la política urbanística al bien común y a los principios de buen gobierno (entre ellos especialmente el de transparencia) en relación con los beneficios económicos obtenidos mediante la construcción. Desde este punto de vista, por consiguiente, el peso de la libertad de información frente al derecho al honor es en el caso examinado de una importancia muy elevada. (STS de 30 de junio de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En un periódico nacional apareció una noticia en cuyo sobretítulo se decía que un constructor había pretendido pagar a los concejales de cierto partido político para que no se opusieran a una recalificación de terrenos. Asimismo se afirmaba —ya en el texto de la noticia— que el constructor había pagado a un matón para que agrediese a la abogada del partido ante la imposibilidad de llegar a un arreglo amistoso con la dirección de la formación política (que se había negado a retirar el recurso presentado por la letrada ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma). El constructor ejerció una acción de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen contra la editora del periódico, su director y el periodista responsable de la información. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y

condenó a los demandados, como autores de la violación del derecho al honor y a la propia imagen, a indemnizar al actor. La Audiencia confirmó la sentencia. La empresa y el director del periódico interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Se desestimó el primero pero el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación lo que implicó la estimación del recurso de apelación de los recurrentes en casación y la consiguiente revocación de la sentencia de primera instancia con desestimación de la demanda. (R. G. S.)

8. Publicación incontestada de imágenes de personas de notoriedad pública. Interés informativo.—La respuesta casacional pasa por dejar sentados, como hechos indiscutidos la profesión de notoriedad o proyección pública de la demandante, reconocida modelo fotográfica y de pasarela después de haber sido Miss España en 1995, el carácter de lugar abierto al público y normalmente concurrido de la playa ibicenca en la que estaba la demandante cuando se tomaron las fotografías, su falta de consentimiento para la captación y publicación de las mismas y la habitualidad con que la demandante disfruta de la playa en «top less» o sin la pieza superior del bikini.

A partir de estos hechos, lo que el recurso somete a la consideración de la Sala se reduce prácticamente a si la excepción contemplada en el artículo 8. 2.a) Ley Orgánica 1/1982 impone, además del carácter público de la persona y del lugar, otro requisito implícito constituido por el interés informativo de las imágenes, requisito entendido por la parte recurrente como inherente a los otros dos y por la sentencia recurrida como interés general propio de los medios informativos.

Para decidir al respecto habrá de reseñarse la jurisprudencia de esta Sala más recientemente aplicable al caso, esto es, la representada por sentencias que versan sobre la publicación incontestada de imágenes de personas de notoriedad pública que disfrutan de la playa o la piscina desnudas o sin la parte superior del bikini y son fotografiadas en actitudes no reveladoras de momentos íntimos de su vida privada ni dañosas para su reputación y buen nombre; esto es, imágenes que únicamente pueden afectar al derecho fundamental a la propia imagen y no, además, a los derechos, también fundamentales, al honor, a la intimidad personal y familiar, ya que el ordenamiento jurídico español, a diferencia de los de otros Estados de nuestro entorno y del artículo 8 del Convenio de Roma, configura esos tres derechos fundamentales como independientes o autónomos, según señaló la S de esta Sala de 22 de febrero de 2006, con la consecuencia de que si la publicación de la imagen de una persona afecta a su derecho a la propia imagen pero también a su derecho al honor o a su derecho a la intimidad, el desvalor de la conducta enjuiciada aumentará a medida que vulnere más de uno de estos derechos (STC 14/2003).

Esta jurisprudencia más específica se recopila en la reciente S de esta Sala de 18 de noviembre de 2008 mediante una expresa referencia a las de 29 de marzo de 1988, 1 de julio de 2004, 7 de abril de 2004, 28 de mayo de 2002, 12 de julio de 2004, 6 de mayo de 2002 y 18 de mayo de 2007 y a los casos sobre los que versaba cada una, desprendiéndose de su examen conjunto que la intromisión será ilegítima si la persona ha sido fotografiada en un lugar no público o, también, en un lugar público pero recóndito, apartado, buscado por la persona afectada precisamente para preservar la intimidad o determi-

nados aspectos de su imagen. Otras dos sentencias posteriores no desmienten este dato de la ilicitud de la intromisión. Así la de 24 de noviembre de 2008 [...] y la de 28 de noviembre de 2008 [...].

[...] Pues bien, de proyectar lo antedicho sobre los dos motivos examinados resulta que procede su estimación por haber infringido la sentencia recurrida el artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982 en relación con sus artículos 8.2 a) y 2.1 y con el artículo 20.1.d) CE: de un lado, al no admitir más interés informativo que el general y no reconocer, por tanto la existencia de un interés propio de los medios perteneciente al género frívolo, de entretenimiento o espectáculo, plenamente admitido por los usos sociales, para el que pueda ser noticia el físico de una reconocida modelo que, además, fue Miss España; y de otro, porque si ciertamente está admitido por los usos sociales disfrutar de la playa sin la pieza superior del biquini, la consecuencia lógica no puede ser que sea ilícita la imagen de quien así es fotografiada sin su consentimiento y no lo sea si viste de otro modo en la playa o es fotografiada en ropa de calle. En definitiva, y como también se declaró en la referida sentencia, la licitud o ilicitud de las imágenes de una persona de notoriedad o proyección pública en una playa pública normalmente concurrida no puede depender de que tenga puesta o no la pieza superior del biquini, pues si así fuera se estaría reconociendo implícitamente que prescindir de dicha pieza no está admitido por los usos sociales.

Por todo ello, y dado que la realidad demuestra que raramente se interponen demandas por imágenes inconsistentes en los medios frívolos o de entretenimiento si la persona famosa afectada viste ropa de calle o de fiesta o si disfruta de la playa en traje de baño o biquini, habrá de concluirse que el personaje público que en lugar público se expone a la mirada ajena asume que su imagen pueda ser captada y difundida sin su consentimiento aunque no le satisfaga el resultado y siempre que tenga interés según el género socialmente admitido al que pertenezca el medio.

Esta conclusión no desconoce la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su S de 24 de junio de 2004 (caso von Hannover contra Alemania), porque en el caso aquí enjuiciado no se ha dado el elemento de acoso permanente por los periodistas gráficos que en aquel otro determinó la protección efectiva de la vida privada de la demandante por no serle exigible un «aislamiento espacial» para poder disfrutar de su privacidad, versando además el enjuiciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre imágenes de índole muy diversa entre las que se encontraban algunas de la demandante tropezando cuando estaba entrando en un club privado, al que el acceso de periodistas y fotógrafos se encontraba «estrictamente reglamentado». (**STS de 12 de junio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Una conocida modelo, famosa también por haber sido «Miss España», demanda a una revista y a la empresa editorial por haber publicado sin su consentimiento fotografías que la mostraban en la playa desprovista de la parte superior del biquini. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la reclamación y condenó a la editora a la entrega de los negativos, a publicar el fallo en la revista y a indemnizar a la demandante en determinada cantidad. Apelada la resolución por ambas partes, la Audiencia desestimó el recurso de la demandante y estimo en parte el de la empresa editorial para rebajar la indemnización a la mitad. La

demandada interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo, sobre la base de los razonamientos que se recogen en la reseña, declara haber lugar. (R. G. S.)

9. Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de los menores.—El artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que establece la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, reconoce que «no se apreciará existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso». En su artículo siguiente, se regula cómo ha de prestarse el consentimiento por los menores. Sin embargo, estos artículos han sido desarrollados y ampliados en cuanto a su contenido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que en lo que aquí concierne regula en su artículo 4.3 la definición de intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen del menor definiéndola como «cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales».

El recurrente está partiendo de una equivocada interpretación de la normativa legal, pues no se trata de que el derecho a la información del artículo 20 CE exija, previamente a su ejercicio, el consentimiento de las personas a las que afecte la información, sino que, en el análisis de los derechos fundamentales que pueden entrar en conflicto (información *versus* honor, intimidad o imagen), en el caso de que la información transmitida se califique como atentatoria a uno de estos derechos, el único supuesto en el que esta infracción estaría exenta de ilicitud sería cuando constara que ha habido consentimiento por la persona afectada para la difusión de la información transmitida.

Pero si esto es así con carácter general, sin embargo, no puede extenderse al ámbito de los menores, puesto que la Ley de Protección Jurídica del Menor establece en su artículo 4.3 que existe, en su caso, aun constatando el consentimiento del menor o de sus representantes legales, normativa cuya finalidad última es proteger el interés superior del menor de aquellos ataques contrarios a los intereses de éstos.

Por tanto, en el caso enjuiciado, la prevalencia del artículo 18 CE se da, no tanto por falta de consentimiento, sino porque se ha considerado que al existir en las noticias datos que, de forma directa o indirecta, permitían la identificación de los menores, relacionándolas como sujetos pasivos de delitos graves, este hecho constituye de por sí una intromisión ilegítima.

Límites de la libertad de información en razón de la prevalencia del interés del menor.—En relación con la cuestión jurídica planteada, es decir, si los datos proporcionados que suponían una identificación de las menores están amparados por el derecho a la libertad de información o, por el contrario, pueden considerarse un ataque al derecho fundamental del artículo 18 CE, esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre otros recursos de casación en relación con las noticias relativas al mismo suceso a que se refiere la información que es objeto de este procedimiento [...] resaltando el superior interés del menor como valor a primar en el conflicto existente entre los derechos fundamentales en juego. [...] Como ya se dijo en estos recursos, la Constitución en su artículo 18 reconoce con carácter general el derecho al

honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y en el artículo 20.1.d) el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, especificando que esta libertad encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título y «especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». En consonancia con lo anterior, la especial protección que debe darse a datos relativos a menores ha tenido su acogida normativa en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

En la interpretación de estos derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que para que el derecho a la intimidad pueda oponerse legítimamente como un límite al derecho a la libertad de recibir o transmitir información es preciso que las noticias difundidas carezcan de interés público o que, aun siendo de interés público, carezcan de veracidad, ya que en una sociedad democrática que proclama como uno de los principios que inspiran su convivencia el respeto a la dignidad de la persona, no debe tolerarse la divulgación de hechos que pertenecen a la intimidad de ciudadanos particulares ni tampoco se debe tolerar que las noticias que se difundan sean inveraces, no en el sentido de que las mismas coincidan exactamente con las acontecidas, sino en el sentido de que se haya desplegado por quien las publica la diligencia necesaria para cerciorarse de que lo que se divulga no es un simple rumor [...].

Sin embargo, en los supuestos en los que están implicados menores de edad, la doctrina constitucional ha otorgado un ámbito de superprotección que obliga a ser sumamente cautelosos en cuanto a la información que de los mismos se suministra, aunque ésta tenga interés público. Y, así, el Tribunal Constitucional ha señalado que el legítimo interés de un menor de que no se divulguen datos relativos a su vida familiar o personal «parece imponer un límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz, sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonere al medio de comunicación de responsabilidad por la intromisión en la vida privada de ambos menores», incluso aunque la noticia merezca el calificativo de información neutral [...].

En línea con esta doctrina constitucional, esta Sala ha resuelto en materia relativa a la protección de datos de menores de edad. Así, en la S de 27 de junio de 2003 se consideró que la noticia sobre una niña que era portadora de anticuerpos de sida era atentatoria contra su intimidad. Del mismo modo, la S de 28 de junio de 2004 también consideró la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad del menor en la noticia que difundía la comisión por este menor de un hecho delictivo. Y en relación con la cuestión planteada, esta Sala, en S de 22 y 23 de octubre de 2008 ha considerado que la difusión de datos identificativos de menores puestos en relación con haber sido víctimas de determinados delitos violentos también ha de considerarse intromisorio de su intimidad, incluso si estos datos, como es una agresión sexual, se dan en relación a mayores de edad (S de 21 de febrero de 2000).

Teniendo en cuenta la doctrina constitucional y la de esta Sala en relación a la intimidad de menores, así como la normativa tanto interna como internacional [...] que otorga una especial protección a los menores, no cabe sino confirmar la sentencia recurrida pues, con independencia de la relevancia e interés público de la noticia en cuestión, relativa al asesinato de un abogado madrileño, y partiendo de la base fáctica de la sentencia recurrida, según la cual los datos proporcionados en los distintos programas de forma

directa o indirecta permitían su completa identificación, desvelando hechos de ellas que pertenecen a la esfera más íntima de las menores como es el haber sido víctimas de delitos violentos, debe concluirse que, aunque estos hechos pudieran ser de interés público, por lo que en cuanto comisión de hechos delictivos se refiere, dejan de serlo cuando se conectan con unas personas menores de edad en el momento de los hechos perfectamente identificables como víctimas de los mismos. (**STS de 14 de mayo de 2009**; ha lugar a uno de los dos recursos planteados.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El Ministerio Fiscal interpuso, en defensa de dos menores, demanda de protección de su derecho a la intimidad. La demanda se dirigía contra la cadena televisiva, los responsables de los programas de TV y periodistas implicados en la difusión del contenido de una sentencia penal condenatoria de modo tal que permitía identificar a las menores, objeto de la agresión delictiva sancionada. El Juzgado de Primera Instancia calificó los hechos de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de las menores y condenó a los demandados a indemnizar solidariamente el daño sufrido por éstas, si bien en cantidad notablemente inferior a la reclamada. La Audiencia revocó parcialmente la resolución del Tribunal de instancia aunque sólo en lo relativo a la individuación de la responsabilidad. Interpusieron recurso de casación la cadena televisiva y el director más un interviniente en uno de los programas emisores de la noticia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso formulado por éstos últimos absolviéndoles, como consecuencia, de la demanda. (*R. G. S.*)

10. Libertad de expresión e información y derecho al honor.—El artículo 20.1.a) y d) CE, en relación con el artículo 53.2 CE, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el artículo 18.1 CE reconoce con igual grado de protección el derecho al honor.

La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información [...] porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso [...].

Criterios generales para la ponderación en el caso de colisión entre derechos fundamentales.—La técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde este punto de vista, la ponderación (i) debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar esenciales

como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático [...]; (ii) debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige [...] pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática [...].

La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde esta perspectiva, (i) la ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de expresión e información es más intenso, como establece el artículo 8.2.a LPDH, en relación con la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. En relación con aquel derecho, la STS de 17 de diciembre de 1997 [...] declara que la «proyección pública» se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias; (ii) 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; (iii) 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 ella [...]. En relación con ese último punto, de acuerdo con una concepción pragmática del lenguaje adaptada a las concepciones sociales, la jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables (el artículo 2.1 LPDH se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección civil del honor).

La jurisprudencia, en efecto, admite que se refuerza la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho al honor en contextos de contienda política, y así lo viene reconociendo esta Sala, entre otras, en las SSTS de 19 de febrero de 1992, 26 de febrero de 1992 y 29 de diciembre de 1995 (campana electoral); 20 de octubre de 1999 (clímax propio de campana política entre rivales); 12 de febrero de 2003 (mitin electoral; se consideró la expresión «extorsión» como mero exceso verbal); 27 de febrero de 2003, 6 de junio de 2003, 8 de julio de 2004 (las tres sobre polémica política).

Sin embargo, estas consideraciones no deben limitarse al ámbito estricto del ágora política, sino que la jurisprudencia viene aplicando idénticos principios a supuestos de tensión o conflicto laboral, sindical, deportivo, procesal, y otros. Así, las SSTS de 9 de septiembre de 1997 (que se refiere a expresiones de cierta agresividad permisibles en el contexto de la estrategia o dialéctica sindical); 13 de noviembre de 2002 (situaciones de tensión y conflicto laboral); 19 de julio de 2006 (sobre falsa imputación a otro sindicato de haber solicitado el voto para un partido político, entonces legal, que suscita

un fuerte rechazo social por atribuírsele sintonía con una banda terrorista), 7 de julio de 2004 (a propósito de una rivalidad entre peñas deportivas), 23 de febrero de 2006 (a propósito de un comunicado en que se imputaba a un medio de comunicación haber exigido un canon periódico por mejorar la información de un Ayuntamiento, 2 de junio de 2009, sobre un caso similar). **(STS de 2 de junio de 2009; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La SGAE interpuso demanda de protección civil del derecho al honor contra la empresa editorial de un diario de ámbito nacional, el subdirector de la publicación y el periodista, autor de los artículos causantes del litigio. El Juzgado estimó la reclamación considerando que las expresiones vertidas en los artículos cuestionados constituían una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la entidad y de sus directivos. La Audiencia confirmó la sentencia inferior considerando que resultaba ofensivo y denigratorio llamar a alguien, por ejemplo, correveidile, especialista en gilipollices y jodón...; que era igualmente denigratorio y ofensivo acusar a un directivo de la SGAE de, por ejemplo, desintegrar el patrimonio común y gastarlo en canapés y limusinas o llamarle momia con las manos tendidas en la caja...; que iban dirigidas a la SGAE afirmaciones como grupito de amantes zurdos, subvención de engendros de amiguetes..., amén de otras frases similares que no se reproducen aquí. Interpone recurso de casación el autor de los artículos y el Tribunal Supremo, aun cuando considera de cierta gravedad las expresiones utilizadas, aplicando al caso concreto la doctrina que se recoge más arriba, declara haber lugar al recurso por lo que revoca la condena del Juzgado en lo relativo a la condena del periodista y desestima la demanda contra él interpuesta. (R. G. S.)

11. Demanda de solicitud de cambio de sexo en el Registro Civil presentada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2007, modificativa del régimen anterior por el que se exigía al sometimiento previo a una operación quirúrgica. Aplicación retroactiva de la norma.—Desde la perspectiva de la aplicación al caso de la nueva legislación, cuando la solicitud se hizo con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2007, en la sentencia del Pleno de la Sala (S de 17 de diciembre de 2007) se sienta el criterio de su viabilidad, concluyendo en el FD 5.º de la misma: «El derecho nacido *ex novo* por efecto del cambio legislativo (derecho a producir una modificación del sexo por hallarse en la situación de haber sufrido la mutación pero sin cirugía de reasignación), que venía siendo solicitado por vía judicial, como tantas veces había exigido la jurisprudencia y era doctrina constante de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 17 de marzo de 1982, 17 de abril de 1983, 26 de abril de 1983, 6 de mayo de 1987, 14 de mayo de 1991, 29 de diciembre de 1994, etc.) puede ahora ejercitarse por vía de expediente gubernativo. Pero ello no impide que esta Sala se pronuncie sobre la pretensión deducida, en vista de que *a fortiori*, en base a la DT 4.ª, inciso 3.º, correspondería una opción al interesado entre uno y otro procedimiento en caso de derecho nacido y no ejercitado bajo la legislación anterior, pero poderosas razones de analogía impelen a la

aplicación de esta misma regla cuando se trata de un derecho solicitado conforme a la ley antigua, que ahora ha de reconocerse después de haberse producido la mutación legislativa. A lo que se podría añadir que, en definitiva, el Registro difícil se halla bajo el control del orden jurisdiccional civil y la sentencia habría de tener eficacia en orden a la inscripción (arts. 25 LRC, 82 RRC, etc.)».

La doctrina expuesta, recogida, como se ha indicado, en la S del Pleno de la Sala de 17 de septiembre de 2007, ha sido aplicada en posteriores SS dictadas por esta Sala de fechas 28 de febrero, 6 de marzo, 18 de julio y 6 de septiembre de 2008.

[...] en el caso de autos, la parte demandante, en sus hábitos e incluso en los factores psicológicos y sociales que influyen en la determinación del sexo se comporta como mujer. Está recibiendo tratamiento con hormonas, bajo estricto seguimiento médico, desde el mes de marzo de 2004, y seguía con el mismo en marzo de 2006, con el firme propósito de continuar el mismo, ello después de haber sido diagnosticado médicamente el caso como «trastorno de la identidad sexual» y evaluar lo positivo o conveniente de iniciar el tratamiento, por otra parte, no exento de riesgos. De los informes médicos resulta la inadaptación al sexo masculino de la parte recurrente, su identificación con el sexo femenino, cuyo rol asume en los aspectos de su vida familiar, social y académica, suponiéndole un factor de desajuste y de daño moral el hecho de que figuren un nombre y un sexo masculino en su DNI, puesto que esto va en contra de su identidad psicológica como mujer, no existiendo patología de orden mental alguna de influencia en su firme propósito de realizar un cambio de sexo y de nombre, lo cual se ha considerado desde la perspectiva médica como beneficioso para la demandante. Todo ello supone un cumplimiento sustancial de los requisitos que ahora establece la Ley 3/2007, que ya no hace precisa la cirugía de reasignación de sexo.

Así pues, siendo así que, tal y como se expone en el recurso de casación, al no acceder a lo solicitado por la parte recurrente se ha infringido el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, procede estimar el presente recurso de casación [...]. (STS de 22 de junio de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—En diciembre de 2005, don A. J. presentó demanda en el Juzgado solicitando la rectificación del asiento del Registro Civil referente al sexo (en el sentido de figurar como mujer) y la modificación de su nombre (pasaría a llamarse V.), en congruencia con el cambio anterior. Se exponían en la demanda una serie de datos que, en síntesis, avalaban la existencia de un trastorno de identidad sexual tratado medicamente con hormonas más el propósito de someterse en el futuro a la operación quirúrgica que culminaría el proceso de reasignación de sexo. El Juzgado —en sentencia dictada en mayo de 2006— declaró la improcedencia de lo solicitado por no haberse sometido el demandante a la mencionada operación. En septiembre de 2006 la sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial que, considerando la legislación y jurisprudencia recaída hasta entonces, entendió que la operación quirúrgica de reasignación de sexo era requisito imprescindible para acceder a lo solicitado en la demanda. Interpuso don A. J. recurso de casación. Como el Tribunal Supremo declaró en el FD 2.º de la sentencia, la cuestión esencial a dilucidar era si la operación quirúrgica

constituía, como se había entendido en ambas instancias, presupuesto necesario para acceder a lo pedido o si, por el contrario, no lo era. «Sin perjuicio –añadía– de que deba atenderse a lo previsto en la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que entró en vigor con posterioridad a la presentación de la demanda». Aplicando la doctrina contenida en la Sentencia del Pleno de la Sala de 17 de septiembre de 2007 –que transcribe casi en su totalidad– el alto Tribunal declaró haber lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

12. Nacionalidad: pérdida y recuperación según la legislación aplicable en 1947.—Las razones para la estimación de este motivo se van a estructurar en torno a los puntos siguientes: a) Pérdida de la nacionalidad española por parte de don C.; b) no recuperación de la nacionalidad española de origen. Todo ello, en base a la legislación aplicable en el momento en que los hechos tuvieron lugar.

a) El artículo 20 CC, en la redacción vigente en 1947, decía que la nacionalidad española se perdía «por adquirir naturaleza en un país extranjero». La doctrina que interpretó esta norma entendió que no se perdía por el simple hecho de que un país extranjero considerase como nacional a un español, sino que se requería la voluntad de adquirir aquella nacionalidad, voluntad que quedaba demostrada cuando se solicitaba, por lo que una interpretación extendida de este artículo llevaba a exigir tres requisitos para que la adquisición de una nacionalidad extranjera produjese la pérdida de la española: i) que se tratase de una verdadera naturalización; ii) que dicha adquisición fuese voluntaria, no impuesta, y iii) que se adquiriese efectivamente.

No se exigía en aquel momento que la pérdida de la nacionalidad española se inscribiese en el Registro Civil con efectos constitutivos. En efecto, la Ley de Registro Civil de 1 de junio 1870 no exigía la inscripción de la pérdida, aunque su artículo 96 decía que «los cambios de nacionalidad producen efectos legales en España solamente desde el día en que sean inscritos en el Registro Civil». La mejor doctrina entendía que la pérdida se producía automáticamente y con independencia del Registro, aunque debía constar en él a los efectos de lo que se dirá a continuación. Y en este sentido ya se había pronunciado esta Sala en las SS de 22 de febrero y 18 de octubre de 1960 y la RGRN de 30 de noviembre de 1974 (ver asimismo la resolución de la misma Dirección General de 8 de febrero 1994).

Lo anterior no implica que la inscripción de la pérdida fuera constitutiva, sino que de acuerdo con las normas que se citan a continuación, los asientos registrales tienen una eficacia probatoria privilegiada, aunque no exclusiva, salvo en los casos en que la ley exija la inscripción en dicha forma. Además, el artículo 67 LRC, en su redacción dada por la Ley de 8 de junio 1957, vigente cuando se produjeron los hechos que son objeto de este litigio, establece que «la pérdida de la nacionalidad española se produce siempre de pleno derecho, pero debe ser objeto de inscripción» y los efectos de la inscripción son los establecidos en el artículo 327 CC, completado por lo dispuesto en el artículo 2 LRC, que le dan un valor de prueba privilegiada, pero no exclusiva. De este modo debe señalarse que la inscripción en el Registro Civil de la pérdida de la nacionalidad no tiene naturaleza constitutiva, sino

únicamente probatoria, por lo que no puede basarse el mantenimiento de la nacionalidad de origen en la falta de inscripción.

En conclusión, la pérdida de la nacionalidad española por adquisición de la de otro estado se producía automáticamente y las reglas de inscripción en el Registro Civil vigentes en la época en que don C. adquirió la mexicana no exigían una inscripción constitutiva, sino que se configuraba como una forma de probar la pérdida de la nacionalidad española que, de no constar en el Registro podía acreditarse por otros medios.

b) Dicho lo anterior, se ha de plantear a continuación si don C. recuperó de hecho la nacionalidad española como dice la sentencia ahora recurrida. De acuerdo con el artículo 24 CC, redactado según la Ley de 15 de julio de 1954, vigente en el momento en que dicha recuperación se produjo hipotéticamente, los requisitos para dicha recuperación eran: i) volver al territorio español; ii) declarar su voluntad de recuperar la nacionalidad ante el encargado del Registro Civil, y iii) renunciar a la nacionalidad extranjera adquirida. Por tanto, no es posible una recuperación tácita o de hecho de la nacionalidad española. El único requerimiento que fue efectivo en el caso que nos ocupa fue la vuelta al territorio español, pero no se cumplieron ninguno de los otros dos, por lo que al incumplirse los requisitos exigidos, no se produjo tal recuperación, por lo que don C. mantuvo su nacionalidad mexicana hasta el momento de su muerte.

De acuerdo con los anteriores razonamientos, las conclusiones son que no se requería como constitutiva para la pérdida de la nacionalidad la inscripción de la otra extranjera en el Registro Civil en el momento en que don C. adquirió la nacionalidad mexicana, por lo que se produjo la pérdida de la española originaria de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 CC, entonces vigente y tampoco recuperó la española, por no haber cumplido los requerimientos del también entonces vigente artículo 24 CC, por lo que debe concluirse que don C. era mexicano cuando falleció, por lo que dicha nacionalidad, la mexicana, es la que rige su sucesión, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.8 CC.

Las normas que rigen la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad son de orden público.—Quedan por determinar los efectos que podrá producir la tenencia del documento nacional de identidad y la inscripción en el censo de electores de 1977. Los razonamientos son los siguientes: No es posible, como afirma la sentencia recurrida, una recuperación de la nacionalidad española por la vía de la simple voluntad del afectado, ya que las normas que regulan la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad tienen la naturaleza de orden público y deben ser cumplidas para que se produzca el efecto que se busca con las mismas. Por ello, la utilización de normas españolas de forma abusiva o descuidada, como ocurre en el caso que nos ocupa, no puede producir el efecto de la recuperación de la nacionalidad de origen perdida. (STS de 10 de julio de 2009; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don C. se exilió a México después de la Guerra Civil española. Constaba que en 1947 adquirió la nacionalidad mexicana por naturalización. No constaba, sin embargo, que hubiese perdido la española ya que la adquisición de la mexicana no se comunicó a ninguna autoridad española ni se inscribió en el Registro Civil. A don C. le fue expedido el DNI, sin constar la fecha y figuraba inscrito en el censo electoral español en 1977, año en que

se presentó como candidato al Senado por la circunscripción de Palma de Mallorca. En 1993 otorgó testamento en el que declaraba tener la nacionalidad mexicana, instituíla como heredera universal a la Fundación R.T.A. –constituida por él con fines benéficos– y declaraba que si «a pesar de que en la legislación mexicana no existen las legítimas» su esposa o alguno de sus hijos la reclamaba tal pretensión era improcedente pues «todos ellos recibieron en vida del testador bienes y efectivo metálico y les fueron sufragados viajes y estudios» en importe «más que suficiente para cubrir hipotéticamente dicha pretendida legítima». Don C. falleció en Menorca en abril de 1994. Su hijo don I. demandó a la Fundación heredera reclamando su legítima al entender que su padre tenía la nacionalidad española al tiempo de su fallecimiento, razón por la cual le correspondían dos tercios de la herencia. La sentencia de primera instancia consideró que don C. había perdido dicha nacionalidad, mientras que la Audiencia Provincial apreció la existencia de un caso de doble nacionalidad de hecho, o doble nacionalidad patológica, interpretando que al no quedar inscrita la pérdida de la nacionalidad española, ésta se mantuvo a pesar de lo dispuesto en el entonces vigente artículo 20 CC. Como consecuencia y teniendo en cuenta su último domicilio en España, la norma que debía regir su sucesión era el Código de sucesiones catalán. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Fundación R. T. A. (R. G. S.)

13. El juez puede declarar la inconstitucionalidad sobrevinida de una norma anterior a la Constitución sin que sea preceptivo el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.—La DD 3 CE establece que «asimismo quedarán derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución» y de acuerdo con esta disposición, los jueces no deben aplicar la ley preconstitucional cuando sea contraria a lo dispuesto en la Constitución, por haber sido derogada por ésta. En este sentido resulta muy recomendable la lectura atenta de la STC 39/2002, de 14 de febrero [...]. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional resuelve una cuestión de inconstitucionalidad presentada por un Juez de Primera Instancia acerca del ajuste a la Constitución del artículo 9.2 CC, que establecía como punto de conexión para la determinación del régimen de bienes de un matrimonio con distinta nacionalidad/vecindad civil, la ley del marido en el momento de contraer matrimonio, de acuerdo con la redacción anterior a la Ley 11/1990 [...]. El Tribunal Constitucional señala, con abundante cita de jurisprudencia, que «[...] cuando la duda de constitucionalidad se plantea en relación con normas preconstitucionales este Tribunal ha declarado con reiteración que esta circunstancia no impone, por sí misma y de modo absoluto, que el órgano judicial deba abstenerse de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ya que *si bien puede examinar y resolver por sí mismo la eventual contradicción con el ordenamiento constitucional* de una norma anterior a la Constitución *también puede optar por deferir la cuestión a esta jurisdicción [...]*». Está claramente admitida, pues, la posibilidad de que el juez ordinario declare la derogación por inconstitucionalidad sobrevinida de normas anteriores a la Constitución, lo que es una consecuencia clara de la fuerza de la propia norma derogatoria que obliga a los Jueces y Tribunales

del mismo modo que las otras disposiciones constitucionales y, además, de la vinculación que produce la propia Constitución que como norma suprema, ha expulsado del ordenamiento aquellas reglas anteriores que contradigan los derechos fundamentales en ella reconocidos (en un sentido muy parecido, la STS de 21 de septiembre de 1999, que declaró derogado el art. 47.2 LRC). Por tanto, el Juez puede declarar la derogación por inconstitucionalidad sobrevenida y no se requiere el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, aunque puede optar por ella como reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional citada.

Inconstitucionalidad sobrevenida de la norma que atribuía a la mujer casada, sin intervención de ésta, la vecindad civil de su marido. Igualdad de los cónyuges ante la ley.—El artículo 14.4 CC, redactado de acuerdo con el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, y que no fue reformado hasta la ley 11/1990, decía: «La mujer casada seguirá la condición del marido». Se trataba, por tanto de una norma preconstitucional que contenía una flagrante lesión del derecho a la igualdad de los cónyuges, cuando establecía un trato discriminatorio entre el marido y la mujer, dado que imponía a ésta una vecindad civil, independientemente de su voluntad, de forma que los sucesivos cambios que experimentara la del marido la iban a afectar a ella, tanto si deseaba adquirirla como si no. Ya hemos citado antes la STC 39/2002, que declaró la inconstitucionalidad sobrevenida y, por tanto, la derogación del artículo 9.2 CC, por ser contrario al principio de igualdad, señalando dicha sentencia que dicha norma «[...] representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE», entre las cuales, evidentemente se encuentra el sexo como criterio de diferenciación jurídica, que en este supuesto se une al de la igualdad en el matrimonio.

El argumento que utiliza la mencionada sentencia para declarar la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 9.2 CC es el siguiente: «[...] no cabe duda de que el artículo 9.2 CC, al establecer la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio como punto de conexión, aun cuando sea residual, para la determinación de la ley aplicable, introduce una diferencia de trato entre el varón y la mujer pese a que ambos se encuentran, en relación al matrimonio, en la misma situación jurídica. El precepto cuestionado se opone, por tanto, no sólo al artículo 14 CE, sino también al más específico, que proclama que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32 CE), pues no existe ninguna justificación constitucionalmente aceptable para la preferencia por la normativa relacionada con el varón» y acaba diciendo que «[...] La mera utilización de un punto de conexión que da preferencia al varón supone en sí, superada la llamada neutralidad formal de las normas de conflicto, una vulneración del derecho a la igualdad».

[...] Resulta claro que los mismos argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional en relación a la inconstitucionalidad del artículo 9.2 CC, se proyectan a la adquisición de la vecindad civil por parte de la mujer casada. La imposibilidad de que ésta adquiriera una vecindad civil distinta de la del marido o mantuviera la suya de origen a pesar del matrimonio constituía una discriminación por razón de sexo que hacía ilusoria, al menos en este punto, la norma del artículo 32.1 CE, que establece la igualdad jurídica en el matrimonio. Por ello mismo, el preámbulo de la Ley 11/1990 decía que el propó-

sito de dicha Ley era «eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo de la igualdad». Esta opción fue también sostenida por la STS de 6 de octubre de 1986, aunque no hubo que aplicarla en aquel caso por tratarse de un matrimonio muy anterior a la entrada en vigor de la Constitución. No cabe duda, pues, de la inconstitucionalidad sobrevenida de la norma contenida en el artículo 14.4 CC, por ser contraria al principio de igualdad entre los cónyuges consagrado en los artículos 14 y 32.1 CE, puesto que impedía a la mujer la autonomía en la adquisición de una vecindad civil independiente de la de su marido.

[...] La consecuencia de todo lo anterior es que la norma contenida en el artículo 14.4 CC quedó derogada por inconstitucionalidad sobrevenida en el momento de entrada en vigor de la Constitución en 1978.

[...] Para determinar los efectos que dicha derogación produjo en la situación jurídica de doña M. debe recordarse aquí que a) doña M. había adquirido la vecindad civil navarra como consecuencia de haberla adquirido su marido y, por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.5 CC, sustituido en la reforma de 1974, por el artículo 14.4 CC; b) doña M., aunque es redundante con lo anterior, no había efectuado ninguna declaración de voluntad favorable a querer adquirir la vecindad; c) está probado que la causante, cuya vecindad civil se discute, había residido siempre en Barcelona, salvo cortos periodos de tiempo.

La constatación de que el artículo 14.4 CC había quedado derogado en virtud del párrafo 3 de la DD de la Constitución implica que dicha norma había dejado de aplicarse y que a partir de la entrada en vigor de la Constitución, nada impedía a doña M. adquirir por sí misma la vecindad civil del lugar de su efectiva residencia que, como consta probado, fue siempre Cataluña. Doña M. mantuvo la residencia en Cataluña durante un periodo de diez años después de la entrada en vigor de la Constitución por lo que adquirió por sí misma la vecindad civil del lugar de su residencia que, según las pruebas aportadas fue Cataluña y, en consecuencia, desde diciembre de 1988 ostentó la vecindad civil catalana, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14.3.1.º CC, entonces vigente.

Las normas sobre vecindad civil tienen naturaleza imperativa. Eficacia de las declaraciones de voluntad.—[...] las normas sobre vecindad civil tienen naturaleza imperativa, de modo que la adquisición, pérdida y cambio de vecindad se rigen por las reglas establecidas en el título preliminar del Código civil, que no pueden ser objeto de cambio por los interesados. Sólo en los casos en que la ley lo acepta, se admite la eficacia de las declaraciones de voluntad, como ocurre en los diferentes supuestos de opción (arts. 14.3. 4, 14.4 y 15.1 CC) y en las declaraciones de adquirir la vecindad del lugar de residencia (art. 14.5.1.º) y de conservar la vecindad originaria (art. 14.5.2.º), siempre en las condiciones y la forma establecida legalmente en las disposiciones citadas.

Fraude de ley en la adquisición de la vecindad civil.—El artículo 16.1.2.ª CC, al establecer las normas sobre conflictos de leyes, se remite a lo dispuesto en el capítulo IV del título preliminar, con la excepción de la aplicación de lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 «sobre calificación, remisión y orden público». La consecuencia es clara: se aplica el artículo 12.4 CC en el derecho interregional, que establece que «se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una norma imperativa española».

[...] La aplicación de esta regla ha sido objeto de discusión por parte de la doctrina española especialmente a partir de la S de este Tribunal de 5 de abril de 1994, que declaró efectuada en fraude de ley la adquisición de la vecindad vizcaína por unos cónyuges que habían residido más de dos años en una villa sometida a este derecho, otorgando dos días después sendos testamentos que declararon sometidos al Derecho foral, en los que nombraron herederos a sus nietos y separaron de la herencia expresamente a sus dos hijos. Puede ocurrir que el cambio de vecindad obedezca a la realización de un fraude pero siempre debe probarse y no puede deducirse del simple hecho de la adquisición de una vecindad civil distinta de la que se ostenta. Y ello porque:

1.º El cambio de la vecindad civil debe realizarse siempre por alguno de los medios previstos legalmente en el artículo 14 CC; se trata de normas que, como ya se ha dicho, exigen unos requisitos que deben cumplirse de forma imperativa.

2.º Es evidente que el cambio de vecindad civil comportará el cambio del régimen jurídico aplicable a las relaciones de quien efectúa la declaración o bien deja transcurrir el plazo de diez años sin efectuar ninguna declaración en contrario. Pero esto no admite que todo cambio deba ser considerado fraudulento, sino solo aquel que persigue una probada finalidad de defraudar la norma aplicable.

3.º La igualdad entre los ordenamientos jurídicos españoles implica que la ley de cobertura sea igual a la ley inicialmente aplicable; por tanto no puede utilizarse un argumento relacionado con la problemática de la mayor o menor legitimidad de los derechos autonómicos para considerar que existe fraude cuando se utiliza una ley que permite los cambios de vecindad civil para alterar el punto de conexión y así permitir la aplicación de otra ley más favorable a los intereses del declarante.

Consecuencia de todo lo anterior es que no debe admitirse que la declaración de doña M. fuese realizada en fraude de ley [...]. (**STS de 14 de septiembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don J. P. de vecindad civil catalana, compareció en 1965 con su esposa, doña M., ante el Juzgado de Paz de B. en Navarra. Declaró que residía en la localidad de B. y que deseaba adquirir la vecindad civil navarra. Reiteró estas manifestaciones en fecha posterior ante el Registro Civil de P. por lo que —cumplidos los plazos y trámites legales— adquirió la vecindad solicitada al igual que su esposa, esta última en virtud del principio de unidad familiar establecido en el artículo 15.3 CC, vigente en aquel momento. Don J. P. falleció en Barcelona en 1986. En febrero de 1996, doña M. declaró ante el encargado del Registro Civil su voluntad de conservar la vecindad civil navarra. En enero de 1998, doña M. falleció en Barcelona. Don V. demanda a su hermano, don L., instituido heredero por su madre (doña M.), pidiendo —entre otros extremos— la nulidad de los testamentos otorgados por ésta desde 1967 a 1987 por entender que su sucesión debía regirse por el testamento otorgado en Barcelona en 1947. Todo ello de acuerdo con el Derecho civil catalán, norma que, según el demandante, debía regir su sucesión. El demandado oponía, sin embargo, que a tenor de la vecindad civil de la causante al tiempo de su falleci-

miento, resultaba aplicable a la sucesión el Fuero Nuevo de Navarra. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda considerando que doña M. ostentaba al fallecer la vecindad civil catalana, razón por la cual su sucesión se regía por el Código de sucesiones de Cataluña y no por el Derecho navarro. Idéntico criterio mantuvo la sentencia de apelación recurrida en casación por el demandado, don L. El Tribunal Supremo estimó dos de los motivos de casación sin que ello comportase la estimación del recurso por las razones que su sentencia explicita en el FD 7.º. (R. G. S.)

14. Derecho de asociación. No vulnera el derecho de asociación en su dimensión individual la remoción del cargo de Secretaria General de la Junta Directiva de una persona física que no ostenta el carácter de socio.—El derecho a que las medidas disciplinarias de separación o suspensión de los miembros de una asociación tengan cobertura legal, se ajusten a las causas legítimamente previstas con la debida precisión en los estatutos y sean impuestas con arreglo al procedimiento establecido en ellos, previa información y audiencia del interesado, de tal suerte que éste no sufra indefensión, forma parte del núcleo esencial del derecho de asociación. Este tiene, en efecto, una dimensión individual y una dimensión colectiva (STC 219/2001, de 31 de octubre, FJ 4), pues comprende tanto el derecho a asociarse como el de establecer la propia organización, que a su vez se extiende a regular en los estatutos las causas y el procedimiento para la admisión y expulsión de socios (STC de 22 de noviembre de 1988, 96/1994, de 21 de marzo, 56/1995, de 6 de marzo, 104/1999, de 14 de junio; SSTs de 28 de diciembre de 1998, RC n.º 2194/1994, de 2 de marzo de 1999, RC n.º 2369/1994, de 16 de junio de 2003, RC n.º 3273/1997, de 23 de junio de 2006, RC n.º 4129/1999, de 18 de noviembre de 2000, RC n.º 2664/1995, de 13 de julio de 2007, RC n.º 2940/2002, de 7 de noviembre de 2008, RC n.º 197/2004).

En el caso examinado la parte recurrente pretende que la separación del cargo de secretaria general de la Confederación que ostentaba constituye una medida disciplinaria que afectaría a la dimensión individual del derecho de asociación por ser equivalente a la expulsión como socio, que se le impuso sin previa audiencia ocasionándole indefensión.

Esta alegación no puede ser aceptada, como pone de relieve la sentencia recurrida y acepta el Ministerio Fiscal en su dictamen.

El cargo de secretaria general de la Confederación, como ocurre con los restantes miembros de la Junta Directiva, no se concibe como inherente a una inexistente cualidad individual de socio, sino que su régimen se desenvuelve en la dimensión colectiva de la asociación, pues está vinculado según los estatutos (i) a la propuesta por parte de los miembros de la Confederación (art. 11 de los estatutos, transcritos parcialmente en el AH 5), los cuales no son personas físicas, sino federaciones o asociaciones (art. 6 de los estatutos), (ii) al nombramiento por la Asamblea General (art. 17 de los estatutos) y (iii) al mantenimiento de la confianza por parte de la Organización que los designó inicialmente, en cuya representación se ejerce el cargo (art. 16 II de los estatutos) y por parte de la propia Asamblea General, como se desprende de la competencia reconocida a ésta, como órgano supremo de la Confederación (art. 26 II de los estatutos), para enjuiciar el ejercicio de los cargos por parte de los miembros de la Junta Directiva (art. 26 III de los estatutos) con la posibilidad implícita de proceder a su renovación antes de

transcurrir el plazo de cinco años para el que son elegidos (art. 17 de los estatutos). Únicamente subsiste la cuestión relativa a la necesidad de la intervención de la Organización que propuso al miembro de la Junta General para llevar a cabo dicha renovación; y a la determinación de los sujetos legitimados para impugnarla.

Estas cuestiones, sin embargo, desde la perspectiva de la persona física afectada, no afectan al derecho de asociarse de los miembros que integran la Confederación (que no son personas físicas, sino las federaciones o asociaciones que forman parte de ella), sino que constituyen cuestiones pertenecientes al terreno de la legalidad ordinaria sobre el cumplimiento de las previsiones estatutarias establecidas para el nombramiento de los cargos de la Junta Directiva, sobre el ejercicio de los derechos reconocidos a los miembros de la Confederación y sobre la legitimación para exigir dicho cumplimiento. Estas cuestiones, resueltas por la sentencia recurrida en sentido desfavorable a la recurrente, no tienen cabida en este recurso de casación y no deben, en consecuencia, ser examinadas, puesto que el recurso de casación ha sido admitido únicamente en la medida en que se funda en la vulneración del derecho de asociación por infracción de la doctrina jurisprudencial acerca de la necesidad de la audiencia del interesado como requisito previo a la imposición a un socio de una medida disciplinaria de suspensión, separación o expulsión de la asociación.

En suma, la remoción de una persona física que no ostenta el carácter de socio, sino el de representante de una de las entidades integrantes de la Confederación, del cargo de miembro de la Junta Directiva no puede asimilarse a la lesión del derecho de un socio mediante su expulsión improcedente ni dar lugar a un recurso de casación por vulneración del derecho fundamental de asociación en su dimensión individual. (STS de 29 de septiembre de 2009; Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos).

HECHOS.—La Secretaria General de una Confederación de Asociaciones de Discapacitados impugna los acuerdos de la Asamblea General ordinaria en virtud de los cuales se la remueve de su cargo y se designa para ocuparlo a otra persona, alegando que esta circunstancia vulnera el derecho de asociación, por cuanto fue destituida sin expediente sancionador previo alguno y sin haber sido oída. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y anula los acuerdos en cuestión, pero la Audiencia Provincial acoge el recurso de apelación y desestima íntegramente la demanda. Interpuesto el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, éste declara no haber lugar al mismo. (M. C. B.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

15. Contrato de compraventa. Causa.—El artículo 1274 CC, cuya directa inspiración en la doctrina de Pothier ya fue reconocida por esta Sala en decisiones muy antiguas, ha sufrido una lectura jurisprudencial en la que se ha acentuado el sentido objetivo. Así, las SS de 8 de julio de 1983, 4 de mayo de 1987, 25 de febrero de 1995, 24 de enero de 1992, 8 de febrero

de 1996, 17 de abril de 1997 o 17 de diciembre de 2004, entre muchas otras, consideran que la causa es la razón objetiva, precisa y tangencial a la formación del contrato y se define e identifica por la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico. En los contratos sinalagmáticos, la causa está constituida por el dato objetivo del intercambio de las prestaciones (SSTS de 8 de julio de 1974, 8 de julio de 1983, 17 de enero de 1985, 11 de abril de 1994, 21 de julio de 2003, etc.). Así entendida, la causa se ha de distinguir de los móviles subjetivos, cuya relevancia se produce cuando sean reconocidos y exteriorizados por ambas partes contratantes (SSTS de 4 de mayo de 1987, 30 de septiembre y 21 de noviembre de 1988, 31 de enero de 1991, 8 de febrero de 1996, 6 de junio de 2002, etc.). Esta concepción no elude el peso de los factores subjetivos, pues cabe que el móvil o propósito que guía a las partes tenga peso en la determinación de la voluntad negocial, hasta el punto de que se configure en el caso un «propósito empírico común de las partes» que encarne, en ese supuesto, el elemento causal del negocio. Y así es posible que el móvil subjetivo, que en principio es una realidad extranegocial, salvo que las partes lo incorporen al contrato como cláusula o como condición (SSTS de 19 de noviembre de 1990, 4 de enero de 1991, 28 de abril de 1993, 11 de abril de 1994, 1 de abril de 1998, etc.), se incorpore a la causa («móvil casualizado») y tenga trascendencia como tal elemento del contrato (SSTS de 11 de julio de 1984, 21 de noviembre de 1988, 8 de abril de 1992, 1 de abril de 1998, 21 de marzo y 21 de julio de 2003, etc.). Pero para llegar a causalizar una finalidad concreta será menester que el propósito de que se trate venga perseguido por ambas partes y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo (SSTS de 16 de febrero de 1935, 20 de junio de 1955, 17 de marzo de 1956, 30 de enero de 1960, 23 de noviembre de 1961, 27 de febrero de 1964, 2 de octubre de 1972, 8 de julio de 1977, 1 de abril de 1982, 8 de julio y 17 de noviembre de 1983, 30 de diciembre de 1985, 17 de febrero de 1989, 4 de enero de 1991, 11 de abril de 1994, 6 de junio de 2002, 21 de julio de 2003, etc.).

En el caso, la «causalización» del móvil que claramente impulsa la actuación de CDP, S.A., esto es, la atención del pagaré librado frente a CSJ, S.A., no es determinante, en ningún caso, de la voluntad de una de las partes ni puede ser identificada como causa del negocio. En el criterio de esta Sala, no se produce en el caso un problema de causa, ni de inexistencia ni de sobrevenida desaparición. La causa existe de modo claro en el momento de la formación de los negocios (8 de agosto de 1996) y en el momento en que la Junta General (celebrada, aunque declarada nula catorce meses después) ratificó la actuación de los Consejeros Delegados (14 de agosto de 1996). El efecto del pago de la deuda reflejada en el pagaré directamente por parte de CDP, S.A. se proyecta en varias consecuencias: (a) por una parte, priva de sentido a lo manifestado respecto de asunción del compromiso de pago en el contrato de «Compromiso de Compraventa de Hipermercado en funcionamiento» suscrito en 8 de agosto de 1996; (b) deja sin efecto las obligaciones de pago y de reembolso que se establecen en la escritura de constitución de hipoteca; y (c), además, evita que surja un crédito de C, S.A. contra CDP, S.A. que pueda ser deducido del precio establecido por la compraventa de las fincas descritas, o bien del precio convenido en el repetidamente citado «Contrato de Compromiso de Compraventa de Hipermercado en funcionamiento». Pero no deja sin sentido, ni carentes de causa, los acuerdos sobre derecho de opción de

compra de ciertas fincas y compromiso de compraventa de «Hipermercado en funcionamiento». De una parte, como se ha visto, porque la causa, que realmente consiste en la adquisición de un edificio, terrenos y otros elementos sobre o con los que se ejercita una actividad empresarial de Hipermercado, subsiste y tiene sentido, si bien realizando los ajustes de condiciones que procedan, puesto que, por otra parte, no afecta a la determinación del precio convenido, y por otra parte porque no le está consentido a una de la partes alterar a su arbitrio lo convenido, hasta el punto de privar de efectos al negocio establecido, con fragante violación del principio *pacta sunt servanda* (arts. 1091, 1254 y 1258 CC) sin una previsión contractual expresa que lo autorice, regla que se viene deduciendo pacíficamente en la doctrina y en la jurisprudencia del artículo 1256 CC (SSTS de 22 de septiembre de 1999, 18 de marzo y 30 de diciembre de 2002, 13 de abril de 2004, 30 de noviembre de 2007, etc.), en una actuación que, por otra parte, en cuanto destinada a privar de efectos a los contratos establecidos entre las partes, sería un comportamiento de mala fe, como contrario a los deberes de lealtad y de fidelidad, de coherencia y de protección de la confianza ajena (SSTS de 30 de junio y 25 de julio de 2000, 12 de julio de 2002, 30 de enero de 2003, 19 de enero de 2005, etc.) que imponen los artículos 7.1 y 1258 CC y 57 CCO. (STS de 29 de junio de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Vicente Luis Montes Penades.]

HECHOS.—Con fecha 8 de agosto de 1996, CDP, S.A. prometió vender a C, S.A. los elementos necesarios para el establecimiento de un centro comercial en El Ejido, por precio a determinar más una cantidad acordada. En el mismo acto, la compradora asumió el pago de un pagaré emitido por CDP, S.A. con fecha 4 de mayo de 1996 a favor de la constructora del centro comercial CSJ, S.A., con vencimiento en 27 de mayo del mismo año. El mismo día vendedora y compradora constituyeron hipoteca para garantizar el cumplimiento de la obligación de satisfacer el crédito incorporado en el título valor por parte de C, S.A. Esa obligación fue asumida por parte de la compradora bajo la condición de inscribir la mencionada hipoteca, así como otra escritura suscrita en idéntica fecha por ambas partes mediante la que CDP, S.A. concedía a favor de C, S.A. un derecho de opción de compra de unas parcelas donde ubicar el centro comercial por plazo de tres años. Ello no obstante, CDP, S.A. abonó el importe del crédito descrito por el pagaré con fecha 10 de diciembre de 1996, antes de la inscripción de ambas escrituras, el día 7 de mayo de 1997.

Posteriormente, la vendedora interpuso demanda contra C, S.A. con la que solicitó la nulidad de todos los contratos celebrados.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de El Ejido dictó sentencia el 25 de julio de 2003, en que estimó la demanda tras considerar que se había producido un «decaimiento de la causa» y desestimó la reconvencción formulada por C, S.A. El Juzgado consideró que el principal motivo de CDP, S.A. fue evitar la ejecución del pagaré por parte de la constructora y, por consiguiente, que el abono del importe del crédito instrumentado causó la extinción de un negocio jurídico complejo. Ambas partes interpusieron sendos recursos de apelación y la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Almería, por medio de sentencia dictada el 17 de mayo de 2004,

estimó el recurso solamente en cuanto a imposición de costas. Tras identificar la existencia de distintos contratos y rechazar el razonamiento de la «causalización de los motivos» del tribunal de instancia, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la compradora. (*J. M. B. S.*)

16. Promesa de venta.—Por un lado, el artículo 1451 CC comprende la promesa bilateral de comprar y vender, que constituye un precontrato cuya finalidad es vincular a ambas partes respecto de la celebración definitiva de un contrato de compraventa, con plena conformidad en la cosa y en el precio, perfeccionándolo en un momento posterior. En tal caso, los contratantes pueden reclamarse recíprocamente que dicha perfección tenga lugar si ello resultara jurídicamente posible, pues la consumación de la promesa se produce cuando se perfecciona el contrato proyectado. Por otro, también se comprenden en dicha norma la promesa unilateral de vender o de comprar, en cuya virtud es uno solo de los futuros contratantes el que, adelantando en firme su consentimiento para la celebración del contrato, queda pendiente, en las condiciones pactadas, de que la otra parte decida sobre su definitiva perfección.

Opción de compra.—Según jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 23 de diciembre de 1991, 13 de noviembre de 1992 y 2 de julio de 2008), en el contrato de opción de compra la compraventa futura está plenamente configurada y depende del optante únicamente que se perfeccione. Concretamente, constituye un convenio en virtud del cual una parte concede a otra la facultad exclusiva de decidir la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto y en unas determinadas condiciones. Igualmente puede ir acompañado del pago de una prima por parte del optante, constituyendo sus elementos principales la concesión al optante del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compraventa, la determinación del objeto, el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición y la concreción de un plazo para el ejercicio de la opción. Por el contrario, el pago de la prima constituye tan solo un elemento accesorio.

Asimilación de la promesa unilateral de vender a la opción de compra.—Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 7 de noviembre de 1995, 17 de octubre de 1997 y 9 de febrero de 2009) admite que la opción de compra constituye esencialmente un precontrato o promesa unilateral de contrato por parte del vendedor, de modo que es el optante el que adquiere únicamente la facultad de decidir sobre la exigencia de cumplimiento de la venta proyectada y es ese consentimiento del optante el decisivo para que el contrato quede perfeccionado, si bien sujeto al plazo de ejercicio pactado. En consecuencia, transcurrido el referido plazo, la opción queda extinguida y el comprador pierde su derecho. (**STS de 22 de septiembre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En marzo de 2003 don R. firmó un documento de promesa de venta en virtud del cual se comprometía a vender a don L.A. una finca registral por un determinado precio. En el mencionado documento se hizo constar que, en el acto de la firma de la escritura pública de compraventa, se abonaría por el comprador una parte del precio, fijándose igualmente la entrega de dos pagos posteriores. Llegado el día fijado no se otorgó la escritura ni se satisfizo la

parte de precio pactada, sin que don L.A. hubiera formulado requerimiento alguno a tal efecto. Tres meses después, don L.A. celebró un contrato con don E. en cuya virtud le cedía todos los derechos y obligaciones que se derivaban de la promesa de compraventa. Tras comunicarle don E. tal cesión y requerirle para que le indicase la fecha y el lugar para formalizar la escritura, don R. se opuso a tal pretensión por haber expirado el plazo para la formalización del contrato y no estar dispuesto a conceder un nuevo plazo.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta por don E., mediante la que solicitó el cumplimiento del contrato de compraventa en los términos establecidos y el correspondiente otorgamiento de la escritura pública a su favor. Por el contrario, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por don L.A. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. (*M. C. C. M.*)

17. Derecho de opción: plazo para su ejercicio.—En virtud del contrato de opción una de las partes atribuye a la otra un derecho que le permite decidir unilateralmente, dentro del periodo de tiempo fijado, la eficacia de un determinado contrato —normalmente de compraventa— proyectado en sus elementos esenciales. En esencia no es más que una modalidad de precontrato o promesa unilateral de contrato, de modo que el consentimiento del optante es lo único decisivo para que el contrato previsto llegue a perfeccionarse.

La vigencia de la opción únicamente durante un tiempo determinado e inexorable es consustancial a su propia naturaleza pues de no ser así quedaría a voluntad del optante de modo indefinido la posibilidad de perfeccionar el contrato; y la particularidad que tal derecho de opción supone respecto de lo previsto en el artículo 1256 CC («la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno solo de los contratantes») se convertiría en un definitivo desconocimiento de tal principio elemental de la contratación. Así ha de entenderse que, incluso la falta por el concedente u optatario a las obligaciones propias del contrato de opción, no releva al optante de la necesidad de que, en caso de estar interesado en el ejercicio de la opción, dirija a aquél la oportuna comunicación recepticia dentro del plazo previsto, perfeccionando así el negocio en los términos pactados. La falta de tal comunicación dentro del plazo establecido —como ha ocurrido en el caso— cualquiera que hubiera sido la actuación del concedente u optatario, hace caducar un derecho que nació únicamente para su ejercicio dentro de un plazo previamente fijado.

Las SS de esta Sala de 30 de septiembre de 1992, 20 de julio de 1993, 10 de julio de 1999, citadas en igual sentido por la de 29 de mayo de 2006, afirman que la caducidad no admite interrupción de ninguna clase en consonancia con la naturaleza de los derechos para cuyo ejercicio se establece que, siendo de carácter potestativo, nacen y se extinguen con el propio plazo de caducidad; al contrario de lo que ocurre con la prescripción que únicamente afecta al ejercicio del derecho y no a su existencia.

Como recuerda la S de 16 octubre de 1997, fijando doctrina que igualmente es de aplicación a la opción proyectada sobre el derecho de superficie, en el contrato de opción de compra la compraventa futura está plenamente configurada y depende del optante únicamente que se perfeccione o

no (SS 16 de abril de 1979; 4 de abril y 9 de octubre de 1987; 24 de octubre de 1990; 24 de enero, 28 de octubre y 23 de diciembre de 1991 y 13 de noviembre de 1992) pues constituye un convenio en virtud del cual una parte concede a otra la facultad exclusiva de decidir la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto y en unas determinadas condiciones pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por el optante, constituyendo sus elementos principales: la concesión a éste (al optante) del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compraventa, la determinación del objeto, el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición y la concreción de un plazo para el ejercicio de la opción, siendo por el contrario elemento accesorio el pago de la prima.

Improcedente aplicación al contrato de opción del artículo 1504 CC.—De lo ya razonado se desprende la improcedente aplicación realizada, por analogía, por la sentencia impugnada al supuesto del contrato de opción de la norma prevista para el de compraventa de inmuebles en el artículo 1504 del CC («En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término»).

En palabras de la S de esta Sala de 18 de mayo de 2006, para la aplicación por vía analógica de una norma es necesario «que el supuesto específico carezca de regulación normativa, además que la norma que se pretende aplicar, por su identidad de razón con el supuesto sea lo suficientemente expansiva, interpretada correctamente en su finalidad hasta el punto de permitir esta aplicación (SSTS de 7 de enero y 3 de abril de 1981). Como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1988, se trata de una operación jurídica delicada que exige mesura, ponderado, meditado y cuidado uso».

Pues bien, es cierto que el contrato de opción carece de expresa regulación normativa en nuestro derecho y, en consecuencia, ello permitiría en principio suplir tal ausencia por vía analógica. Pero sin embargo no cabe tal aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 1504 CC, que regula un supuesto bien distinto.

Así el artículo 1504 CC se está refiriendo al incumplimiento por el comprador del plazo fijado contractualmente para el pago del precio en la compraventa de inmuebles y permite que, aun transcurrido éste, el obligado pueda satisfacerlo en tanto no haya sido requerido de resolución por tal causa; mientras que, en el caso del contrato de opción, el optante no está obligado a pagar precio alguno por razón de un contrato que aún no se ha perfeccionado, por lo que carece de sentido que el concedente u optatario haya de requerirle a tales efectos. Además, como ya se dijo, el plazo de caducidad establecido para el ejercicio de la opción resulta de inexorable observancia por parte del optante y merece su cumplimiento un trato de carácter decididamente restrictivo (S de esta Sala de 2 de julio de 2008, entre otras) en consonancia con la propia naturaleza del contrato, que sujeta al concedente a la mera voluntad comercial del optante que es quien, unilateralmente, decide si el contrato ha de perfeccionarse o no. Por ello no cabe extender el plazo de caducidad pactado —incluso prorrogado, como en el presente caso— más allá de los estrictos términos convenidos y si el optante

no manifestó su voluntad de contratar en el término fijado decae para él definitivamente el derecho concedido. (**STS de 2 de junio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don J. D. celebró con doña E. un contrato de opción de derecho de superficie y compraventa sobre una finca propiedad de ésta. El objeto del contrato era la construcción por parte del optante de una estación de servicio con sus accesorios de lavado de coches, bar-restaurante y otras instalaciones complementarias. Se fijó un precio de 40 millones de pesetas para la adquisición del derecho de superficie que duraría 25 años a partir del otorgamiento de la correspondiente escritura pública. El plazo para el ejercicio del derecho de opción y constitución del derecho de superficie con posterior opción de compra era de doce meses a partir de la fecha del contrato con prórroga de un máximo de 18 meses si, por razones urbanística, no podía ejercitarse la opción en el plazo pactado. De hacerse uso del derecho de prórroga el optante abonaría cuatrocientas mil pesetas mensuales a descontar del precio final fijado para la concesión del derecho de superficie. Hubo tres prórrogas sin que se ejercitara el derecho de opción si bien se abonaron las cantidades señaladas. A partir de una determinada fecha las cantidades que don J. D. abonaba en la cuenta de doña E. le fueron devueltas. Don J. D. manifestó entonces su intención de ejercitar el derecho de opción a lo que doña E. contestó dando por rescindido el contrato. Finalmente, don J. D. acudió al Juzgado reclamando se condenase a doña E. a otorgar a su favor el derecho de superficie y opción de compra. La sentencia del Juzgado acogió la demanda de don J. D. La demandada apeló ante Audiencia que desestimó el recurso. Acudió doña E. al Tribunal Supremo que declaró haber lugar al recurso de casación absolviendo a la demandada de las pretensiones contra ella formuladas. (*R. G. S.*)

18. Opción de compra. Aceptación del optante. Efectos.—La opción de compra, como precontrato unilateral por el que una parte concede a la otra la facultad de decidir la celebración del contrato principal de compraventa (SS de 21 de noviembre de 2000 y 5 de junio de 2003), produce como efecto la puesta en vigor del contrato proyectado, como derecho y deber de una y otra de las partes. Y en el presente caso, habiéndose ejercitado la opción y perfeccionada la compraventa con la comunicación por el optante al concedente del ejercicio del derecho y extinguido así el derecho de opción, tal perfección se produce aunque no medie entrega de la cosa ni el pago del precio, pues entrega y precio pertenecen a la fase de consumación de la compraventa. En aquel negocio jurídico de 26 de octubre de 2000 se previó el derecho de opción de compra y «caso de ejercitarse», como así sucedió, se pacta la forma y los plazos de pago del «precio total de la compraventa». Por lo cual, el pago es obligación nacida de la misma y, de no hacerse, podría dar lugar a su resolución, pero no obsta al válido ejercicio del derecho de opción, como así lo entendió la sentencia recurrida. Pese a todo ello, al ejercitarse la opción se puso a disposición de los concedentes, en el mismo acto, la parte del precio de la compraventa que se había fijado en el mencionado negocio

jurídico. (STS de 12 de mayo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Con fecha 26 de octubre de 2000, M. D. vendió a los cónyuges J. A. y M. un solar y otros elementos del *relictum* de una herencia. En el mismo documento los cesionarios otorgaron a favor de M. D. un derecho de opción de compra sobre un local comercial, tres viviendas y distintas plazas de aparcamiento integrantes de un edificio de ocho plantas a construir en el solar. Las partes acordaron el pago del precio convenido de la opción tras el ejercicio del derecho, en «cualquier momento a partir de la fecha de este documento» y hasta el otorgamiento de las escrituras públicas de venta de los derechos hereditarios y de declaración de obra nueva en construcción y constitución de propiedad horizontal del edificio a construir en el solar. Al parecer, el día 12 de noviembre de 2001 las partes otorgaron escritura de permuta de solar por obra a construir y en el mismo acto J. A. reconoció la vigencia de la opción de compra mediante documento privado. Posteriormente A., G. y D., hijos herederos de M. D., comunicaron el ejercicio del derecho de opción a J. A. y M. hasta el día 3 de abril de 2002, mediante requerimiento notarial. El promotor otorgó escritura de declaración de obra nueva el día siguiente, después de obtener licencia para ejecutar la segunda fase del proyecto constructivo. Tras la negativa de los concedentes J. A. y M. a otorgar escritura de compraventa, A., G. y D. interpusieron demanda por la que reclamaron, entre otros pedimentos, que el Juzgado declarara que habían ejercido correctamente el derecho de opción de compra el día 3 de abril de 2002.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Almería desestimó la demanda mediante sentencia de 13 de diciembre de 2002. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de 30 de enero de 2004 de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Almería lo estimó íntegramente. J. A. y M. recurren en casación por considerar que el pago del precio de la opción no ha tenido lugar en la forma pactada. El Alto Tribunal declara no haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

19. Imposibilidad de revisar, en vía casacional, la interpretación de los contratos hecha por los Tribunales de instancia.—Debe aplicarse la doctrina de esta Sala, tan conocida y reiterada que huelga la cita de sentencias concretas, según la cual no es revisable en casación la interpretación del contrato hecha por los tribunales de instancia, ya que lejos de advertirse falta alguna de lógica en la interpretación del convenio litigioso contenida en la sentencia impugnada, es el recurrente quien en su crítica a tal interpretación incurre en incoherencias y contradicciones.

Inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*.—Lo anteriormente razonado determina prácticamente por sí solo la desestimación del segundo motivo del recurso, fundado en violación de la doctrina jurisprudencial sobre la *exceptio non adimpleti contractus*, pues el previo incumplimiento del convenio que el recurrente imputa a los demandantes en el alegato de este motivo tiene como presupuesto o punto de partida la interpretación de dicho convenio que el propio recurrente mantiene en el motivo primero. Resulta, así, que este motivo incurre en el vicio casacional de la petición de

principio o hacer supuesto de la cuestión, ya que da por sentada la infracción de jurisprudencia partiendo de un previo incumplimiento contractual de los demandantes no apreciado en la sentencia recurrida ni demostrado por el recurrente mediante su primer motivo de casación.

Excepcionalidad en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.—No se dan las condiciones exigidas por la jurisprudencia de esta Sala para la siempre excepcional aplicación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, a saber, alteración extraordinaria de las circunstancias originales, desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes e imprevisibilidad de la alteración sobrevenida (SSTS 1 de marzo de 2007, 21 de febrero de 1990 y 17 de mayo de 1986). (STS de 21 de mayo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—R., S., V., E. y M. interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Granada contra N. y A. Los demandantes solicitaban que se declarara la validez del convenio profesional concertado por los corredores de comercio de Granada, que entró en vigor en 1996, y que se condenase a los demandados a efectuar las liquidaciones pendientes conforme al convenio mencionado.

El Juzgado estimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia de Granada la confirmó. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A. S. C.)

20. Calificación del contrato. No viene prejuzgada por el Reglamento (CEE) número 1984/1983, de la Comisión, de 22 de junio, desde el punto de vista del Derecho interno.—La jurisprudencia declara que la calificación de los contratos efectuada por la sentencia recurrida no puede ser revisada en casación si no incurre en alguna infracción legal o es manifiestamente infundada (STS de 20 de marzo de 2009, RC n.º 128/2004 y 10 de febrero de 2009, RC n.º 1340/2002). En el caso examinado, la sentencia recurrida se limita a considerar, en el punto contemplado específicamente en este motivo del recurso, que el argumento empleado por la sentencia de primera instancia, en el sentido de que el contrato está sujeto al Reglamento (CEE) número 1984/1983, de la Comisión, de 22 de junio, no es suficiente para su calificación como contrato de reventa o, alternativamente, de comisión. Este razonamiento no puede considerarse desacertado, por cuanto el Reglamento (CEE) número 1984/1983 está dirigido a establecer determinadas exenciones por razón de categoría a las prohibiciones de restricción de la competencia para ciertos contratos de compra para reventa de carburante en estaciones de servicio con pacto en exclusiva, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, y no prejuzga su calificación desde el punto de vista del Derecho interno. En efecto, lo que importa a efectos de la aplicación del Reglamento, como dice la STJCE de 14 de diciembre de 2006 (C 217-2005), es más la realidad económica que la calificación jurídica (ap. 46).

Calificación como contrato de comisión. Razones que llevan a ese resultado.—La calificación de los contratos corresponde al tribunal de instancia y sólo puede ser revisada en casación cuando incurre en error o en manifiesta arbitrariedad. En el caso examinado el recurso pretende combatir esta calificación fundándose en la doctrina de los actos propios, la cual conduciría a la conclusión de que una de las razones por las cuales la sentencia recurrida

considera que se trata de un contrato de comisión (a saber, que el comisionista asumía la obligación de abonar únicamente la mercancía vendida) no sería aceptable, por cuanto de los actos propios del comisionista se desprendería que este abonaba la totalidad de la mercancía recibida. Esta argumentación no puede ser aceptada por las siguientes razones:

a) El precepto que se cita como infringido y la doctrina de los actos propios no han sido invocadas en el escrito de preparación del recurso. Este hecho, opuesto por la parte recurrida, es por sí suficiente para determinar la inadmisibilidad de este motivo de casación.

b) El principio de los actos propios únicamente vincula respecto de aquellos que implican el reconocimiento definitivo de una situación jurídica. La práctica del abono por parte del comisionista en el plazo de nueve días estipulado de la totalidad de una mercancía sujeta normalmente a rotación no comporta reconocimiento de la obligación de abonar el producto que no fuera despachado.

c) La calificación del contrato efectuado por la sentencia recurrida no se funda únicamente en el elemento que acaba de considerarse, sino en otras consideraciones relativas a la denominación del contrato; a ciertas obligaciones asumidas por el comisionista propias de una comisión mercantil; a la asunción por el comitente de ciertas obligaciones impropias de una relación de compra para reventa; a la limitación de la responsabilidad del titular de la estación de servicio a los aspectos relativos a la correcta medición de los aparatos surtidores y la calidad e identidad de los productos suministrados; y a la existencia de una comisión de garantía reconocida en favor del comisionista en relación con la asunción de riesgo. La impugnación de uno de los argumentos en que se funda acumulativamente la calificación efectuada por la Sala de apelación es insuficiente, en el plano lógico, para demostrar el desacierto o la falta de conformidad con el ordenamiento jurídico de la calificación efectuada interpretando conjuntamente las cláusulas del contrato.

d) Como se verá al examinar el cuarto motivo de casación, la calificación del contrato como de compraventa para la distribución o reventa carecería de consecuencias jurídicas en relación con el efecto postulado por la parte recurrente en la demanda, que consiste en la nulidad de pleno derecho por falta de determinación del precio.

Determinación del precio en el contrato, lo que impide que sea considerado ineficaz.—La desestimación del motivo cuarto de casación se funda las siguientes consideraciones:

a) Como opone la parte recurrida, el motivo se funda en la cita de preceptos genéricos y heterogéneos sin precisar con exactitud la infracción cometida. Ese defecto es por sí suficiente para determinar la inadmisibilidad del motivo.

b) Partiendo de la calificación del contrato como de comisión, la cual no ha sido eficazmente combatida en este recurso de casación, resulta aceptable la argumentación de la Audiencia Provincial en el sentido de que el precio del contrato, cifrado esencialmente en la comisión que debía percibir el comisionista, «está perfectamente determinada y clara en el contrato, así como la forma en que se debe proceder a la revisión de la misma en su caso».

c) La STS 20 de diciembre de 2007, RC n.º 4626/2000, en argumentos que son susceptibles de ser trasladados al caso enjuiciado, considera, en contemplación de una cláusula del contrato de abanderamiento en que se fijaba la garantía del precio atendiendo a criterios de mercado y a la media de los

productos ofrecidos por otros suministradores del área geográfica y comercial, que de esta cláusula no puede considerarse que el contrato no contenga una determinación del precio, porque a lo largo de la vigencia del contrato de abanderamiento se produjo la fijación de los precios, de lo que es prueba que durante este periodo se vendieron los carburantes y se cobraron las correspondientes comisiones, lo que demuestra que el precio se había ido determinando por acuerdos de las partes. Añade que la inexistencia de precio cierto produce la nulidad del contrato porque impide su cumplimiento por falta de objeto; pero esto no ha ocurrido en el litigio que la sentencia considera, porque el contrato se cumplió, lo que prueba que esta causa impeditiva no concurrió. (STS de 13 de julio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El demandante y CEPSA habían suscrito en 1996 un contrato, llamado de «abanderamiento e imagen, de asistencia técnica y comercial, y de suministro en régimen comisionista con estaciones de servicio» que, entre otros particulares, contenía una cláusula de limitación de la responsabilidad del titular de la estación de servicio a los aspectos relativos a la correcta medición de los aparatos surtidores y la calidad e identidad de los productos suministrados, y otra cláusula que establecía una comisión de garantía reconocida en favor del comisionista en relación con la asunción del riesgo. El demandante demandó a CEPSA dos años después solicitando que se declarase la nulidad del contrato por inexistencia e ilicitud de la causa, al considerar que se trataba de un contrato de reventa en el que faltaba la determinación del requisito esencial del precio, que era fijado por la demandada a su arbitrio. El demandado reconvino solicitando la declaración de validez del contrato y el incumplimiento del mismo por parte del demandante, con condena al cumplimiento y a indemnizar por los daños y perjuicios causados. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción, pero la Audiencia Provincial dio lugar al recurso de apelación, desestimando íntegramente la demanda y estimando íntegramente la reconvencción. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

21. Facultad resolutoria ex artículo 1124 CC. No opera en el supuesto de incumplimiento recíproco.—Sostiene la parte recurrente que una correcta aplicación de lo establecido en el párrafo segundo de dicha norma le facultaba para hacer compatibles de forma subsidiaria las peticiones de cumplimiento y de resolución contractual respecto del contrato de imagen, suministro y adquisición, colaboración técnica y comercial celebrado entre las partes. Pero olvida, y ello hace que ambos motivos perezcan, que el primer párrafo del citado artículo 1124 CC declara que en las obligaciones recíprocas existe como causa implícita de resolución al incumplimiento de obligaciones por uno de los obligados mientras que el otro ha cumplido por su parte lo que le incumbía, supuesto que no es el del caso ahora enjuiciado en que claramente se ha declarado en la instancia que ambos contratantes han incumplido sus obligaciones. A tal respecto la jurisprudencia —SSTS, entre otras, de 22 de octubre de 1985, 14 de abril y 30 de junio de 1986, 13 de marzo de 1990, 18 de marzo y 22 de mayo de 1991, 9 de mayo de 1994,

24 de octubre de 1995 y 24 de abril de 2000— es reiterada en el sentido de que la facultad resolutoria de las obligaciones recíprocas, que contempla el artículo 1124 CC, exige ineludiblemente que el que pretenda la resolución haya cumplido las obligaciones que a él le incumben. (STS de 22 de junio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En fecha 1 de mayo de 1990, la entidad E., S. A. concertó un pacto de exclusividad con la entidad E. S. C. S., S. L. por la cual esta última se comprometía a adquirir de la primera sociedad todos los combustibles y carburantes de su negocio a cambio de una serie de ventajas económicas y financieras. Sin embargo, la sociedad E., S. A. entendió que se había incumplido el contrato de exclusividad y, por ello, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Madrid solicitando que se declarase la vigencia del contrato mencionado, la correspondiente indemnización de daños y perjuicios y, subsidiariamente, la resolución del contrato.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia de Madrid la confirmó. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

22. Inexistencia de resolución extrajudicial del contrato.—La sentencia infringe el artículo 1124 CC porque, descartado totalmente según los hechos probados cualquier incumplimiento de la actora hoy recurrente previo al incumplimiento de la demandada, su contratación con otro turoperador para un tiempo determinado no supuso una resolución extrajudicial de su contrato con la demandada ni tampoco una ruptura de la bilateralidad del contrato ni del pacto de exclusividad sino, como entendió la sentencia de instancia, un intento de la actora para «paliar o sobrevivir a la deficiente temporada turística» sin por ello causar perjuicio alguno a la demandada porque ésta ya se había desentendido del contrato; y es que, como también se razona en la sentencia de primera instancia, «si el hotel hubiera respetado el contrato de garantía podría haberse visto obligado al cierre, ante la ausencia de clientes». Como se desprende de las SS de esta Sala de 3 de diciembre de 1992, 14 de diciembre de 2001, 15 de diciembre de 2004 y 3 de diciembre de 2008, el incumplidor del contrato no puede pretender que la otra parte contratante, cumplidora, permanezca pasiva ante los perjuicios que el incumplimiento le está causando y busque remedios que le permitan atenuarlos, siquiera sea por la elemental razón de que cuanto menores sean estos perjuicios tanto menor será también el importe de la indemnización que la parte incumplidora deba satisfacer a la cumplidora. En el caso examinado está probado que la demandante cumplió el contrato hasta el punto de acondicionar su hotel como la demandada le había exigido, y de ello se deriva que, dadas la naturaleza, contenido y duración del contrato, no se le pudiera imponer, cuando la demandada se desentendió de sus obligaciones, el sacrificio extremo de mantener cerrado el hotel durante varias temporadas a la espera de que la demandada rectificase y decidiera volver a cumplir el contrato. Es por esto que no fue la actora quien rompió la bilateralidad del contrato ni lo resolvió «extracontractualmente», como declara la sentencia impugnada, o extrajudicialmente o de hecho, ni tampoco lo dio por extinguido sin más, como técnicamente sería más correcto entender desde la propia perspectiva del tribunal

sentenciador, sino que, por el contrario, fue la demandada, con su temprano e injustificado incumplimiento, quien puso a la actora en una situación tan apurada que justificaba plenamente su intento de, como se alega en el recurso, minimizar los daños de la temporada 2002 y buscar el modo de no tener que cerrar el negocio.

Doctrina jurisprudencial sobre el lucro cesante.—La sentencia infringe también el artículo 1106 CC, uno de los especialmente citados en el motivo primero, y la jurisprudencia de esta Sala invocada también por la parte recurrente, porque si el lucro cesante se funda en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el hecho dañoso (SSTS de 14 de julio de 2003 y 26 de septiembre de 2002, entre otros), es decir, en este caso el incumplimiento contractual de la demandada, claro está que, dado el total cumplimiento de sus obligaciones contractuales por la actora, lo razonablemente presumible era que la demandada cumpliera íntegramente las suyas y pagara su contraprestación a la reserva exclusiva de todas las habitaciones del hotel durante el tiempo pactado. De aquí que cuantificar lo que debe pagar la demandada en todo lo que ésta tenía que abonar por las temporadas contratadas no entrañe el enriquecimiento injusto que apunta la sentencia recurrida en su FJ 5.º para justificar la exclusión de lo correspondiente a las temporadas 2002, 2003 y 2004, sino que esa cuantificación constituirá en principio la base de la suma a cargo de la demandada para, a partir de la misma, y por el principio de que los daños y perjuicios indemnizables son los verdaderamente sufridos o probados como tales, deducir lo que ganó la actora al contratar con el otro turoperador tras desentenderse la demandada de sus obligaciones. **(STS de 3 de junio de 2009;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La Entidad Mercantil C., S. A., propietaria de un hotel, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Manacor contra la turoperadora LTU en reclamación de los daños y perjuicios fruto del incumplimiento del contrato concertado entre la cadena hotelera y la turoperadora. El contrato estipulaba que la entidad hotelera reservara todas sus plazas y servicios en exclusiva para la empresa turoperadora con la obligación de ésta de pagar las habitaciones reservadas con independencia de que llegaran a ocuparse, todo ello durante las temporadas turísticas comprendidas entre los años 2001 a 2004. Sin embargo, y ante el incumplimiento de la empresa turoperadora ya durante el año 2001, la sociedad C., S. A. concertó otro contrato con una turoperadora distinta.

El Juzgado estimó íntegramente la demanda al considerar que debía indemnizarse a la entidad hotelera por la totalidad de las temporadas reservadas. Apelada la sentencia, la Audiencia de Baleares la revocó, al afirmar que sólo debían indemnizarse los daños hasta que el hotel contrató con otra turoperadora. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo y confirmó la sentencia de instancia con la única modificación de que, de las cantidades que debía pagar la demandada a la actora, debería restarse lo ganado por ésta merced a su contrato con la otra turoperadora. (A. S. C.)

23. Artículo 1108 CC. Abono de intereses por cumplimiento tardío y culpable de una obligación consistente en el pago de una cantidad de dinero. Exigencia de liquidez. Evolución jurisprudencial.—La Sala 1.^a tiene declarado, en S de 16 de noviembre de 2007, lo siguiente: «Ciertamente, durante mucho tiempo, la doctrina jurisprudencial, a través de la exigencia de liquidez y con apoyo en el principio (en realidad regla, o aforismo) de *«in illiquidis non fit mora»* (sin base histórica ni de derecho positivo), vino manteniendo un criterio muy riguroso al requerir, prácticamente y de modo general, coincidencia de la suma concedida con la suplicada para que pudiera condenarse al pago de los intereses legales desde la interpelación judicial. La exigencia fue atenuada a partir de la S de 5 de marzo de 1992, seguida por las de 17 y 18 de febrero y 21 de marzo de 1994; 19 de junio, 20 de julio, 9 y 30 de diciembre de 1995, y otras muchas posteriores, que sustituye la coincidencia matemática por la «sustancial», de modo que una diferencia no desproporcionada de lo concedido con lo pedido no resulta obstáculo al otorgamiento de intereses. A partir del Acuerdo de esta Sala 1.^a de 20 de diciembre de 2005 se consolida una nueva orientación, que se plasma en sentencias, entre otras, de 4 de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio y 2 de julio de 2007, que, prescindiendo del alcance dado a la regla *«in illiquidis non fit mora»*, atiende al canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia para condenar o no al pago de intereses y concreción del *«dies a quo»* del devengo. Este moderno criterio, que da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva de la tutela judicial, toma como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado, y demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación del caso enjuiciado». (STS de 15 de julio de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La actora ejerció acción de reclamación de responsabilidad contractual frente a la demandada, a la que estaba ligada por diversos contratos de obra y solicitó el abono de una determinada cantidad en concepto de precio no satisfecho de diversos trabajos por ella verificados con ocasión de la citada relación contractual, así como en concepto de indemnización por daños y perjuicios sufridos por diversas causas; también, suplicó que se condenara a la demandada al pago de los intereses legales devengados desde el primer requerimiento de pago a la mercantil demandada.

El Juzgado acogió en parte la demanda y condenó a la demandada a que pagara a la actora una determinada cantidad más los intereses legales de la suma concedida desde la fecha de presentación de la demanda hasta su total pago.

Dicha sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, que condenó a la demandada al abono a la actora de una cantidad superior a la inicialmente concedida más los intereses legales a partir de su resolución.

La demandante interpone recurso de casación, acusando la infracción de los artículos 1100 y 1108 CC y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta y desarrolla, en el sentido de considerar el abono de los intereses legales desde la fecha de la interpelación judicial. El Tribunal Supremo estima el recurso. (B. G. F.)

24. Responsabilidad del Procurador: incumplimiento de obligaciones profesionales: indemnización por imposibilidad de ejecución: reconocimiento de servidumbre de paso contra RENFE: providencia no notificada: naturaleza de la relación del Procurador con su cliente.—La calificación jurídica que corresponde a la relación entre un Procurador y su cliente es la del carácter contractual. La falta de un modelo central de la relación de gestión determina que doctrinal y jurisprudencialmente se construya con elementos del mandato y del arrendamiento de servicios, que responden ambos a momentos históricos y necesidades sociales diferentes; así acuden al mandato representativo las SSTS de 28 de enero, 25 de marzo y 3 de octubre de 1998, 23 de mayo de 2001, 7 de abril de 2003 y 11 de mayo de 2006, mientras que las SSTS de 25 de noviembre de 1999 y 27 de julio de 2006, entienden aplicable el régimen del arrendamiento de servicios. El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigida según su naturaleza y circunstancias. Concorre la responsabilidad por negligencia o morosidad cuando, producido objetivamente el incumplimiento, el obligado no acredita, si, como normalmente ocurre, está en su mano, haber actuado con el grado del cuidado exigible con arreglo a dichas circunstancias y haber ocurrido circunstancias imprevisibles o inevitables que impidieron el cumplimiento en los términos convenidos.

Determinación de la cuantía del daño: doctrina general.—Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnización por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales, no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando exista una desproporción o se comete una infracción del Ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del *quantum*. La parte recurrente imputa a la sentencia no haber tenido en cuenta el daño patrimonial sufrido por la frustración de las actuaciones judiciales que hubiera podido emprender.

Daño por frustración de una acción y daño moral.—Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, debe calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza; en este supuesto no puede confundirse la valoración discrecional de la compensación —que corresponde al daño moral— con el deber de efectuar un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción. Aunque ambos procedimientos resultan indispensables para atender al principio *restitutio in integrum* que constituye el juicio del derecho de daños, sus consecuencias pueden ser distintas, especialmente en aplicación del principio de proporcionalidad; así mientras todo daño moral efectivo, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar.

La sentencia recurrida se funda en las circunstancias y resuelve conforme a ellas otorgando una indemnización fundada en la imposibilidad de interponer recurso contra la sentencia de primera instancia; y aun cuando califica

como daño moral el perjuicio padecido, no se acusa una notoria desproporción entre el daño económico que es susceptible de ser apreciado según las posibilidades reales de éxito de la acción impugnatoria contra la sentencia de primera instancia y la indemnización fijada, que se determina en un porcentaje prudencial sobre el total de la indemnización a que se condenó a la actora en la expresada sentencia, y no puede afirmarse que no se haya tenido en cuenta la pérdida de oportunidades de obtener un beneficio patrimonial si se hubiese disminuido la indemnización fijada. En todo caso, la actora no alega hecho alguno, entre los admitidos como probados, del cual pueda deducirse una mayor probabilidad de éxito en sus pretensiones –en el caso de que no se hubiera producido la conducta negligente por parte del procurador–, que pudiera justificar la procedencia de aplicar un porcentaje superior sobre la indemnización, a cuyo pago resultó condenada. **(STS de 12 de mayo de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–RENFE interpone demanda de responsabilidad civil por daños y perjuicios contra el Procurador que le había representado en un anterior pleito judicial sobre acción confesoria de servidumbre de paso. El demandado admitió que la sentencia dictada en el procedimiento de menor cuantía no fue entregado en tiempo oportuno al Abogado, por lo cual RENFE no pudo recurrirla y devino firme; en ella se reconocía la existencia de una servidumbre de paso y se condenaba a aquella a estar y pasar por esta declaración y a restituir al reclamante el derecho de paso. Al resultar la sentencia de imposible cumplimiento, se inició el procedimiento para fijar la indemnización; con fecha 20 de febrero de 2001 se dictó providencia notificada al Procurador al día siguiente; éste manifestó haber dado traslado al Abogado en tiempo oportuno, pero RENFE afirmó que no se le entregó copia de la providencia, sino del auto de 17 de mayo de 2001, en que se fijaba en torno a cien millones de las antiguas pesetas la indemnización de daños y perjuicios que debía abonar RENFE por imposibilidad de ejecución de la sentencia firme. El Juzgado consideró cierta en ambos extremos la versión de la parte actora y condenó al demandado al abono de 121.225,61 euros. La Audiencia Provincial, siguiendo el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos entendió que el Procurador había notificado al Abogado la providencia de 20 de febrero de 2001, pues en el escrito promoviendo incidente por nulidad de actuaciones se reconocía que se le había dado traslado del contenido de dicha providencia; pero consideró que la conducta del Procurador de no notificar en tiempo oportuno la sentencia dictada había perjudicado los intereses legítimos de RENFE de interponer los oportunos recursos y le había producido un daño moral que valoró en 60.101,21 euros, a cuyo pago condenó al Procurador. Sólo se admitió el recurso de casación interpuesto por RENFE, que resulta rechazado con base en la doctrina extractada. El Tribunal Supremo lo rechaza, si bien discrepa de la argumentación de la Audiencia Provincial, en cierto modo, reinterpretándola. (G. G. C.)

25. Cláusula penal: no cabe su moderación judicial cuando se hubiera previsto por los contratantes para sancionar el cumplimiento

deficiente de la prestación.—El artículo 1154, con precedentes en el artículo 1805 del Proyecto de 1851 y en el artículo 1231 CC francés —«... *a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier...*»— remite al juicio de equidad del Juez para la moderación de la pena convencional «cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Como señalamos en la S de 20 de junio de 2007, responde la mencionada norma a la idea de que, cuando los contratantes han previsto una pena para el caso de un incumplimiento total de la obligación, la equidad reclama una disminución de la sanción si el deudor la cumple en parte o deficientemente, ya que, en tal caso, se considera alterada la hipótesis prevista.

En definitiva, la potestad judicial moderadora de la pena convencional está contemplada para los supuestos en que «la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor» como establece el artículo 1154 CC —SS de 13 de julio de 1984, 29 de marzo y 21 de junio de 2004—, pero sólo si tal incumplimiento no hubiera sido el pactado como el supuesto condicionante de la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes.

Dicha doctrina ha sido sancionada por la jurisprudencia que, por respeto a la potencialidad normativa creadora de los contratantes —art. 1255 CC— y al efecto vinculante de la regla contractual —*pacta sunt servanda*—: artículo 1091 CC—, rechaza la moderación cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento parcial o deficiente de la prestación. Así, la S de 13 de febrero de 2008 se remite a la de 14 de junio de 2006 para declarar que «cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 CC si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial. Por ello, la moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que, como afirma la doctrina, la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis, porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes».

En el caso que se enjuicia, la Audiencia Provincial de Madrid redujo la pena no para adaptarla a una voluntad de las partes no expresada y presunta, sino porque le pareció desproporcionada y porque el incumplimiento al que la habían vinculado los contratantes, como una consecuencia querida, era de escasa entidad.

La aplicación de la jurisprudencia cuya esencia ha quedado expuesta lleva a la conclusión de que el Tribunal de apelación hizo una indebida utilización de la potestad moderadora de la cláusula penal que atribuye el artículo 1154, al corregir sin justificación el resultado del ejercicio legítimo por los contratantes de su autonomía de voluntad, mediante una cláusula cuyo efecto vinculante ha de ser en el caso el mismo que el de las demás del contrato.

Prohibición de concurrencia.—[...] para afirmar que un producto compite con otro se hace necesario llevar a cabo un [...] juicio, de naturaleza distinta, a partir de los hechos probados, para identificar el mercado relevante, en sus dimensiones objetiva, temporal y espacial, y para comparar los productos supuestamente competidores, todo ello a la luz de reglas económicas y jurídicas cuya aplicación al caso tolera [...] una revisión en casación,

como hemos declarado en supuestos semejantes a estos efectos –así, respecto de la relación de causalidad, S de 29 de noviembre de 2006; la entidad resolutoria del incumplimiento de contrato, S de 14 de mayo de 2007; o la existencia del riesgo de confusión en el ámbito de las marcas, SS de 7 de julio de 2006, 12 de junio de 2007 y 15 de enero de 2009. (**STS de 1 de junio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.–La empresa M. I. V. demandó a don Nicanor, don Carlos Manuel, don Aurelio, la sociedad H. H. y la fundación L. reclamando se aplicara la pena convencional establecida para el caso de infracción de la prohibición de competencia incorporada a un contrato de transmisión de acciones de una Sociedad Anónima. En esencia, la empresa había adquirido de los demandados las acciones que le faltaban para ostentar el cuarenta y nueve por ciento de una sociedad anónima dedicada a la actividad editorial. En el contrato se pactó una prohibición de concurrencia que obligaba a los vendedores a evitar actividades que pudieran competir con el negocio de la sociedad durante un periodo de tres años. La pena establecida para caso de incumplimiento de la prohibición consistía, para cada uno de los incumplimientos, en 200 millones de pesetas cuando la contravención consistiera, concretamente, en la edición de publicaciones en el ramo del automóvil. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la reclamación condenando a los demandados al pago de 400 millones de pesetas. Recurrieron en apelación los demandados y la Audiencia estimó parcialmente el recurso revocando la resolución de instancia y rebajando el monto de la condena a la cantidad de 40 millones de pesetas. Recurrieron en casación ambas partes y el Tribunal Supremo declaró haber lugar a los dos recursos a consecuencia de lo cual la condena a los demandados se concretó en 200 millones de pesetas. (R. G. S.)

26. Arras. Se presume el carácter meramente confirmatorio de las arras salvo que los contratantes expresen clara y evidentemente su función penitencial.–En torno al carácter de las arras, es doctrina constante, plasmada en la reciente S de 24 de marzo de 2009 (Recurso de casación 946/2005), que cita la de 20 de mayo de 2004, que a su vez menciona la de 24 de octubre de 2002, que «ante la imposibilidad de dar concepto unitario de las arras, la doctrina moderna distingue las siguientes modalidades de ellas: a) Confirmatorias. Son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien representando un principio de ejecución. b) Penales. Su finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, caso de incumplimiento. c) Penitenciales. Son un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada. Esta última es la finalidad reconocida por el art. 1454» señalando también la antedicha S que «las arras o señal que, como garantía permite el art. 1454, tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en aquel sentido según declararon las SS de 24 de noviembre de 1926, 8 de julio

de 1945, 22 de octubre de 1956, 7 de febrero de 1966 y 16 de diciembre de 1970, entre otras, debiendo entenderse en caso contrario que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado (STS de 10 de marzo de 1986)». En otras palabras, y como señala la STS de 31 de julio de 1993, «el contenido del art. 1454 CC no tiene carácter imperativo, sino que, por su condición de penitencial, para que tenga aplicación es preciso que por voluntad de las partes, claramente constatada, se establezcan tales arras, expresando de una manera clara y evidente la intención de los contratantes de desligarse de la convención por dicho medio resolutorio, ya que, en otro caso, cualquier entrega o abono habrá de valorarse y conceptuarse como parte del precio o pago anticipado del mismo». (STS de 29 de junio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—En el contrato privado de compraventa de un apartamento y su correspondiente plaza de garaje se introduce una cláusula a cuyo tenor: «En caso de que la parte compradora incumpliera el presente contrato, perderá la cantidad entregada, en caso de que el incumplimiento fuese por la parte vendedora, ésta, deberá devolver la cantidad entregada por duplicado». Ejercitada por la parte compradora la acción de cumplimiento de contrato, solicitando que éste se elevara a público, alega el vendedor el carácter penitencial de las arras y, consiguientemente, su voluntad de desistir del contrato dando por perdido el duplo de lo recibido en su día. Tanto en primera como en segunda instancia, se interpreta la cláusula transcrita como continente de una cláusula penal con función meramente confirmatoria, criterio que hace suyo también el Tribunal Supremo. (L. F. R. S.)

27. Presupuestos de la acción pauliana.—En el motivo único del recurso se enumeran los requisitos de la acción pauliana cuando, realmente, sus presupuestos son simplemente, como se ha apuntado anteriormente, el *eventus damni* que implica la subsidiariedad y el *consilium fraudis* que implica la conciencia del perjuicio. Normalmente, el crédito del acreedor es anterior al acto dañoso y fraudulento, aunque cabe la acción cuando se produce la enajenación en consideración al crédito futuro (así, STS de 15 de marzo de 2002). No es éste el caso. En el presente, se constituye una fianza, es decir, el contrato (20 de marzo), cuando ya los fiadores carecen de bienes inmuebles (desde el 7 de marzo) y cuando nace el crédito, por vencimiento de la póliza (30 de abril) se presenta la demanda (8 de mayo): como dice, en caso semejante, la STS de 8 de marzo de 2003, no ha lugar a la acción rescisoria por no haber perseguido los bienes de los deudores para hacer efectivo el cumplimiento de su obligación como lo eran las participaciones sociales de los mismos o, en su caso, haber ejercitado la acción rescisoria contra su transmisión de tales participaciones a terceros. Pero se ha ejercitado la acción revocatoria frente a una transmisión de inmuebles a una sociedad de la que eran socios únicos y que se había constituido antes de la constitución de la fianza. No cabe, pues, que ésta prospere y, por ello, la sentencia no ha infringido los artículos que se alegan como infringidos; el recurso debe ser desestimado, con la condena en costas que impone el artículo 398.1 en su remisión

al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (STS de 28 de mayo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—En fecha 7 de marzo de 2002, C. y su esposa, T., constituyeron, como únicos socios, la entidad mercantil I. H. C. T., S. L., a la que aportaron varios de sus bienes inmuebles. Asimismo, el 25 de marzo de 2002, vendieron a la sociedad L. E., S. L., cuyos únicos socios eran el matrimonio mencionado, diversas fincas más de su propiedad. La sociedad L. E., S. L. concertó, en fecha 20 de marzo de 2002, una póliza de descuento de efectos comerciales con C. A. E., que venció el 30 de abril de 2002, constituyéndose C. y T. como fiadores solidarios de las obligaciones derivadas del contrato. Ante el impago, C. A. E. interpuso demanda en la que solicitaba la rescisión de la escritura de constitución de sociedad y del contrato de compraventa celebrados por fraude de acreedores.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Almedralejo estimó en parte la demanda, al considerar procedente la acción pauliana contra la sociedad L. E., S. L., pero la denegó respecto de la otra sociedad, al considerar que los bienes que se aportaron a dicha entidad mercantil fueron anteriores a la constitución de la póliza. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia de Badajoz, salvo la condena en costas. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

28. Forma de configurar el privilegio general establecido a favor de los créditos de la Hacienda pública.—Para realizar el cómputo del privilegio general no deben tenerse en cuenta los créditos ya clasificados con una y otra condición.

Calificación de los recargos por deudas tributarias y de la Seguridad Social.—Los créditos por recargo tributario de apremio, tanto por deudas tributarias como de la Seguridad Social, han de considerarse como créditos subordinados dado su carácter de sanción derivada del incumplimiento de la deuda correspondiente.

Calificación de los créditos tributarios por IVA.—Como regla general, los créditos por IVA contra un deudor concursado deben considerarse como créditos concursales y no contra la masa. Sólo cuando el hecho imponible del impuesto ha tenido lugar con posterioridad a la declaración del concurso, el crédito puede ser calificado como un crédito contra la masa. El momento de liquidación del impuesto no altera la calificación del crédito por IVA. Esta doctrina jurisprudencial se basa en los principios de *par condicio creditorum* (igualdad entre los acreedores) y restricción de los privilegios reconocidos.

Calificación de los créditos derivados de retenciones por IRPF.—Estos créditos deben considerarse como subordinados cuando se refieren a rentas o salarios abonados antes de la declaración del concurso, con independencia de que las normas tributarias establezcan un periodo para la liquidación o el ingreso que concluya con posterioridad a la declaración concursal. Es necesario tomar como referencia el momento en el que nace la obligación de retener: cuando se abonan las rentas o salarios. Atender al periodo en que procede el ingreso supondría una discriminación para el resto de los acreedores concursales en la medida en que los plazos de ingreso pueden variar en

función del sujeto obligado. (STS de 20 de septiembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La AEAT interpuso demandas incidentales derivadas de un concurso de acreedores solicitando, entre otras cosas, la calificación de «privilegiados» para algunos créditos tributarios por IVA e IRPF y sobre los recargos tributarios y de la Seguridad Social.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó las demandas y esta sentencia fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial. Interpuesto recurso de casación por la abogacía del Estado, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*J. D. S. C.*)

29. Calificación de un crédito tributario por IVA.—En general, los créditos por IVA contra un deudor en situación de concurso de acreedores constituyen créditos concursales (con privilegio general). Sólo pueden obtener la calificación de créditos contra la masa cuando deriven de obligaciones nacidas de la Ley con posterioridad a la declaración del concurso. La obligación tributaria derivada del IVA nace con la operación mercantil a la que se vincula y no con la liquidación del impuesto. Aceptar este último criterio supondría vulnerar el principio de igualdad entre los acreedores del concursado dado que la liquidación de impuesto varía en función de determinadas circunstancias. Por consiguiente, para que un crédito por IVA sea considerado como un crédito contra la masa es necesario que la operación a la que se vincula se haya realizado con posterioridad a la declaración del concurso. (STS de 1 de septiembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una mercantil fue declarada en concurso de acreedores. Una vez realizada la calificación de los créditos concursales, la AEAT impugnó el cálculo de los privilegios realizado por la Administración concursal solicitando la calificación del crédito por IVA contra el concursado como un crédito contra la masa.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda calificando el crédito impugnado como un crédito concursal con privilegio general. En grado de apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso confirmando la sentencia de instancia. La AEAT interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo que fue igualmente desestimado. (*J. D. S. C.*)

30. Asunción de deuda.—A partir de una S de 22 de febrero de 1946 se abrió camino en la jurisprudencia la figura de la asunción de deuda, que ha sido considerada como un negocio atípico que se rige por lo pactado, debe ser consentido por el acreedor y que encuentra su fundamento en lo establecido en el artículo 1255 CC. A tal efecto, la STS de 16 de marzo de 1995 dice que «la institución de asunción de deudas, si bien carece de regulación precisa en nuestro Código, salvo la referencia genérica de sus preceptos 1112 y 1205, ha sido integrada doctrinalmente por la jurisprudencia de esta Sala, ya que se ha declarado que opera ocasionando la sustitución del deudor originario por el posterior, que voluntariamente acepta y asume la obligación de

satisfacer la deuda, con lo que se alcanza estado liberatorio para el primero. De esta manera no se da la coexistencia de dos créditos frente a dos deudores, al prevalecer el último como obligado pasivo, necesitando para la plena eficacia el consentimiento del acreedor, que no cabe sea en forma tácita o presuntiva, sino expresa y decidida, no siendo preciso que sea coincidente con el acto jurídico asuntivo, ya que puede ser posterior, pero debidamente manifestado [...]» (SSTS de 6 y 27 de junio de 1991, 23 de diciembre de 1992 y 29 de noviembre de 2001).

Cesión de crédito.—Es un negocio jurídico que se efectúa entre el titular del crédito, cedente, con un tercero, cesionario, en cuya virtud éste se convierte en titular del crédito cedido (art. 1526 CC). De esta forma, el deudor cedido ve que su acreedor ha cambiado. (STS de 15 de julio de 2009; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El 16 de noviembre de 1990, E. compró a la entidad P., S.L. unas viviendas en construcción. Este contrato fue resuelto por las partes el 15 de febrero de 1992. La vendedora recurrió a la propiedad de las viviendas y reconoció adeudar, por diversos conceptos, a E. la suma de 12.000.000 de pesetas. Esta cantidad debería ser pagada antes del 15 de febrero de 1993.

El 11 de enero de 1993, E. cedió a M. el crédito que tenía contra P., por un importe de 13.000.000 de pesetas. El mismo día M. dirigió una carta a E. en la que dijo que «por la presente, y en base a los acuerdos suscritos con P., S.L., en el día de la fecha, y en virtud de lo dispuesto en la estipulación primera por la que me efectúa la cesión de los derechos de crédito contra la aludida entidad, como complemento a su clausulado, por medio del presente documento reconozco adeudarte la suma de diez millones de pesetas como contraprestación a la adquisición de diversas fincas a mi favor operada».

E. y su esposo demandaron a M. alegando que le habían efectuado un préstamo, que el prestatario invirtió en la compra de unos inmuebles en las operaciones inmobiliarias de P., de la que era socio; que desde 1995 no había abonado ninguna cantidad a sus tíos y que entre el capital y los intereses, debía a los demandantes una cantidad de 20.901.033 pesetas. Pedían que se condenara al demandado al abono de dicha cantidad más los intereses. M. respondió diciendo que no hubo préstamo ni crédito alguno, aunque reconoció que debía a E. la cantidad de 10.000.000 de pesetas, pero no debía los intereses.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, calificando de asunción de deuda lo que, a juicio del Alto Tribunal es, sin embargo, una cesión de créditos. (B. G. F.)

31. Compraventa. Perfección del contrato.—La venta se perfecciona entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado. Así lo establece el artículo 1450 CC, que confirma el carácter consensual y obligacional de la compraventa. El contrato se per-

fecciona por el consentimiento y no requiere como elemento estructural la entrega de la cosa, generando únicamente la obligación de entregarla, según dispone el artículo 1461 (SSTS de 31 de diciembre de 2002; 5 de octubre de 2005, entre otras muchas). La consideración de que los conceptos jurídicos tienen una sustancia propia e independiente es evidente. La determinación del artículo 1445 está referida a la entrega, por lo que es necesario para la consumación del contrato, pero no para su perfección. La propiedad no se adquirirá más que cuando la cosa sea entregada, cuando se efectúe la *traditio* para ello (arts. 609 y 1095 CC). Las consecuencias son asimismo distintas: cuando no es posible el cumplimiento de la prestación hay que distinguir si tal imposibilidad existe en el momento de la perfección contractual (momento de formación del contrato), en cuyo caso el efecto jurídico que procede es el de la nulidad de conformidad con el artículo 1272, en relación con el artículo 1261.2, ambos del CC, o si se trata de una imposibilidad sobrevenida –con posterioridad a la perfección y antes de constituirse el deudor en mora– (art. 1184 CC), en el que se da lugar a la liberación de la prestación (resolución contractual). En tal sentido, SSTS de 10 de abril de 1956; 30 de abril de 2002 y 21 de abril de 2006. La resolución del contrato, que es lo que declara la sentencia, supone por tanto la existencia de un contrato válido y eficaz, que es lo que sucedió en este caso en el que la controversia no se ha planteado en el ámbito de la nulidad contractual, sino en el de la resolución, dando por supuesto ambas partes, como no podía ser de otra forma, que la compraventa se perfeccionó por la concurrencia de los requisitos establecidos para ello, entre ellos, el de la cosa que constituyó su objeto.

Recalificación urbanística. Inexistencia de *aliud pro alio*.—En segundo lugar, la obligación de entregar cosa determinada se extingue cuando ésta se pierde o se destruye sin culpa del deudor y antes de haberse constituido en mora –art. 1182 CC–, de donde se sigue que la recalificación urbanística de lo comprado no produce alteraciones extraordinarias sobrevenidas e imprevisibles al momento del cumplimiento del contrato, que permita la resolución unilateral del mismo, cuando la compradora pudo haber hecho efectivo el compromiso de otorgar la correspondiente escritura y complementar el precio convenido en el momento de su otorgamiento; obligaciones de las que no quedaba eximido en aplicación de la doctrina del *aliud pro alio*, o entrega de cosa diversa de la pactada y consiguiente insatisfacción negocial, al ser aquél impropio para el fin a que se destina, puesto que no se le entrega cosa distinta o una cosa por otra sino la misma que había sido objeto del contrato y tampoco la prestación resultaba imposible pues nada se ha perdido, destruido o desaparecido, antes al contrario, cumplimentando su objeto social. Lo contrario sería dejar el contrato al arbitrio de la parte compradora, en contravención de los artículos 1081 y 1256 CC, y de una regla de hermenéutica –art. 1284– dirigida a buscar el significado que más conviene a producción de los efectos contemplados por los otorgantes en el contrato, y que no es otro que el de su conservación puesto que, manteniéndolo, se ha permitido al comprador cumplir la finalidad perseguida, incluso tras la recalificación. Estamos, por tanto, ante un contrato perfeccionado, conforme al artículo 1450 CC, que la vendedora ha cumplido mediante la entrega de un objeto hábil y que la compradora ha incumplido en cuanto a la obligación de otorgar escritura pública y pagar el precio, infringiendo el artículo 1501, lo que imposibilita, de un lado, la resolución instada por dicha parte, y permite, de otro, obtenerla a instancia de la vendedora, según el artículo 1124 CC que exige ineludiblemente que el que pretenda la resolución haya cumplido las obliga-

ciones que a él le incumben (SSTS 9 de octubre de 2007 y las que se citan en ella). (STS de 14 de mayo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Con fecha 24 de enero de 2001, I., P., A., B. y J. vendieron un inmueble a VHU, S.L. y la compradora entregó una cantidad a cuenta del precio. Al parecer el inmueble fue objeto de recalificación urbanística con posterioridad.

VHU, S.L. interpuso demanda contra los vendedores, por la que reclamó resolución del contrato de compraventa por inhabilidad del objeto al haberse producido la recalificación, con restitución de la cantidad entregada a cuenta del precio.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gandía desestimó la demanda, mediante S de 5 de junio de 2003. La sentencia estimó parcialmente la reconvencción formulada por los vendedores y declaró resuelto el contrato de compraventa por impago del precio, con obligación de restitución en parte de las cantidades entregadas por la compradora. Interpuesto recurso de apelación por parte de la compradora, la S de 2 de diciembre de 2003 de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Valencia lo estima, tras considerar que la compraventa no se había perfeccionado, y desestima la reconvencción de los vendedores. A continuación I., P., A., B. y J. recurren en casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

32. Compraventa. Diferencias con el contrato de distribución comercial.—La decisión contraria a subsumir la relación comercial de las partes en la modalidad de contrato de distribución es plenamente lógica y razonable atendiendo a la configuración doctrinal de este contrato. Conviene recordar que el contrato de distribución es un contrato atípico, englobado dentro de los llamados de colaboración comercial, como ocurre con los de agencia y franquicia, en el que está presente la idea de la mutua cooperación de empresarios por un tiempo indefinido o determinado pero con vocación de estabilidad, para la difusión de un producto, marca o servicio en un ámbito geográfico convenido, de forma exclusiva o no, en beneficio del principal, quien, sin necesidad de afrontar los costes de una red de difusión, va a lograr este mismo fin gracias al distribuidor, el que, por su parte, actúa en su nombre y por cuenta propia al comprar en firme al empresario concedente y revender, asumiendo los riesgos de la comercialización (por todas, STS de 20 de julio de 2007, con cita de las de 8 noviembre de 1995 y 1 febrero y 31 de octubre de 2001, que lo diferencian del de agencia en que tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio pero donde es básica la independencia del agente, como intermediario independiente que no asume ningún tipo de riesgos). Pero además, no puede obviar la entidad recurrente que también es un rasgo común a los contratos de colaboración, predicable singularmente del de distribución, con o sin exclusiva, y que los diferencia de una simple concatenación por tiempo indefinido de contratos de compraventa, la sujeción del colaborador respecto del empresario principal, al que corresponde impartir instrucciones y fijar las condiciones en que debe llevarse a cabo la distribución de los productos, y ello, como bien indica la Audiencia, aún cuando no medie entre ambos empresarios un pacto de exclusiva, traducién-

dose usualmente dicha superior dirección y supervisión del fabricante, productor o concedente en el establecimiento de cupos de venta y compra, sin perjuicio de otras manifestaciones. Por tanto, para que pueda hablarse de contrato de distribución es necesario que el distribuidor se someta al poder de decisión, dirección y supervisión que corresponde al empresario para el que colabora, aún cuando el distribuidor actúe con terceros en su propio nombre y por cuenta propia. Y ello es así incluso en casos de distribución sin exclusiva, pues aunque la autonomía del empresario cooperador es mayor en la distribución autorizada o selectiva, ello no implica que no deba atender a las instrucciones o indicaciones de su principal.

La referida característica no se aprecia en el caso enjuiciado, donde es un hecho probado que la relación comercial de las partes tiene su única razón de ser en las relaciones familiares y personales de los socios y gestores de ambas sociedades, faltando lo que la Audiencia acertadamente define como «mayor intensidad» de la actuación del concedente respecto del distribuidor, que es necesaria para excluir la presencia de una mera sucesión en el tiempo de operaciones de compra y venta mercantiles. En consecuencia, la calificación realizada por la Audiencia ha de prevalecer en casación, pues se adecua plenamente a la situación fáctica, a la que aplica correctamente la doctrina que se invoca como vulnerada, sin atisbo alguno de ilogicidad en sus conclusiones hermenéuticas. **(STS de 18 de mayo de 2009; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—LP, S.A., hoy GLP, S.A., vendió una serie de productos lácteos a PH, S.L. mediante múltiples contratos verbales de compraventa en el marco de una relación comercial continuada.

La vendedora interpuso demanda con la que solicitó que se condenara a la compradora al pago de la cantidad reclamada correspondiente al precio de los productos.

La S de 13 de noviembre de 2003 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Aranda de Duero estimó la demanda y desestimó la reconvencción formulada por PH, S.L. con la que reclamó, entre otros pedimentos, que se condenara a la vendedora a indemnizar los daños y perjuicios causados por desistir de un contrato de distribución comercial. El Juzgado consideró que la extinción unilateral por parte de GLP, S.A. no había causado los daños y perjuicios reclamados por la compradora por no haberse celebrado ese contrato. PH, S.L. interpuso recurso de apelación tras mantener la calificación del contrato que le vinculaba con LP, S.A. como de distribución comercial. La S de 23 de marzo de 2004 de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Burgos lo desestimó. La compradora recurrir en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

33. Contrato de permuta de solar por viviendas y locales en el edificio que se construirá formalizado en escritura pública. No tuvo lugar la *traditio ficta* en virtud de la escritura pública, porque la entrega se pactó para un momento posterior.—Tampoco ha habido transgresión por inaplicación del artículo 1462, ya que el párrafo segundo de este precepto dispone que «cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de

ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario».

La sentencia recurrida considera como hechos probados que no existió inicialmente «*traditio*» de la cosa, debido a que en la escritura de 27 de febrero de 1996, se pactó un compromiso de entrega en el futuro y la necesidad de otorgar la escritura pública de adjudicación para que se produjera la transmisión; y en la escritura de subsanación de 1 de marzo de 1996, se previó una cláusula penal de 1.000.000 de pesetas, por cada mes que se retrasase la entrega de los elementos comprometidos, una vez finalizada la obra en el plazo acordado, que eran treinta meses, lo que supone que la entrega de las viviendas se produciría en fecha posterior, por lo que no tuvo lugar la «*traditio ficta*», y ello por aplicación de lo dispuesto en el propio artículo 1462.

La debilidad de la posición del transmitente no es razón bastante para alterar el sistema del título y el modo imperante en nuestro Derecho.—Esta Sala tiene declarado, en S de 27 de abril de 2009, que es cierto que en los contratos similares al ahora examinado la posición del transmitente del solar frente a los incumplimientos de su adquirente queda manifiestamente debilitada por la desventaja que supone desprenderse de su propiedad sobre lo transmitido a cambio de un derecho meramente personal o de crédito, sin que algunas de las posibles garantías imaginables para proteger su derecho, como sería la reserva de dominio, resulten idóneas para la mayoría de estos contratos, dado que el adquirente del solar normalmente lo hipotecará para poder financiar la edificación. Sin embargo, esa debilidad de la posición jurídica del transmitente no es razón bastante para alterar nuestro sistema de transmisión del dominio al margen del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, y habrá de ser en el ordenamiento jurídico donde se busquen garantías que refuercen el derecho de crédito del transmitente del solar mediante, por ejemplo, seguros de caución o avales bancarios a primer requerimiento. **(STS de 6 de julio de 2009; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El demandante había permutado con una sociedad constructora un solar por viviendas y locales en el edificio que ésta se comprometía a construir. La sociedad inscribió la escritura de permuta en el Registro de la Propiedad y, al obtener un préstamo de una entidad de crédito, constituyó hipoteca sobre el solar para garantizar la obligación. Construido el edificio, la constructora suscribió escritura pública de división de fincas y entrega de locales, plazas de garaje y trasteros al demandante, pero no hizo lo propio respecto de las viviendas que, además, estaban hipotecadas. El demandante demandó a la entidad de crédito y a la constructora solicitando la declaración de nulidad de la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria por considerar que desde la fecha de la escritura pública de permuta era la propietaria de las viviendas objeto del litigio, por lo que la constructora no tenía facultades para hipotecarlas. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación instado por el demandante. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. *(L. F. R. S.)*

34. Compraventa. Simulación relativa.—Es cierto que, al examinar la causa del negocio y la sanción contemplada en los artículos 1275 y 1276 CC, la doctrina jurisprudencial ha distinguido entre la simulación absoluta —caracterizada por un inexistente propósito negocial por falta de la causa—, y la relativa —en los casos donde el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado— (por todas, STS de 22 de marzo de 2001); y, asimismo, esta Sala ha manifestado que la nulidad de una compraventa por simulación relativa de la causa, no priva *per se*, de eficacia jurídica a la donación encubierta, en cuanto la auténtica voluntad negocial, disimulada bajo la apariencia de una compraventa sin precio, y encuentra su causa verdadera y lícita en la liberalidad del donante (entre otras, SSTS de 29 de enero de 1945, 16 de enero de 1956, 15 de enero de 1959, 31 de enero de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 19 de noviembre de 1992, 21 de enero y 20 de julio de 1993, 14 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 1999).

Nulidad de la donación de inmueble disimulada.—No obstante, la posición actual, plasmada en la sentencia de esta Sala 1.^a del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, mediante S de 11 de enero de 2007, ha declarado lo siguiente: «Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El artículo 633 CC, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos. Esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria. El artículo 633 no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación, además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el *animus donandi* del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico. La no aplicación de la forma sustancial a la donación remuneratoria no puede basarse en su tratamiento legal por la normativa de los contratos en la que impera el principio de la libertad de forma. El artículo 622 sólo ordena que las remuneratorias se sometan a las normas de la donación en lo que «excedan del valor del gravamen impuesto», es decir, aquella normativa de los contratos regirá hasta la concurrencia del gravamen. El precepto es absolutamente inaplicable a la donación remuneratoria, en cuanto que por definición (art. 619) no se impone ningún gravamen al donante, sino que se remuneran servicios ya prestados que no constituyan deudas exigibles. Ciertamente que la doctrina científica ha discutido sobre el alcance de las incomprensibles palabras del legislador respecto a las remuneratorias, pero las diferentes posiciones que se propugnan no pasan de consideraciones doctrinales en modo alguno unánimes. En el terreno de la aplicación del derecho, no es posible la conjugación de los artículos 619 y 622, en otras palabras, no cabe confundir una donación remuneratoria

con una donación modal. Es en ésta en la que efectivamente puede imponerse un gravamen al donatario, pero no en la remuneratoria». Posteriormente, las SSTs de 26 de febrero de 2007 y 5 de mayo de 2008 han mantenido idéntica posición que en la reseñada de 11 de enero de 2007. **(STS de 4 de mayo de 2009;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Don Domingo, doña Rosaura y don Leovigildo, herederos de don Paulino, promovieron demanda contra doña Lorena alegando se declarase que el contrato de compraventa de la finca objeto del litigio, otorgado ante un notario en fecha 8 de agosto de 1994, del que doña Lorena era parte, constituye una simulación absoluta por falta de causa, por lo que es nulo de pleno derecho, así como, que la puesta a nombre de doña Lorena de las acciones y de las participaciones sociales ante el Corredor de Comercio en fechas 1 y 7 de septiembre de 1994, constituye otra simulación absoluta que por falta de causa es nula de pleno derecho, siendo don Paulino su único y real propietario. Subsidiariamente y para el improbable caso que se entendiera la existencia de una subyacente donación encubierta, los demandantes pidieron que se declarase su nulidad por la falta de requisitos para la donación, y por la ilicitud de la causa.

La demanda fue desestimada en ambas instancias. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca revocó la sentencia de primera instancia sólo en lo que se refiere a costas. Interpuesto recurso de casación por los actores, el Tribunal Supremo declaró haber lugar en parte, entendiendo que, al tratarse en el caso de la finca con una simulación relativa de un bien inmueble, ésta no cumplía con los requisitos de forma establecidos *ad solemnitatem* para las donaciones. (M. L. K.)

35. Compraventa simulada. Gratitud de la transmisión. Invalidez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de compraventa.—La donación es un acto gratuito que ha sido mirado con una cierta prevención por todos los legisladores, lo que ha implicado la exigencia de determinados requisitos para su validez, como excepción al principio de la libertad de forma consagrado en la actualidad en el artículo 1278 CC. Incluso en legislaciones más modernas se exige la forma pública para la validez de las donaciones, pudiendo ponerse como ejemplo el artículo 531-12 del Código civil de Catalunya, que establece que «las donaciones solo son válidas si los donantes las hacen y los donatarios las aceptan en escritura pública». Respecto de la validez de la donación encubierta, cuando ha sido disimulada por el otorgamiento de una escritura pública de compraventa, es cierto que esta Sala ha venido manteniendo una línea poco clara. Se pueden citar sentencias en las que se había negado la validez de la donación por entender que no se podía probar el *animus donandi* (STS de 1 de diciembre de 1964), o porque no constaba la aceptación del donatario por haber prestado éste su consentimiento para una compraventa y no para una donación (STS de 1 de octubre de 1991), aunque frente a ellas, son muchas las que declaran la posición contraria, es decir, la validez de la donación de inmuebles disimulada. Sin embargo, a pesar del problema planteado por la forma

de las donaciones remuneratorias, la línea marcada por las sentencias más recientes con relación a las donaciones es que la escritura de venta no sirve para cubrir el requisito de la forma de la donación (SSTS de 2 de abril de 2001, 23 de octubre de 2002, 11 de enero de 2007, 4 de marzo y 5 de mayo de 2008 y 4 de mayo de 2009, por no citar sino las más recientes). Esta es, en consecuencia, la doctrina que debe ser aplicada al presente recurso de casación.

[...] La sentencia del pleno de esta Sala, de 11 de enero de 2007, declaró que «[...] una escritura de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos», doctrina seguida por las siguientes sentencias: 26 de febrero de 2007, 18 de marzo de 2008, 5 de mayo de 2009, 18 de marzo de 2008 y 4 de mayo de 2009. La S de 18 de marzo de 2008 resume la reciente doctrina diciendo que «[...] en cualquier caso esta Sala se ha inclinado en su doctrina más reciente por sostener la invalidez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de compraventa por faltar el requisito *ad solemnitatem* de constar la donación, y no cualquier otro negocio, en escritura pública y figurar también en ella la aceptación del donatario». (STS de 27 de mayo de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La finca, objeto del litigio, pertenecía al patrimonio hereditario de doña Ana María, que, en un testamento ológrafo nunca protocolizado, la había legado a la madre del demandante don Carlos Francisco, para que, a su muerte, pasara a otro de sus hijos, don Edemiro. Se efectuaron una serie de operaciones para evitar el pago de los correspondientes impuestos, razón por la que no se protocolizó el testamento ológrafo y puso de relieve que se había pagado en realidad el precio que constaba en las escrituras de venta de la nuda propiedad y del usufructo. Don Edemiro y su esposa adquirieron además los muebles existentes en la finca. Pasados unos años y fallecida la madre de los litigantes, don Carlos Francisco demanda a su hermano Edemiro y a su esposa doña Rosa pidiendo que se declarara la nulidad de los contratos de compraventa y usufructo por falta de causa, que basaba en la manifestación efectuada por la testadora. Además pedía la nulidad de la donación disimulada, de modo que pertenecía ésta a la herencia de la madre.

La demanda fue desestimada tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial de Madrid, en cuyo efecto don Carlos Francisco recurrió en casación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso en parte, declarando nulas y sin valor por simulación las compraventas de la nuda propiedad y el usufructo realizados entre la madre de los litigantes y don Edemiro por falta de forma requerida *ad solemnitatem*, manteniendo válida la compraventa de los muebles. (M. L. K.)

36. Donación de bienes privativos y gananciales efectuada conjuntamente por los cónyuges. El cónyuge viudo puede revocar la donación por incumplimiento de cargas actuando por derecho propio.—Es una

donación conjunta, en que la esposa codonante, fallecido su esposo codonante y sucedido el incumplimiento del modo después del fallecimiento de este último, tiene la facultad de revocar la donación conforme al artículo 647, facultad originaria, por sí misma y en nombre propio, no derivada del esposo premuerto: al donatario se le donó el total de las fincas, con un modo, lo incumplió y la codonante supérstite tienen la facultad de revocar, tanto más si los demás hermanos, herederos de su padre, el codonante, han consentido expresamente en la petición de revocación de su madre codonante, al allanarse a su demanda e incluso formularon demanda interesando tal revocación, con lo cual manifestaron su voluntad fehacientemente, aunque la demanda no fue admitida a trámite, tal como falla la sentencia de la Audiencia Provincial, a lo que se han aquietado las partes. (STS de 3 de julio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Los cónyuges donaron a uno de sus hijos la nuda propiedad de 31 fincas, 25 de las cuales eran privativas del marido y gananciales las 6 restantes, reservándose los donantes el usufructo vitalicio y solidario sobre las fincas donadas, estableciéndose la carga o modo consistente en que el donatario y los donantes vivirían en una misma casa, constituyendo una sociedad civil familiar y determinándose que en caso de discordia que hiciese forzosa la separación de la vida en común entre el donatario y los donantes, se disolvería la sociedad familiar y quedaría resuelta y sin efecto la donación. Posteriormente, la convivencia quedó tan deteriorada que el donatario abandonó el caserío con su familia. Habiendo fallecido el marido donante, su viuda ejerció la revocación de la donación por incumplimiento de cargas. Antes de la contestación a la demanda, el donatario demandado solicitó que la demanda fuera notificada a sus hermanos, que se personaron en el procedimiento y formularon reconvencción solicitando también la revocación de la donación. El demandado contestó a la demanda y formuló reconvencción solicitando el cese de cualquier actuación que le impidiera la plena posesión del caserío familiar y sus pertenecidos. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y la reconvencción interpuesta por los hermanos del demandado. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, revocando la sentencia de instancia en el sentido de desestimar la reconvencción interpuesta por el demandado y acordó no admitir a trámite la demanda formulada por los hermanos del demandado. El demandado interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (M. C. B.)

37. Cláusula de sustitución o reversión a favor de tercero introducida en la donación: efecto automático.—Existe un paralelismo entre la donación con cláusula de sustitución o reversión a favor de tercero y la sustitución fideicomisaria, de forma que «en el momento de cumplirse el evento condicional previsto», las personas beneficiarias adquieren su derecho, «sin perjuicio de poder renunciarlo». El efecto de la reversión es por tanto automático y no requiere la aceptación formal expresa del tercero favorecido.

(STS de 15 de julio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don Enrique recibió una donación de su madre en la que constaba una cláusula en virtud de la cual si éste fallecía sin haber vendido el inmueble y sin descendencia, éste pasaría a su hermana Josefa o, si ésta hubiera premuerto, a sus hijas, Encarna y Marina. Al fallecer don Enrique, su mujer continuó en la posesión del inmueble, incluido en el inventario de la herencia, pero su sobrina Encarna demandó judicialmente que se declarase que la propiedad del inmueble les pertenecía a ella y a su hermana Marina (al haber premuerto Josefa a Enrique) y que el título de posesión de su tía era nulo. En Primera Instancia se desestimó la demanda por falta de legitimación activa, al no existir documento público de aceptación de la donación por parte de la actora, pero la Audiencia Provincial entendió que no cabe extender la formalidad del artículo 633 CC al efecto, siendo suficiente la aceptación de la persona favorecida por la cláusula introducida en la donación, cualquiera que sea la forma en que la aceptación se haya expresado. Por consiguiente, estimó parcialmente la demanda por lo que se refiere a la actora, desestimándola en cuanto se refiere a su hermana Marina, codemandada. En casación se confirmó la anterior. (C. J. D.)

38. Arrendamiento de vivienda: ruina técnica (art. 118 LAU).—La doctrina jurisprudencial mayoritaria (SSTS de 18 de noviembre de 1972; 30 de enero de 1984; 17 de julio de 1992; 7 de septiembre de 1994; 15 de febrero de 1996; 16 de julio de 2008 y 6 de julio de 2009) entiende que para la determinación de la ruina técnica, además de la valoración individualizada, es preciso computar las reparaciones que exija el inmueble que directa o indirectamente vengán referidas a viviendas o locales objeto de arrendamiento, cuando los elementos comunes se encuentren afectados por importantes deficiencias. En estos casos se necesita una reconstrucción de mayor alcance para que el arrendatario pueda continuar en el uso pacífico y seguro del inmueble. Por ello para cuantificar el coste de la reparación la ley hace referencia al límite del 50 % del valor real al tiempo de ocurrir el siniestro, para determinar la procedencia o no de la ruina técnica y la pertinencia o no de la reparación. Es decir, debe existir una desproporción manifiesta entre el resultado perseguido (reconstrucción) y el coste de producción que justifique la declaración de ruina técnica y la consiguiente resolución de los contratos de arrendamiento.

Además dichas obras de reconstrucción deben ser las necesarias para la habitabilidad del inmueble, sin que puedan incluirse las de mejora, confort u ornato, ni aquellas que fueran requeridas por normas administrativas para esos fines (SSTS de 30 de diciembre de 1968; 7 de julio de 1969; 1 de diciembre de 1972; 13 de mayo y 21 de diciembre de 1974 y 15 de febrero de 1996). (STS de 22 de julio de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La mercantil A. S. L. interpone demanda contra varios de los arrendatarios del inmueble de su propiedad y solicita que se resuelvan los contratos de arrendamiento conforme al artículo 118 LAU.

El Juzgado de Primera Instancia acoge la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y no entra a conocer del fondo de la cuestión. En grado de apelación, la Audiencia Provincial revoca la sentencia y declara la resolución de los contratos de arrendamiento, condenando a los demandados a que dejen libre y desocupado en el plazo legalmente previsto el inmueble con apercibimiento de lanzamiento de no verificarlo. Se interponen dos recursos de casación y el Tribunal Supremo desestima el primero y estima el segundo, por lo que declara resueltos los contratos de arrendamiento al igual que la Audiencia, salvo respecto de uno de los demandados por falta de legitimación pasiva, al no ser la demandada la arrendataria de la vivienda. (*S. E. M.*)

39. Contratos de arrendamiento: la duración como elemento esencial. El derecho de prórroga forzosa.—El artículo 1543 CC define el arrendamiento de cosas como aquel contrato por el cual «una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto». Así, el tiempo determinado —o, en su caso, determinable— por el que el propietario-arrendador cede el uso de la cosa, que le es propia, constituye un elemento esencial en todo arrendamiento.

La legislación de arrendamientos urbanos mantuvo desde el año 1920 la existencia de un derecho de prórroga forzosa a favor del arrendatario sobre la duración inicialmente pactada, que primero se plasmó en el artículo 57 LAU de 1964 con carácter irrenunciable y posteriormente fue dejada a voluntad de las partes en el artículo 9 del RD 2/1985, de 30 de abril, que suprimió el carácter forzoso de tales prórrogas. La doctrina discutió ampliamente sobre la naturaleza de dicha prórroga impuesta al arrendador e incluso criticó su falta de correspondencia con las reglas contractuales del Código civil; no obstante, se justificaba por la clara voluntad del legislador de evitar que los principios sobre libertad de contratación perjudicaran al arrendatario, que se consideraba la parte más débil en el contrato.

La evolución legislativa se ha manifestado claramente en contra de dicha prórroga, suprimiendo en primer lugar su carácter forzoso (art. 9 RD 2/1985) y abandonando definitivamente su reconocimiento y regulación en la nueva LAU de 24 de noviembre de 1994, cuyas disposiciones transitorias se dedican a establecer un sistema de finalización de aquellos contratos que, nacidos antes de su entrada en vigor, estaban sujetos a prórroga forzosa para el arrendador y facultativa para el arrendatario.

Contratos de arrendamiento para uso distinto al de vivienda en la LAU 1994. Duración, en concreto, el pacto de duración indefinida.—El artículo 4 de la LAU, dispone en su apartado 3, que «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el Título III de la presente Ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código civil». Se erige así por la ley la «voluntad de las partes» como la determinante con carácter prioritario del contenido contractual y, en concreto de la duración del arrendamiento, teniendo en cuenta que el apartado 1 del citado artículo 4 establece que los arrendamientos regulados en dicha Ley se someterán imperativamente, entre otras normas, a las comprendidas en su Título IV, dentro del cual (art. 37) se prevé que la formalización escrita del contrato habrá de comprender, entre otros extremos, «la duración pactada».

Aun cuando se entendiera que, en los términos regulados por la LAU 1994, la «duración pactada» podría ser indefinida, dicha solución no puede ser acogida por vulnerar los preceptos de carácter general que disciplinan los contratos y, en concreto, el de arrendamiento: así el artículo 1534 CC impone la fijación de un tiempo determinado para el arrendamiento, y el 1256 del mismo Código, impide que la validez y el cumplimiento de los contratos pueda quedar al arbitrio de una de las partes contratantes.

En este sentido ha de afirmarse que una cosa es que el legislador pueda imponer, por razones de política legislativa, la prórroga forzosa para el arrendador, como efectivamente mantuvo para los arrendamientos urbanos desde el año 1920 hasta el año 1985, y otra muy distinta que las partes puedan hacerlo válidamente por la vía del artículo 4 de la LAU 1994 y el 1256 CC, sin alterar por ello la propia esencia y naturaleza del contrato que de por sí ha de ser de duración determinada –o, al menos, determinable– y sin que deba aceptarse que una duración fijada de un año prorrogable indefinidamente a voluntad del arrendatario por años sucesivos, suponga realmente la fijación de una duración en la forma exigida por la ley.

Arrendamientos de duración indefinida, arrendamientos de duración determinable y arrendamientos sin plazo.–La doctrina suele realizar la distinción expuesta.

En los primeros las partes no sólo no han querido fijar verdaderamente la duración del contrato, sino que han previsto una relación locaticia que podría durar para siempre por la sola voluntad del arrendatario. Estos son los que verdaderamente plantean un problema de duración no resuelto directamente por la ley.

La validez de los segundos –de duración determinable– es generalmente admitida por la doctrina en tanto que tal duración quedará fijada en relación con determinados hechos previstos por las propias partes (por ejemplo, la vida del arrendatario, su residencia por razones laborales en determinado lugar, etc.).

La validez de los terceros –arrendamientos sin fijación de plazo– queda salvada por el propio Código civil al establecer (art. 1581) que «si no se hubiere fijado plazo al arrendamiento, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario».

Centrándonos en los arrendamientos de duración indefinida, la jurisprudencia de la Sala 1.^a, en referencia a contratos de arrendamiento regidos por el Código civil, fuera por tanto de la especial regulación arrendaticia urbana en el tiempo en que la misma preveía la posibilidad de prórrogas forzosas, se ha manifestado en contra de la duración indefinida (SSTS de 15 de octubre y 17 de noviembre de 1984, 17 de septiembre de 1987 y 27 de junio de 1989, entre otras).

Arrendamientos para uso distinto al de vivienda: efectos del pacto de duración indefinida.–La intemporalidad que supone el hecho de dejar exclusivamente a voluntad del arrendatario, de modo indefinido, el tiempo durante el que habrá de usar la cosa arrendada, conculca la propia naturaleza del contrato. Lo anterior determina que la cláusula que así lo establece no puede desplegar sus íntegros efectos en la forma convenida; tampoco puede aceptarse que ello deba equivaler a una absoluta falta de previsión contractual que pudiera reclamar la directa aplicación de lo establecido en el artículo 1581 CC; ni siquiera debe entenderse que el plazo de duración sería de un año, pues se

dejaría al arrendador la facultad de extinción a la finalización del primer año y posteriores.

La solución que, por vía jurisprudencial, cabe dar al planteamiento de tales situaciones ha de llevar a integrar la cláusula de la forma más adecuada a efectos de que no se produzcan unos u otros efectos indeseables. A este respecto, en relación con arrendamientos sujetos al Código civil, y con base en argumentos que resultan también aquí aplicables, parte de la doctrina se ha inclinado por acudir a la analogía del arrendamiento con la figura del usufructo y, en consecuencia, entender que cuando el arrendatario es persona jurídica la duración máxima que cabe imponer al arrendador, sin perjuicio de que la voluntad de las partes pueda llevar los efectos del contrato más allá del indicado tiempo, es la de treinta años que la ley establece como límite temporal para el usufructo en el artículo 515 CC. (**STS de 9 de septiembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La cuestión litigiosa se plantea en relación con el arrendamiento de cuatro locales de negocio mediante contratos celebrados en fecha 1 de diciembre de 1998 —estando ya vigente la nueva LAU de 1994— con inclusión en todos ellos de una cláusula de duración de un año, prorrogable por plazos de igual duración a exclusiva decisión del arrendatario (persona jurídica), sin limitación temporal de dichas prórrogas, que en cosecuencia, podrían ser usadas de modo indefinido. La cuestión nuclear del proceso consiste en determinar si tal convenio ha de entenderse vinculante para el arrendador en la forma que aparece redactado.

En primera instancia se estima la demanda interpuesta por el arrendador; la Audiencia Provincial, sin embargo, revoca la decisión del juzgado.

El Tribunal Supremo entiende que el contrato tiene una duración máxima de treinta años. (*B. G. F.*)

40. Arrendamientos para el uso distinto del de vivienda. Obras necesarias. Reparaciones a cargo del propietario.—El apartado 10.3 de la letra c) de la DT 2.^a de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos señala que el arrendador puede repercutir el importe de las obras de reparación necesarias en el arrendatario para mantener la vivienda en estado de servir para el uso convenido, en los términos resultantes del artículo 108 TRLAU de 1964 o de acuerdo con otras reglas alternativas ofrecidas por la propia disposición transitoria. La DT 2.^a hace mención al sistema jurídico aplicable a los contratos de arrendamiento concertados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 —sin diferenciar entre los anteriores y posteriores a la entrada en vigor de la ley de 1964—, pero la DT 1.^a de la misma Ley se concreta a los contratos de arrendamiento concertados con posterioridad al 9 de mayo de 1985. La cuestión controvertida consiste en la determinación de si el artículo 108 TRLAU de 1964, invocado por la DT 2.^a de la Ley vigente, se dirigía sólo a aquellas viviendas cuyo arrendamiento persistiera a la fecha de entrada en vigor de la Ley de 1964, y no a los posteriores. Por otra parte, el artículo 107 LAU de 1964 preveía que, con carácter general, las reparaciones necesarias a fin de conservar la vivienda o local de negocio arrendado en estado de servir para el uso convenido serían de cargo del arrendador. Esta sede ha sentado que la principal obligación del arrendador, después de poner al arrendatario en

posesión de la cosa, es la de mantenerle en el goce pacífico de la misma, para lo cual deberá realizar cuantas reparaciones sean precisas. La Sala 1.^a del Tribunal se ha pronunciado con relación a que, cuando la cuantía de la renta era especialmente baja, no cabía obligar al arrendador a soportar las obras necesarias, siendo que ello no pasaba de ser una excepción que no justifica el establecimiento de este régimen con mención a los arrendamientos con una renta de mercado, conforme acaecía con muchos de los posteriores a la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, o que la tendrían una vez efectuada la actualización de rentas prevista en la DT 2.^a.

La STS de 16 de mayo de 1995 viene a declarar que el sentido del artículo 108 encuentra su contrapartida en el artículo 97, los dos del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, debido a que cuando los precios de la renta se han pactado libremente, y con el establecimiento de las oportunas cláusulas de estabilización, el arrendador no precisa repercutir el importe de las obras necesarias al arrendatario para el mantenimiento de la cosa arrendada en el estado de servir al fin destinado; sin embargo, esta necesidad tendrá lugar en aquellos casos en que la renta y sus posibles actualizaciones aparecen intervenidas por la Administración Pública, pues en tales supuestos no debe exigirse al arrendador que mantenga la cosa arrendada con su exclusivo peculio, en estado de servir a su objetivo, cuando no se le permita la percepción por el uso cedido de la misma del importe de su valor en el mercado.

El presente debate jurídico está referido a los gastos necesarios realizados en el inmueble arrendado para mantenerlo en adecuado estado de conservación o, según la expresión contenida en el número segundo del artículo 1554 CC, «para conservarlo en estado de servir para el uso a que ha sido destinado», sin que se trate de mejoras realizadas en el inmueble. En este sentido, podemos diferenciar cuatro grandes grupos de arrendamientos de viviendas o locales de negocio: 1.º los concertados con anterioridad a la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964; 2.º los celebrados entre esa fecha y el 9 de mayo de 1985; 3.º los perfeccionados entre el 9 de mayo de 1985 y la entrada en vigor de la actual ley de arrendamientos urbanos; y 4.º los posteriores a la entrada en vigor de la nueva ley.

En definitiva, el artículo 108 TRLAU trata de equilibrar las prestaciones entre las partes, que no es necesario cuando éstas pudieron convenirse de forma libre, con la previsión de un sistema ordenado y equitativo de actualización de las rentas. El equilibrio de prestaciones, que el artículo 108 representa, no es necesario en los contratos celebrados a partir de la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, que liberalizaba la determinación de las rentas en su artículo 97, ni tampoco en los contratos celebrados al amparo de normativas posteriores, Real Decreto Ley de 1985 y Ley 29/1994, en las que se mantenía la libertad de las partes para determinar las rentas y sus sistemas de actualización. (STS de 21 de mayo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—A fecha de 1 de marzo de 1976, la arrendadora, doña Lina, firma un contrato de arrendamiento de un local de negocio con doña Herminia. Ésta, a su vez, traspasa dicho local el 7 de mayo de 1990 a doña Dolores, que se subroga, como arrendataria,

en los derechos y obligaciones del primitivo contrato. Unos años más tarde doña Lina demanda a doña Dolores, con la reclamación de la cantidad relativa, de una parte, a rentas atrasadas, y de otra, a la repercusión del importe de determinadas obras consideradas necesarias.

El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente la demanda, y condenó a doña Dolores al abono de la cantidad en concepto de rentas atrasadas, y rechazó la reclamación por el concepto de repercusión de obras necesarias. La sentencia fue revocada en parte por la Audiencia Provincial de Murcia, que condenó a la demandada también al abono de las cantidades por obras necesarias. A consecuencia de ello, doña Dolores promovió el recurso de casación por interés casacional, siendo el tema de fondo del asunto debatido la determinación de si resulta repercutible a los arrendatarios el importe de las obras necesarias realizadas en el inmueble, a tenor de lo establecido en el aptd. 10.3 de la let. c) de la DT 2.^a de la vigente LAU, con relación a aquellos contratos que se hubieran celebrado en una fecha posterior a la entrada en vigor de la LAU de 1964. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, entendiendo que las obras necesarias en los contratos celebrados a partir de la entrada en vigor de la LAU de 1964 serán de cargo del arrendador. (M. L. K.)

41. Arrendamientos para uso distinto del de vivienda. Subarriendo para uso distinto de la vivienda. Comunicación del subarriendo al arrendador. Plazos de prescripción.—Prescindiendo del hecho de que la prescripción supone la existencia de una obligación cuyo incumplimiento sana el término previsto en el artículo 1964 CC, la S de esta Sala de 29 de enero de 2009, en un caso similar al ahora enjuiciado, ha establecido como doctrina jurisprudencial la siguiente: «el artículo 60 LAU 1964 no hace depender la facultad subrogatoria de la circunstancia de haber llevado a efecto la notificación prevenida, para otros casos, en el artículo 58 de esta Ley». Dice lo siguiente: «La DT 3.^a de la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos, establece el régimen normativo aplicable a los contratos de arrendamiento de local de negocio, celebrados antes del 9 de mayo de 1965, que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la Ley, señalando que continuarán rigiéndose por las normas del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 relativas al contrato de arrendamiento de local de negocio, salvo las modificaciones contenidas en los apartados siguientes de la misma, entre las que se encuentran las relativas a la extinción y subrogación, disponiendo en el núm. 3 del apartado B, 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”».

Esta norma, a diferencia de la Transitoria 2.^a, para las viviendas, en la que no solo introduce un nuevo régimen subrogatorio, sino la forma de hacerlo efectivo, no fija las reglas especiales de procedimiento, ni los efectos que resultan de la falta de notificación en un plazo determinado, tanto por jubilación como por fallecimiento del arrendatario, y ello ha dado lugar a un interesante debate doctrinal sobre las consecuencias que su omisión

conlleva, que va desde quienes consideran que, al no remitirse la DT 3^a.B a ninguna norma específica concreta, esta se produce automáticamente, por lo que no es preciso ejercitarla ni se impone la notificación, hasta quienes entienden que es de aplicación analógica, bien el plazo de 90 días del artículo 58.2 de la Ley de 1964 o el del 16.3 de la Ley de 1994 según el apartado 9 de la DT 2.^a Ley de 1994; bien el de dos meses, al producirse la subrogación bajo la vigencia de la nueva Ley, aplicando por analogía lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de 1994, o el de un mes, según el artículo 32.4; o de quienes consideran que la omisión iría contra el principio de la buena fe del artículo 1256 CC en relación con los artículos 114.11 de la Ley de 1964 y 35 y 27 de la nueva, o defienden la aplicación del régimen común del Código civil en cuanto a la prescripción, en base a la DA 10, al que se remite.

Sin duda esta imprevisión legislativa complica el debate desde el momento en que la normativa anterior se complementa con la nueva mediante la incorporación de la jubilación como causa de extinción o subrogación, que estaba en el artículo 60 del Texto del 64 referido exclusivamente a la muerte del arrendatario, sobre el que ya se había pronunciado con reiteración esta Sala en las SS de 5 de octubre de 1963 y 12 de mayo de 1971, y de forma indirecta en las de 9 de diciembre de 1964 y 5 de noviembre de 1991, en el sentido que el artículo 60 no hace depender la facultad subrogatoria de la circunstancia de haber llevado a efecto la notificación prevenida, para otros casos, en el artículo 58 de la Ley, y así resultaba, incluso, del hecho de que al discutirse en las Cortes la Ley de 11 de junio de 1964 no prosperasen varias enmiendas encaminadas a exigir dicha formalidad, como precisa la S de 12 de mayo de 1971.

Es cierto que este conjunto de sentencias está dictado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, pero el principio de continuidad de las normas de la Ley de 1964, que no hayan sido modificadas en la de 1994, determina que aquello que no estaba, siga sin estarlo ahora en esta suerte de contratos, al no haber quedado afectados por la DD única, y que con independencia de que la notificación sea necesaria para que el arrendador pueda conocer con quien ha de seguir la relación arrendaticia y valorar su ajuste a la legalidad, permitiéndole el ejercicio de las acciones de todo tipo frente a quienes lo ocultan y le impiden la recuperación del local, nunca serán estas las resolutorias de la relación arrendaticia si el cambio de titularidad del antiguo por el nuevo arrendatario se produce en la forma que la ley permite puesto que ni la Transitoria la impone, ni lo hace la de 1964, ni tampoco ello es posible a partir de una reinterpretación de la doctrina de esta Sala bajo la consideración de que la nueva Ley establece un nuevo estatuto normativo para esta suerte de contratos, incluido el efecto resolutorio, convirtiendo en ilegal lo que no lo era para el mismo hecho y los mismos contratos, puesto que no implica incumplimiento de ninguna de las obligaciones propias del arrendatario, y como tal no tiene encaje en el artículo 11.4 de la LAU de 1964, al no ser tampoco de aplicación las previsiones sobre notificación de las subrogaciones contenidas en el artículo 58.4 para las viviendas, norma que tiene desde luego una razón de vigencia que es completamente diferente de las que regulan los locales de negocio, dado el distinto régimen jurídico y económico que resulta de unos y otros arrendamientos, y que ha impedido y sigue impidiendo para los contratos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, trasladar obligaciones de uno a otro a partir de una interpretación extensiva o analógica de las mismas, cuyo incumplimiento dé lugar a la resolución

del arriendo por una causa que no tiene efectos constitutivos de la transmisión ni tiene cabida en un sistema tasado, como es el de la Ley de 1964, a diferencia de lo que sucede en la de 1994 en la que el incumplimiento de las obligaciones resultantes del contrato, por cualquiera de las partes, da derecho a quien hubiere cumplido a instar la resolución contractual conforme al artículo 1124 CC (artículo 26). **(STS de 10 de junio de 2009; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Maximiliano y don Eloy interpusieron una demanda contra doña Adelaida suplicando que se declarase resuelto el contrato de arrendamiento de uso distinto de vivienda, que les vinculaba con la demandada, por falta de notificación de la subrogación *mortis causa*, por el fallecimiento de la anterior arrendataria, doña Felicidad.

La demanda fue desestimada tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial de Madrid. Interpuesto el recurso de casación por la parte actora, éste ha sido admitido en su vertiente de interés casacional, fundamentándose en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

La cuestión jurídica se centra en la valoración que debe darse a la DT 3.ª de la LAU de 1994, que regula la subrogación en el contrato de local de negocio, en lo que se refiere a la notificación que el arrendatario subrogado debe hacer al arrendador por el fallecimiento de su titular, en relación con los artículos 33 y 16.3 del mismo Texto Legal y 58.4 TRLAU de 1964 –primer motivo–; artículos 3.1 y 4.1 CC –segundo– y 9.3 de la CE –tercero–. Los recurrentes consideran que pueden aplicarse analógicamente los artículos 33 y 16 de la LAU de 1994 o el artículo 58.4 TRLAU de 1964, por razones de seguridad jurídica. La sentencia de la Audiencia no considera procedente la aplicación analógica en cuanto ésta sería en perjuicio de reconocimiento de un derecho y entiende que existe el plazo general de quince años de prescripción del artículo 1964 CC. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

NOTA.—Expuesta de esta manera, la doctrina del Tribunal Supremo está de acuerdo con los artículos 60 y 114 de la LAU de 1964, que continúan vigentes después de la entrada en vigor de la LAU de 1994. Según la doctrina que interpreta el primero de los preceptos, la subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario de local de uso distinto del de vivienda no exige notificación alguna como requisito legal de subrogación. Ésta tampoco se encuentra entre el *numerus clausus* de las causas de resolución de dicho contrato enumeradas en el mencionado artículo 114. Ángel Luis REBOLLEDO VARELA, *Aranzadi Civil*, núm. 22/2010, Estudio Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2010. (M. L. K.)

42. Contrato de obra y reconocimiento de deuda por los comitentes. Reclamación por la constructora de la deuda reconocida. El deficiente planteamiento del recurso de apelación por el constructor no convierte en incongruente el pronunciamiento de la Audiencia Provincial al condenar a varios demandados absueltos en primera instancia y reducir el importe de los condenados.—La sentencia sería incongruente por incon-

gruencia *extra petita* si se hubiese mantenido la condena de los de la primera instancia y se hubiese condenado a los absueltos en esa instancia a su pago. Pero ello no se ha producido, porque, al margen de que la Audiencia se encontrase limitada por el máximo del *quantum* solicitado, lo que le habría llevado a corregir el pronunciamiento de condena a los absueltos desde los 81.260.178 pesetas a los 27.249.016 pesetas, la sentencia por ella dictada en segunda instancia se pronuncia también sobre los recursos de apelación planteados por algunos de los codemandados condenados inicialmente, en el sentido de reducir la condena de cada uno de ellos conforme al mismo planteamiento por el cual se ha obtenido el pronunciamiento condenatorio de los absueltos, con la afirmación de que «la reducción del importe total de la deuda que suponen los pagos realizados con posterioridad al reconocimiento de deuda y las condenas firmes que ya vienen impuestas en la instancia, lo que ya se explicó en el FD 7.º, debe beneficiar a todos los demás, distribuyéndose entre todos ellos proporcionalmente a su cuota esa disminución, obteniéndose en definitiva las siguientes cantidades debidas (...)».

Por tanto, la Audiencia ha establecido que lo adeudado por los absueltos ahora condenados y los condenados cuyo recurso se estima en parte alcanza al importe que se entiende aún adeudado a la actora, dividido entre todos en proporción a su participación, atendiendo al objeto de la litis y sin que se haya concedido más de lo pedido ni cosa distinta. Al contrario: de la sentencia de apelación resulta una estimación parcial de la demanda, toda vez que se rechaza la calificación de solidaridad de la obligación y se condena a cantidad menor de la solicitada inicialmente. El deficiente planteamiento del recurso de apelación por la parte recurrente no convierte en incongruente el pronunciamiento obtenido por la Audiencia, la cual se ha movido en los estrictos términos del debate y con el límite cuantitativo de la demanda.

La interpretación del contrato corresponde al órgano jurisdiccional de instancia y sólo puede ser combatida en casación cuando sea ilógica, errónea, arbitraria, absurda o contraria a Derecho.—Los recurrentes pretenden imponer su peculiar interpretación frente a la doctrina, también reiterada de esta Sala, de acuerdo con la que la interpretación del contrato corresponde al órgano jurisdiccional de instancia y solo puede ser combatida en casación cuando sea ilógica, errónea, arbitraria o absurda o incluso contraria a derecho, en sentencias cuya reiteración y conocimiento excusan a esta Sala de su cita concreta. Este resultado no se ha producido en este litigio, cuyo fallo únicamente condena al pago a quienes se obligaron a ello en virtud de la relación obligacional expresada en el contrato de obra y en el posterior reconocimiento de deuda.

Regla *in illiquidis non fit mora* y su matización por la reciente jurisprudencia.—En realidad la norma rectora de la obligación de prestar los intereses es la del artículo 1101 CC, que establece que «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de las obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas», lo que debe completarse con el artículo 1108 CC, cuando la obligación incumplida consistiese en la entrega de una cantidad de dinero. Pues bien, lo que ha resultado probado en este procedimiento es el incumplimiento, a pesar de todas las alegaciones de las partes recurrentes dirigidas a hacer olvidar que el procedimiento se inicia por el acreedor por incumplimiento del acuerdo de reconocimiento de deuda efectuado con sus deudores. No puede pues aplicarse la regla *in illiquidis non fit mora*, porque la cantidad estaba establecida en el citado documen-

to, donde, además, se efectuó el reparto de acuerdo con los porcentajes de cada uno de los comuneros, por lo que era fácilmente determinable. Teniendo en cuenta que los intereses de demora tienen una función básicamente indemnizatoria de los daños y perjuicios y demostrado, como se ha demostrado en el procedimiento, el incumplimiento de los ahora recurrentes, no existe razón alguna para acceder a las peticiones incluidas en estos motivos. Además, esta Sala ha venido matizando la aplicación de la regla *in illiquidis*, en sus últimas sentencias. Así, la STS de 5 de enero de 2009 dice que «señala con razón el Tribunal de apelación que esta Sala, modificando su doctrina tradicional –contenida en las SSTS de 15 de febrero y 30 de noviembre de 1982 y 21 de junio de 1985, entre otras muchas–, ha dejado de considerar que la liquidez de la deuda sea un presupuesto de la mora del deudor, al admitir la existencia de ésta aunque en la demanda se hubiera reclamado el pago de una deuda de cuantía superior a la finalmente declarada en la sentencia y, por lo tanto, aunque el proceso hubiera servido para liquidar la obligación –SSTS de 8 de noviembre de 2000, 26 de diciembre de 2001, 17 de noviembre de 2004, 9 de noviembre de 2005 y 30 de enero de 2007, entre otras» (ver asimismo SSTS de 25 de marzo, 6 de abril y 20 de mayo de 2009).

Naturaleza del reconocimiento de deuda como contrato de fijación.—Los recurrentes parten de la ficción de la absoluta separación entre el contrato de obra y el reconocimiento de deuda. Ciertamente las relaciones obligatorias entre las partes surgen con el contrato de obra, en cuya virtud el constructor se compromete a realizar la obra y la comunidad y los propietarios se comprometen a pagar lo construido. Así el segundo contrato, al que las partes denominaron «reconocimiento de deuda» debe considerarse como un contrato de fijación, cuya finalidad fue precisar con toda seguridad la situación jurídica creada por el propio contrato de obra, determinando el contenido de la relación jurídica creada, porque, por una parte, se recibió la obra, y por otra, se determinaron las cantidades que restaban por pagar al final de la ejecución de dicho contrato, así como la forma de su pago. El segundo contrato, pues, contenía un reconocimiento de la deuda final, que no puede calificarse en absoluto de abstracto, porque tiene una causa previa que lo justifica, pero tampoco puede calificarse como novación, porque en definitiva lo único que se efectuó fue la determinación de la cantidad que restaba por pagar a la finalización del contrato. El segundo contrato, por tanto, depende del primero y no puede pretenderse que se interprete de forma independiente.

Las anteriores razones excluyen las denuncias de ser contraria a la buena fe la actitud del contratista y de vulnerar la doctrina de los actos propios, puesto que la demandante recurrida sólo ha pedido el cumplimiento del contrato en su conjunto, es decir, el formado por el inicial contrato de obra y el complementario de reconocimiento de deuda, lo que tenía pleno derecho a efectuar, al haberse producido un incumplimiento, tal como ha apreciado correctamente la sentencia recurrida.

Naturaleza mancomunada de las deudas de los demandados.—En el caso concreto es correcta la calificación de la obligación como mancomunada que ha efectuado la sentencia recurrida, examinando los distintos elementos que concurren dado que no se pactó la solidaridad; que cada comunero promovía la construcción de su vivienda, siendo propietario de una concreta, y aunque hubo una sola obligación, la del pago de la obra, no fue solidaria, sino dividida en tantas partes como comuneros existían, aunque de acuerdo con el artículo 1138 CC, la división conduzca finalmente a que se repute que

existen deudas distintas unas de las otras (SSTS de 19 de septiembre de 1997 y 1 de julio de 2002). (**STS de 8 de julio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—A consecuencia de un contrato de obra de construcción de un complejo urbanístico y de la urbanización correspondiente celebrado entre una constructora y una comunidad de bienes, terminadas las obras se celebró entre las partes un contrato de reconocimiento de deuda por importe de 128.707.869 pesetas. La constructora demandó posteriormente a los propietarios que tenían pendientes de pago cantidades relacionadas con la ejecución de la obra y la comunidad de propietarios, incluyendo a los que habían transmitido sus participaciones sobre la vivienda a construir y los que las habían adquirido, incluso después de finalizada la obra, solicitando que se declarase que estaban obligados solidariamente al pago. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a algunos demandados a pagar cantidades diversas y absolviendo a otros. Presentados recursos de apelación por el demandante y diversos demandados, la Audiencia Provincial los estimó parcialmente, condenando a algunos demandados que fueron absueltos en la primera instancia. Presentados los recursos de casación por la demandante y diversos demandados, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (*L. F. R. S.*)

43. Ruina a efectos del artículo 1591 CC. Distribución de la carga de la prueba.—Es sabido (por todas, STS de 26 de marzo de 2007) que la existencia de ruina, a los efectos de la norma citada, precisa de una doble apreciación: una, de índole fáctica, que consiste en la fijación de los hechos y circunstancias que integran el defecto constructivo, incluida la entidad o gravedad del mismo, y otra, de índole jurídica, que consiste en la calificación de aquella base fáctica como constitutiva de ruina, en alguna de las modalidades que la jurisprudencia admite como tal: física, potencial o funcional.

A la hora de abordar la cuestión de a quién corresponde el esfuerzo probatorio conducente a la acreditación del defecto constructivo, por estar todo ello comprendido en el juicio fáctico que ha de efectuar el tribunal, recuerda la S de 22 de julio de 2004 (recurso 2505/1998), con cita de las de 17 de febrero de 1982, 28 de octubre de 1989, 30 de septiembre de 1991, 27 de junio de 1994 y 15 de marzo de 2001, que la objetivación de la responsabilidad en el ámbito del artículo 1591 CC mediante una presunción de culpa de los partícipes en la edificación supone que, «una vez probados los defectos por el demandante, incumbe a los demandados demostrar su falta de responsabilidad en aquéllos (SSTS de 17 de marzo de 1993, 27 de junio de 1994, 19 de octubre de 1998, 25 de junio de 1999 y 5 de noviembre de 2001)».

En esta misma línea, la más reciente S de 28 de abril de 2008 (recurso 1316/2001), con cita de las de 29 de noviembre de 1993 y 31 de mayo de 2000, afirma que es doctrina constante en el ámbito de la responsabilidad decenal la que proclama que, acreditado que una construcción es defectuosa, se presumirá que existe una acción u omisión negligente del sujeto agente, el cual siempre responderá del daño, salvo que concurran las circunstancias

enervantes de la acción, de tal forma que «la falta de prueba sobre el origen del daño, no recae sobre los demandantes, 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.

Lucro cesante. Requisitos para su reconocimiento.—Es preciso que se concrete el valor de la pérdida y su vinculación con el incumplimiento. No procede su estimación cuando se solicita de manera abstracta. (**STS de 16 de julio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La entidad demandante y recurrente en casación ejerció la acción decenal prevista en el artículo 1591 CC, fundada en este caso en los vicios y defectos aparecidos en la vía de acceso a la Estación de Servicio cuya concesión ostentaba. La demanda fue formulada contra la empresa constructora y contra el proyectista y director de la obra, interesando: a) su condena al pago de la cantidad líquida que tuvo que invertir la actora en el parcheo y reasfaltado de la vía afectada, para mantenerla en servicio y continuar con su actividad negocial; b) su condena a realizar a su costa las obras necesarias para dotar a la mencionada vía de las condiciones de seguridad, comodidad, persistencia y solidez exigibles, levantando el firme existente para sustituirlo por otro que, por estar asentado sobre materiales adecuados, permitieran su compactación y con ello las cualidades antes expresadas, y, finalmente, c) la condena a abonar a la actora el lucro cesante o ganancia dejada de percibir durante el tiempo de duración de las obras en que, a consecuencia de éstas, tuviera que cesar forzosamente su actividad negocial. Todo ello más costas y gastos del pleito.

La sentencia en primera instancia estimó parcialmente las pretensiones dirigidas contra la entidad contratista, a la que condenó a reintegrar, con intereses, el coste de las obras de parcheo y reasfaltado afrontadas por la actora y absolutoria respecto de las ventiladas contra el codemandado. En síntesis, el juzgado justifica el acogimiento, aunque parcial, de la demanda frente a la contratista, señalando que, de los dos conceptos por los que se reclamaba, sólo la pretensión de reintegro de las cantidades pagadas para realizar obras de parcheo y reasfaltado dirigidas a garantizar el mantenimiento de la actividad negocial estaba fundada, careciendo de respaldo probatorio en cambio la pretensión basada en la existencia de defectos en el firme, vinculados a la inidoneidad de los materiales empleados.

La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante, acogiendo en parte el deducido por la demandada condenada, lo que llevó a la Audiencia a revocar la resolución apelada en el único extremo de rebajar la condena impuesta y a confirmar el resto de pronunciamientos.

El Tribunal Supremo considera desacertada la decisión de la Audiencia, habida cuenta de que la parte demandante sí cumplió con su deber de acreditar lo que le incumbía, que no era otra cosa que la existencia de ruina dentro del plazo de garantía y su vinculación con el proceso constructivo, no siendo por el contrario de su

incumbencia acreditar ni el origen de la misma, ni identificar el comportamiento culposo del agente derivado de la infracción de un concreto deber o función propia, causalmente determinante de aquella. (B. G. F.)

44. Responsabilidad de los agentes del proceso de edificación.

Carga de la prueba.—En la acción de regreso que el promotor ejercita frente a la constructora y el arquitecto como responsable declarado de los incumplimientos que trajeron por consecuencia su condena en un pleito anterior, son de aplicación las reglas establecidas en el artículo 217 LEC, y no las que ahora resultan del artículo 17.8 LOE, y antes del artículo 1591, en la interpretación que del mismo venía haciendo la jurisprudencia de esta Sala, en garantía de la parte más desfavorecida, como es la víctima del daño, a cuyo cargo se pone la obligación de acreditar que existe un daño vinculado a la actuación de los agentes y que éste ha aparecido antes del transcurso del periodo de garantía, para trasladar a los agentes la prueba de que aquellos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño. Quien acciona en caso de la acción de repetición planteada entre los intervinientes en el proceso de edificación lo hace frente a quienes no fueron parte del procedimiento en el ejercicio de una acción fundada en el artículo 1591 CC, que fija la responsabilidad solidaria por sentencia a favor de los perjudicados. No se trata, por tanto, de que se individualice lo que fue considerado solidario en el primer procedimiento. Se trata de conseguir el reintegro de lo que pagó, lo que impone a quien acciona, conforme a las reglas impuestas en el artículo 217 LEC, acreditar fehacientemente la responsabilidad de quienes proyectaron, dirigieron o llevaron a cabo la ejecución material de la obra sin que sea suficiente el hecho de que se haya producido una condena de la promotora por defectos de la construcción, para repercutirla automáticamente sobre los demás agentes contratados por ella, y esto no se hizo. No estamos ante un problema de valoración de la prueba, sino ante una absoluta falta de prueba sobre las deficiencias y vicios que puedan ser imputados a cada uno de estos agentes —arquitecto, constructora—, como ya se hizo patente en la demanda, y ello supone infringir el artículo 217 LEC puesto que se hace recaer sobre una parte las consecuencias de la falta de prueba de un hecho que correspondía acreditar a la otra, con evidente vulneración, además, del principio de igualdad de armas, que se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva y en el derecho a un proceso con todas las garantías y que «es el corolario de los principios de contradicción y bilateralidad (STC de 11 de marzo de 2008, y las que se citan en ella), pues se hace mediante el traslado de los efectos de la cosa juzgada material de otro procedimiento en el que no intervinieron los ahora recurrentes, que también son ajenos a las relaciones mantenidas entre la promotora y los adquirentes de las viviendas que son los que han reclamado en el mismo. (STS de 22 de mayo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La promotora U. demanda de reclamación de cantidad por responsabilidad decenal contra el arquitecto, don Benjamín, y la entidad constructora C. A.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda. Apelada la sentencia, ésta es revocada por la Audiencia Provincial de Cádiz con el argumento de que la entidad actora, como promotora de unas viviendas, es responsable por los daños causados y debe responder del abono de los mismos en virtud de condena firme dictada en un procedimiento anterior, y como tal repite contra los demandados por la cantidad total a la que ha sido condenada, estimando en parte su reclamación al obligar a los demandados a abonar al actor una tercera parte respectivamente de la cantidad a la que ha sido condenado, siendo la última tercera parte de su cargo. Recurrida la sentencia por el arquitecto y la constructora, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y al extraordinario por infracción procesal entendiendo que según las reglas del artículo 217 LEC corresponde a la promotora acreditar la responsabilidad de los demás intervinientes en la edificación, sin que el hecho de que esta fue condenada por defectos de la construcción fuera suficiente para repercutir automáticamente sobre los demás agentes contratados.

NOTA.—La sentencia es deudora de la antigua doctrina del Tribunal Supremo, desarrollada en interpretación del artículo 1591 CC en cuya virtud «el principio que sigue invariablemente la jurisprudencia es que si hay varias personas responsables, en esta responsabilidad decenal, lo son solidariamente siempre que no sea posible determinar la proporción o el grado en que cada una de aquellas ha participado en la causación del mismo», por lo que «no puede cargarse a la víctima de la ruina, en el sentido expuesto, con la prueba de cuál ha sido la intervención y la participación de los distintos agentes de la construcción ruinosa. A no ser que sea posible la responsabilidad individual de cada uno, todos ellos responden solidariamente» (STS de 15 de diciembre de 2000, entre otras). Todo ello, sin perjuicio del posterior juicio que los declarados responsables tienen en sus manos para dilucidar entre ellos quién lo es y quién no. (Véase por todas, STS de 30 de septiembre de 1991). Con la entrada en vigor de la LOE de 1999, dicha doctrina fue recogida en los artículos 17.3 (responsabilidad solidaria de los agentes en caso de imposibilidad de individualizar la causa de los daños materiales o de precisar el grado de intervención de cada agente en el daño producido una vez probada la concurrencia de culpas), y 18 (acción de regreso). Así las cosas, un sector de la doctrina procesal señaló que desde la promulgación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, el precepto del artículo 17.3 LOE es incompatible con la regla del artículo 217 LEC, manteniendo, en consecuencia, que aquél ha sido derogado. De acuerdo con el mismo sector, el régimen de la solidaridad, aplicado al mundo de la responsabilidad por daños, se basa en la comodidad y constituye el resultado legislativo o jurisprudencial de una deficiente técnica procesal, existente antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Para éstas y más conclusiones, véase Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, «La carga de la prueba en los procesos sobre responsabilidad en la edificación. Aspectos procesales: La interpretación del artículo 17.3 de la Ley 38/1999, a la luz de la LEC.», en Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Carga de la prueba y responsabilidad civil*, Tirant lo

Blanch, Valencia, 2007, pp. 109-135). Visto el problema desde la perspectiva del Derecho civil, y prescindiendo del tipo de responsabilidad de que se trata, una eventual alternativa a la responsabilidad solidaria en casos de la responsabilidad con causas alternativas o con causalidad parcial incierta ofrecen, respectivamente, los artículos 3:103(1) y 3:105 de los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil* del EGTL, *Thompson Aranzadi*, Cizur Menor, 2008 (trad. española por Miquel MARTÍN-CASALS [dir.]). (M. L. K.)

45. Arrendamiento de servicios. Desistimiento.—El motivo primero del recurso de casación acusa la infracción del artículo 1128 CC sobre duración de las obligaciones contractuales sin plazo, en relación con el artículo 1256 en cuanto a las condiciones de resolubilidad de los contratos de duración indefinida, que han de incluir la ponderación del preaviso y la indemnización compensatoria del quebranto que se origine, conforme a la doctrina jurisprudencial contenida en las SS de 17 de septiembre de 1983, 14 de febrero de 1984, 4 de noviembre de 1988, 20 de octubre de 1989, 17 de febrero de 1996 o 15 de noviembre de 1999. El motivo se desestima. La sentencia recurrida, en su FD 5.º, ha argumentado que «queda sentado que estamos ante un arrendamiento de servicios con algunas peculiaridades derivadas de que el uso de las dependencias e instalaciones de la clínica lo realizó el doctor J.D. también en su beneficio, para la atención de sus propios pacientes, razón por la que abonaba un canon o cuota mensual. En el caso que nos ocupa son circunstancias relevantes que definen la relación de servicios entre CNSL, S.A. y el doctor J.D. su origen en un compromiso verbal y que no existe pacto relativo a la duración del contrato ni a la indemnización para el caso de resolución que puedan decidir unilateralmente el arrendador o el arrendatario. Aunque el actor defiende que la duración del arrendamiento es indefinida, lo cierto es que nada se ha probado sobre ello y, en cualquier caso, la duración indefinida propuesta, como equivalente a duración ilimitada, no resulta acorde con la consustancial temporalidad del arrendamiento, declarando en este sentido el artículo 1583 CC que el arrendamiento hecho por vida es nulo. En supuestos como el que aquí nos ocupa la jurisprudencia (SSTS de 14 de marzo de 1986 y 12 de mayo de 1997) ha indicado con relación al contrato de arrendamiento de servicios que la «falta de señalamiento de un plazo concreto de duración del contrato, permite, de acuerdo con una doctrina jurisprudencial aplicable a toda clase de contratos de duración indefinida, la resolución unilateral del contrato». A partir de esta doctrina jurisprudencial es indudable que CNSL, S.A. estaba facultada en virtud del tipo de relación que unía a las partes para resolver unilateralmente el contrato, sin que por ello exista incumplimiento contractual por su parte, no siendo así de aplicación el artículo 1124 CC.

Consecuencias.—Cuestión distinta son las consecuencias derivadas de esa resolución unilateral. En este sentido la S de 12 de mayo de 1997 establece que sólo existen «consecuencias indemnizatorias cuando la resolución del vínculo se hubiere producido en forma abusiva, que produzca de manera necesaria daños y perjuicios a la otra parte, o si implica un aprovechamiento del trabajo ajeno, que ha de ser compensado para que no pueda existir calificación de enriquecimiento injusto». Partiendo de estos supuestos que pueden justificar el resarcimiento del arrendatario afectado por la resolución del con-

trato vemos que los tres motivos por los que el actor pretende obtener indemnización (traslado de actividad profesional, descenso de ingresos por reducción del número de pacientes o daños morales) deben quedar excluidos, al igual que lo están en supuestos en los que el arrendamiento de servicios tiene una vigencia pactada o incluso en el ámbito laboral en el que, pese a su predominante sentido tuitivo, existe indemnización limitada legalmente por el despido. Tampoco apreciamos que la clínica arrendadora haya actuado de forma abusiva o que haya enriquecimiento injustamente por la resolución del arrendamiento, sin que exista prueba alguna que demuestre que haya obtenido algún beneficio. Además, sabido es que otros médicos, incluso especialistas en traumatología, prestan sus servicios en igual o parecido régimen, como sabidas son también las desavenencias de las partes previas a la resolución del contrato de arrendamiento de servicios, contrato en el que, como destaca el Tribunal Supremo en la última resolución citada, predomina el principio *intuitu personae*, y, por ello, la relación de confianza entre las partes. Es precisamente la ruptura o cese de esa confianza que debía presidir la relación lo que determinó que la clínica decidiese poner fin a la relación, comunicándolo así al arrendatario con la antelación suficiente de un mes». Esta Sala acepta los razonamientos de la sentencia de instancia. (STS de 5 de junio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—J.D. prestó servicios profesionales como médico especialista desde unas dependencias de la clínica CNSL, S.A., por un periodo aproximado diez años. Al parecer J.D. recibía pacientes del centro, atendía el servicio de urgencias y abonaba los gastos derivados del uso de las dependencias en beneficio propio.

Tras el desistimiento del contrato de arrendamiento de servicios instado por la clínica, J.D. interpuso demanda contra la clínica y RV, S.A., empresa propietaria del edificio donde se ubicaba la clínica, por la que reclamó indemnización del daño causado por el traslado de su actividad profesional, una pérdida de clientela y el daño moral sufrido.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Madrid desestimó la demanda íntegramente, mediante S de 21 de julio de 1999. Interpuesto recurso de apelación, la S de 28 de octubre de 2002 de la Sección 20.^a-Bis de la Audiencia Provincial de Madrid lo desestimó y absolvió a las demandadas del deber de indemnizar el daño. J.D. recurre en casación y el Tribunal Supremo, tras calificar la relación contractual como arrendamiento de servicios, declara no haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

46. Contrato de préstamo usurario.—Tiene la condición de usurario el préstamo cuando la cantidad efectivamente entregada es menor que la documentada al formalizar el préstamo, máxime cuando se va incrementando de modo ficticio en posteriores documentos de renovación, por aplicación del artículo 1 de la Ley sobre represión de la usura de 23 de julio de 1908, que especifica que es usurario «el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias».

Nulidad del préstamo usurario: efectos.—El contrato de préstamo usurario es absolutamente nulo y no produce efectos como tal. La Ley establece una

sanción civil específica para este caso de nulidad. Consiste ésta en que el prestatario deberá devolver al prestamista la misma cantidad recibida, sin pago de intereses. No es de aplicación por tanto lo previsto en el artículo 1303 CC, norma general en materia de nulidad que puede encontrar excepciones (art. 6.3 CC) como ocurre en este caso.

Ausencia de enriquecimiento injusto.—Existe enriquecimiento, pero no es injusto, cuando se aplica la sanción civil prevista en el artículo 3 de la Ley Azcárate. Existe enriquecimiento porque el patrimonio del deudor no experimenta la disminución patrimonial que en otro caso le habría supuesto tener que reembolsar la cantidad recibida con los intereses, pero no puede calificarse de «injusto» porque está amparado por una norma jurídica «sancionadora de una actuación tan reprobable moral y jurídicamente como es la que integra un préstamo usurario». (STS de 14 de julio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Se concedió un préstamo por determinada cantidad, inferior a la documentada formalmente. En los posteriores documentos de renovación del préstamo fue incrementándose de modo ficticio el importe de la cantidad. Ante el impago de parte de la cantidad, la prestamista interpuso demanda solicitando se declare la obligación de la parte demandada de pagar la cantidad restante más los intereses (no se reclama conforme a la cantidad documentada sino conforme a la efectivamente entregada). En la contestación a la demanda se alegó por parte de los demandados el carácter usurario del contrato de préstamo y se solicitó la declaración de nulidad de la obligación de pago de los intereses demandados. En ambas instancias se consideró nulo el contrato de préstamo por ser usurario y se declaró la obligación de la parte demandada de restituir a la demandante la cantidad aún no restituida, sin pago de intereses salvo los devengados desde la fecha de la resolución. En casación se desestimó el recurso interpuesto. (C. J. D.)

47. Mediación.—Entrando en el examen del motivo, debe señalarse que, como se expresa en la S de esta Sala de 30 de marzo de 2007, el contrato de mediación se integra en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos, cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario (SSTS de 10 de marzo de 1992 y 19 de octubre de 1993). Constituye un contrato atípico, consensual, bilateral y aleatorio, puesto que su resultado es incierto, y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil (STS de 6 de octubre de 1990, entre otras muchas).

En el supuesto de autos, la pretendida por la recurrente aproximación del contrato de que se trata al de arrendamiento de servicios no fue alegada en la demanda, por lo que debe calificarse de cuestión novedosa y, por tanto, no planteable en casación. Pero, además, tampoco puede compartirse la afirmación de la parte recurrente de que la tarea de promoción encargada a la demandante tuviera el carácter de insustituible, desde el momento en que la demandada pasó a encargarse directamente de la venta del resto de viviendas

de la primera fase y de la promoción de la venta de las viviendas de la segunda fase constructiva, sin que se haya apreciado que ello le supusiera una especial dificultad.

Régimen jurídico.—No sólo cabe aplicar analógicamente, en lo que sean de aplicación, los preceptos relativos al mandato, aunque, desde luego, la mediación y el mandato son contratos diferentes, sin perjuicio de que éste pueda añadirse a aquél, sino también, y ello se ajusta mejor al supuesto de autos, los atinentes a la comisión mercantil, cuyos preceptos bien pueden ser aplicados al caso de la gestión de la venta de pisos (así en S de esta Sala de 13 de noviembre de 2008). En la comisión, aun cuando se haya fijado un plazo de duración, cabe la revocación unilateral del contrato, siempre que ésta obedezca a justa causa (SS de 4 de abril de 1998 y 15 de noviembre de 2000, que cita la de 21 de noviembre de 1963). En S de 13 de noviembre de 2008 se expone que esta facultad de desistimiento unilateral, que es excepcional en el marco de las relaciones contractuales de carácter bilateral, se explica por la naturaleza de esta figura negocial, basada en la recíproca confianza, y se convierte en regla cuando la relación negocial no tiene plazo definido de duración.

Revocación del encargo.—En tales casos, la resolución unilateral por el comitente no confiere al comisionista más derechos que los que reserva a su favor el artículo 279 CCO. Debe tenerse presente que, como se explica en la S de 6 de noviembre de 2006, no siempre que se extingue un contrato basado en la confianza mutua procede la compensación económica. Sólo en los casos en que la resolución unilateral del contrato haya vulnerado el plazo de preaviso pactado, se muestre contraria a las exigencias de la buena fe contractual o sea abusiva, cabe admitir la procedencia del derecho a la indemnización; pero en tales casos su fundamento se ha de buscar, bien en el incumplimiento de lo acordado en punto al modo en que debía de realizarse la denuncia unilateral, bien en la omisión de la buena fe que modula el contenido de la relación negocial, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 CCO y en el artículo 1258 CC (en uno y otro caso se advierte, en definitiva, la existencia de un incumplimiento contractual), bien, en fin, en el ejercicio abusivo o malicioso de un derecho que da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1 y 2 CC.

En el caso que nos ocupa, el contrato de mediación o corretaje concertado entre las partes es de duración indeterminada, como afirma la Audiencia, aunque en el inicio de las dos fases de construcción se pactase, respectivamente, un plazo de exclusividad, que fue ampliamente rebasado en cuanto a la primera fase por la entidad actora, que no consiguió vender todas las viviendas objeto de la misma, de modo que tuvo que venderlas directamente la entidad demandada, que de tal modo perdió la confianza en que la actora pudiera realizar una eficaz promoción de venta de las viviendas de la segunda fase. Así las cosas, y no habiéndose apreciado en la instancia que exista una resolución unilateral e injustificada del contrato, ni que el desistimiento de la demandada fuera malicioso o abusivo, no puede tacharse de improcedente el desistimiento unilateral del contrato por la entidad demandada. (STS de 25 de mayo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Con fecha 25 de agosto de 2000, la promotora PAC, S.L., encargó a MI, S.L., la realización de las gestiones oportu-

tunas para la venta de un grupo de viviendas a cambio de una retribución.

Tras el desistimiento del contrato de mediación por parte de la oferente, la mediadora MI, S.L., interpuso demanda con la que solicitó que se condenara a la promotora a indemnizar los daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Sevilla estimó parcialmente la demanda, mediante sentencia de 1 de abril de 2004, y condenó a PAC, S.L., al pago de una parte de la cantidad reclamada. La S de 28 de octubre de 2004 de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla estimó el recurso de apelación interpuesto por la promotora y desestimó el recurso de la mediadora, absolviendo a la demandada. A continuación MI, S.L., recurre en casación, entre otros motivos, por considerar que había llevado a cabo la labor en el marco de un arrendamiento de servicios. El Alto Tribunal no acepta el razonamiento y declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

48. Fianza. El artículo 1825 CC comprende las deudas realmente futuras, es decir, las que aún no vinculan al deudor principal.—Así la S de 30 de octubre de 2006 (Rec. 731/2000) afirma que «la expresión en garantía de deudas futuras contenida en el artículo 1825 CC ha sido interpretada por la jurisprudencia más reciente en el sentido de comprender aquellas deudas realmente futuras, es decir, las que aun no vinculan al deudor principal. La vinculación del deudor principal actúa como condición suspensiva, de manera que cuando llegue a estarlo, adquirirá su vigencia la fianza. La jurisprudencia ha exigido, además y de acuerdo con el propio artículo 1825 CC, que la obligación futura «quede determinada en este acto o sea susceptible de serlo en el futuro sin necesidad de un nuevo consentimiento entre fiador y quien con él hubiere contratado» (S de 13 de octubre de 2005, con cita de las de 27 de septiembre de 1993 y 23 de febrero de 2000)».

Es cierto que en otras sentencias, como las citadas por la parte recurrente, se exige para la validez de la fianza sobre deudas futuras no sólo que se trate de obligaciones determinables sino además que se establezca el importe máximo a que alcanza, lo que resulta lógico a fin de evitar que el objeto del contrato quede abierto e incondicionado respecto de cualquier cantidad por la que el afianzado pudiera obligarse en el futuro dejando en realidad indeterminada la obligación del fiador.

Sin embargo, tal indeterminación no existe en el caso enjuiciado por la razón elemental de que los suministros cuyo precio queda garantizado por la fianza —de carácter general— establecida son precisamente aquellos efectuados por la parte actora Forjados Reticulares Ligeros, S.A., a Construcciones y Reformas Alcaba, S.L., con destino a las obras que la fiadora, Urbanización y Viviendas de Cáceres, S.A., encargara a ésta; respecto de los cuales, como ya se dijo, incluso cabría la acción directa en los términos establecidos en el artículo 1597 CC sin necesidad de que la fianza se hubiera establecido, por lo que no cabe entender la existencia de indeterminación ni de un carácter ilimitado respecto de su importe que contraviniera la exigencia jurisprudencial establecida en interpretación del artículo 1825 CC que, por otro lado, resulta perfectamente compatible con el 1824, que exige para la existencia de la fianza la presencia de una obligación válida —a la que se extiende la garan-

tía— que en el caso de las obligaciones futuras operará a modo de condición pues la obligación nacida con posterioridad habrá de ser válida para que quede garantizada.

En tal sentido no puede entenderse vulnerada la doctrina sentada por las sentencias de esta Sala a que se refiere la parte recurrente (SS de 23 de febrero de 2000 y 18 de marzo de 2002) que efectivamente se refieren a la necesidad de que la fianza constituida sobre obligaciones futuras fije un importe máximo para la garantía, ya que en el caso la propia fiadora, dada la especial naturaleza de la garantía constituida, estaba en condiciones de controlar el máximo de la obligación a contraer al referirse precisamente a los suministros que la actora efectuara en el futuro a Construcciones y Reformas Alcaba, S.L., para las obras cuya ejecución encargara a ésta la propia entidad fiadora. En consecuencia el motivo ha de ser rechazado.

El fiador también puede incurrir en mora en el cumplimiento de su propia obligación, devengándose los intereses correspondientes.—Aun cuando la fianza se interprete de modo restrictivo y se entienda que la obligación de dicha fiadora se extendía exclusivamente al pago del importe de las «facturas» (art. 1827 CC), no puede obviarse el hecho de que la obligación de pago del fiador frente al acreedor nace desde el momento del impago del deudor (art. 1822 CC) y el propio fiador puede incurrir en mora en el cumplimiento de su obligación desde que resulta requerido, en este caso mediante acto de conciliación (arts. 1100 y 1101 CC), por lo que los «intereses» a cuyo pago resulta condenada la recurrente no son los debidos por la deudora sino los imputables a su propio incumplimiento. **(STS de 26 de junio de 2009;** no ha lugar al recurso.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En este caso se relacionan jurídicamente tres empresas, promotora, constructora y proveedora de forjados respectivamente. La primera de ellas (URVICASA, S.A.) se constituyó en fiadora de las obligaciones contraídas por la constructora (ALCABA, S.L.) con la empresa proveedora de los materiales que habrían de utilizarse en las obras en que la fiadora actuaba como promotora y comitente. De suerte que promotora y constructora estaban ligadas por un contrato de obra, en tanto que constructora y proveedora de materiales estaban ligadas por un contrato de suministro o compraventa de materiales, afianzado a su vez por la promotora. Ante el impago de las deudas pendientes por parte de la constructora, la acreedora hace valer la fianza e interpone la acción correspondiente tanto contra la empresa deudora, como contra la fiadora, que es condenada en ambas instancias, ante la rebeldía de la deudora principal. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*M. C. B.*)

49. Contrato de fianza establecido para avalar el cumplimiento de las obligaciones de un constructor en un contrato de obra. No se extingue por haber finalizado el plazo de ejecución de la obra.—El motivo no puede prosperar pues, en primer lugar, la prórroga concedida a la contratista avalada estaba prevista en el contrato, aunque lo fuera para casos de fuerza mayor, los avales concedidos por Banco Pastor no se establecieron en consideración a una fecha determinada sino «hasta la firma del acta de recepción

definitiva» en relación con cada una de las obras a ejecutar y, además, la prórroga ni siquiera llegó a tener efecto pues se plasmó mediante documento de fecha 18 de febrero de 1997 y el día 28 del mismo mes la entidad contratista abandonó las obras y presentó solicitud de declaración en estado de suspensión de pagos. Pero, incluso en el caso de que ello no hubiera sucedido así, fue el propio Banco Pastor quien con su actuación consintió de hecho la prórroga del plazo de ejecución por cuanto tres de los cuatro avales concedidos lo fueron con posterioridad a la finalización del plazo de ejecución pactado, ya que éste concluía el 1 de junio de 1996 y se constituyeron avales en fecha 14 de junio de 1996 (por importe de 15.000.000 de pesetas) y 13 de diciembre de 1996 (por importe de 8.000.000 y 10.000.000 de pesetas).

La prórroga y la revisión de precios acordadas entre el comitente y el constructor es una novación modificativa, no extintiva.—Sostiene la parte recurrente que en el caso se produjo una novación extintiva de la obligación primitiva sustituyéndola por otra incompatible con la anterior, mientras que la Audiencia la ha calificado como meramente modificativa. En primer lugar, tal razonamiento de la Audiencia no constituye *ratio decidendi* de la sentencia y, en consecuencia, incluso su estimación no conllevaría la estimación del recurso (SS de esta Sala de 23 de marzo, 7 y 21 de septiembre de 2006; 9 de abril, 17 y 18 de septiembre de 2007) pero además no cabe afirmar que se tratara de una novación extintiva cuando subsistía el mismo objeto contractual —como era la ejecución de las obras en las condiciones pactadas, aun cuando se modificara el plazo de ejecución, así como el precio de la correspondiente a viviendas, responsabilidades y garantías, según entiende la parte recurrente— y mucho menos que lo pactado en el documento novatorio de 18 de febrero de 1997 alcanzara efecto alguno cuando pocos días después la entidad contratista abandonó las obras y solicitó ser declarada en estado de suspensión de pagos.

Al respecto cabe citar la S de esta Sala de 3 noviembre 2004, la cual afirma que la novación ha de ser considerada como meramente modificativa cuando no se afecta la esencia de lo convenido (S de 17 de septiembre de 2001) y que, en la duda, la novación debe ser considerada como modificativa (S de 27 de noviembre de 1990), además de que, en principio, siempre debe prevalecer el criterio apreciativo sobre la novación efectuada en la instancia (SS de 1 de junio de 1999, 27 de septiembre de 2002 y 29 de diciembre de 2003). **(STS de 1 de julio de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Celebrado un contrato de obra entre una sociedad cooperativa de viviendas y una constructora, se pactó que la segunda habría de aportar avales sucesivos según fuera percibiendo el precio pactado mediante certificaciones de obra. La entidad de crédito BP prestó al efecto cuatro avales. Incumplido el plazo de ejecución de las obras por la constructora, las partes concertaron un nuevo acuerdo estableciendo una prórroga del plazo de ejecución y una revisión de precios, pero pocos días después, la constructora instó su declaración en suspensión de pagos y abandonó las obras. La sociedad cooperativa demandó a la entidad de crédito en reclamación del importe de los avales prestados. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo admitió, estimando íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (L. F. R. S.)

50. Fianza. Extinción por prórroga concedida al deudor.—El tercer motivo del recurso de casación presentado por estos recurrentes, único admitido, con base en el artículo 477.1 LEC, se presenta por infringir la sentencia recurrida el artículo 1851 CC, su doctrina y la jurisprudencia. Se refiere a los contratos, a los que se había aplicado la excepción de cosa juzgada; con respecto a todos ellos señala que la Sala ha olvidado que los acuerdos extrajudiciales entre BBVA y la deudora TURHASA, realizados sin conocimiento ni intervención de los fiadores, les perjudicaron, pues no solo se modificaron los plazos, sino que se permitió a la deudora desbloquear la cuenta que tenía en el hoy BBVA para terminar las obras, con lo que se agravó la deuda. El Banco no aplicó determinadas cláusulas de las escrituras de préstamo, con lo que fueron entregadas cantidades indisponibles, lo que hizo la deuda más onerosa. El motivo se desestima. El artículo 1851 CC es una norma que, apartándose de sus precedentes, declara la extinción de la fianza y el consiguiente derecho del fiador a pedirla cuando se haya concedido una prórroga al deudor «sin el consentimiento del fiador». La interpretación del artículo se ha centrado, por consiguiente, en determinar el sentido que haya que darle a la expresión «sin el consentimiento del fiador». Este consentimiento puede ser expreso (SSTS de 20 de diciembre de 2002, 20 de septiembre de 2001), de forma que si el fiador consintió la prórroga en el momento de constituir la fianza (consentimiento genérico, mediante la renuncia a la excepción de liberación), o bien en un momento posterior, cuando la prórroga tiene lugar, no va a producirse el efecto liberatorio previsto en el artículo 1851 CC. Pero también se excluye cuando por hechos concluyentes del propio fiador (consentimiento tácito), pueda llegarse a la conclusión de que la prórroga se ha consentido.

Un problema discutido por la doctrina lo constituye el caso en que fiador y deudor componen un centro de imputación único o bien cuando el fiador crea la fianza porque está interesado en la buena marcha de la propia deuda, como ocurre en el presente recurso, en que los fiadores eran socios de la deudora y, algunos de ellos eran, además, sus administradores sociales. En estos casos se ha venido considerando vigente la fianza, como puede comprobarse en las SS de 23 de mayo de 1977, 8 de mayo de 1984 y sobre todo, 30 de diciembre de 1997, aunque con argumentos distintos, todos ellos consecuentes con el caso resuelto en cada sentencia. En el caso actual debe rechazarse el único motivo admitido del presente recurso de casación y ello en base a los siguientes argumentos: 1.º algunos de los fiadores que lo eran con la condición de solidarios, eran además los administradores de la sociedad afianzada; en cualquier caso, todos ellos eran socios de dicha sociedad, de modo que se cumple la regla anteriormente expuesta, al haberse prestado la fianza, en realidad, no sólo en beneficio de la propia sociedad, sino en interés de los propios fiadores; 2.º aunque en las constituciones de hipoteca en garantía de los créditos A y B no se pactó la renuncia a la excepción de prórroga, en el crédito C los fiadores habían admitido la posibilidad de modificación, consintiendo de forma genérica a las moratorias y facilidades de pago en la cláusula que se ha reproducido en el Fundamento primero de esta sentencia; y 3.º en su cualidad de socios administradores, intervinieron en los documentos iniciales de la suspensión de pagos, hasta que fueron sustituidos por otros administradores dentro del procedimiento. Por ello no pueden ahora pretender que se les trate como fiadores, aisladamente de sus cualidades de socios y de administradores sociales, puesto que participaron en dichos procedimientos. Además, debe recordarse que la fianza se constituye como garantía del

deudor y que en el caso del incumplimiento de la obligación, el fiador debe responder en la forma en que ha acordado con el acreedor, en este caso, solidariamente y sin beneficio de excusión o de división (ver las SSTs de 27 de febrero de 2004 y 22 de julio de 2002) y el resumen de la doctrina de esta Sala contenida en su FJ 4.º), argumento que refuerza la conclusión a que se ha llegado. (**STS de 21 de mayo de 2009**; no ha lugar al recurso de E, JL, A, MR y C; ha lugar el recurso de BBVA.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Con el fin de obtener financiación para la construcción de un hotel en Sevilla, TURHASA suscribió cuatro préstamos, tres con garantía hipotecaria, con BHE y BCI, hoy BBVA. Algunos socios de TURHASA, la mayoría de ellos administradores, otorgaron fianza solidaria en garantía del cumplimiento de las obligaciones de la empresa como prestataria. Unos seis meses después el consejo de administración acordó solicitar la suspensión de pagos de la empresa. En el marco de ese procedimiento, TURHASA acordó una prórroga con los acreedores sin intervención de los fiadores como tales.

Frente a la reclamación de los acreedores hipotecarios y no hipotecarios llevada a cabo independientemente del procedimiento de suspensión de pagos, los fiadores interpusieron demanda por la que reclamaron, entre otros pedimentos, que el Juzgado declaró extinguidas las fianzas prestadas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 55 de Madrid estimó en parte la demanda, mediante sentencia de 21 de diciembre de 2001. La sentencia de 12 de diciembre de 2003 de la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estimó en parte el recurso de apelación presentado por BBVA, por considerar que existía excepción de cosa juzgada con respecto a algunos créditos, uno afectado por un procedimiento hipotecario y otros dos reclamados en un juicio ejecutivo. Según la Audiencia Provincial, los demandantes habían podido oponer en esos procedimientos las excepciones que más tarde pretenden hacer valer en un procedimiento ordinario. En cambio, la Audiencia Provincial considera aplicable el artículo 1851 CC al cuarto crédito. Ambas partes interponen sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de los fiadores y haber lugar al recurso de BBVA. (*J. M. B. S.*)

51. Enriquecimiento injusto. *Condictio por inversión.*—Una *condictio por inversión*, en su variante de *condictio por expensas*, es una figura de perfiles borrosos que ha sido definida en la doctrina como la acción que se dirige a recuperar, de quien se ha beneficiado sin causa que lo justifique, el valor de los gastos o del trabajo incorporado a una cosa ajena. Esta figura, construida por la doctrina alemana (parágrafos 812, 946 y 951 BGB o Código Civil alemán), según ha señalado un autorizado sector doctrinal entre nosotros, ni siquiera en dicho sistema goza de gran extensión, pues allí se excluye cuando existe una relación contractual entre el propietario de la cosa y el autor de las expensas, caso en el que se han de aplicar las reglas que rigen esa relación, y cuando el poseedor ha realizado gastos y se trataba de una relación en la que el poseedor reconoce el dominio de otra persona, en cuyo supuesto son de aplicación las reglas de la *condictio de prestación*, de modo que esta *condic-*

tio por expensas sólo se aplica cuando la cosa se posee como propia. En el Derecho español cabría ver un supuesto de este tipo de *condictio* en las reglas que rigen la liquidación de un estado posesorio, cuyo eje central se encuentra en la disposición del artículo 453.II CC, que ordena restituir los gastos útiles al poseedor, pero sólo al de buena fe, por cuya razón no parece inspirada en la restitución del enriquecimiento sin causa, pues en tal caso, como ha señalado el sector doctrinal antes aludido, se restituiría el valor invertido por cualquier poseedor, sino en la misma protección de la buena fe con que se ha actuado. [...] En supuestos de liquidación del estado posesorio pueden encontrarse casos que la jurisprudencia considera como aplicación de este tipo de *condictio*, con restitución del valor de las expensas realizadas, como en los de aplicación de los artículos 453, 454, 487, 488 CC (SSTS de 15 de noviembre de 1990, 13 de octubre de 1995, 23 de julio de 1996, 12 de julio de 2000, 22 de octubre de 2002, citadas por la recurrente).

Gastos o trabajo incorporado a cosa ajena. Enriquecimiento injusto.—La pretensión basada en la existencia de un enriquecimiento injusto no es viable en caso en el que el contratista verificó las expensas cuyo valor intenta recuperar en cumplimiento de una prestación a la que estaba obligado por razón del contrato de obra convenido con el comitente de obra, y no como poseedor en nombre propio y en concepto de dueño, sino como servidor de la posesión. En este tipo de supuestos serían de aplicación, en todo caso, las reglas de la relación establecida o, a lo sumo, las de la *condictio de prestación*, si las primeras no fueran aplicables, lo que en el Derecho español conduce al *cobro de lo indebido*, si bien puede entenderse la idea de *cobro* a la adquisición, como ha propuesto alguna autorizada opinión, idea que ciertamente puede rastrearse en alguna de las sentencias anteriormente citadas, como las de 15 de noviembre de 1990, 12 de julio de 2000 o 22 de octubre de 2002. No obstante, no se puede subsumir en tal institución un caso específico en el que la adquisición de la finca, en la que está incorporado el valor derivado de la construcción realizada por el contratista, se produce a través de la ejecución de la hipoteca convenida entre la comitente de las obras, y la entidad bancaria, que prestó el numerario para financiarla, y que además vende por precio no irrisorio, a cargo de la compradora frente a la que se reclama la restitución del supuesto enriquecimiento, la finca en la que las inversiones se contienen. De modo que la adquirente de la finca, en definitiva, adquiere una utilidad que proviene del legítimo ejercicio de un derecho atribuido por un contrato, supuesto en el que la jurisprudencia viene rechazando la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto (SSTS de 19 de diciembre de 1996, 12 de diciembre de 2000, 31 de octubre de 2001, 26 de junio y 31 de julio de 2002, 8 de julio de 2003, 5 de noviembre de 2004, 30 de marzo y 10 de octubre de 2007, etc.) (STS de 25 de junio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penades.]

HECHOS.—S.G.C. realizó determinadas construcciones, cumpliendo el contrato de arrendamiento de obra convenido, en las parcelas de C.S., que no pagó por completo. C.S., que había constituido hipoteca en favor de la entidad bancaria C.A., entró en suspensión de pagos, en la que el crédito de S.G.C. fue reconocido como refaccionario. C.S. había arrendado las naves a C., sociedad constituida por los mismos socios. Un grupo de socios de C. constituyó A.M., y esta sociedad entró en la posesión de las naves como subarrendataria, y además se adjudicó maquinaria e instalaciones subastadas

por Hacienda Pública. A.M. parece que se transformó en A.M.I., o en todo caso esta última recibió el patrimonio de la anterior. La suspensión de pagos de C.S. acabó en quiebra fraudulenta. En el interin, la entidad bancaria C.A. se adjudicó terrenos, naves e instalaciones en segunda subasta del procedimiento hipotecario, y acto seguido segregó y vendió a A.M.I. y a otra entidad.

La S.G.C. interpuso demanda contra las dos, C.A. y A.M.I. alegando que se declarase: 1. Que la actora, por la ejecución de obras cuyo importe no ha percibido de C.S. se ha empobrecido, y 2. Que C.A. y A.M.I. se han enriquecido sin causa o injustamente a cargo de la demandante, la primera al adjudicarse la finca subastada con las construcciones e instalaciones, y la segunda al adquirir de la C.A. parte de la parcela, con sus construcciones e instalaciones.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, en cuyo resultado interpuso el recurso de apelación la actora. La sentencia ha sido impugnada también por la codemandada A.M.I. La Audiencia Provincial de Asturias desestimó la impugnación formulada por A.M.I., estimando en parte el recurso de apelación (sólo en lo que se refiere a las costas de primera instancia, confirmando el resto). Recurrida la sentencia por S.G.C, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (*M. L. K.*)

52. Responsabilidad de auditores de cuentas: acción ejercitada por accionistas de la auditada: naturaleza extracontractual: efectos de la auditoría frente a terceros: inaplicabilidad del artículo 1257 CC: improcedencia de la teoría de la unidad de la culpa civil.—El artículo 11.1 de la Ley de Auditoría de cuentas de 1988 establece que los auditores de cuentas responderán directa y solidariamente frente a las empresas o entidades auditadas y frente a terceros, por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones. Este precepto comporta una remisión a las reglas generales del Derecho privado, contenida expresamente en la nueva redacción del precepto llevada a cabo por la Ley 44/2002. A su vez, el artículo 211 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1988 se remite, en orden a la legitimación para exigir la responsabilidad de los auditores, a lo establecido en el mismo respecto de los administradores sociales. De estos preceptos se infiere que, en aquellos casos en los cuales no concurren los requisitos de legitimación establecidos para el ejercicio de la acción social de responsabilidad en la Ley de Sociedades Anónimas, la reclamación dirigida por los socios contra los auditores en defensa de sus propios intereses tiene carácter extracontractual, dado que quien ejercita la acción es un sujeto distinto de la sociedad que celebró un contrato con los auditores. La identidad del elemento subjetivo para apreciar la existencia de una responsabilidad contractual del agente frente al perjudicado ha sido exigida por la STS de 31 de octubre de 2007. En suma, la responsabilidad exigida por los socios a los auditores fuera del ámbito de legitimación reconocido para el ejercicio de la acción social de responsabilidad en la Ley de Sociedades Anónimas tiene carácter extracontractual y está sujeta al plazo de prescripción del artículo 1968-2.º CC. Advirtiéndose que el contrato de auditoría concertado entre la sociedad y la entidad auditora no contiene estipulaciones a favor de los socios en calidad de terceros, por lo cual éstos no pueden invocar el

artículo 1257 CC. Es improcedente aplicar la teoría de la unidad de la culpa civil, sólo aplicable en supuestos de existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección (STS de 22 de diciembre de 2008).

Dies a quo del plazo anual de prescripción.—La sentencia de apelación fija como hecho inamovible en casación que los socios tuvieron conocimiento el 20 de febrero de 1995 del acta de la Inspección en la cual se pone de relieve la existencia de la situación contable gravemente irregular de la sociedad y, en consecuencia, los defectos del informe de auditoría que desconoce la misma. No resulta aplicable la doctrina de los daños continuados pues aunque el daño se consumara en momentos posteriores, no se trata de daños de producción sucesiva e ininterrumpida, como en STS de 15 de marzo de 1993 (emisiones contaminantes), o de 2 de julio de 2001 (daños de un inmueble que continúan agravándose después de la declaración de ruina), sino que la grave situación en que se encontraba la sociedad, reflejada en el acta, ponía de manifiesto el alcance definitivo de los daños patrimoniales cifrados en la pérdida de las aportaciones económicas realizadas sin necesidad de esperar a la liquidación de la sociedad.

El expediente de la Dirección General de Seguros no interrumpe el plazo.—La iniciación de un procedimiento a instancia de la DGS no puede ser equiparada por razones subjetivas, objetivas y formales a una reclamación de carácter extrajudicial: a) el sujeto que lo ordena no es el acreedor, sino un órgano administrativo que interviene en el control técnico de la actividad de los auditores; b) tal procedimiento administrativo tiene carácter sancionador y no de reclamación de una indemnización por culpa extracontractual; c) el procedimiento administrativo no es requisito para el ejercicio de la responsabilidad extracontractual; y d) el procedimiento administrativo carece de efectos prejudiciales o suspensivos respecto de las acciones de responsabilidad civil. (STS de 27 de mayo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

53. Culpa extracontractual: daño moral reclamado por el progenitor al impedirle relacionarse con su hijo menor: responsabilidad de la madre que traslada al hijo a los Estados Unidos: irresponsabilidad de la asociación civil Dianética y del Centro de Mejoramiento Personal.—Don. Paulino interpuso una acción de responsabilidad extracontractual contra su compañera sentimental, doña Remedios y contra los otros demandados a quienes imputa haber convencido a ésta para que se inscribiera en la Iglesia de la Cienciología. Procede examinar los requisitos que esta Sala requiere para la existencia de la obligación de responder conforme al artículo 1902 CC.

El primer requisito consiste en la concurrencia de una acción u omisión en la que haya intervenido culpa o negligencia. Doña Remedios efectuó un acto contrario a derecho en un doble sentido, en primer lugar impidiendo que su hijo menor pudiese relacionarse con su padre, vulnerando así el artículo 160 CC, y en segundo lugar oponiéndose a la ejecución de las sentencias que otorgaba la guarda y custodia del hijo a su padre, resoluciones que conocía perfectamente porque en ellas aparece actuando por medio de procurador; por tanto, conociendo el contenido de las diversas sentencias en esta materia que ella misma recurrió, debe considerarse que hubo por su parte una acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paterno-filiales. No ocurre lo mismo con las otras partes demandadas, la aso-

ciación civil Dianética y el Centro de Mejoramiento Personal, pues la influencia que pudieran haber ejercido en doña Remedios no puede ser objeto de decisión en esta sentencia por falta de prueba y para proteger el principio de libertad religiosa recogido en el artículo 16 CE; además no puede atribuírseles ninguna acción u omisión dirigida a impedir las relaciones entre padre e hijo, básicamente, porque no concurre en ellas la necesaria imputación objetiva. En consecuencia, la acción de responsabilidad debe quedar limitada a la madre del menor.

El segundo elemento es si concurre, o no, daño. El problema de las relaciones entre los progenitores separados en orden a la facilitación de los tratos de quien no convive con los hijos cuya guarda y custodia ha sido atribuida al otro progenitor presenta problemas complejos, hasta el punto de que en diversas reuniones internacionales se ha venido manteniendo el principio de sanción al progenitor incumplidor para proteger no sólo el interés del menor, sino el de quien no convive con el hijo. El daño existe en este caso y no consiste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, porque en este caso sólo podría ser reclamado por el menor afectado por el alejamiento impuesto por el progenitor que impide las relaciones con el otro, sino que consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor. Debe tenerse en cuenta, además, un nuevo elemento y es que el moderno Derecho de familia rechaza la imposición coactiva de las obligaciones que puedan limitar la personalidad de los individuos, por lo que aun cuando sea posible sancionar el incumplimiento de las obligaciones entre padres e hijos, se imponen modulaciones en interés de los propios hijos. Este tipo de daños ha sido considerado en diferentes Tribunales extranjeros e internacionales. Así la S de 13 de junio de 2000 del Tribunal de Roma, en un caso de incumplimiento reiterado del derecho de visita, condenó a la madre a indemnizar al padre por habérselo impedido y consideró que el derecho de visita del padre no guardador constituye para él también un verdadero deber hacia el hijo; entendió que la madre debía satisfacerle los daños morales porque el padre no puede cumplir estos importantes deberes hacia el hijo, ni satisfacer su derecho a conocerlo, a frecuentarlo y educarlo, en razón y proporción de su propio sentido de la responsabilidad y del prolongado pero vano empeño puesto en ser satisfecho en dicho derecho. A su vez, el Tribunal de Derechos Humanos (Gran Sala) condenó a Alemania (caso *Elholz vs Alemania*, S de 13 julio de 2000) por violación de los artículos 6.1 y 8 del Convenio Europeo de 1950, en un caso en que los tribunales alemanes habían denegado al padre no matrimonial el derecho de visitas, sobre la base de la negativa de un hijo de cinco años, que sufría el síndrome de alienación parental. El Tribunal recuerda que, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio; de donde concluye el Tribunal que el demandante ha sufrido un daño moral cierto, que no queda suficientemente indemnizado con la constatación de violación al Convenio, y aunque no condenó al otro progenitor sino al Estado alemán, se debe extraer de esta jurisprudencia la doctrina según la cual constituye una violación del derecho a la vida familiar el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (S coincidente con la de 11 de julio de 2000, del mismo Tribunal, caso *Ciliz vs Países Bajos*). En consecuencia de lo dicho hay que

concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor, y ello con independencia de las acciones penales por desobediencia.

El tercer elemento es la relación de causalidad jurídica, con la utilización de los criterios jurisprudenciales de imputación objetiva (SSTS de 17 de mayo de 2007 y 14 de octubre de 2008), según los cuales el daño debe imputarse jurídicamente a la madre, por impedir de manera efectiva las relaciones con el padre del menor, a pesar de que le había sido judicialmente atribuida la guarda y custodia; no existe ninguna incertidumbre sobre el origen del daño, de modo que los criterios de probabilidad entre los diversos antecedentes que podrían haber concurrido a su producción, sólo puede ser atribuida a la madre, por ser la persona que tenía la obligación legal de colaborar para que las facultades del padre como titular de la potestad, guarda y custodia del menor, pudieran ser ejercidas por éste de forma efectiva y, al impedirlo, deviene responsable por el daño moral causado al padre. De acuerdo con estos criterios, no puede atribuirse a las otras partes demandadas el daño moral sufrido por el padre.

Prescripción: *dies a quo*.—La sentencia recurrida fija éste en la fecha en que la madre trasladó al hijo menor a los EE.UU. (23 de agosto de 1991), cuando en realidad la privación de los contactos con el hijo ha ido manteniéndose a lo largo de la minoría de aquél, por lo cual el *dies a quo* para computar el año del artículo 1968-2.º CC es precisamente el día en que debe cesar la guarda y custodia del padre por haber cumplido el hijo la mayoría de edad (es decir, el 21 de agosto de 2002, habiendo sido presentada la demanda en 1998), porque en cualquier momento podría haber recuperado el padre la guarda y custodia, lo que intentó varias veces infructuosamente; por consiguiente, el daño se consolidó cuando el padre supo que definitivamente se le había privado de poder comunicarse con el menor y ejercer la guarda y custodia que se le había atribuido judicialmente y ello ocurrió en el momento en que se extinguió la patria potestad. Por otra parte, si la prescripción extintiva se fundamenta en la inactividad del titular, en el presente caso el actor actuó ante los tribunales españoles durante los siete años desde la marcha de la madre con el hijo, aunque tales actos no suponen interrupción de prescripción extintiva.

Quantum indemnizatorio.—En relación con el problemático tema de la valoración del daño moral causado al padre, éste solicita la cantidad de 35 millones de las antiguas pesetas a razón de cinco millones por cada año de privación de la relación personal con el hijo; pero en este caso el *quantum* resulta absolutamente indeterminado al carecer de parámetros objetivos, y más teniendo en cuenta que el padre no ha reclamado los daños materiales que le pueden haber ocasionado los distintos procedimientos iniciados durante la desaparición del hijo menor. Por ello se considera adecuada la cantidad de 60.000 euros, teniendo en cuenta, además, que el daño es irreversible.

Costas en casación: aplicación del artículo 394 LEC.—La reclamación de indemnizaciones entre progenitores por daños ocasionados entre ellos es una materia incipiente en el derecho español, lo que permite no aplicar el principio del vencimiento según prevé el artículo 394 LEC. Y por ello no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, ni en

ninguna de las instancias. (STS de 30 de junio de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

NOTA.—Importante sentencia que ha sido ampliamente comentada por Alma M.^a RODRÍGUEZ GUITIÁN, *Indemnización del daño moral al progenitor por la relación personal con el hijo*, en ADC, 2009, págs. 1825 ss. Me remito a su amplia y compleja relación de hechos de esta sentencia (*ivi* págs. 1826-1828) y a la bibliografía allí citada. Concorre la circunstancia de que la Ponente de la sentencia extractada es especialista en el tema. Cfr. su trabajo *La responsabilidad civil en el Derecho de Familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil*, en VVAA, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio* (COORD. MORENO MARTÍNEZ) (Madrid 2000), siendo consciente por ello de la delicada misión del Tribunal Supremo de iniciar nuevos rumbos interpretativos por lo que se trata de una *materia incipiente* merecedora de un trato benevolente en materia de costas. Este tema novedoso parece será fecundo, en un próximo futuro, en aplicaciones prácticas, dada la actual tendencia hacia la privatización de las relaciones familiares (últimamente, Alma M.^a MARTÍNEZ GUITIÁN, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, [Barcelona 2009], y también de la misma autora *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, [Cizur Menor, 2009], con amplio tratamiento del incumplimiento del derecho-deber de visita en págs. 269-283, pero cuya conclusión de que «ninguna sentencia española, sin embargo, reconoce hoy por hoy el derecho a una indemnización al progenitor por la obstrucción al derecho de visita por parte del progenitor conviviente» se ve hoy matizada y corregida por esta pionera resolución de la Sala 1.^a que se extracta). (G. G. C.)

54. Culpa extracontractual: seguro de incendios: prescripción: interrupción de la acción por ejercicio de la acción penal: *dies a quo* del plazo.—El artículo 114 de la LECrim impide el proceso civil por nacer o ya nacido sobre el mismo hecho objeto de un proceso penal. De ahí que el plazo de prescripción no corra si se sigue un proceso penal por el mismo hecho, y se interrumpa si hubiera ya comenzado cuando aquél se incoa, siendo indiferente que en tal proceso se hubiera aquietado alguna de las partes con el archivo de las actuaciones si éstas continuaron en tramitación con las restantes, porque el planteamiento de una causa penal impide el ejercicio de la acción civil en un proceso de esta naturaleza, dada la influencia o conexión que los hechos denunciados en la jurisdicción penal pueden tener respecto a la iniciada o suspendida acción civil, razón por la cual es a partir del archivo definitivo cuando comienza a discurrir el cómputo del plazo anual prescriptivo.

Daños por incendio: doctrina jurisprudencial sobre la relación de causalidad.—El fuego se produjo dentro del círculo de actividad de la empresa demandada donde tenía apilados cajas de madera fina y cartón, habiendo condenado la sentencia no sólo por un riesgo objetivo creado sino

también por culpa de los responsables al no tener el dominio de la situación desarrollada dentro del círculo de su actividad. En los casos de incendio, la jurisprudencia salva las dificultades de prueba de su causa, basando la imputación objetiva en la generación de un peligro jurídicamente desaprobado y en el control que se ejerce sobre las cosas que lo generan. De modo que admite un grado de razonable probabilidad cualificada, distinta de la certeza absoluta, en la reconstrucción procesal de la relación causal (así SSTS de 30 de noviembre de 2001, 29 de abril de 2002 y 15 de febrero de 2009). Por su parte la STS de 20 de mayo de 2005 precisa que cuando se produce un incendio en un inmueble, al perjudicado le corresponde probar la realidad del mismo y que se produjo en el ámbito de operatividad del demandado, mientras que a quien tuvo la disponibilidad –contacto, control o vigilancia– de la cosa en que se originó el incendio le corresponde acreditar la existencia de la actuación intencionada de terceros o de serios y fundados indicios de que la causa hubiera podido provenir de agentes exteriores. Con arreglo a esta doctrina no es preciso acudir a la responsabilidad por riesgo, ni se requiere discurrir acerca de la inversión de la carga de la prueba, pues es suficiente haberse declarado probado el almacenamiento de los materiales de combustión sin haber adoptado las medidas de seguridad adecuadas, respecto de cuyos materiales se beneficiaba la demandada con su actividad (SSTS de 29 de abril de 2002 y 20 de mayo de 2005). (**STS de 4 de junio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (*G. G. C.*)

55. Responsabilidad extracontractual derivada de accidente de trabajo. El plazo de prescripción se inicia cuando concluyen las diligencias penales de información.—El artículo 114 LECrim dispone que, promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho, de tal forma que, si existe el mismo, no se puede reclamar en vía civil por los hechos que son objeto de investigación y actuación por la Jurisdicción penal y, en definitiva, que mientras actúa el Juez penal no pueden tramitarse las acciones civiles por imperativo de la norma. Pues bien, estas diligencias se abrieron tras haberse puesto en conocimiento del Juzgado que se había descubierto un cadáver y ello con la evidente finalidad de investigar si se había producido algún delito o falta. Es cierto que carecen de soporte normativo y que solo una inercia de la práctica judicial las mantiene. Ahora bien, son diligencias de carácter penal que no ven modificada su naturaleza por dicha circunstancia, en cuanto implican la iniciación de un procedimiento de esta naturaleza dirigido a determinar la clase de procedimiento a seguir entre los establecidos legalmente para una y otra clase de delitos, y que vienen a englobar un concepto más amplio de lo que pudieran considerarse diligencias sumariales o previas por cuanto son necesarias para lograr una resolución provisional o definitiva que lo ponga fin, como con reiteración ha señalado este mismo Tribunal Supremo (SSTS de 7 de febrero de 1992; 7 de noviembre de 2000; 26 de noviembre de 2008, entre otras muchas de la Sala 2.^a); todo lo cual impedía la iniciación del plazo prescriptivo en tanto no concluyeran dichas diligencias pues se trataba de actuaciones penales, con un contenido semejante a las diligencias previas, que fueron abiertas por el juez competente para la investigación inicial de un hecho que podía constituir los caracteres de delito y que impedían al perjudicado iniciar válidamente acciones civiles por impedirlo el artículo 114 LECrim.

Falta de adopción por el empresario de medidas de seguridad que hubieran evitado el daño.—Son hechos que en conjunto ponen en evidencia la concurrencia de una doble causalidad: física o material, por cuanto el fallecimiento del marinero se produjo como consecuencia de la caída al mar cuando trabajaba en el barco, y jurídica —susceptible de revisión casacional— desde el momento en que se introdujo en la relación laboral una situación de riesgo para el trabajador que se materializó al no haberse adoptado las medidas que eran necesarias para garantizar su seguridad. El juicio de reproche subjetivo recae sobre la dueña de la embarcación para la que trabajaba el marinero fallecido por cuanto es ella la que incumplió la obligación especial de diligencia para evitar el daño mediante la adopción de las medidas de seguridad necesarias que a la postre hubieran evitado la situación de peligro previsible. Es cierto que los usos y costumbres de la mar aceptan determinados riesgos. Ahora bien, estos riesgos están pensados más en la efectividad de la pesca que en la seguridad del trabajador, y en modo alguno puede proyectarse sobre quien, en estas condiciones, realiza las tareas para las que se le emplea, y sí sobre quien se beneficia de las mismas. El golpe de mar es un hecho previsible y previsible era también que un marinero pudiera caer, como cayó, por efecto de este golpe de mar y de la inclinación del barco por un hueco que, de haber tenido unas dimensiones inferiores, nunca se hubiera producido.

Inexistencia de caso fortuito.—El caso fortuito que se invoca en el quinto motivo, con cita del artículo 1105 CC, es incompatible con la falta de previsión y cuidado para evitar un daño al trabajador como consecuencia de las instalaciones del barco, siendo reiterada jurisprudencia de esta Sala que no constituye caso fortuito «si existe un comportamiento negligente con suficiente aportación causal» (STS de 20 de julio de 2000), pues el caso fortuito requiere la ausencia de culpa (SSTS de 31 de marzo de 1995, 31 de mayo de 1997 y 18 de abril de 2000), cuya valoración en cuanto al soporte fáctico, por su naturaleza de *quaestio facti*, corresponde al Juzgador de instancia (SSTS de 6 de mayo de 1984 y 14 de marzo de 2001).

Carácter orientativo del Baremo previsto en la Ley 30/1995 cuando se trata de hechos ajenos a la circulación.—La inaplicación al caso del Baremo previsto en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, no infringe los artículos 4.1 y 1.4 CC, como se alega en los motivos octavo y noveno, antes al contrario, su aplicación a los hechos enjuiciados contravendría de manera abierta la norma invocada. La doctrina de esta Sala no ha rechazado la posibilidad de tener en consideración, como criterio simplemente orientativo, no vinculante, para la fijación de la indemnización de daños y perjuicios, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación previstos en el Anexo a la DA 8.^a de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en orden a efectuar el cálculo correspondiente en supuestos distintos de los previstos en la norma (STS de 27 de noviembre de 2006, y las que se citan). Ahora bien, este carácter orientativo no impide que, en materia de responsabilidad por culpa extracontractual ajenos al hecho de la circulación, pueda el Tribunal atender al único principio que ha de tener en cuenta el juzgador para fijar el monto de la indemnización debida, según los hechos probados, como es el de indemnidad de la víctima que informan los artículos 1106 y 1902 CC.

La condena al pago de intereses trata en este supuesto de actualizar la cuantía de la indemnización.—Los intereses se conceden por el tribunal de apelación no a título de intereses moratorios al amparo del artículo 1108 CC,

sino en concepto de parte integrante de la indemnización principal entendida como deuda de valor necesitada de actualización, pues la sentencia expresa que «se trata de colocar al dañado en la misma situación que tenía antes de ocurrir el hecho lesivo o, si no es posible, compensarle por esta imposibilidad», de tal forma que, lejos de aplicar el citado precepto, establece una indemnización compuesta por una suma principal y por el abono de los intereses para su actualización al momento de dictarse la sentencia de primera instancia, pues en dicho momento la parte demandada adeudaba a la actora el daño cuyo importe ha sido objeto de indemnización. Lo contrario, es decir, la dilación en el pago de lo que se adeuda desde aquel momento, sería un perjuicio más de los sufridos por la víctima, dada la evidente devaluación monetaria que no tiene obligación de soportar; circunstancia, por lo demás, que impide concurra el vicio de incongruencia que también se imputa, con independencia de que esta cuestión tenga una naturaleza adjetiva y de que su planteamiento excede del ámbito del recurso de casación. **(STS de 11 de septiembre de 2009; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Un marinero cayó al mar cuando trabajaba en una embarcación, que carecía de las medidas de seguridad necesarias para evitar el daño que puede causar un hecho previsible como es el golpe de mar. El marinero falleció ahogado y su cuerpo fue encontrado después, lo que motivó que se iniciaran unas diligencias penales de información. La viuda del marinero y sus hijos demandaron a la empresaria dueña de la embarcación reclamando 80 millones de pesetas como indemnización de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a la demandada al pago de 8 millones de pesetas. Presentado el recurso de apelación por ambas partes litigantes, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el instado por los demandantes, condenando a la demandada al pago de 34.821.050 pesetas y al pago de los intereses legales desde la fecha de la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación presentado por la demandada. (*L. F. R. S.*)

56. Accidente marítimo: naufragio de bote de pesca con fallecimiento de ambos ocupantes: responsabilidad del propietario, también víctima del accidente: prueba: inaplicabilidad de la doctrina del riesgo.—La jurisprudencia reciente ha delimitado los casos en que la responsabilidad viene imputada por el riesgo de la actividad desarrollada. La STS de 28 de julio de 2008 señala que el riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903 CC, y su aplicación requiere que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal, fijando tres excepciones a dicha regla, a saber, los riesgos extraordinarios, el daño desproporcionado y la falta de colaboración del causante del daño cuando está obligado a ello, en los cuales se invierte la carga de la prueba, pero el accidente objeto del proceso no se incluye en ninguno de ellos; doctrina que se reitera en SSTs de 22 de febrero y 23 de mayo de 2007. En el presente caso, no se ha probado la culpa o negligencia del propietario de la embarcación, también fallecido en el accidente; su compañero igualmente fallecido, y cuya familia reclama la

indemnización, tenía un título para manejar embarcaciones del tipo de la naufragada; el riesgo fue asumido por ambos navegantes.

Seguro marítimo obligatorio.—El RD 607/1999 establece un seguro obligatorio para accidentes marítimos, no con base en la responsabilidad objetiva sino subjetiva, de modo que quien pretenda obtener una indemnización deberá demostrar la culpa o negligencia del propietario de la embarcación. No siempre cuando se obliga al aseguramiento de una responsabilidad se debe concluir que ello ocurre porque se está configurando la responsabilidad como objetiva. (**STS de 21 de mayo de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (*G. G. C.*)

57. Responsabilidad civil de los árbitros. Requisitos.—Entre otros son criterios generales a los cuales debe ajustarse la exigencia de responsabilidad civil a los árbitros por los daños producidos en el ejercicio de su cometido los siguientes. A. Desde el punto de vista positivo, la institución del arbitraje, en cuanto comporta materialmente el ejercicio de la función de resolución de conflictos jurídicos en una posición autónoma de imparcialidad, exige que ésta no se vea amenazada por reclamaciones de responsabilidad civil por los errores cometidos. Por ello, para que exista esta responsabilidad es menester que la infracción cometida en el cumplimiento del encargo revista un carácter manifiesto y que, cuando menos, sea producto de una grave negligencia. Cuando se trata de arbitraje de equidad, la exigencia del carácter manifiesto del error cometido por negligencia y su incidencia en el carácter injusto del resultado resulta especialmente relevante. La aplicación de la equidad no supone, como ha declarado esta Sala, prescindir de los principios generales del Derecho y la justicia, ni contravenir el Derecho positivo, sino más bien atenerse a criterios de justicia material fundados en principios de carácter sustantivo y premisas de carácter extrasistemático para fundar la argumentación, las cuales tienen un valor relevante en la aplicación del Derecho, aunque pueda prescindirse, dado el carácter esencialmente disponible del objeto del arbitraje, de aquellas reglas que tienden a la protección del sistema jurídico como institución, especialmente de aquellas que persiguen salvaguardar la seguridad jurídica, cuando no se advierte que en el caso concretamente examinado tengan más trascendencia que la de garantizar la coherencia institucional y la autoridad del Derecho y de los Tribunales. Resulta, por tanto, evidente, que cuando el arbitraje es un arbitraje de equidad resulta especialmente relevante la justicia del resultado obtenido y su coherencia con los principios sustantivos que deben inspirar la solución del caso, por lo que, desde el punto de vista de la responsabilidad civil de los árbitros, no pueden tomarse en consideración de manera aislada la omisión de reglas o premisas de carácter formal o institucional, aunque pudiera considerarse grave en una resolución jurisdiccional. B. Desde el punto de vista negativo, la responsabilidad del árbitro no podrá apreciarse en casos en los que no se excedan los límites de los inevitables márgenes del error en que se producen las actuaciones arbitrales. C. De acuerdo con los principios generales en materia de responsabilidad civil, la responsabilidad de los árbitros exige también la existencia de un perjuicio económico efectivo en el patrimonio o en los derechos de los interesados. D. La apreciación de responsabilidad exige también un requisito de ligamen causal entre la acción u omisión productoras del daño o perjuicio y el resultado. Es particularmente relevante en la apreciación del nexo de causalidad la adecuación valorativa del concepto, que se logra tomando en consideración la confluencia de determinados factores, tales como la conducta de las partes o la

interferencia de factores externos, que puedan enervar la posibilidad de atribuir razonablemente el daño, causado por una irregularidad en el cumplimiento de los deberes del árbitro, a la conducta del árbitro demandado en el plano de la imputación objetiva, más allá de la pura causalidad fenoménica, si dicha conducta no es suficientemente relevante. E. El daño o perjuicio económico no debe poder ser reparado de otra forma, por lo que el árbitro deviene responsable en último término, como corresponde a la necesidad de salvaguardar razonablemente, en beneficio de la libertad de disposición de las partes, la autonomía en el ejercicio de su función, lo que quiere decir que la reclamación formulada en contra del árbitro no puede prosperar, por falta de requisitos, sin el agotamiento de los remedios hábiles para revisar la resolución a la que se imputa el perjuicio, bien sea la acción de aclaración y complemento, la acción de anulación prevista en la Ley de Arbitraje cuando sea procedente y útil o los medios de revisión que se hayan establecido válidamente en el convenio arbitral. **(STS de 22 de junio de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—M. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Girona contra H., solicitando una indemnización por los daños ocasionados por éste al realizar un arbitraje de equidad.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda al considerar que el árbitro de equidad decide según su leal saber y entender, siendo suficiente que llegue a una conclusión que dirima el conflicto y que ésta sea socialmente aceptable con arreglo a los principios de justicia e igualdad. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia de Girona. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

58. Accidente de circulación: empleado de Telefónica que conduce para usos particulares vehículo de ésta: ausencia de relación de dependencia: irresponsabilidad de la empresa.—Tiene razón la recurrente cuando manifiesta que al tiempo de sobrevenir el accidente, el conductor accidentado utilizaba el vehículo de la Telefónica para uso particular, fuera de las horas de trabajo, contraviniendo la prohibición que le imponía la empresa, que no le había autorizado expresamente su uso privado, pues ello impide establecer una relación de dependencia entre uno y otra, como presupuesto inexcusable del artículo 1903 CC, aunque se acudiese a la responsabilidad por riesgo, puesto que el vehículo se hallaba cedido exclusivamente para el desempeño de su trabajo, constituyendo un acto individual completamente desvinculado de la empresa con la que estaba ligado laboralmente, desde la idea de que toda responsabilidad ha de conectarse con el servicio asignado al autor directo y que la conducta negligente del empleado se debe producir en el ámbito propio de la actividad empresarial quedando fuera de la misma los supuestos en que las conductas del agente se sitúan de manera totalmente ajena a la relación que lo liga con el principal, pues el hilo de la dependencia personal no puede justificar un vínculo de responsabilidad si los actos del sujeto no guardan conexión alguna con la función o servicio encomendado (STS de 30 de diciembre de 1992). Fundamental, como hace la sentencia recurrida, la responsabilidad de la empresa por la acción de su empleado, basándose en la supuesta falta de un sistema de control del uso que hacía del vehículo de forma

particular, supone desconocer la doctrina de esta Sala en cuanto extiende la responsabilidad más allá de lo que autoriza la norma. (STS de 6 de mayo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Doctrina merecedora de aprobar. No tanto, sin embargo, lo es el inexplicable retraso —¡29 años!— en resolver el litigio ya que el accidente ocurre el 12 agosto de 1980, el Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia en 2001 y la Audiencia Provincial en 2004. Ningún dato fáctico recogido en la extractada, explica la dilación en el planteamiento judicial y en la resolución definitiva sobre este luctuoso suceso en el que fallecieron la esposa y la hija de 13 meses del acompañante —se supone que parientes o amigos—, del empleado de la Telefónica que colisiona con otro vehículo, cuyo conductor fue absuelto. Inicialmente se trata del *favor* (transporte benévolo) que un conductor hace a una familia amiga, que termina en tragedia, agravada porque el favor se hace con un coche ajeno cuyo titular (Telefónica) había prohibido expresamente tal uso del vehículo, por lo cual no parece justo que deba responder de los daños que el empleado de aquélla cause a terceros. (G. G. C.)

59. Responsabilidad extracontractual del titular del centro docente por fallecimiento de una niña por un empujón que le dio un compañero. Falta de empleo de la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.—No sólo resulta que la entidad titular del centro docente no ha logrado probar que empleara toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, como le impone el párrafo último del artículo 1903 CC, sino que, además, esta Sala comparte plenamente el juicio del tribunal sentenciador sobre la probada negligencia de dicha entidad y su relación causal con el resultado producido, ya que la lluvia no imponía necesariamente que los niños de varios grupos hubieran de concentrarse en el espacio común cubierto cuando se daba la alternativa de que cada grupo hubiera disfrutado del recreo en su correspondiente aula bajo la supervisión de la profesora encargada o de otra que la sustituyera durante el tiempo imprescindible para descansar, incumbiendo precisamente a la dirección del centro docente la organización necesaria para que tal solución alternativa fuera posible antes de permitir que trescientos niños se concentraran en 200 m² en forma de L, y por tanto sin visibilidad simultánea por las tres profesoras presentes, para disfrutar del recreo, lo que por demás explica que a las tres les pasara inadvertido el empujón que a la niña le dio otro alumno.

Intereses de demora del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro. Superación del principio *In illiquidis non fit mora*.—La jurisprudencia de esta Sala sobre el artículo 20 LCS ha evolucionado, en no poco paralelismo con su doctrina sobre el artículo 1108 CC superadora del principio «*in illiquidis non fit mora*» hacia un mayor rigor para con las compañías de seguros, dando por sentado que la regla general es la indemnización por mora y que sólo excepcionalmente se exonerará de la misma a la aseguradora que, como se desprende de la norma, pruebe que no pagó por causa justificada o que no le era imputable, pues como señala la S de 4 de junio de 2007 (rec. 3191/00), con cita de otras muchas, la propia existencia del proceso no puede tomarse como excusa para no pagar.

Y que en el presente caso no había causa suficientemente justificada para dejar de indemnizar a los familiares más próximos de la niña fallecida, existiendo como existía un seguro de responsabilidad civil del centro docente, resulta del propio régimen de responsabilidad establecido en el artículo 1903 CC, con inversión de la carga de la prueba que desde un principio, y por más que no hubiera imputación penal, la aseguradora «confiara» en lo que le manifestaba su asegurado y la sentencia de primera instancia fuera desestimatoria de la demanda, apuntaba a la responsabilidad del centro docente dadas las circunstancias en que se produjeron los hechos. **(STS de 30 de junio de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Una niña falleció al recibir un empujón de un compañero durante el recreo, que le produjo una fractura de cráneo al caer. Como estaba lloviendo, doscientos niños se resguardaron en un pasillo cubierto en forma de L, resultando una aglomeración de 300 niños a cargo de cinco profesoras. Los padres y el hermano de la fallecida reclamaron una indemnización de daños y perjuicios al titular del centro docente y a la compañía aseguradora, que alegaron la existencia de caso fortuito. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, condenando a los demandados a abonar distintas cantidades a los demandantes, imponiendo además a la compañía aseguradora la condena al abono del interés de demora del 20 por ciento. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (*L. F. R. S.*)

60. Responsabilidad médica: daños y perjuicios derivados de intervención quirúrgica en Hospital público: naturaleza extracontractual.—La STS de 26 de marzo de 2009, reiterando otras anteriores, como manifestación de un criterio jurisprudencial ya consolidado, ha señalado que la acción de responsabilidad civil dirigida contra la Administración Sanitaria está sujeta al plazo de prescripción de un año, rechazando la calificación contractual partiendo de la configuración constitucional de la Seguridad Social como un régimen que los poderes públicos tienen que mantener para garantizar a todos los ciudadanos la asistencia y prestaciones sociales suficientes (art. 41 CE), y de su consideración como una función del Estado sujeta a un régimen de configuración legal y de carácter público según la doctrina del Tribunal Constitucional. (SSTC 65/1997 y 37/1994).

Prescripción: no se interrumpe por telegrama.—En este caso el plazo prescriptivo no se ha interrumpido por reclamación extrajudicial del acreedor, pues la eficacia de ésta depende de una declaración de voluntad recepticia por parte del acreedor, que, además de la actuación objetivamente considerada, impone que la misma haya llegado a conocimiento del deudor, siendo jurisprudencia reiterada que la interrupción de la prescripción es cuestión de hecho, cuya existencia compete a la Sala de instancia. El telegrama remitido por la perjudicada nunca llegó a conocimiento de los demandados, pues el Hospital no dependía del Estado sino de la C.A. de Madrid, ostentando distinta personalidad una y otra, y los dirigidos al Dr. Gabriel y al Director de la Maternidad de Zaragoza carecen de efecto por no haber sido demandados en

este proceso, y porque se refería a hechos distintos, siendo inaceptable la invocación del artículo 1974.1 CC al no haber vínculo de solidaridad entre aquellas personas a las que se dirigieron los telegramas y los aquí demandados. (STS de 29 de mayo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

61. Responsabilidad extracontractual sanitaria. Daños causados a un menor por practicar la cesárea a su madre con mucho retraso respecto de la decisión. El daño no es consecuencia de la actuación del ginecólogo sino de la defectuosa prestación asistencial del centro.—Siendo así, no es posible sostener con arreglo a esta doctrina que se ha producido un daño en la persona del menor, vinculado a la actuación del ginecólogo, que no haya podido ser explicado debidamente por éste, como así resulta de los hechos probados que la sentencia expone de una forma minuciosa, coherente y convincente, de los que se infiere que actuó con la diligencia exigida para el acto médico concreto, no pudiendo ponerse a su cargo las consecuencias derivadas de una defectuosa prestación asistencial por parte del Centro. La diligencia del buen médico en todo acto o tratamiento, comporta no sólo el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias (STS de 19 de octubre de 2007, y las que en ella se citan).

La cuantificación de los daños corresponde a los órganos de instancia.—La función de cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, atendidos los hechos probados y el principio de indemnidad de la víctima, al amparo de los artículos 1106 y 1902 CC, y esta función es el resultado de una actividad de apreciación para lo que goza de amplia libertad que abarca la posibilidad de servirse a efectos orientativos de sistemas objetivos, como el del baremo anexo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, con el que se da el mismo trato indemnizatorio a las lesiones producidas en accidente de circulación que a las originadas por otra causa, con la consecuencia de que sólo pueda ser revisada en casación si la determinación por el Tribunal *a quo* resulta manifiestamente errónea o ilógica (STS de 14 de mayo de 2008, y las que cita), lo que no ocurre en este caso, ya que desde la perspectiva de los hechos probados, y de la aplicación del baremo, la cuantificación efectuada por la Sala, mediante el criterio que explica, resulta coherente, tanto por lo que se refiere a la aplicación de los factores de corrección por daño moral complementario y necesidad de ayuda de otra persona, con exclusión de la indemnización por permanente asistencia de una persona a su lado, pues tal concepto ya está indemnizado en el factor de corrección por lesiones permanentes —grandes inválidos con necesidad de ayuda de otra persona—, como por la adecuación de la vivienda a la grave situación en que ha quedado el menor, puesto que este daño no ha sido acreditado por quien lo reclama, tratándose de un factor de corrección que resulta no solo de la gran invalidez, sino de la prueba de los perjuicios referidos a la adaptación de la vivienda y al coste de las obras que se han de ejecutar en la misma, a cargo de la víctima, conforme al principio establecido en la actualidad por el artículo 217 LEC. Fuera quedan también los gastos de fisioterapeuta, clases de natación y cuotas de APHISA, teniendo en cuenta que se trata de unos daños, perjuicios y gastos futuros hipotéticos, que por tal circunstancia no pueden ser objeto de una condena de futuro, según la doctrina jurisprudencial entonces aplicable a

tal tipo de condena, que, por cierto, era más flexible que la nueva configuración legal (en el art. 220 LEC 2000), como señala la S de 2 de noviembre de 2005, y las que en ella se citan.

Responsabilidad del centro sanitario por hecho propio e independiente de la responsabilidad de los profesionales.—También esta Sala ha venido admitiendo la invocación de los preceptos de la Ley de Consumidores y Usuarios por el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios, si bien advierte que los criterios de imputación de la expresada ley deben proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario, sin alcanzar los daños imputables directamente a los actos médicos (SSTS de 5 de febrero de 2001; 26 de marzo y 17 de noviembre de 2004; 5 de enero y 22 de mayo de 2007). Lo hizo a partir de la STS de 1 de julio de 1997, utilizado como criterio de imputación los artículos 26 y 28 LGDCU. El artículo 26 LGDCU establece la responsabilidad de los productores o suministradores de servicios por los daños y perjuicios ocasionados «a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad», mientras que el artículo 28 apartado 2.º hace expresa mención de los «servicios sanitarios» y vincula los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios al hecho de que «por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario» (SSTS de 5 de febrero de 2001, 5 de enero de 2007).

Por tanto, como precisa la S de 5 de enero de 2007, «el principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el Código civil, no se opone, en suma, a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse ínsita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando éste se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurren circunstancias exógenas aptas para destruir este criterio de imputación, anteponiendo, como la doctrina más reciente ha propuesto, las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario».

Siendo así, el motivo parece desconocer que la responsabilidad que se imputa a la recurrente se produce abstracción hecha de que hubiera quedado acreditada la culpa de algún concreto facultativo o, en general, de un profesional sanitario de los que hubieren intervenido en la asistencia al enfermo, y se concreta en la existencia de un daño ocasionado al menor bajo su control causalmente vinculado al fracaso del sistema organizativo de las guardias de disponibilidad establecido en el mismo, pues es evidente que un sanatorio que ofrece un servicio de «urgencias médico-quirúrgicas y tocológicas» está obligado a instrumentar las medidas adecuadas que permitan que una cesárea pueda practicarse en un tiempo prudencial, el cual no lo es un retraso de una hora y cuarenta y cinco minutos.

Rechazo de una alternativa indemnizatoria diferente.—La pretensión de atender a una alternativa indemnizatoria distinta, consistente en la fijación de una renta vitalicia, es algo que si bien se contempla en las reglas 8 y 9 del apartado 1.º del Anexo del baremo, resulta inaceptable en estos momentos, no solo porque no ha sido ofrecida por los demandantes ni planteada por la

recurrente en sus escritos iniciales, sino porque se desconoce las garantías que pudieran asegurar la subsistencia del capital sobre el que se calcula la renta y la forma de computarla en función de las circunstancias concurrentes que a la postre contribuyan para una correcta fijación. (STS de 20 de julio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Habiendo decidido el ginecólogo a las 15 horas que se le practicara una cesárea a una paciente, la intervención no se produjo hasta las 16.45 horas por causa del sistema de guardia de disponibilidad del centro sanitario, lo que provocó que el niño naciera con unos problemas que causaron un grave retraso psicomotor y encefalopatía hipóxica perinatal, así como otras secuelas. Los padres del menor demandaron al ginecólogo, al titular del centro sanitario y a dos compañías de seguros solicitando una indemnización de 475.612.315 pesetas. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando únicamente al titular del centro, fijando unas indemnizaciones muy inferiores a la reclamada. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación presentado por los demandantes y estimó parcialmente el recurso interpuesto por el titular del centro, rebajando nuevamente el importe de las indemnizaciones. Presentados recursos de casación por los padres y por el titular del centro, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los mismos. (M. C. B.)

62. Responsabilidad extracontractual del cirujano, por no haber informado al paciente del riesgo previsible de lesión del nervio ciático. No se trata de un caso de resultado desproporcionado.—El motivo ha de ser desestimado porque, en cuanto a lo primero, el recurso de casación no permite revisar la valoración de la prueba hecha por el tribunal de instancia; y en cuanto a lo segundo, la tradicional jurisprudencia de esta Sala sobre la obligación del profesional sanitario como una obligación de medios y no de resultado, con la consiguiente carga del demandante de probar la culpa o negligencia de aquél por no serle aplicable criterios objetivadores de responsabilidad, se viene manteniendo hasta la fecha salvo en los casos de resultado desproporcionado. Y si la propia parte recurrente mantiene en este motivo que la lesión del nervio ciático era una complicación previsible, fundando además su motivo primero precisamente en la tipicidad de tal complicación, la sentencia de primera instancia razona que «la lesión del nervio ciático está descrita como complicación de esta intervención quirúrgica en la literatura científica, con una estimación de frecuencia en el 3,5% de los casos» y, en fin, la sentencia recurrida confirma este mismo dato, entonces forzoso será concluir que no hay el menor asomo de resultado desproporcionado que pueda justificar una inversión de la carga de la prueba en contra del cirujano demandado.

Responsabilidad del cirujano por no haber informado al paciente de un riesgo previsible de la intervención.—El motivo debe ser estimado porque, en efecto, la sentencia recurrida infringió el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, en relación con el artículo 1902 CC, al considerar «imprevisible» una complicación descrita en la literatura científica con una estimación de frecuencia del 3,5%, confundiendo por tanto el tribunal sentenciador frecuencia con previsibilidad, como alega la parte recurrente, ya que la circunstancia de que el riesgo de una intervención sea poco probable no exime, si es conocido por el médico o debe serlo, de informar al paciente acerca del mismo,

como declaró la S de esta Sala de 21 de octubre de 2005 (Rec.1039/99). Y como quiera que en el presente caso no hubo información alguna del riesgo típico de la lesión del nervio ciático, según se desprende de la motivación de la sentencia recurrida e incluso de lo alegado por el propio cirujano demandado al contestar a la demanda (hecho cuarto, párrafo último) y tal lesión efectivamente se produjo, la conclusión no puede ser otra que la de la responsabilidad del referido cirujano por no haber dado a su paciente la oportunidad de evitar esa lesión no consintiendo la intervención, de consultar otras opiniones o de, sopesando el riesgo, confiar la intervención a un determinado especialista o decidir que se hiciera en un determinado centro hospitalario.

Incremento de la cuantía indemnizatoria.—Conforme a la jurisprudencia más especializada de esta Sala (p. ej. SSTs de 10 de mayo y 21 de diciembre de 2006), la indemnización no tiene que coincidir necesariamente con la que correspondería al daño o lesión causado por la intervención, es decir, a la materialización o cristalización del riesgo típico; desde esta perspectiva tiene razón la sentencia de primera instancia al moderar la suma indemnizatoria aplicando el artículo 1103 CC por no deber equipararse la intensidad de la culpa derivada de una mala praxis en la intervención a la que comporta la omisión o insuficiencia de información sobre un riesgo típico.

Sin embargo la suma de 10 millones de pesetas fijada por dicha sentencia se considera insuficiente por esta Sala a la vista de los muchos padecimientos de la demandante subsiguientes a la intervención quirúrgica y pese a que esta intervención viniera indicada por la «cosartrosis izquierda evolucionada, incapacitante y dolorosa» que aquella padecía, pues lo cierto es que el resultado fue insatisfactorio, el estado general de la paciente empeoró, su edad era de 47 años y tuvo que estar hospitalizada durante seis meses y pasar por otra intervención para paliar el dolor, todo ello sin habersele dado la oportunidad de evitarlo optando por permanecer en su estado anterior, desde luego nada satisfactorio, o escogiendo a otro especialista. En función de todo ello y computando por tanto algunos de los factores valorados por la S de 21 de octubre de 2005 (Rec. 1039/99), esta Sala considera procedente fijar la suma indemnizatoria en 20 millones de pesetas, respetando lo acordado por la sentencia de primera instancia en materia de intereses. **(STS de 30 de junio de 2009;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Un paciente demandó al cirujano que realizó una intervención quirúrgica de implantación de una prótesis de la cadera izquierda, al titular del centro en el que se realizó la intervención y a la compañía médica aseguradora solicitando una indemnización de 40 millones de pesetas por la lesión del nervio ciático que se produjo a consecuencia de la intervención y que se produce en un 3,5% de los casos. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando al cirujano a pagar 10 millones de pesetas de indemnización por no haber cumplido la obligación de informar al paciente de los riesgos previsibles de la intervención. Interpuestos recursos de apelación por el demandante y por el cirujano condenado, la Audiencia Provincial desestimó el presentado por el primero y estimó el del segundo, desestimando íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, condenando al cirujano a satisfacer una indemnización de 20 millones de pesetas por incumplimiento del deber de información. (M. C. B.)

63. Contrato de seguro de asistencia sanitaria y responsabilidad extracontractual médica. El asegurador garantiza la calidad de los servicios prestados.—De esa forma, se llega a la condena por vía del artículo 1903 CC a partir de la existencia de una relación de dependencia entre la sociedad de seguros y la enfermera demandada, que no es de carácter laboral directa puesto que no es contratada laboral de plantilla de Adeslas, sino indirecta por razón del concierto con la Clínica Santa Elena donde dicha señora presta sus servicios, ya que la función del asegurador «no es la de facilitar cuadros médicos, clínicas, enfermeras, o centros de diagnóstico mencionados en sus cuadros clínicos, sino la de asumir directamente la prestación del servicio, y garantizar la corrección, e idoneidad de los medios personales y materiales empleados»; argumento que sería suficiente para establecer la responsabilidad por hecho ajeno desde la idea de que la entidad aseguradora no actúa como simple intermediario entre el médico y el asegurado, sino que garantiza el servicio, dándose la necesaria relación de dependencia entre uno y otra bien sea por vínculos laborales, bien por razón de contrato de arrendamiento de servicios profesionales que pone a disposición de su asegurado-cliente.

Al asegurado se le garantiza la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que proceda, en los términos que autoriza la Ley de Contrato de Seguro y lo convenido en el contrato, y esta relación que se establece entre una y otra parte garantiza al asegurado el pago por la aseguradora no solo del coste económico de las operaciones médicas, y los gastos de estancia y manutención del enfermo, medicación y tratamientos necesarios, sino también las prestaciones sanitarias incluidas en la póliza por medio de médicos, servicios o establecimientos propios de Adeslas que de esa forma vienen a actuar como auxiliares contractuales para la realización de las prestaciones, a partir de lo cual es posible responsabilizarla por los daños ocasionados, ya sea por concurrir culpa *in eligendo* o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero.

La obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, sino que va más allá, en atención a la garantía de la calidad de los servicios que afectan al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela. El médico no es elegido por el paciente, sino que viene impuesto por la aseguradora, y desde esta relación puede ser condenada por la actuación de quien presta el servicio en las condiciones previstas en la póliza, en razón de la existencia o no de responsabilidad médica con arreglo a los criterios subjetivos u objetivos mediante los cuales debe apreciarse en este tipo de responsabilidad médica o sanitaria. Estamos ante unas prestaciones que resultan del contrato de seguro, contrato que no se limita a cubrir los daños que se le producen al asegurado cuando tiene que asumir los costes para el restablecimiento de su salud, sino que se dirige a facilitar los servicios sanitarios incluidos en la póliza a través de facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas, conforme resulta del artículo 105 LCS, con criterios de selección que se desconocen, más allá de lo que exige la condición profesional y asistencial que permite hacerlo efectivo, que impone la propia aseguradora para ponerlos a disposición del paciente al que se le impide acudir a un profesional o centro hospitalario distinto y que puede resultar defraudado por una asistencia carente de la diligencia y pericia debida por parte de quienes le atienden. Y si bien es cierto, como apunta algún sector de la doctrina, que posiblemente sería necesaria una mejor delimitación de los artículos 105 y 106 LCS, que estableciera el alcance de las respectivas obligaciones de las partes y su posición frente a los errores médicos y hospitalarios, también lo es que la redacción actual no permite otros criterios de aplicación que los que resultan de

una reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre el contenido y alcance de la norma y la responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad.

La iliquidez de la deuda no impide que se condene al deudor al pago de los intereses regulados en el artículo 20 LCS. Naturaleza declarativa de la sentencia que fija el *quantum*.—El motivo parece insistir, de un lado, en el contenido de la obligación propia de este seguro, tratando de limitar su responsabilidad exclusivamente al hecho de haber procedido a prestar la asistencia médica y hospitalaria demandada, y negando, de otro, que el pago de la indemnización constituya la prestación propia a la que esta obligado frente a su asegurado, por lo que no es posible estimarle en situación de mora máxime cuando la obligación de pago ha sido determinada mediante un procedimiento judicial y el *quantum* de la misma se fija en la sentencia. El motivo se desestima por razones obvias. En primer lugar, los defectos de cumplimiento, como afirma la sentencia, «se transmutan en una prestación indemnizatoria de los daños y perjuicios, cumplimiento por equivalencia con naturaleza de deuda de valor, que se paga en dinero» y el interés alcanza a todas las prestaciones del asegurador. En segundo lugar, esta Sala ha seguido una línea interpretativa caracterizada por un creciente rigor en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma (SSTS de 16 de julio y 9 de diciembre de 2008; 12 de febrero de 2009). La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial, nada de lo cual se da en el caso. Admitir, sin más, que no se pagan intereses cuando la obligación y el pago se fijan en la sentencia supone tanto como dejar sin contenido una norma que es regla de aplicación y no excepción, habiendo declarado esta Sala —STS de 19 de junio de 2008— que «la oposición que llega a un proceso hasta su terminación normal por sentencia, que agota las instancias e incluso acude a casación, no puede considerarse causa justificada o no imputable, sino todo lo contrario» —S de 14 de marzo de 2006—, y que tampoco puede ampararse en la iliquidez de la deuda, ya que el derecho a la indemnización nace con el siniestro, y la sentencia que finalmente fija el *quantum* tiene naturaleza declarativa, no constitutiva, es decir, no crea un derecho *ex novo* sino que se limita a determinar la cuantía de la indemnización por el derecho que asiste al asegurado desde que se produce el siniestro cuyo riesgo es objeto de cobertura. No se trata, en definitiva, de la respuesta a un incumplimiento de la obligación cuantificada o liquidada en la sentencia, sino de una obligación que es previa a la decisión jurisdiccional, que ya le pertenecía y debía haberle sido atribuido al acreedor (SSTS 29 de noviembre de 2005; 3 de mayo de 2006). **(STS de 4 de junio de 2009; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Una enfermera de una clínica privada administró a una recién nacida un medicamento que le causó graves daños cere-

brales que determinaron su fallecimiento en el curso del proceso. Los padres de la fallecida reclamaron una indemnización a la enfermera, a los titulares de la clínica y a las compañías aseguradoras, incluyendo la compañía médica en cuyo cuadro figuraba la clínica en la que se produjo la actuación profesional negligente. La compañía médica aseguradora se opuso a la reclamación, alegando que no tenía que responder por la actuación de los profesionales sanitarios, puesto que su papel se había limitado a mediar entre éstos y el paciente. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a los demandados solidariamente al pago de 752.449,12 euros y sus intereses de demora. Presentado recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente redujo la cuantía indemnizatoria a 396.834,11 euros. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso presentado por la compañía médica aseguradora. (*M. C. B.*)

64. Imposibilidad de revisar, en vía casacional, los hechos establecidos por la sentencia de instancia.—En el motivo examinado la parte recurrente combate la existencia de un nexo de causalidad entre el accidente de circulación objeto del proceso y la meniscectomía artroscópica padecida en contra de lo que, en el terreno estricto de los hechos, se declara por la sentencia de instancia, pues en ella se afirma que «ningún indicio existe para relacionar la caída sufrida por la demandante con las lesiones que se le produjeron en el accidente de tráfico». En consecuencia, únicamente mediante una nueva valoración probatoria que claramente entraría en el terreno de la fijación de los hechos vedada a la casación podría sustentarse la existencia de un nexo de causalidad que la sentencia recurrida declara inexistente.

Accidentes de circulación. Determinación de su régimen legal.—Las SSTS de 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 en 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». (**STS de 18 de junio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—S. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de León contra la aseguradora A. C. S. R., S. A., solicitando una indemnización por los daños ocasionados a raíz del accidente de motocicleta en la que viajaba como ocupante. El mencionado accidente tuvo lugar el día 22 de enero de 2000. Asimismo, la demanda sostenía que también debía indemnizarse a S. por los daños fruto de una meniscectomía de la que fue intervenida en fecha 13 de septiembre del mismo año al considerar que era una lesión consecuencia del accidente, extremo que fue desestimado por el Juzgado. Apelada la sentencia, la Audiencia de León la confirmó. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*A. S. C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

65. Venta de cosa común sin consentimiento de todos los comuneros.—La cuestión de la venta de cosa común sin consentimiento de todos los comuneros es discutida en la doctrina y ha dado lugar a distintas soluciones en la jurisprudencia, sin que exista «un criterio de decisión absolutamente uniforme». No resulta contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo la consideración de que el contrato de venta de una cosa común es nulo cuando no concurre el consentimiento de todos los comuneros, por aplicación del artículo 397 CC. (STS de 23 de junio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Habiéndose celebrado la venta de un inmueble perteneciente en copropiedad a varios sujetos y no habiendo prestado todos ellos su consentimiento, el comprador demandó la elevación a escritura pública del contrato y la entrega de la posesión. Los vendedores, sin formular reconvencción, opusieron la anulabilidad del contrato por error y subsidiariamente propusieron la entrega de su cuota de participación al comprador. En ambas instancias se declaró la nulidad de la compraventa (nulidad absoluta en primera instancia por aplicación conjunta de los arts. 397 y 1261 CC y nulidad por cambio del objeto en la Audiencia Provincial, aunque sin contradecir la anterior). En casación se desestimó el recurso interpuesto. (C. J. D.)

66. Responsabilidad extracontractual a consecuencia de la paralización de unas obras provocada por diversos procedimientos interdictales. Motivación de la sentencia recurrida.—Procede recordar que el Tribunal Constitucional ha establecido que la exigencia constitucional de motivación no impone una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate (STC núm. 101/92, de 25 de junio), y que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 CE (STC núm. 186/92, de 16 de noviembre); por otra parte, ha sentado que no se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide (SSTC de 28 de enero de 1991 y 25 de junio de 1992).

Por otra parte, esta Sala no excluye una argumentación escueta y concisa (STS de 5 de noviembre de 1992), y considera motivación suficiente que la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el Juzgador para llegar al resultado o solución contenido en la parte dispositiva (STS de 15 de febrero de 1989), o se expresen las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo (SSTS de 30 de abril de 1991 y 7 de marzo de 1992).

Congruencia de la sentencia recurrida.—La sentencia recurrida no incide en incongruencia, habida cuenta de que, por una parte, en el *petitum* de la demanda se solicitaba que se dictara sentencia «por la que se condene los demandados a abonar a la actora, en concepto de daños y perjuicios sufridos

como consecuencia de las paralizaciones judiciales de las obras, una indemnización por cuantía que, aun siendo ahora indeterminada, se señala como cifra orientativa la de 53.428.904 pesetas en cuanto algunos de los conceptos objeto de reparación, y sin perjuicio que pueda ser modificada o concretada, en más o en menos, según lo que resulte de la prueba que se practique o, en su caso, en ejecución de sentencia, y teniendo en cuenta para su determinación las bases señaladas en el cuerpo de este escrito; intereses legales e imposición de costas a los demandados»; y por otra, el fallo de la sentencia recurrida expresa que «estimando parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación de la entidad “Residencial los Herrerucos, S.L.” contra la S de fecha 14 de noviembre de 2002 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Reinosa, debemos revocar y revocamos la misma en el sentido de que desestimando la excepción de litispendencia y falta de legitimación activa y estimando parcialmente la demanda debemos condenar y condenamos a los demandados doña Coro y don Luis a que abonen a la entidad actora “Residencial los Herrerucos, S.L.”, y en concepto de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las paralizaciones judiciales de las obras, la suma de 161.109,14 euros (26.806.306 pesetas), así como los intereses de ejecución de dicha suma, sin hacer especial declaración de condena en cuanto a las costas causadas en la instancia y en la alzada»; de manera que ha existido ajuste o adecuación entre los términos en que los litigantes han deducido sus pretensiones y peticiones y la parte dispositiva de la resolución judicial.

Actuación de mala fe por parte de los demandados, fundamentación suficiente para quedar obligados a indemnizar los daños y perjuicios causados.—En el FD 4.º de la sentencia recurrida, se ha manifestado que, si bien, en principio, el hecho de la formulación de interdictos de obra nueva no comporta sin más el derecho al percibo de una indemnización en favor del dueño de la obra, asimismo ha argumentado, con cita de varias sentencias de esta Sala 1.ª del Tribunal Supremo, que la viabilidad de la reclamación del resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por actuaciones judiciales, precisa que quién esgrimió las acciones interdictales haya actuado con voluntad dañosa o, al menos, con manifiesta negligencia e, igualmente, que los daños y perjuicios, que de manera probada fueran consecuencia directa e inmediata del ejercicio de un interdicto de obra nueva, han de reputarse indemnizables en vía de reparación cuando la acción resulte claramente infundada y así se declare en la sentencia o al menos resulte de ella sin asomo de duda. Después de efectuar tales afirmaciones, dicha sentencia ha analizado de forma pormenorizada los motivos por los que considera que la actuación seguida por los actores en los interdictos había sido reveladora de mala fe, con la indicación de fueron dos los procedimientos interdictales planteados, sin que en el primero hubieran querido integrar correctamente su demanda a pesar de ser conocedores de la excepción planteada; que no cumplieron lo pactado en el contrato de permuta de 30 de abril de 1998, donde se determina claramente que se obligaban a soportar la obra, sin perjuicio de establecer también que los actores les habían requerido para que otorgasen la escritura pública de permuta, no debiéndose olvidar que los otros dos hijos de doña Coro y hermanos de don Luis, habían mostrado su conformidad con los planteamientos de la demandante y, entre ellos, su pretensión de elevar a público aquel contrato privado; que presenciaron en todo momento las obras de derribo del inmueble sin formular oposición alguna, y que sólo después se opusieron a las obras de construcción del edificio; para terminar con la mani-

festación de que, a la vista de los indicados antecedentes, la Sala consideraba procedente la reclamación de daños y perjuicios.

Esta Sala acepta la argumentación recién reseñada de la sentencia de instancia y entiende que constituye fundamentación suficiente para considerar que los ahora recurrentes han obrado de forma que hacia viable la petición de resarcimiento de daños y perjuicios ejercitada, amén de que en el motivo se hace supuesto de la cuestión al establecer apreciaciones jurídicas a partir de hechos diferentes de los vinculantes fijados por la Sala de instancia. (**STS de 16 de julio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Una sociedad constructora demandó a dos personas en reclamación de los daños y perjuicios originados por diversos interdictos de obra nueva, que paralizaron las obras. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda al apreciar la cuestión procesal de litispendencia. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo acogió y estimó parcialmente la demanda, condenando a los demandados a indemnizar los daños y perjuicios causados, apreciar mala fe al interponer los interdictos. Instado el recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*L. F. R. S.*)

67. Ley de Costas de 1988. Falta de transferencia patrimonial a favor de los concesionarios en concesiones otorgadas por el plazo de 99 años.—La DT 2.^a.2 LC 1988 establece que «[l]os terrenos ganados o a ganar en propiedad al mar y los desecados en su ribera, en virtud de cláusula concesional establecida con anterioridad a la promulgación de esta ley, serán mantenidos en tal situación jurídica, si bien sus playas y zona marítimo-terrestre continuará siendo de dominio público en todo caso».

De esta Disposición Transitoria no se infiere la desafectación de los terrenos de dominio público que pudieran haber sido objeto de concesiones de desecación de marismas, sino el mantenimiento de la situación jurídica en que se encontraran los expresados terrenos en el momento de la entrada en vigor de la Ley de Costas 1988.

La jurisprudencia contencioso-administrativa (STS, Sala 3.^a, de 1 de julio de 2002, recurso núm. 6319/1994) ha admitido que las concesiones administrativas podían producir la transmutación de los terrenos de dominio público en terrenos de propiedad privada cuando dichas concesiones eran a perpetuidad, bajo el imperio de la legislación precedente para sanear marismas y destinarlas a la acción urbanizadora. La conversión jurídica en terrenos privados sólo tenía lugar si así se deducía de las propias cláusulas de la concesión otorgada bajo el imperio de la Ley de Puertos de 1880, pero no en el supuesto de concesiones en que se denegó el otorgamiento a perpetuidad. La STS de 1 de julio de 2002 confirmó la falta de transferencia patrimonial a favor de los concesionarios en concesiones otorgadas por el plazo de 99 años para el saneamiento de las marismas con el fin de establecer en los terrenos desecados una industria.

Acto unilateral de la Administración. Inaplicación de la figura del enriquecimiento injusto.—La doctrina del enriquecimiento injusto no puede ser aplicada en el ámbito de una relación jurídica surgida de un acto unilateral de la Administración aceptado por el administrado, como es la concesión. Rei-

teradamente ha declarado la jurisprudencia que los negocios jurídicos están sujetos al régimen que preside legalmente su nacimiento y su desarrollo, el cual no puede resultar modificado por las normas sobre enriquecimiento injusto, las cuales están llamadas a subvenir a situaciones de desplazamiento patrimonial sin causa no reguladas específicamente por el ordenamiento jurídico.

Sistema de fuentes. Dudas en la solución de una cuestión jurídica.—Con arreglo al sistema de fuentes establecido en el artículo 1 CC la existencia de dudas en la solución de una cuestión jurídica no comporta el reconocimiento de una laguna legal que deba resolverse mediante la aplicación de principios generales del ordenamiento si las dudas pueden resolverse mediante la aplicación directa de la ley, interpretada por la jurisprudencia.

Equidad.—El artículo 3.2 CC dispone que las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la ley expresamente lo permita. **(STS de 31 de julio de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En el año 1964 se solicitó la parcelación y aprovechamiento como solares industriales de fincas situadas en una marisma. Por OM de 24 de febrero de 1965 se concedió la autorización. El 9 de septiembre de 1969 se extendió acta de reconocimiento y recepción de las obras de cierre y relleno de la marisma. Por resolución de la Dirección General de Puertos de 21 de octubre de 1970 se aprobó el acta, considerando que las obras estaban terminadas conforme a proyecto.

La concesión al inicial titular de los derechos sobre la marisma contenía una reserva de titularidad a favor de la Administración concedente, fijaba un plazo de explotación (99 años) y señalaba que se hacía sin cesión del dominio público ni de las facultades dominicales del Estado.

El concesionario solicitó de la Administración que dejase sin efecto el plazo de la concesión y recurrió en vía administrativa y judicial. La STS, Sala 3.ª, de 19 de octubre de 1966 estableció que la concesión se hacía por el plazo de 99 años y no a perpetuidad, en virtud de lo dispuesto por la Ley de Patrimonio del Estado de 1964.

Determinadas sociedades, como sucesoras en la titularidad de los derechos otorgados en su día sobre los terrenos de la marisma, interpusieron acción reivindicatoria contra el Estado sobre los expresados terrenos.

El Juzgado desestimó la demanda, decisión que confirma la Audiencia Provincial. Contra dicha sentencia interponen recurso de casación las sociedades demandantes, recurso que es desestimado por el Tribunal Supremo. *(B. G. F.)*

68. Acción declarativa de dominio. Zona marítimo-terrestre. Requisito de identificación de la finca como de propiedad privada.—De acuerdo con reiterada jurisprudencia (*v. gr.*, SSTS de 8 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2004), en el caso de fincas de la zona marítimo-terrestre no hay identificación de la finca —elemento esencial de la acción declarativa de dominio— si no media deslinde administrativo aprobado y sujeto a recurso contencioso-administrativo. A falta de tal deslinde, se desconoce cuál es la

parte de la finca cuyo dominio puede ser declarado como propiedad privada, de manera que no alcance a la zona marítimo-terrestre, de dominio público.

Régimen jurídico de la zona de marismas. Dominio público.—Conforme a la normativa actual, no existe duda de que el régimen jurídico de la zona de marismas es el correspondiente a los bienes de dominio público [arts. 3, 4.2 LC y 3.1.a) y 5.2 RC]. Así se ha declarado expresamente por el Tribunal Supremo respecto a las marismas de Huelva (SSTS de 8 y 21 de mayo de 2008). **(STS de 23 de junio de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El titular de una concesión para el saneamiento y desecación de unas fincas en terreno de marisma ejercita acción declarativa de dominio contra la Dirección General de Costas pretendiendo la declaración de propiedad a su favor sobre las mencionadas fincas. La concesión, otorgada en 1950 y transmitida en 1957 al actual titular, se otorgó a perpetuidad para sanear la zona con destino al cultivo de eucaliptos, previéndose en la misma que quedaba a salvo el derecho de propiedad, sin perjuicio de tercero. El concesionario demandante alega sin embargo que, ejecutadas las obras de desecado, los terrenos dejaron de ser parte de la zona marítimo-terrestre, al no estar encharcados, y que la concesión a perpetuidad otorgada lleva aparejada la transmisión de la propiedad a favor del concesionario, una vez terminadas las obras de saneamiento y desecación, produciéndose la desafectación de un bien de dominio público.

La demanda es desestimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial desestima el recurso, por considerar que falta el presupuesto de identificación de las fincas como de propiedad privada y que la concesión otorgada a perpetuidad no afecta al derecho de propiedad. El concesionario demandante interpone entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

69. Aplicación al dominio público de los principios de legitimación ex artículo 38 y de fe pública registral ex artículo 34 LH.—De acuerdo con jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (entre otras muchas, SSTS de 26 de abril y 22 de julio de 1986), ninguno de estos principios es aplicable al dominio público. En primer lugar, respecto al principio de legitimación, que presume la existencia de los derechos inscritos tal y como constan en el asiento y su posesión, no es aplicable cuando intenta oponerse a una titularidad de dominio público, pues éste es inatacable aunque no figure en el Registro de la Propiedad y es protegible frente a los asientos registrales e incluso frente a la posesión continuada. En segundo lugar, respecto al llamado principio de fe pública registral, el bien de dominio público, *extra commercium*, no es objeto de transmisión y no cabe alegar su adquisición como tercero hipotecario.

Doctrina de los actos propios.—Junto al carácter inequívoco y definitivo que ha de predicarse del denominado acto propio, éste ha de ser válido y eficaz para que sea efectivamente oponible a su autor, lo que tiene una especial significación cuando se trata del demanio natural, al ser el mismo absoluta-

mente inalienable, imprescriptible, inembargable e indeseable. Así, el principio de legalidad resultaría conculcado si se diera validez a una acción de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el sólo hecho de que así se haya decidido por la misma o porque responde a un precedente de ésta. (**STS de 22 de junio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El abogado del Estado ejercita acción declarativa de dominio con la pretensión de que se declare de dominio público perteneciente al Estado e integrado en el dominio público hidráulico, el paraje denominado «Lagunas de Ruidera», las aguas situadas en el mismo y su curso de comunicación comprendiendo los terrenos cubiertos por las mismas.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al concluir que, de acuerdo con el Registro de la Propiedad, se trata de lagunas de dominio privado, que en su día fueron vendidas a particulares por el propio Estado. La Audiencia Provincial, por el contrario, declara la pertenencia de las mencionadas lagunas al dominio público hidráulico, por formar parte del río Guadiana. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial. (*M. C. C. M.*)

70. Presupuestos de la acción de deslinde. Incertidumbre de linderos.—Dado que la acción de deslinde persigue poner claridad en una linde incierta, resulta procedente cuando los límites de los terrenos están confundidos de tal forma que no se puede tener conocimiento exacto de la línea perimetral de cada propiedad (SSTS de 30 de junio de 1973, 27 de mayo de 1974, 27 de abril de 1981 y 14 de octubre de 1991). En caso de segregación de una parte de una finca, la incertidumbre nace de la propia fijación de linderos efectuada en el contrato, cuando alguno de ellos queda como incierto. La necesidad del deslinde no queda desvirtuada por el hecho de que el comprador haya efectuado una delimitación unilateral mediante cerramiento de lo que entiende que le corresponde, pues tal actuación no puede ser por sí definidora de su derecho.

Doctrina sobre la venta de un inmueble como cuerpo cierto.—Señala el Tribunal Supremo que la venta de una finca como cuerpo cierto comporta la necesidad de una fijación clara y precisa de los linderos —tal como pueden ser los accidentes geográficos, caminos, elementos delimitadores de fincas contiguas, etc.—, de modo que, determinado el objeto, la fijación de la superficie de la finca no resulta incluso esencial, pues el vendedor y el comprador convienen en la transmisión de un espacio concreto y conocido por ambos (SSTS de 4 de abril de 1979 y 10 de mayo de 1982). No se cumplen estos presupuestos cuando no están perfectamente definidos los linderos por los cuatro puntos cardinales ni, en concreto, cuando por alguno de los puntos se afirma que se linda con el remanente de la finca matriz de la que se segrega la finca vendida; en tales casos, será siempre necesaria la determinación de la superficie vendida para poder delimitar la finca. (**STS de 29 de septiembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Los propietarios de una finca vendieron en sucesivos contratos sendas parcelas de la misma, segregadas de ésta, manteniendo su propiedad sobre el resto de la finca. Doce años después, los vendedores solicitan judicialmente la práctica del deslinde de las fincas señaladas, fijándose entre ellas la línea divisoria. Comparcen como demandados el comprador de las dos parcelas segregadas y los arrendatarios de las mismas, permaneciendo en rebeldía los propietarios de las demás fincas colindantes con las fincas litigiosas. La demanda es estimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por el comprador de las parcelas segregadas y los arrendatarios de las mismas, la Audiencia Provincial estima el recurso únicamente en relación a las costas procesales. Los recurrentes plantean entonces recurso de casación, alegando la inexistencia de los presupuestos para el ejercicio de la acción de deslinde, al no existir confusión de linderos, ya que se trató de ventas como cuerpo cierto, con perfecta expresión de los linderos de las fincas vendidas. (A. M. M.)

71. Propiedad horizontal: determinación del carácter de un sótano como elemento común o privativo.—Para determinar el carácter privativo o común de un sótano habrá que estar en primer lugar a lo establecido en el título constitutivo. Los sótanos no tienen la consideración de elementos comunes por sí mismos y sí la de anejo de las partes privativas (art. 396 CC). A pesar de ello, dado que ni el artículo 396 CC ni el artículo 3 LPH hacen una descripción cerrada y exclusiva de los elementos comunes, sino meramente enunciativa, por la voluntad unánime de los propietarios del inmueble esta calificación puede variar (SSTS de 15 de mayo de 1985; 22 de diciembre de 1994; 17 de diciembre de 1997 y 30 de julio de 2003). No obstante, el uso común que de una parte de un elemento privativo haya podido realizar la comunidad resulta intrascendente para cambiar su calificación si no se ha formulado demanda de usucapión, ni el tiempo del uso ha sido determinante para establecer unas consecuencias jurídicas distintas, ni en el título constitutivo existe ninguna manifestación relativa a la incorporación a las partes comunes de la Comunidad. (STS de 22 de julio de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La mercantil B. S. L. interpone demanda contra la Comunidad de Propietarios donde solicita que se declare que la planta sótano del inmueble le pertenece de forma privativa.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara la naturaleza privativa del sótano, en virtud de la certificación registral aportada por la actora. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y considera parte del sótano como un bien común, ya que dicha porción del mismo se utilizó temporalmente como vivienda del portero del inmueble y para un posterior arrendamiento, con la tolerancia de la titular. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estima, anula la resolución recurrida y confirma la sentencia dictada en primera instancia. (S. E. M.)

72. Propiedad horizontal: nulidad de acuerdos para realizar obras en elementos comunes por falta de unanimidad (art. 7 LPH).—En virtud de los artículos 3. a), 7, 12 y 17 LPH y de reiterada jurisprudencia (SSTS de 5 de marzo y 17 de abril de 1998; 5 de mayo de 1999; 5 de mayo y 24 de junio de 2000 y 15 de diciembre de 2008), las obras que implican una modificación de la cubierta de un edificio para el beneficio exclusivo de uno de los comuneros requieren que la adopción del acuerdo sea por unanimidad y no por mayoría. Esto se debe a que dichas obras implican la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad. Si bien es cierto que las reglas de aprobación de los acuerdos sociales ha de someterse a una interpretación conforme con la realidad social actual para evitar situaciones de abuso (SSTS de 13 de marzo de 2003 y 8 de mayo y 28 de noviembre y 19 de diciembre de 2008) el derecho de un comunero a disentir de un acuerdo para evitar que se alteren los elementos comunes en beneficio exclusivo de otro comunero es un derecho plenamente justificado y, en este caso, la exigencia de unanimidad no supone un ejercicio anormal o abusivo del derecho. (**STS de 16 de julio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don D. y doña O. cuestionan el acuerdo adoptado por la Comunidad de Propietarios demandada, por el que se aprueba por mayoría y no por unanimidad las obras consistentes en la apertura de unos lucernarios en la cubierta del edificio.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial fueron desfavorables a la demandada, ya que consideran nulo el acuerdo adoptado por mayoría al implicar la realización de obras en un elemento común. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución recurrida. (*S. E. M.*)

73. Propiedad horizontal. Arrendamiento independiente de trasteros anejos a viviendas.—El Tribunal Supremo declara ajustado a derecho el acuerdo de la Junta de propietarios que prohíbe el arrendamiento independiente de los trasteros anejos a viviendas. El arrendamiento de estos anejos como apartamentos independientes de la vivienda no sólo supone una modificación unilateral del destino establecido para los mismos en el título constitutivo, sino que es una actividad contraria a la ley (art. 7.2 LPH) cuando las ordenanzas municipales prohíben este tipo de arrendamientos a fin de evitar el aumento no autorizado de la densidad de viviendas.

Propiedad horizontal. Régimen de adopción de acuerdos interpretativos de los estatutos o del título constitutivo.—No requiere de unanimidad la adopción de un acuerdo que no suponga alteración del título constitutivo o de los estatutos de propiedad horizontal y que se limite a ratificar éstos o a aclarar su contenido o los límites de los derechos de los propietarios establecidos conforme a dichos textos. (**STS de 22 de julio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La propietaria de una vivienda en un edificio en propiedad horizontal interpone demanda de nulidad de un acuerdo adoptado por la Junta de propietarios, en el que se prohíbe arrendar

como apartamentos independientes los trasteros anejos a las viviendas. La demandante alega, entre otros argumentos, que el acuerdo impugnado es contrario a los estatutos y a su derecho de propiedad sobre la vivienda y sus anejos, así como que implica una contradicción con un acuerdo anterior en el que la comunidad autorizaba a utilizar los trasteros para soluciones distintas del depósito o de la guarda de objetos. La demanda es desestimada en primera instancia, e igualmente se desestima el recurso de apelación interpuesto posteriormente por la demandante. Ambas sentencias consideran que no hay vulneración de la legalidad vigente y que el acuerdo anterior al impugnado no autorizaba a alquilar los trasteros como apartamento independiente, sino a otros posibles usos, y siempre a cargo de los ocupantes de la vivienda a la que correspondieran los trasteros como anejo; autorizar el arrendamiento independiente de los trasteros implicaría, además, duplicar el número de viviendas en la urbanización, aumentando con ello la densidad de viviendas, lo que es contrario a las ordenanzas municipales. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)

74. Propiedad horizontal. Acuerdos de cerramiento de zonas comunes.—Para que sea válido un acuerdo adoptado por mayoría, consistente en el cierre de elementos comunes que sirven de acceso a locales comerciales ubicados en el interior de una urbanización, mediante puertas o cancelas, es doctrina jurisprudencial que se han de respetar los derechos que adquirieron los dueños de los locales de negocio legalmente establecidos, durante las horas en que estos locales tengan derecho a permanecer abiertos según las normas legales y reglamentarias que regulen esta materia (SSTS de 5 de diciembre de 1989, 30 de enero de 1996 y 3 de marzo de 2003).

Propiedad horizontal. Adopción de acuerdos perjudiciales para un comunero. Abuso de derecho.—El Tribunal Supremo recuerda que no se puede adoptar un acuerdo que perjudique a un propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo. En este contexto, el abuso de derecho —consistente en la utilización de la norma por la comunidad con mala fe civil en perjuicio de un propietario— está contemplado en el artículo 18.1.c) LPH. Cuando el acuerdo adoptado por la comunidad afecta negativamente a uno de los propietarios integrados en la misma, no puede considerarse general el beneficio de la comunidad. (STS de 16 de julio de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios de una urbanización, ante las molestias que ocasiona el tránsito de personas ajenas a la misma por las zonas comunes, adopta el acuerdo de cerrar la finca. Esto perjudica al propietario de un restaurante enclavado en los terrenos de la urbanización, quien interpone demanda solicitando la nulidad del citado acuerdo. Desestimada demanda en primera instancia y recurrida en apelación la sentencia por el demandante, la Audiencia Provincial estima el recurso, sobre la base de que, para adoptar un acuerdo de ese tipo, se han de contrastar los diversos intereses implicados, buscando una satisfacción de todos ellos, y que, en este sentido, el acuerdo adoptado para el cerra-

miento de la urbanización no precisa los detalles sobre los horarios y el sistema de cierre, que son importantes para un entendimiento entre los afectados. Tras esta sentencia, la Junta de propietarios adopta por mayoría un segundo acuerdo en el que precisa las formas de cierre, acuerdo que se adopta a propuesta unilateral del presidente, sin que previamente se haya puesto éste en contacto con el propietario del restaurante afectado para contrastar intereses. Conforme al nuevo acuerdo, la entrada al restaurante queda condicionada a un sistema de apertura eléctrico, que implica que los potenciales clientes han de solicitar la entrada y ésta se ha de facilitar desde el local comercial.

El propietario del mencionado local comercial interpone entonces demanda contra este segundo acuerdo, solicitando la nulidad del mismo. La demanda es estimada en primera instancia, fallo contra el que interpone recurso de apelación la comunidad de propietarios. La Audiencia Provincial estima el recurso, alegando que la comunidad ha actuado dentro del marco de competencias conferido por el artículo 14 LPH y que el acuerdo no impide el uso de los establecimientos comerciales por personas ajenas a la comunidad. El propietario del local afectado interpone entonces recurso de casación. (A. M. M.)

75. Gastos objeto de individualización: artículo 9 LH.—Pese a la imperatividad del artículo 9 LH de contribuir a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, el citado precepto admite, como excepción a la regla general, que determinados gastos puedan tener consideración de individualizables y, en consecuencia, permite al propietario de un piso o local no abonarlos. Para que se produzca este privilegio es preciso que aparezca la exclusión en el título constitutivo o, en su caso, en los estatutos comunitarios y también cabe que se decida en Junta de propietarios mediante acuerdo tomado por unanimidad. Se entiende, pues, que en estos casos prevalece el principio de autonomía contractual. (STS de 29 de mayo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ramón García Varela.]

HECHOS.—Una asociación de copropietarios ejercita una acción de impugnación de los puntos segundo y tercero de la Junta general ordinaria celebrada en febrero de 2001 por la comunidad de propietarios del complejo urbanístico en el que se encuentran las parcelas pertenecientes a los miembros de la asociación. Según los demandantes, la nulidad de esos puntos deriva de que no se acordó por unanimidad el establecimiento de una distribución de gastos que era disconforme con la fijada en los estatutos sociales, según los cuales, los propietarios de las parcelas en las que no se hubiera edificado un chalet no tendrían que soportar los gastos relativos a mantenimiento de viales, depuradoras, luz y basuras.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de dichos acuerdos. Por el contrario, la Audiencia Provincial rechazó íntegramente la demanda inicial, por entender que es conforme a derecho la individualización de los servicios acordada en el punto tercero del acuerdo impugnado, en cuanto se impone sólo a los propietarios de las edificaciones que efectivamente los

consumen. En consecuencia, obliga a los condueños a asumir su pago en proporción a su cuota de participación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la asociación. (*M. C. C. M.*)

76. Quórum necesario para el cerramiento de una zona común.—No es necesaria la unanimidad para el cerramiento de una zona común (en el caso, un jardín frontal al edificio), cuando dicho cerramiento no causa ningún perjuicio a los locales ni a los vecinos. Cuando ni dificulta el acceso a los locales, ni impide el uso comunitario de la zona común, a la que se accede cómodamente por los vecinos, sino que de lo que se trata es de impedir el acceso a la misma a cualquiera que transite por allí, no se requiere la unanimidad, pues se trata de algo que beneficia a la generalidad.

Quórum necesario para el arrendamiento de una zona común.—El arrendamiento de un elemento común, cuando no se limita el uso o utilización de ninguno de los copropietarios, ni se les priva de ventaja alguna, directa o indirecta, con beneficio para los comuneros, es un supuesto de acto de administración para el que es suficiente la mayoría. Esta solución responde a la adopción de un criterio flexible, en armonía con las directrices de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 (atención a la realidad social de los hechos; función económico-social del régimen de propiedad horizontal; logro de una convivencia normal y pacífica presidida por la idea de la justicia; contemplación de las relaciones de vecindad, trascendencia de la materia y necesidades de la colectividad como factores valorativos para la decisión de problemas). (**STS de 3 de junio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los demandantes, como propietarios de tres locales comerciales existentes en el edificio A, interpusieron demanda contra la comunidad de propietarios de dicho edificio, en ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos adoptados en Junta extraordinaria, relativos al cerramiento de acceso central al jardín del edificio desde el paseo marítimo, y el arriendo del jardín frontal del edificio para la instalación de un minigolf.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando nulo el acuerdo relativo al arriendo del jardín y la validez del relativo al cerramiento. Esta validez se basó en considerar probado que los locales tienen acceso por otra calle y que el demandante no probó que el cerramiento perjudicaba gravemente su funcionamiento comercial. En el caso del acuerdo declarado nulo, se basó en que el arriendo e instalación del minigolf implicaría que no podría usarse el jardín por todos los propietarios para acceder caminando o con vehículo, por lo que es necesaria la unanimidad.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación formulado por la comunidad de propietarios. Declara la validez de ambos acuerdos. Del relativo al arriendo del jardín, indicó que la oposición al arrendamiento no está justificada cuando proviene de un único propietario, cuyo interés no es el mantenimiento del jardín, sino la posibilidad de acceso. El uso que se prevé hacer de la zona arrendada no supone en sí mismo una notable alteración del previsto en el título constitutivo.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los propietarios de los locales. Confirma la validez de los dos acuerdos. El relativo al cerramiento, porque no dificulta el acceso a los locales ni causa ningún perjuicio a los vecinos. El relativo al arriendo, porque no se ha apreciado incompatible con el uso de jardín, no suponiendo una notable alteración del uso previsto en el título constitutivo, ni que perjudique a ninguno de los copropietarios. Además, supone un beneficio para la comunidad demandada, en cuanto supone una fuente de ingresos para la misma. Por tanto, no es necesaria la unanimidad para la adopción de los acuerdos mencionados. (*S. L. M.*)

77. Propiedad horizontal: consentimiento tácito para la realización de unas obras en elementos comunes.—Según jurisprudencia reiterada (SSTS de 16 de octubre de 1992, 13 de julio de 1995; 24 de julio de 2004 y 23 de octubre y 15 de noviembre de 2008), si bien el conocimiento no equivale a un consentimiento, en ciertos casos, cabe interpretar la inactividad de una comunidad de propietarios y de sus integrantes como un consentimiento tácito, cuando éstos concededores de la realización de unas obras que hubieran requerido un consentimiento unánime se mantienen en silencio durante un largo periodo de tiempo. De esta forma, el cerramiento de un patio común realizado unilateralmente por un comunero sin que durante un largo periodo de tiempo se hubiera manifestado ningún tipo de impugnación a pesar de su notoriedad, puede interpretarse como un consentimiento tácito, dado que del comportamiento de los interesados resulta implícita su aquiescencia. (**STS de 16 de julio de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Doña I. demanda a don J. L. a reponer el patio de luces existente en el edificio al estado en el que éste se encontraba antes de que hubiera realizado las obras de cerramiento que actualmente existen y que ejecutó sin el debido consentimiento unánime de la comunidad de propietarios.

El Juzgado de Primera Instancia considera probado que las obras se realizaron sin el debido consentimiento. Sin embargo, dado que la antigüedad de su realización excede los veinte años y que durante ese periodo ni la comunidad ni los condominos han realizado oposición alguna, aprecia la existencia de un consentimiento tácito y unánime a la obra de cerramiento del patio, por lo que desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y considera que algunas de las obras se han realizado en un tiempo inferior a quince años, por lo que revoca la sentencia recurrida y estima la demanda. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estima, anula la resolución recurrida y confirma la sentencia dictada en primera instancia. (*S. E. M.*)

78. Comunicación pública de obras protegidas por la propiedad intelectual en habitaciones de hotel y otros espacios.—El Tribunal Supremo ha venido declarando, sobre todo a partir de la S de 16 de abril de 2007, que

la recepción o captación por un establecimiento hotelero de las señales de televisión y su posterior retransmisión para uso de los clientes mediante televisores instalados en las habitaciones y zonas comunes, constituye un acto de comunicación pública del artículo 20.1 LPI, por lo que resulta necesario el consentimiento del titular de los derechos. El carácter público o privado del lugar en que se produce la comunicación no tiene relevancia alguna, ni las habitaciones de hotel tienen la consideración de ámbitos estrictamente domésticos a los efectos del precepto señalado.

Tarifas establecidas por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual en concepto de comunicación pública de contenidos protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual.—Según el Tribunal Supremo, hay que tener en cuenta dos cosas. Por un lado, las entidades de gestión elaboran un manual de tarifas que puede servir de punto de partida para la fijación de la suma debida. Sin embargo, por otro lado, su elaboración unilateral en relación con la situación privilegiada de la entidad de gestión y la falta de datos objetivos para contrastar su adecuación a las circunstancias, hace difícil para el órgano judicial concretar un precio que guarde relación razonable con el valor económico del servicio prestado. Además, la determinación equitativa de la remuneración no constituye un criterio de mero arbitrio del Tribunal. Para una ponderación razonable sería preciso disponer de una serie de datos que sirvieran de pautas (por ejemplo, informe de expertos, comparación con los precios de otras entidades de gestión, tipo y entidad del establecimiento, temporalidad de apertura...). Ante su falta, sólo cabe una doble opción: remitir la determinación a otro juicio o aplicar dichas tarifas generales en orden a corregir el abuso o exceso denunciado, permitiendo una resolución más rápida de la controversia. (**STS de 18 de mayo de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Un hotel viene comunicando públicamente contenidos protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual en las habitaciones del establecimiento, mediante los aparatos de televisión, y en los espacios comunes, sin contar con la debida autorización y sin pagar la correspondiente remuneración. Una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual interpone demanda reclamando dicha remuneración.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, considerando que se trata de actos de comunicación pública a los efectos del artículo 20 LPI, y que la consideración del carácter doméstico de las habitaciones de los hoteles se circunscribe únicamente al ámbito penal.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y entiende que las habitaciones sí constituyen un ámbito estrictamente privado.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual y condena al titular del hotel al pago de la remuneración correspondiente, tomando como base las tarifas generales establecidas por aquella pero reduciéndolas a una sola emisión por día y habitación ocupada. En cuanto al índice de habitaciones ocupadas, dada la falta de prueba, cuya aportación incumbía a la demandada, debe tomarse en cuenta el porcentaje de ocupación señalado en la demanda en relación con el número de habitaciones. (*S. L. M.*)

79. Extensión de la hipoteca: interpretación del artículo 112 LH.—El «tercer poseedor» al que se refiere el citado precepto, lo ha de ser en concepto de «dueño». (ST^S de 21 de mayo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En enero de 1990, don L. celebró con una entidad mercantil un contrato de ejecución de obra para la construcción de un hotel sobre terrenos de su propiedad. Don L. falleció en octubre de 1991, una vez iniciada la ejecución del contrato, y sus herederos constituyeron en mayo de 1992 hipoteca para financiar los gastos generados por la construcción que se había acometido. Meses antes, se había constituido una sociedad de la que forman parte los referidos herederos, que cedieron a la sociedad el uso gratuito del hotel para su explotación durante veinticinco años al final de cuyo periodo revertiría a los mismos, entregándole para su uso la obra ya construida con obligación por parte de la mercantil de sufragar el importe del resto de las obras por realizar.

En marzo de 2000 don B. compró a la entidad bancaria el crédito garantizado con hipoteca y, ante el impago de las amortizaciones del mismo, inició proceso de ejecución hipotecaria ante el Juzgado de Primera Instancia. En dicho proceso se personó la mercantil a la que se le había cedido el uso solicitando la exclusión de ciertas construcciones y elementos incluidos en la finca hipotecada, por entender que no les afectaba la garantía. Al ser rechazada dicha pretensión, la mercantil decidió interponer demanda de juicio ordinario contra los herederos de don L. y contra el adquirente del crédito garantizado con hipoteca.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial desestimó la demanda, absolviendo a los demandados de los pedimentos formulados en su contra. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

80. Requerimiento previo de pago a terceros poseedores.—El artículo 131, regla 3.^a, apartado tercero, LH, en su redacción vigente en el momento del proceso que ahora reseñamos, disponía que, junto con la demanda, el actor debía presentar «acta notarial justificativa de haberse requerido de pago con diez días de anticipación, cuando menos, al deudor, y también al tercer poseedor de las fincas en el caso de que éste hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble». A continuación, la regla 4.^a establecía que el Juez reclamará del Registrador de la Propiedad, a instancia del actor, certificación comprensiva de determinados extremos y, entre ellos, la «inserción literal de la última inscripción de dominio o de posesión, en su caso, que se haya practicado y se halle vigente». Así, si de la certificación del Registro apareciese que la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio o de posesión no hubiese sido requerida de pago, se notificará a la misma la existencia del procedimiento para que pueda, si le conviniese, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca, según impone la regla 5.^a. De esta manera, señala el Tribunal Supremo, el acreedor hipotecario no está obligado inicialmente a examinar el contenido

del Registro para requerir de pago a cualquier adquirente posterior de la finca hipotecada, sino que únicamente ha de hacerlo a aquél que le acreditó la adquisición, exigiéndole la ley simplemente la aportación de su título de ejecución debidamente inscrito.

Certeza del crédito hipotecario.—Los artículos 143 LH y 238 de su Reglamento se refieren a la hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura, supuestos en que la garantía real se constituye antes del nacimiento de la obligación. En consecuencia, su efectividad queda condicionada a su nacimiento, por lo que la ley arbitra la fórmula para que conste la obligación en el Registro, una vez que exista, haciéndose constar mediante una nota al margen de la inscripción hipotecaria. **(STS de 28 de septiembre de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Se interpone demanda contra una Caja de ahorros y pensiones y contra una inmobiliaria, donde los actores ejercitan acción de nulidad de un procedimiento de ejecución hipotecaria tramitado por la vía del artículo 131 LPH, así como acción de indemnización de daños y perjuicios. Los demandados se opusieron a la misma.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la excepción de falta de legitimación activa de una de las actoras. En cuanto al fondo, desestimó la demanda. Ambas partes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial desestimó ambos recursos también.

En casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Se alega, en primer lugar, la infracción del artículo 131.3.ª.3 LH, al no haberse efectuado requerimiento previo de pago a los demandantes en su condición de terceros poseedores de las fincas hipotecadas, realizándose a los mismos simplemente la notificación a que se refiere el artículo 131.5.ª LH, que consideran insuficiente a los efectos previstos en la norma. Señalan que se infringió lo dispuesto por dichas normas, ya que resultaba preciso el requerimiento inicial de pago, pese a que no habían acreditado ante el acreedor la adquisición de los inmuebles hipotecados, dado que tal adquisición constaba en el Registro de la Propiedad. Considera el Tribunal Supremo que tal conocimiento existió por la propia notificación de la existencia del procedimiento a los terceros adquirentes, que pudieron así liberar sus fincas de la ejecución mediante el pago de las responsabilidades a que se hallaban sujetas, debiendo entenderse que la extensión de tal responsabilidad al pago de costas se corresponde con su conducta omisiva al no haber acreditado previamente la adquisición ante el acreedor hipotecario.

Además, se alega la infracción de los artículos 143 LH y 238 de su Reglamento, al no existir certeza del crédito hipotecario, según la parte recurrente, dado que en las actas de entrega diferida de capital por la entidad acreedora no se procede a señalar la cantidad por la cual paulatinamente va respondiendo cada finca según el capital del préstamo que se va entregando. El Alto Tribunal también desestima este motivo, pues, a su juicio, no se trata de una división del crédito entre las distintas fincas hipotecadas (art. 124 LH), que es a lo que se refiere la parte recurrente, ya que en el caso el crédito subsistía sobre la totalidad de los bienes hipotecados (art. 122 LH), sin perjuicio de que, por razón del principio de especialidad esta-

blecido en el artículo 119 LH, se había determinado la cantidad máxima o parte de gravamen de que había de responder cada una de las fincas hipotecadas. (S. L. M.)

81. Inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 129.2 LH.—Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (SSTS de 4 de mayo de 1998, 30 de enero y 20 de abril de 1999, 13 de diciembre de 2005, 10 de octubre de 2007 y 14 de julio de 2008), ha declarado la inconstitucionalidad sobrevenida de la disposición prevista en el artículo 129.2 LH, lo que acarrea la ineficacia de las normas reglamentarias de desarrollo contenidas en varios artículos del Reglamento Hipotecario. Concretamente, dicha norma autorizaba la existencia de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria según el cual, con el mero acuerdo de las partes, quedaba excluida la intervención judicial en un procedimiento de ejecución de esencia y contenido puramente jurisdiccional. Al tratarse de una norma vigente con anterioridad a la promulgación de la Constitución Española de 1978, la derogación se entiende producida de forma automática por vía de lo dispuesto en el apartado 3 de la DD de la Constitución Española desde el momento de la entrada en vigor del texto constitucional, sin perjuicio de que sean los tribunales los que la declaren en cada caso a la hora de justificar la inaplicación de la norma inconstitucional. (STS de 25 de mayo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Una sociedad anónima formula demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra otra mercantil por la que solicita que se declare la nulidad de una de las cláusulas de la escritura de constitución de hipoteca de 28 de abril de 1994 concertada con una entidad bancaria, cuyo crédito adquirió la demandada mediante escritura de cesión de julio de 1997. Así mismo, solicita la nulidad desde su inicio del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecario seguido a instancia de la demandada y, en particular, de la adjudicación a la actora de dos inmuebles hipotecados.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando parcialmente la demanda y declara la nulidad desde su inicio tanto del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria seguido a instancia de la demandada ante el notario, como de la adjudicación a la demandada de los dos inmuebles hipotecados. De igual forma, ordena librar los mandamientos necesarios a la notaría referida y al Registro de la Propiedad a fin de que se proceda a cancelar las inscripciones registrales causadas. Ambas partes recurren en apelación y la Audiencia Provincial dicta sentencia estimatoria del recurso interpuesto por la demandada, revocando la sentencia dictada en primera instancia. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (M. C. C. M.)

82. Retracto de comuneros. Inicio del plazo de caducidad.—El cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de retracto legal, en caso de falta de inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad comenzará cuando se pruebe un conocimiento completo, cumplido y cabal que abarque no sólo al hecho de la venta, sino también la noticia exacta de

todos los extremos de la transmisión (S de 8 de junio de 1995), lo que se reitera posteriormente, en numerosa jurisprudencia (S de 7 de diciembre de 1998, S de 20 de octubre de 2005, S de 25 de mayo de 2007); negándose que el *dies a quo* sea el simple conocimiento de la celebración de la subasta, sino el completo conocimiento de la venta (STS de 14 de diciembre de 2007), en caso de subasta judicial, sólo si consta el conocimiento de la transmisión –aprobación judicial del remate y adjudicación al rematante– será éste el *dies a quo* (S de 26 de febrero de 2009).

El artículo 1524 parece claro respecto al *dies a quo* del retracto legal: la inscripción en el Registro de la Propiedad o, sólo en su defecto, si no se produce la inscripción, es desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. La jurisprudencia ha matizado que si antes de la inscripción el retrayente hubiera tenido conocimiento completo de la transmisión, la fecha de tal conocimiento sería el *dies a quo*. En caso de subasta administrativa, se entendió que el *dies a quo* fue la notificación de la adquisición y compraventa en escritura pública. En caso de subasta judicial, sólo si consta el conocimiento de la transmisión –aprobación judicial del remate y adjudicación al rematante– será éste el *dies a quo*; en otro caso, la inscripción en el Registro de la Propiedad (S de 14 de diciembre de 2007). **(STS de 1 de abril de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.–Interpuesta demanda de retracto legal de comuneros por la parte actora, condueña de la finca enajenada, la parte demandada opone la caducidad de la acción de retracto.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en su integridad la demanda, declarando existente el derecho de retracto alegado.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y, confirmó la sentencia dictada en primera instancia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, confirmando las anteriores sentencias. (M. R. D. R.)

83. Derecho de retracto de carácter voluntario pactado en contrato de arrendamiento de industria o negocio. Efectos. Plazo.–La doctrina jurisprudencial actual de esta Sala reconoce al retracto voluntario el carácter de derecho real. Así SSTs de 29 de abril de 2005, número 322, y 22 de abril de 2008, número 281, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2, números 1.º y 2.º, y 37.3.º de la Ley Hipotecaria y 14 RH en cuanto permiten su inscripción.

Ciertamente, el tema es doctrinalmente polémico, y de sentencias anteriores a las citadas podría deducirse otro criterio, aunque también es oportuno señalar que la Compilación de Navarra (Ley 460) permite la configuración con carácter real y la Ley de Cataluña 5/2006 (arts. 568-5 a 568-7) regula los derechos de adquisición voluntaria como derecho real. Y si bien, por otro lado, cabría cuestionar la atribución de la condición de derecho real cuando no concurren los requisitos generales que permiten el reconocimiento de las figuras atípicas dentro del sistema de *numerus apertus* generalmente aceptado, no se advierte en el caso problema alguno al respecto al no existir indeterminación en el plazo para su ejercicio por no operar la caducidad hasta haber transcurrido los seis meses del plazo de duración del arrendamiento (STS de 19 de noviembre de 1993) computados desde la fecha del preaviso de resolución contractual, ni objeción en ninguna otra perspectiva, pues no cabe ima-

ginar una exigencia de constancia registral, que la Ley no exige expresamente para la existencia del derecho real, y que vulneraría, por consiguiente, el principio de libertad constitutiva.

En cuanto al artículo 32 LH, [...] no es operativa la norma del mismo en la perspectiva de inoponibilidad de lo no inscrito cuando la propia demanda reconoce el conocimiento, previo a la perfección de la compraventa, de la cláusula arrendaticia controvertida, y, con independencia de la polémica doctrinal existente al respecto, lo cierto es que la doctrina jurisprudencial exige, también para el tercero del artículo 32, la buena fe (SSTS, entre otras, 7 de abril de 2000, 28 de octubre de 2001 SIC, 11 de octubre de 2006), y ésta no concurre cuando se conoce lo que el Registro no publica –realidad extrarregistral.

Concurrencia de derechos de adquisición preferente. Derecho de retracto (LAU). Efectos del retracto convencional.—Las normas relativas al retracto arrendaticio urbano no son expandibles al «retracto voluntario» dado que regulan un límite legal del dominio (SSTS 2 SIC y 6 de febrero de 1991, 22 de abril de 2008), y por ello no cabe la aplicación analógica, y en contra de tal expansión se manifestó la reciente S de esta Sala de 18 de mayo de 2006 que denegó la aplicación analógica del artículo 47.3 LAU, TR de 1964, [...] a una liquidación y división de una sociedad de gananciales.

Resolución del contrato de compraventa que imposibilita ejercicio efectivo del derecho de adquisición.—La resolución del contrato de compraventa que imposibilita el ejercicio efectivo del derecho de adquisición voluntario y la consiguiente retroventa del local objeto de éste no es viable cuando no resulta posible jurídicamente la subrogación. Ello es así cuando la subrogación postulada equivale a la compraventa de una sólo parte de la finca vendida con anterioridad por cuanto dicha compraventa exige un precio cierto en dinero o signo que lo represente (art. 1445 CC), que habrá de ser determinado, o determinable con arreglo a criterios válidos que permitan su precisión, sin que la falta de certeza pueda ser suplida por los Tribunales, del mismo modo que tampoco cabe su fijación unilateral, como declara la S de 25 de mayo de 2006. [...]

Falta de pago de la renta (LAU).—Es claro que no procede una condena a pago de las rentas una vez producida la resolución arrendaticia, porque las cantidades que se pudieran devengar por una posesión precaria ya no tienen tal carácter y resultaría incongruente su abono en la forma pedida, si bien suscita más dificultades la decisión acerca de las cantidades correspondientes al periodo de seis meses posteriores al ejercicio de la facultad resolutoria. Si tenemos en cuenta que [...] que durante seis meses desde el preaviso continuó la vigencia del arrendamiento, [...] procede estimar la pretensión ejercitada únicamente en relación con dicho periodo. (STS de 13 de mayo de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El proceso versa sobre el ejercicio de un derecho de retracto –derecho de adquisición preferente–, voluntario, en cuanto que pactado en un contrato de arrendamiento de industria o negocio para el caso de que el arrendador –la mercantil O., vendiera el objeto del arrendamiento, suscitándose la controversia como consecuencia de que, vendido el edificio (finca registral) en cuyo sótano se hallan el local arrendado, las partes vendedora– O., y compradora –T., no reconocen el derecho de retracto ejercitado por el arren-

datario— E. El contrato de arrendamiento contiene también una cláusula según la cual la propiedad se reserva el derecho de dar por resuelto el arriendo, antes de finalización del contrato, con un preaviso de seis meses mínimo a la arrendataria para el caso de una venta urgente del local. Vendido el edificio a T., O. avisa a E. de la venta dando por resuelto el arriendo dentro de seis meses a partir del aviso.

En el Juzgado de Primera Instancia se acumularon dos demandas, una interpuesta por E. en la que ésta solicitaba se declarase haber lugar al retracto, en su día suscrito con O., y se condenase a la compradora de la finca a otorgar escritura de retroventa del local, objeto del retracto; y otra, interpuesta por T. contra E., en la que la primera solicitaba se declarase la resolución del contrato de arrendamiento, que unos años atrás O., la vendedora de la finca, firmó con E., por falta de pago de la renta y, en consiguiente, se ordenase el desalojo de E. del local que ocupaba.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de E., desestimando la formulada por T. La Audiencia Provincial de Madrid revocó la sentencia, estimando íntegramente el recurso de apelación formulado por T. Recurrída la sentencia por E., el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso en parte al entender que el retracto interesado por E. obliga también a T., sin que sea posible condenar en la sentencia a T. a otorgar la escritura pública de retroventa del local, objeto de dicho derecho. Y finalmente, la demanda ejercitada por T. contra E. fue desestimada en cuanto a la pretensión de resolución del contrato de arrendamiento y estimada parcialmente en cuanto a la condena al pago de las rentas adeudadas. (M. L. K.)

DERECHO DE FAMILIA

84. Separación matrimonial: pensión compensatoria: requisitos: desequilibrio: puede existir aunque ambos cónyuges trabajen.—No es posible afirmar que cuando ambos cónyuges sean independientes económicamente no hay pensión en ningún caso, porque a pesar de ello, puede haber desequilibrio. Sólo dejará de nacer el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, lo que no significa igual, ya que pueden trabajar ambos y producirse un desequilibrio cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares. El argumento del recurrente es falaz y el término de la comparación es equívoco: no es que porque ambos trabajen ha dejado de producirse desequilibrio, sino que el artículo 97 CC utiliza un criterio diferente al de la pura existencia de ingresos económicos para la atribución del derecho a la pensión, y ello con independencia de que el argumento del recurrente pudiera ser más o menos convincente para una reforma de esta materia. Pero ésta es una cuestión que no corresponde determinarla a este Tribunal. No existe interés casacional, como resultado de la comparación entre los grupos de sentencias que el recurrente aporta, puesto que se trata de diferentes decisiones sobre la base de las situaciones de hecho examinadas y resuel-

tas en cada una de ellas y no pueden generalizarse como doctrina que, además, pueda ser considerada como contradictoria.

Temporalidad de la pensión: doctrina jurisprudencial anterior y posterior a la reforma del artículo 97.1 por Ley 15/2005.—Esta Sala 1.^a declaró como doctrina jurisprudencial en STS de 10 de febrero de 2005, seguida por las de 28 de abril y 19 de diciembre del mismo año y las de 9, 14 y 17 de octubre, y 21 de noviembre de 2008 que, en las condiciones y circunstancias que se describían, era posible la atribución de la pensión compensatoria con carácter temporal. Concretamente, la primera sentencia citada, dictada en interés casacional, dice que la ley — que de ningún modo cabe tergiversar— no prohíbe la temporalización de la pensión, se adecúa 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.

Además, el artículo 97.1 CC fue modificado en este sentido por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y a partir de aquel momento se admite que la pensión puede consistir: *en una pensión temporal o por tiempo indefinido*. Por estas razones, el motivo carece de interés casacional. (STS de 17 de julio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Los ingresos del marido alcanzaban 6.000 euros mensuales, y los de la mujer, 1.500 euros. La única cuestión debatida era la concesión de 600 euros mensuales a la mujer como pensión compensatoria, sin limitación temporal. El Tribunal Supremo insiste en recordar que, antes de la reforma del 2005 ya era legalmente posible que los tribunales hiciesen uso de aquella posibilidad, pero nunca fue obligatoriedad o imposición legal. Doctrina plenamente de aceptar. (G. G. C.)

85. Separación matrimonial: efectos respecto de los hijos: fijación de las visitas del padre: interés del menor: prueba.—La normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en STC 141/2000, de 29 de mayo, que lo califica como *estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional*, destacando como relevantes a estos efectos la Convención de la ONU de 1989, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo, de 1992, y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, y las SSTC 143/1990, 298/1993, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero.

Reconocida esta característica, el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren *esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa* (STS de 17 de julio de 1995), así como que *el interés superior del menor es un bien jurídico protegido en materia de privación de la patria potestad, tal como se deriva de la Convención de 1989 y de la LO de 1996, y acreditado aquél en autos,*

no puede ser objeto de recurso de casación. El recurrente está intentando que esta Sala dé un valor vinculante a los informes que figuran en el procedimiento, informes cuya naturaleza es preceptiva, pero no son vinculantes, por lo que apreciado el interés por la Sala sentenciadora y valorado éste de forma adecuada no resulta posible que prospere el recurso de casación.

Guarda y custodia compartida: no solicitada, ni otorgada: doctrina jurisprudencial.—El motivo tercero del recurso alega infracción del artículo 92 CC, después de la reforma de 2005, que admitió y reguló la figura de la guarda y custodia compartida, que aunque no se solicitó ni se ha otorgado en el presente caso, resulta de interés que la Sala fije la doctrina relativa a esta cuestión, puesto que se trata de una figura introducida recientemente en el Código, que recoge una nueva forma de establecer y determinar las relaciones paterno-filiales en los casos de ruptura cuando las circunstancias sean favorables. La nueva regulación permite acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (par. 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (par. 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el último supuesto, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativo a la *idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia* (art. 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC, que permite al juez una amplia facultad para decidir cuál deba ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo, tal como se afirma en la EM de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, y regula su artículo 752.1 y 2. Además, en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC establece que el Juez debe *valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantienen entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.*

En el presente caso la sentencia recurrida no ha establecido una guarda y custodia compartida, lo que se deduce de la no utilización del procedimiento establecido en el artículo 92 CC, vigente en el momento de dictarse la sentencia de apelación al que podría haberse acogido, dado el principio que funciona en los procesos relativos al interés del menor, de modo que aunque no se haya pedido la medida, el Tribunal hubiera podido acordarla si ello hubiera beneficiado dicho interés. Lo único que realiza la sentencia recurrida es la determinación del régimen de visitas del padre, teniendo en cuenta este interés, no procede que esta Sala se pronuncie sobre la interpretación del artículo 92 CC después de la reforma de 2005. (**STS de 28 de septiembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Matrimonio celebrado en diciembre de 1996, hija común nacida en septiembre de 2000, sentencia de separación matrimonial en septiembre de 2004, confirmada en apelación por la Audiencia Provincial en 2005. Casación resuelta cuando la menor cumple nueve años. Parece que se confirma la tendencia iniciada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, dirigida a aligerar la tramitación de estos recursos, al objeto de fallar en tiempo todavía útil para las partes, y especialmente en el presente caso, para la hija de ambos. Orientación digna de aplauso. (G. G. C.)

86. Derecho de visita de los abuelos maternos en el caso del fallecimiento de la madre: doctrina general.—La jurisprudencia tiene declarado en esta materia: a) Que las relaciones entre el padre y los parientes de su mujer no deben influir en la concesión del régimen de visitas (STS de 20 de septiembre de 2002); b) Los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y, sin perjuicio de tener en cuenta las circunstancias específicas del supuesto que determinan que aquélla pueda presentarse con múltiples aspectos y matices, en principio no cabe reducir la relación personal a un mero contacto durante un breve tiempo como pretende el padre, y nada impide que pueda comprender pernoctar en casa o pasar una temporada con los mismos, sin que en absoluto se perturbe el ejercicio de la patria potestad con el establecimiento de breves periodos regulares de convivencia de los nietos con los abuelos (STS de 28 de junio de 2004); c) Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deberá tener siempre como guía fundamental el *interés superior del menor* (STS de 20 septiembre de 2002), por otro lado no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto. Y todo ello debe entenderse sin perjuicio de tomar en cuenta la voluntad del menor que deberá ser oído al respecto, y que habrán de hacerse en su caso los apercebimientos oportunos con posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas cuando se advierta en los abuelos una influencia sobre el nieto de animadversión hacia la persona del padre. (STS de 27 de julio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernandez.]

NOTA.—Gradualmente la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha ido configurando el derecho de visita de los abuelos, recientemente introducido en el artículo 160 CC por la reforma de 2003, y también respecto de la más abundante emanada de las Audiencias Provinciales incluso con anterioridad a la de dicha fecha por tratarse, entre nosotros, de institución de origen jurisprudencial. Se observa en el presente caso el deseo de resolver el recurso con mayor rapidez a fin de que resulte *útil* para todos los interesados (niño de cuatro años, y transcurso de un plazo de cinco años entre la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la del Tribunal Supremo). El supuesto es el fallecimiento previo de la madre y la existencia de malas relaciones del padre con la familia materna; su demanda estaba dirigida a establecer meros contactos personales de abuelos maternos y nieto en la casa paterna, y siempre con la presencia de un familiar paterno, oponiéndose a toda pernoctación en la casa de aquéllos. Tales pretensiones fueron rechazadas razonablemente en ambas instancias. Puede verse, en general, mi Cuaderno Civitas: *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 noviembre de 2003* (Madrid 2004). (G. G. C.)

87. Desamparo de menores: medidas de protección: cuestiones que plantea la impugnación judicial.—El Código civil establece las medidas de protección que deben adoptarse respecto de los menores que se hallen en situación de desamparo, entre ellas la asunción por la Administración de la

tutela del menor (art. 172.1 CC) mediante el acogimiento familiar simple, de carácter provisional (art. 173.3,II y 173 bis, 1.º, CC) y el acogimiento familiar en las modalidades de permanente o preadoptivo, que deberá ser acordado por el juez, si los padres se oponen (art. 173 bis, 2.º y 3.º CC). Se establece que las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela por ministerio de la ley serán recurribles ante la jurisdicción civil (art. 172.6 CC) y que los padres pueden solicitar durante el plazo de dos años la revocación de la declaración de desamparo del menor si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad (art. 172.7 CC). En la aplicación de esta regulación se plantean dos cuestiones: 1) Si es procedente que el Juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración, contemple la existencia de un cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se declaró con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o, por el contrario, deben contemplarse únicamente las circunstancias que concurrían en el momento en que la Administración asumió la tutela del menor y subordinar el examen de un posible cambio de circunstancias a una solicitud de revocación de las medidas acordadas. 2) Cómo debe ponderarse el interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que es posible la reinserción del menor en la familia biológica. Sobre estas cuestiones hay jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Modificación de circunstancias posterior al inicio del proceso: doctrina jurisprudencial.—La jurisprudencia ha proclamado como principio rector de los procesos sobre medidas de protección de los menores la necesidad de que prevalezca su interés como principio prioritario, evitando que la formalidad de la controversia judicial pueda perjudicarlo (SSTS de 21 de diciembre de 2001, 12 de julio de 2004 y 23 de mayo de 2005). Por su parte, la jurisprudencia constitucional, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, de los padres biológicos y de los restantes afectados, ha admitido la existencia de un menor rigor formal en este tipo de procesos; ha declarado que no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas, sino que se amplían *ex lege* las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente el interés del menor (STC 58/2008, de 28 de abril, FJ 2); y ha consagrado la legitimidad constitucional de la que llama *la exclusión de la preclusividad* (SSTC 75/2005, de 4 abril, 58/2088, de 28 de abril), es decir, de la exclusión de los efectos del principio de preclusión, según el cual la clausura de una fase o plazo procesal impide replantear lo ya decidido en ella. El artículo 413 LEC consagra el principio de perpetuación de la acción, con la excepción prevista en el artículo 412 LEC, que admite formular alegaciones complementarias para la integración del objeto del proceso, y la posibilidad de tomar en consideración modificaciones posteriores al inicio del juicio cuando lo imponen razones de interés público o general que exigen que el proceso sea regido por los principios de oficialidad y verdad material o que deba atenderse de manera prevalente a fines institucionales superiores a los de la seguridad jurídica y garantía de contradicción que presiden su desarrollo.

Esto último sucede en el proceso que examinamos, en el que el Código civil ordena que *se buscará siempre el interés del menor* (art. 172,4 CC); este

precepto atribuye al interés del menor desamparado un carácter prevalente en la adopción y revisión jurisdiccional de las medidas de control en consonancia con los tratados internacionales ratificados por España y presta suficiente apoyo legal, a juicio de esta Sala, a la exclusión del principio *perpetuatio actionis* que rige en el proceso civil.

En consecuencia, esta Sala sienta la doctrina de que «es procedente que el Juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 CC, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad».

Ponderación del interés del menor en relación con la posible reinserción en la familia biológica: definición de ambos, concurrencia y prevalencia del primero en caso de contradicción.—El artículo 172.4 CC establece, en relación con las medidas de protección que deben adoptarse a favor de los menores desamparados, que *se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a su interés, su reinserción en la propia familia*. Este principio, junto con el interés del menor, está proclamado en la Declaración de la Asamblea General de la ONU de 3 de diciembre de 1996, y en el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, y ha sido reconocido, en relación con los derechos de los padres biológicos, por el Tribunal Constitucional a partir de la STC 298/1993, de 18 de octubre. Estos principios considerados en abstracto constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia. Se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto (*se buscará siempre*) mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo (*se procurará*). Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la inserción en la familia. Cuando exista esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella (*cuando no sea contrario a su interés*).

Debe concluirse 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 al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los meno-

res. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural, pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor.

Esta orientación de nuestra legislación responde a la consagración en el plano constitucional e internacional del *favor minoris* o interés del menor como principio superior que debe presidir cualquier resolución en materia de protección de menores (art. 39 CE, Convenios internacionales de Nueva York, Convención de las Naciones Unidas de 1989). En la jurisprudencia constitucional son constantes las referencias al superior interés del menor como principio orientador de las medidas de protección frente al interés de los progenitores biológicos, aunque se advierte que éste no resulta desdeñable (STC 58/2008, de 28 abril), e igual sucede en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En conclusión, esta Sala 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 de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga su situación de acogimiento familiar en que se encuentre, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico».

Requisitos del retorno a la familia biológica: no basta evolución favorable de la madre, que padeciendo déficits en áreas cognitivas y en habilidades sociales: nuevas cargas familiares: interés de la menor en la situación de acogimiento familiar.—En el presente caso aunque se ha acreditado una evolución favorable en la situación de la madre biológica, pero no cabe asegurar que esta evolución sea suficiente para eliminar el riesgo de desamparo si se restablece la unidad familiar, pues entre otros factores depende de hechos circunstanciales, como su vida en pareja. El dictamen pericial manifiesta que la madre continúa padeciendo déficits en áreas cognitivas y en habilidades sociales y carece de herramientas sobre educación necesarias para el cuidado y educación del hijo, por lo que necesitaría ayuda de otras personas y de los servicios sociales; pero esta posibilidad no aparece como suficientemente segura, por existir antecedentes de rechazo por la madre biológica de la ayuda de parientes y de los servicios sociales para la debida atención a la menor. Las circunstancias concurrentes no permiten afirmar que se compense el interés del menor en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentra, dados los hechos que se destacan en el informe pericial acerca de su edad y el tiempo transcurrido en la familia de acogida, su satisfactoria integración en ella, la aparente falta de referencias parentales de la menor hacia su madre biológica registrada en la exploración, y el riesgo de desajuste psicológico con problemas de estrés y ansiedad, aprendizaje, comportamiento y posible depresión en el caso de ser reintegra-

da a su familia biológica. El hecho de que la madre esté a cargo de un nuevo hijo no desvirtúa las conclusiones anteriores, pues este hecho no demuestra por sí mismo que la reinserción familiar de la menor que fue declarada en desamparo sea procedente; las cargas parentales revisten mayor dificultad cuando el número de hijos es mayor; y el interés de la menor objeto de este proceso debe ser considerado teniendo en cuenta no solamente las circunstancias de la familia biológica, sino también las derivadas de su actual situación de acogimiento. (STS de 31 de julio de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Toledo, en S de 1 de julio de 2005 desestima la impugnación que M.^a del Pilar ejercita contra la declaración de desamparo de su hija Paulina (nacida el 13 de abril de 2001) y contra el acogimiento familiar preadoptivo de la misma, privándose en él del derecho de visita a la madre y a la abuela materna. La Audiencia Provincial de Toledo, el 21 de noviembre de 2006, estima el recurso de apelación interpuesto por M.^a del Pilar, declarando no haber lugar a la declaración de desamparo ni al acogimiento preadoptivo, con inmediata recuperación de la custodia de la menor. El recurso de casación se interpone por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y es estimado en la sentencia extractada.

NOTA.—Importante sentencia por la doctrina que sienta en relación con el controvertido artículo 172 CC, especialmente del vigente pár. 7, siendo de notar los argumentos que maneja la sentencia de apelación, reproducidos *in extenso*, así como los del recurso de la Junta de Comunidades y el escrito del Ministerio Fiscal.

Me parece muy positivo que se declare por la Sala 1.^a, como doctrina jurisprudencial que, al resolver sobre la impugnación de la declaración administrativa de desamparo, los Tribunales puedan tomar en consideración hechos nuevos que justifiquen la petición de retorno del menor al hogar biológico. Era uno de los argumentos del recurso de la Junta de Comunidades que, de ser patrocinado por el Tribunal Supremo, hubiera, sin duda, reforzado la posición de prevalencia de que la Administración pública goza ya en base al artículo 172.1. También me parece digno de loa que se haya intentado profundizar en el análisis de los dos conceptos-clave, del interés del menor y el de la familia biológica para lograr su retorno al hogar en que nació. Discrepo, sin embargo, en la valoración final que ha conducido a casar la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo cuyos argumentos —dejando a salvo cierto aire demagógico, de esta última, que no comparto—, me resultan más convincentes que los de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, aquí extractados con amplitud. ¿Por qué se exigen a los padres biológicos, cuya patria potestad está sólo *suspendida en caso de desamparo* de su hijo, requisitos más rigurosos para recuperar la plena guarda del mismo, que los que la ley no impone a cierto número de progenitores, acaso no reducido en nuestra actual realidad, en situación personal similar (*status* económico, intelectual y social) a la en que parece encontrarse en este caso, M.^a del Pilar? Los riesgos de recomponer la unidad familiar de ésta, inicialmente casada cuando tuvo a Paulina, y, al quedar viuda, actualmente viviendo en pareja de hecho, la cual

dice querer a ésta como hija, no son mayores que los de otros procreadores en cuya vida familiar no interviene para nada la Administración. Los déficits en áreas cognitivas y en habilidades sociales tampoco impiden a muchos españoles procrear hijos y educarlos sin problemas, aunque sean ayudados por los Servicios administrativos, Cáritas u otras ONG's. ¿No se produce, acaso, una irritante desigualdad en el trato? El sistema introducido en 1987, pese a las reformas, conduce, de hecho, a que muy difícilmente el menor pueda retornar a su hogar de origen cuando la Administración hace valer su prevalencia legal y fáctica, pese a que el Tribunal Constitucional haya declarado que el interés de los padres biológicos no resulta nada desdeñable. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

88. Sucesión testamentaria: interpretación de testamento: carácter obligatorio de sus disposiciones mientras respeten la legítima estricta del heredero forzoso.—Aparece una voluntad inequívoca del testador, soberano de su propia disposición *mortis causa*, quien partiendo de la institución de herederos a favor de sus tres hijos, no lo hace por partes iguales, sino que atribuye una serie de bienes al hijo mayor (demandante y recurrente) y otra serie, por mitad y *pro indiviso*, a las hijas, a favor de las cuales dispone también del resto de sus bienes; y la desigualdad la deja bien clara cuando la contempla expresamente en la cláusula cuarta imputando las que puedan favorecer a uno u otras de sus hijos al tercio de libre disposición o entendiéndose como mejora. Del resto, no adjudicado, pero respetando siempre sus disposiciones, nombra a una abogada como albacea-contadora-partidora con las más amplias facultades. Y, en todo caso, respetando la legítima, que la sentencia de instancia declaró que no se lastimó. En definitiva, el hijo varón se ha sentido discriminado y perjudicado, pero lo ha sido por disposición expresa, clara y correctamente interpretada en la instancia, por el testador, que le ha respetado su legítima estricta.

Aunque en el motivo 1.º del recurso se invoca como infringido el artículo 1056 CC, en su desarrollo se reconoce que lo hecho por el testador no es una verdadera partición, lo que es cierto, pero sí son normas vinculantes que se deberán respetar cuando se haga la verdadera partición. El motivo se rechaza porque en nada se ha infringido aquel artículo, que no se aplica porque no es partición por el testador, pero sí son disposiciones obligatorias.

El motivo 2.º alega infracción del artículo 765 CC que establece la norma interpretativa de la igualdad de cuotas de los herederos que han sido instituidos sin designación, lo que no es el caso, pues claramente cuando los instituye en la cláusula segunda elude la expresión *por partes iguales*.

El motivo 3.º mantiene la infracción del artículo 670, p.º 2.º, CC, que debe rechazarse porque la contadora-partidora en ningún caso actuó como un tercero que quebrantó la voluntad del testador. Sino, todo lo contrario, que la cumplió fielmente.

El motivo 4.º denuncia la infracción del artículo 808 CC, en cuanto establece la legítima de los hijos y descendientes en dos tercios, en relación con el artículo 823 que contempla la mejora en un tercio, pues la cláusula cuarta

del testamento establece expresamente la mejora al prever la imputación a la mejora si la designación sobrepasaba los límites del tercio de libre disposición. (STS de 22 de mayo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.] (G. G. C.)

89. Sucesión de título nobiliario: doctrina general sobre interpretación de disposiciones testamentarias: testamento revocatorio.—El recurso invoca el artículo 741 CC para argumentar que el testamento no pierde su naturaleza por el hecho de que no contenga disposiciones sobre el patrimonio del causante, sino otros actos de última voluntad. Pero este argumento no es suficiente para la estimación del motivo pues el argumento principal de la sentencia impugnada radica en que, al no ser un testamento el documento de designación del sucesor al título, este documento no puede entenderse comprendido en el objeto de la revocación testamentaria formulada en un testamento posterior. En efecto, la sentencia recurrida no se funda únicamente en dicho razonamiento expresado, sino que contiene un argumento subsidiario, expresado también como razonamiento operativo y no auxiliar, según el cual, aun cuando el documento de designación del sucesor al título nobiliario, cuya validez no se discute en casación, tuviese la consideración de testamento, la interpretación de la voluntad del testador según el tenor del testamento y los actos previos y posteriores a su otorgamiento que *ponen de relieve la voluntad del causante de mantener la validez de dicho nombramiento*, revela que la posterior revocación de todos los testamentos anteriores no comprendió la designación de sucesor al título nobiliario.

Doctrina jurisprudencial sobre interpretación de testamento y sobre su revocación.—La jurisprudencia de esta Sala declara: a) que en la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador; b) que la misma es competencia de los Tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de los límites racionales, no sea arbitraria y no sienta conclusiones ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la ley; y c) que en la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador, pero cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto. Particularmente respecto de la revocación de testamentos la STS de 14 de mayo de 1996 declaró que la voluntad que se exige en el artículo 739,1 CC, para dejar subsistente un testamento anterior puede ser, no sólo la expresa, sino también la que se deduzca del tenor de ambos testamentos cuando, aplicando las reglas interpretativas del artículo 675 CC, aparezca evidente la intención del testador de mantener o conservar el testamento anterior. En el caso examinado, la interpretación de la cláusula de revocación de los testamentos anteriores efectuada por las sentencias recurridas no es arbitraria. No podría explicarse la sucesión de actos que se han descrito en el FJ 1.º de esta resolución si la voluntad de la testadora hubiera sido la de revocar la designación de sucesor al título nobiliario. En efecto, había solicitado pocos días antes autorización real para efectuarla y le fue concedida pocos días después, sin que conste manifestación de disconformidad alguna expresa o tácita. (STS de 28 de julio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La minuciosa descripción fáctica —algunos hechos resultan contradictorios aparentemente entre sí, otros están sujetos a

normativas diversas, civil o administrativa— que recoge con gran acierto el FD 1.º, permite comprender mejor la sentencia extractada:

1) La última titular del Condado designa en testamento abierto de 5 de mayo de 1988, como heredera del título a la demandada; 2) el 11 de mayo de 1988, la última titular de aquél pide autorización a S.M. el Rey para designar sucesor; 3) El 14 de junio de 1988 la última titular del Condado otorga nuevo testamento revocando todos los anteriores; 4) El 6 de julio de 1988 se concede por RD la autorización solicitada para designar sucesor en el título de Conde; 5) El 26 de diciembre de 1988 la última titular del Condado falleció sin descendencia y con extinción de todas las líneas; 6) El 24 enero 1997 se mandó expedir la Real Carta de sucesión en el título de Condesa a favor de la demandada; 7) Una tercera persona ejercita acción personal para que se declarase la nulidad de la cesión del Condado y su mejor derecho al título. En ambas instancias se desestima la demanda y el Tribunal Supremo rechaza el recurso de casación.

Suele calificarse de sucesión *irregular* o *anómala* la que tiene lugar en los títulos nobiliarios, por obedecer a principios diversos de la sucesión ordinaria *mortis causa* regulados en el Código civil o en los Derechos forales o civiles especiales. Lo cierto es que suelen utilizarse en el funcionamiento de aquélla algunos de los mecanismos jurídicos regulados en el Código civil, y un buen ejemplo de ello es el caso actual en el que las cuestiones debatidas en el recurso de casación versan exclusivamente sobre cuestiones de Derecho civil. Fundamentalmente se trata de la interpretación que debe darse a un testamento revocatorio de todos los anteriores, que se interfiere, un tanto extrañamente, con el proceso administrativo de designación de titular cuando se han agotado los parientes de todas las líneas. (G. G. C.)

90. Gananciales: calificación por declaración unilateral: adquisición por permuta con bien privativo.—La cualidad ganancial o privativa de un bien no depende de declaraciones unilaterales de los cónyuges, salvo el caso de la confesión con efectos limitados del artículo 1324 CC, sino que su naturaleza viene fijada o por la ley o por la voluntad de los cónyuges. En el denominado *cuaderno particional* otorgado por el heredero fiduciario se declaraba que uno de los bienes, el ahora discutido, era ganancial, lo que, según se expresa en la sentencia recurrida, resultaba incorrecto a partir del examen de la prueba, al haber sido adquirido por la esposa en virtud de un contrato de permuta con un bien propio. Por ello se ha destruido, en su respecto, la presunción de ganancialidad y debe aplicarse el artículo 1346.3 CC que declara privativos aquellos bienes adquiridos *a costa o en sustitución* de los bienes privativos, de modo que se incluye tanto la subrogación real, como la permuta. Probado el contrato en cuestión, lo único que hace la sentencia recurrida es declarar la naturaleza del bien, de acuerdo con las reglas aplicables, que no pueden ser cambiadas más que por las declaraciones de los cónyuges en los negocios jurídicos que puedan efectuar o cuando cambien de régimen económico matrimonial, pero no es posible mantener la declaración unilateral de uno de ellos en un inventario de bienes otorgado después de la muerte de la propietaria, porque no pueden alterarse de esta manera las reglas que rigen el régimen de bienes.

Fideicomiso de residuo: mejoras debidas al fiduciario: requisitos.—Los fideicomisarios son sucesores de la causante/fideicomitente, y ello trae como consecuencia que no se produzca ningún enriquecimiento por su parte al adquirir los bienes sujetos a fideicomiso con el valor que tienen en el momento de la delación a su favor, porque adquieren los bienes de la causante tal como se encontraban en aquel momento, y los aumentos y disminuciones de su valor acrecen al propietario. Es cierto que en el caso en que dichos aumentos sean debidos a mejoras efectuadas por el fiduciario, el artículo 783 CC establece que deben deducirse, pero para que esto pueda ocurrir se requiere: a) que dichas mejoras hayan sido debidas a la actividad del propio fiduciario, excluyéndose los aumentos debidos a circunstancias externas (por ej. el aumento de valor debido a las oscilaciones del valor monetario); b) que subsistan en el momento de la delación del fideicomiso a los fideicomisarios; y c) que se hayan efectuado por el fiduciario a su cargo. Todos estos requisitos no se dan en el presente litigio, en que ni siquiera se ha probado que las mejoras ahora reclamadas se hayan producido en la realidad.

Expropiación forzosa de uno de los bienes fideicomitidos.—La expropiación forzosa de uno de los bienes fideicomitidos se traduce en una venta forzosa en la que el fiduciario, sea del tipo que sea, siempre tiene facultades de disponer, pero los bienes recibidos a cambio siguen afectados por el gravamen fideicomisario, de acuerdo con el tipo de fideicomiso de que se trate.

Pago mediante letras de bienes fideicomitidos expropiados: artículo 1170.2 CC.—La entrega de letras de cambio sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, de modo que no se produce la liberación del deudor hasta que hayan sido efectivamente realizados, de modo que se entregan *pro solvendo* y no se produce una dación en pago, a no ser que conste de una manera clara la voluntad de las partes en el sentido de haberse acordado una entrega *pro soluto*. Por ello el heredero fiduciario era titular de un derecho de crédito a su fallecimiento, que se incorporó al patrimonio fideicomitado, correspondiendo a los herederos fideicomisarios por no haber sido dispuesto en el momento de la muerte del fiduciario. El crédito sustituyó a la finca expropiada y debe aplicarse el principio de subrogación, como han efectuado de forma acertada las sentencias recaídas en el presente litigio. (STS de 30 de junio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Supuesto, en cierto modo clásico, de matrimonio sin hijos (y numerosos sobrinos por ambas líneas) cuyos cónyuges hacen testamento el mismo día del año 1981, instituyendo heredero recíprocamente, cada uno al otro cónyuge, con un fideicomiso de residuo a favor de diversos sobrinos. En 1984 fallece la esposa, y después de morir el marido en 1995, surgen los litigios entre los herederos fideicomisarios. Las dos cuestiones fundamentales que llegan al Tribunal Supremo están resueltas correctamente. (G. G. C.)

91. Partición hereditaria: rescisión: no hay partición sino negocio *inter vivos* de transmisión de créditos.—No hay partición hereditaria, ni donación de inmuebles por lo cual no se infringe el artículo 633 CC en el acuerdo celebrado en 1994 con el Ayuntamiento de Getafe, en el cual el padre y los hijos herederos aceptan el convenio expropiatorio, ratificando el que previamente hizo el único titular de los bienes expropiados y su esposa, acep-

tando las compensaciones que figuraban en dicho convenio, y que se adjudicaban a los hijos. Tales compensaciones no son bienes inmuebles sino derechos de crédito frente al Ayuntamiento, el cual se ha obligado y ha garantizado la obligación a hacer una serie de obras y en su día entregar bienes, y a pagar unas cantidades. Son, por tanto, derechos de crédito, que en el segundo acuerdo han sido objeto de transmisión del padre (único titular) a sus hijos, de forma gratuita, originándose así una transmisión de créditos y no de bienes. Dicho acuerdo en ningún sentido puede considerarse una partición, cuando todavía no se ha abierto la sucesión. La calificación jurídica correcta es que el inmueble lo ha perdido el testador en vida, recibiendo a cambio determinadas prestaciones que distribuye gratuitamente antes de morir.

No hay rescisión por lesión.—Fallecido el padre dos años más tarde de aquel convenio, los cuatro hermanos en escritura pública de 2001 aceptan pura y simplemente su herencia y acuerdan, a modo de partición parcial relativa únicamente a los derechos dejados por el causante y derivados del repetido convenio, consistentes en la adjudicación de inmuebles resultantes de la contraprestación a que se había obligado el Ayuntamiento. Pero dicha escritura no es una partición parcial sino que los herederos reiteran y plasman en escritura pública el reparto de lo que recibieron de su padre cinco años antes. En todo caso, sobre una partición parcial no cabe rescisión por lesión, ya que sólo cuando se conozca el total del *quantum* hereditario se podrá saber si se ha producido tal lesión, y así lo expresa la STS de 21 de enero de 1985, reiterando doctrina anterior.

El primero de los motivos del recurso debe estimarse porque la sentencia recurrida aprecia rescisión, siendo así que el documento de 2001 no es partición, sino reproducción del acuerdo anterior a la muerte del padre, y no cabe rescisión de negocio jurídico que no es partición. **(STS de 17 de septiembre de 2009;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

NOTA.—En el FD 3.º se incluye una admonición infrecuente entre las resoluciones judiciales, aunque oportuna por razón de las circunstancias del caso: *Se trata de un enfrentamiento familiar por razón —más frecuente de lo que debiera— de la herencia paterna y ha provocado un largo y costoso proceso que, como ya observaba la sentencia de esta Sala de 3 de julio del presente año, podría una mediación haber evitado.* Hace notar, con acierto, que *procesos como éste pueden ser objeto de una mediación que llega a soluciones menos traumáticas que el proceso y el acuerdo final siempre sería menos duro que una resolución judicial que se apoya exclusivamente en la aplicación de la norma jurídica.* No hay datos suficientes para precisar el efectivo y total *quantum* hereditario (se habla, de pasada, de la existencia de otros bienes del causante radicados en la provincia de Navarra, omitidos en el documento de 2001), pero llama la atención que las sentencias de instancia fijen unas sumas que exceden de los 100.000 euros para abonar a cada uno de los tres hermanos, si la recurrente quiere eludir la rescisión. Parece, en suma, que el bien más valioso de la herencia del padre era el expropiado por el Ayuntamiento de Getafe, cuyo justiprecio es objeto de varios convenios, ninguno de los cuales entendiendo el Tribunal Supremo que es verdadera partición. El reproche jurisdiccional viene a recaer más bien en la dirección letrada. (G. G. C.)

II. DERECHO MERCANTIL

92. Contrato de agencia. Extinción por voluntad del empresario. Indemnización por clientela e indemnización de daños y perjuicios. Derecho a la tutela judicial efectiva y congruencia.—La concordancia, impuesta por el deber de congruencia, entre las pretensiones de las partes y la parte dispositiva de la sentencia no debe ser entendida de manera rígida, sino flexible, por lo que basta la adecuación de la sentencia, en términos de racionalidad, a aquellas pretensiones (SSTS de 4 de noviembre de 1994, 28 de octubre de 1994, 18 de julio de 2005, 19 de abril de 2006, RC n.º 2974/1999, 17 de noviembre de 2006, RC n.º 3510/1997, 3 de diciembre de 2007, RC n.º 4578/2000).

No se advierte que haya existido incongruencia con las pretensiones de la parte actora ni alteración de la *causa petendi* compuesta por los hechos sustanciales que integran la pretensión, puesto que, por encima del defecto en que incurre la redacción del suplico de la demanda, resulta de ella que el demandante actúa en nombre de las sociedades que representa, pues de otro modo resultaría inexplicable que éstas se personen como codemandantes. Así lo argumenta la sentencia recurrida fundándose en el hecho de que «las entidades alemanas están representadas procesalmente por el Sr. Pablo Jesús, figurando las mismas en la posición de actoras en la presente litis», y en «la interrelación del Sr. Pablo Jesús con aquellas dado el carácter comanditario de aquellas». La inexactitud en la que, a su vez, incurre la sentencia recurrida al desconocer que una de las sociedades tiene carácter limitado, no desdice la interrelación observada, habida cuenta de las demás circunstancias concurrentes y, especialmente, del hecho de que el actor citado las representa a todas y de que todas ellas comparecen en el proceso como parte actora.

La efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva obliga a prescindir de formalismos enervantes y, con ello, a atenerse a la voluntad de las partes deducida del contenido de los escritos procesales, sin atender a defectos formales carentes de trascendencia para determinar aquélla.

Motivación de la prueba.—El deber de motivar la sentencia comporta la obligación de dar los argumentos correspondientes al fallo, es decir, la explicación jurídica de la resolución acordada, sin necesidad ni de una especial extensión, ni de dar respuestas a cada una de las razones que en apoyo de sus pretensiones da la parte (SSTC 187/2000, de 10 de julio, y 214/2000, de 18 de septiembre, y SSTS de 2 de noviembre de 2001, 1 de febrero de 2002, 8 de julio de 2002, 17 de febrero de 2005, 27 de septiembre de 2005, 19 de abril de 2006, RC n.º 2974/1999, 31 de enero de 2007, RC n.º 937/2000).

La sentencia recurrida argumenta *in extenso* sobre la valoración de la prueba, por lo que no se advierte que concurra la infracción denunciada. El hecho de que no se tomen en consideración determinados elementos de prueba relevantes a juicio de la parte actora carece de trascendencia en relación con el cumplimiento de este requisito de la sentencia, pues es suficiente para una debida argumentación que el tribunal razone sobre aquellos elementos relevantes a partir de los cuales obtiene sus conclusiones sin necesidad de que se refiera de manera exhaustiva a todos los medios de prueba obrantes en los autos. En el caso examinado resulta indiferente el hecho que se destaca en el motivo sobre la interrupción de sus funciones de agente por una de las sociedades, por cuanto la sentencia recurrida, al aceptar implícitamente en este punto los argumentos de la sentencia de primera instancia, considera que

los distintos contratos presentados a nombre de distintas sociedades reflejan un vínculo existente entre las partes que no sufrió interrupción por la intervención sucesiva de diversas sociedades.

Legitimación activa del agente demandante.—La sentencia recurrida no incurre en arbitrariedad cuando examina detenidamente el contenido de los contratos aportados a las actuaciones, las facturas presentadas por la actora con su demanda, y la documentación relativa a las comunicaciones realizadas por la entidad demandada dando por finalizado el contrato de agencia, que se dirigen también a la sociedad respecto de la que la parte actora pretende que carece de legitimación activa, y concluye que «de las circunstancias relativas al tracto contractual entre las partes, ha quedado plenamente acreditado que la posición de la entidad España Trading, S. L., respecto a la entidad demandada Vidrios San Miguel, SCV, es la de agente, y no un tercero en posición de mero beneficiario de un porcentaje de la comisión que debía de pagarse por la entidad demandada». (**STS de 8 de julio de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una sociedad cooperativa dio por finalizado el contrato de agencia que le ligaba con diversos agentes societarios y un agente español como persona física. Los agentes reclamaron las indemnizaciones por clientela y diversas indemnizaciones por los daños y perjuicios originados por la ruptura del contrato. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación parcialmente formulado por el agente español como persona física y estimó totalmente el recurso respecto de los agentes societarios. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación instado por la demandada. (*M. C. B.*)

93. Contrato mercantil mixto y atípico. Aplicación analógica de la ley reguladora del contrato de agencia en cuanto a la indemnización por clientela.—La calificación del contrato corresponde a los Tribunales de las instancias como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia y su resultado se controla sólo limitadamente en casación [...]. Ello sentado, la audiencia de datos suficientes para corregir la calificación efectuada por el Tribunal de apelación, fundada en una argumentación insuficiente sobre una característica negativa —la falta de independencia de la agente— normalmente necesitada de una precisión minuciosa en su ámbito y manifestaciones, pero que no ha impedido tipificar el contrato como civil —no laboral especial, conforme al art. 2, apartado 1, letra f), del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y al Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto—, justifica, pese a todo, que no corriamos tal calificación, tanto más si, como luego se indicará, la Audiencia Provincial aplicó analógicamente una norma de la Ley 12/1992, la del artículo 28, reguladora de la indemnización por clientela en la liquidación del contrato de agencia.

Por ello, afirmada esa semejanza jurídica relevante entre el contrato de [...] y el de agencia y excluido, consecuentemente, el efecto imperativo que el artículo 3 de la Ley 12/1992 atribuye a los preceptos de ésta, queda sin apoyo la argumentación por la que la recurrente reclama la aplicación del artículo 13 de la misma Ley con preferencia respecto de lo pactado que es a lo que estuvo la sentencia recurrida.

A mayor abundamiento, aunque fuera aplicable el tantas veces repetido artículo 13 a las comisiones por actos u operaciones concluidos con posterioridad a la extinción de la relación contractual, la consecuencia sería la misma, dado que la exigibilidad de tal contraprestación estaría condicionada a la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 14 de la propia Ley, de la que no hay constancia alguna.

Virtualidad de la *exceptio non rite adimpleti contractus*.—El carácter sinalagmático de una relación contractual y la reciprocidad e interdependencia de las prestaciones objeto de las obligaciones que en ella se integran, permiten al deudor-acreedor neutralizar provisionalmente la reclamación de ejecución del comportamiento por él debido que le dirija el acreedor-deudor, mientras éste no cumpla o esté dispuesto a cumplir correctamente la prestación por él debida, siempre que sea exigible y, además, entre ambas exista la necesaria reciprocidad.

La *exceptio non rite adimpleti contractus*, una de las variantes de la de incumplimiento, admitida por la jurisprudencia con apoyo en los artículos 1100, 1124, 1466 y 1500 CC, responde a la necesidad de mantener en el funcionamiento de la relación jurídica el mismo equilibrio querido por las partes al perfeccionar el contrato.

Sin embargo, el efecto meramente temporal de la excepción, limitado a suspender provisionalmente la exigibilidad del deudor demandado o, si se quiere, a neutralizar temporalmente la efectividad del derecho del acreedor, convierte a la misma en inadecuada cuando se trate de liquidar definitivamente una relación que, como la litigiosa, está extinguida —a salvo lo que proceda con las pretensiones de la propia liquidación: art. 1308 CC.

Alcance de la regla *in illiquidis non fit mora*.—Es cierto que la jurisprudencia, en aplicación de la regla *in illiquidis non fit mora*, mandaba desestimar la pretensión de condena del deudor a pagar los intereses de demora —arts. 1101 y 1108 CC— cuando la sentencia que ponía fin al proceso declaraba que la deuda que los debería generar era inferior a la reclamada en la demanda. Consideraba que la discrepancia de las partes sobre la cuantía del *debitum* convertía en necesario un proceso para liquidarlo y, por ello, en ilíquida la deuda hasta la sentencia.

Sin embargo, ya la S de 5 de marzo de 1992, seguida por otras, había calificado la condena al abono de intereses producidos por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora, y había destacado que si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregarle aquello que, en su día, se le adeudaba, sino que es necesario darle posesión también de lo que, en el momento que se le entrega, debe representar la suma, y ello no por tratarse de una deuda de valor, sino también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos —léase frutos civiles o intereses—, no parece justo que los produzcan a favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor.

En esta línea revisora, la S de 9 de febrero de 2007 recordó que «la función resarcitoria de la tardanza que cumplen las condenas al pago de los intereses moratorios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1101 y 1108 CC, unida a la natural productividad del dinero, así como a la existencia de diversos grados de indeterminación de las deudas, a la progresiva revisión de los crite-

rios de imputación al deudor del retraso en el cumplimiento, basados tradicionalmente en la idea de culpa –que había sido negada respecto de quien ignora lo que realmente debe: *non potest improbus videri, qui ignorat quantum solve-re debeat*: Digesto 50.17.99– y a la comprobación empírica de que los relatados criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor, al que le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada –como recuerdan las SS de 20 de diciembre de 2005 y 31 de mayo de 2006–, Llevaron a la jurisprudencia a un nuevo planteamiento de la cuestión –SS de 21 de marzo de 1994, 17 de febrero de 2004–, conforme al que rechaza todo automatismo en la aplicación del brocardico *illiquidis non fit mora*, a la vez que valora la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama –SS de 5 de abril de 2005, 15 de abril de 2005, 30 de noviembre de 2005, 20 de diciembre de 2005, 31 de mayo de 2006, entre otras muchas–».

En aplicación de la referida doctrina procede mantener la condena a que se refiere el motivo en los términos en que se formuló en la instancia. (**STS de 28 de mayo de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.–La sociedad A. C. N. interpuso demanda contra la cooperativa A. M. sobre liquidación de la relación contractual que les unía. La sociedad había asumido en exclusiva la representación para la comercialización y venta de los productos de la demandada (ajos) en el Reino Unido y Suecia durante cinco años. A juicio de la cooperativa, dicha relación se había extinguido por haber vencido su plazo de vigencia. Sin cuestionar este extremo, la demandante reclamaba –junto a la indemnización por los daños y perjuicios sufridos en su patrimonio– el importe de determinadas comisiones devengadas a lo largo de la relación contractual y una cantidad en concepto de indemnización por clientela. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda concediendo la indemnización por clientela. La sociedad A. C. N. recurrió en apelación pero la cooperativa A. M. impugnó el recurso resolviendo la Audiencia Provincial desestimar tanto el recurso como la impugnación. Acudieron actora y demandada al Tribunal Supremo interponiendo sendos recursos de casación. El alto Tribunal declaró no haber lugar a ninguno de ellos. (*R. G. S.*)

94. Doctrina de la «doble barrera».–En el ámbito del control de conductas, un acto de competencia, para ser considerado lícito, debe superar dos barreras: la del Derecho europeo y la del Derecho nacional. Se trata de la doctrina de la «doble barrera», que fue acogida por el TJCE en su S 14/1968, de 13 de febrero, y la mantiene el Reglamento 1/2000 (art. 3). La existencia del Derecho comunitario de la competencia no es obstáculo para la efectiva aplicación del Derecho nacional, sin perjuicio de la aplicación prevalente de aquél. La aplicación del Derecho interno tendrá carácter complementario o subsidiario cuando se trate de conductas que limiten exclusivamente sus efectos al mercado nacional. El principio de primacía del Derecho comunitario descarta cualquier medida nacional que pueda comprometer el efecto útil de las disposiciones del Derecho comunitario.

Competencia de los tribunales civiles para conocer asuntos relativos a la defensa de la competencia.—El Tribunal Supremo ha venido reconociendo la plena competencia de los tribunales civiles para la aplicación de la normativa sobre defensa de la competencia, tanto de orden comunitario como de orden interno, en relación con la declaración de nulidad y determinación de sus efectos (SSTS de 2 de junio de 2000, 24 de marzo de 2008, 22 de junio de 2006 y 3 de octubre de 2007, entre otras).

Según el Alto Tribunal, el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) no puede ser calificado de mera norma administrativa. Resulta incuestionable la competencia de los tribunales civiles para conocer de la nulidad de los contratos civiles con base en la existencia de cláusulas restrictivas de la competencia *ex* artículo 1 LDC, siempre dentro del ámbito de las relaciones intersubjetivas. Corresponde a otros órganos (la Comisión Nacional de la Competencia y los Tribunales contencioso-administrativos) garantizar el orden constitucional en el sector de la economía de mercado, en atención a los intereses públicos.

Efectos de la nulidad contractual.—El Tribunal Supremo se plantea dos cuestiones en relación a este tema: 1) la distinción entre nulidad total y parcial; 2) la aplicación de los artículos 1303 y 1306.2.º CC.

En relación a la primera cuestión, el TJCE entiende que la nulidad a que se refiere el artículo 81.2 del Tratado CE (cláusulas restrictivas de la competencia) se aplica únicamente a aquellos elementos del acuerdo afectados por la prohibición establecida en el apartado 1 del mismo artículo o al acuerdo en su totalidad si no es posible separar dichos elementos. En el ámbito del Derecho interno, se admite la posibilidad de la nulidad parcial con arreglo al aforismo *«utile per inutile non vitiatur»*, como modalidad del principio de conservación del negocio. No cabrá la nulidad parcial cuando la cláusula en cuestión incida en la libertad de fijación del precio por la franquiciada y en la determinación del canon de explotación a pagar por la misma a la franquiciante, que es una de las contraprestaciones esenciales del contrato.

Respecto a la segunda cuestión, no cabe aplicar el artículo 1306.2.º CC cuando la causa de nulidad apreciada no tiene la condición de torpe, ni de inmoral, ni ha existido un propósito dañino o malicioso por parte de la franquiciante. La aplicación del precepto citado, con el efecto de «dejar las cosas como están», sería claramente injusta cuando a ambas partes les es imputable en la misma medida consensual la consignación de la cláusula, y conllevaría un claro enriquecimiento injusto para una de ellas.

Cuando estamos ante contratos de tracto sucesivo, que han venido ejecutándose durante unos años, la aplicación del artículo 1303 CC debe hacerse en atención al criterio de la posibilidad en relación con las circunstancias (por ejemplo, la liquidación de los efectos económicos existentes al tiempo de extinguirse la relación jurídica). (STS de 30 de julio de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El objeto del proceso versa sobre dos contratos de franquicia (cesión de utilización de nombre comercial, métodos de trabajo y aplicación de productos) relativos a tratamiento capilar, para dos ciudades distintas, respecto de los que la parte franquiciante considera que existió incumplimiento contractual de la parte franquiciada e interesa la condena de ésta y de sus garantes solidarios a indemnizar diversas cantidades por los conceptos de canon de explotación, productos suministrados impagados y cláu-

sulas penales de retraso. Por su parte, la franquiciada solicita la nulidad de los contratos por vulneración de las normativas comunitaria y nacional de la competencia con base en el establecimiento en los contratos de precios a cobrar a los clientes por la franquiciada, cuya imposición constituye una cláusula restrictiva de la competencia.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, absolviendo a los demandados, y estima la reconvención declarando la nulidad radical y absoluta de los contratos entre las partes. La nulidad apreciada se fundamenta en la imposición de precios por la franquiciadora a la franquiciada, no limitándose aquélla a una mera recomendación, sino que cada año remitía una lista de precios a aplicar, sin que obste el hecho de que con respecto a determinados objetos de la franquicia se fije sólo un mínimo. En cuanto a los efectos de la nulidad, se aprecia la nulidad total y se aplica el artículo 1306.2.º CC.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación formulado por las actoras y confirma íntegramente la sentencia recurrida. Señala la Audiencia, respecto de la imposición de precios, que al afectar la venta a los precios indicados al margen comercial, se está incidiendo en los ingresos de la franquiciada y con ello en el canon a abonar por la franquicia. En relación a la aplicación del artículo 1306.2.º CC, está claro que las entidades franquiciadoras tenían conciencia de la ilicitud de la imposición de precios o al menos hubieran debido tenerla.

Finalmente, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación interpuesto por las entidades actoras. Declara la incorrecta aplicación del artículo 1306.2.º CC, pues constituiría un caso de enriquecimiento injusto para una de las partes (el efecto es dejar las cosas como están). Es aplicable el artículo 1303 CC, atendiendo a la liquidación de los efectos económicos existentes en el momento de extinguirse la relación jurídica. Así, el Alto Tribunal subraya la nulidad total de los contratos. Ahora bien, condena a los demandados a pagar solidariamente unas cantidades en concepto de cánones de explotación adeudados por los centros capilares. (*S. L. M.*)

95. Autocontratación. Requisitos y validez.—Recuerda el Tribunal Supremo que la autocontratación exige que una persona actúe con una doble condición (actuación de una persona por sí misma y en nombre de otro) y que exista un conflicto de intereses que ponga en peligro la imparcialidad en perjuicio de los representados (SSTS de 31 de enero de 1991). Tales requisitos han de ser suficientemente demostrados para que pueda apreciarse la invalidez del contrato. Ahora bien, el negocio jurídico celebrado con autocontratación es válido desde un principio si media una previa autorización, así como si posteriormente es ratificado o confirmado tácitamente (por todas, STS de 20 de enero de 2005).

Enriquecimiento sin causa. Requisitos.—La jurisprudencia declara que, dado que la pretensión de enriquecimiento injusto responde al principio que veda a una persona enriquecerse injustificadamente a cuenta de otra, tal pretensión resulta inviable cuando el desplazamiento patrimonial se halla determinado o viene justificado por una norma o por un negocio jurídico

válido y eficaz (entre otras muchas, SSTs de 11 de octubre y 16 de diciembre de 2005, 10 de octubre de 2006, 12 de julio y 5 de noviembre de 2007 y 29 de enero de 2008). Por tanto, si el desplazamiento patrimonial se ha producido en virtud de un contrato que no ha sido invalidado, hay una causa de la transferencia o atribución patrimonial que la justifica. No cabe, por tanto, utilizar esta figura como un concepto-válvula para poder introducir elementos valorativos y decidir sobre la justificación de las atribuciones patrimoniales realizadas (STS de 1 de marzo de 2007).

Principio de facilidad probatoria. Regla de carga de la prueba. Casación.—Señala el Tribunal Supremo que el principio de facilidad probatoria es, realmente, una regla especial de carga de la prueba que se configuró por la jurisprudencia como una adaptación de la doctrina del *onus probandi* a las circunstancias del caso, a fin de evitar la indefensión derivada de la imposibilidad o extrema dificultad para la parte interesada de acreditar determinados hechos controvertidos y de necesaria constancia para la decisión del litigio. Actualmente, este principio se recoge expresamente en el artículo 217.6 LEC y su infracción ha de denunciarse por medio de recurso extraordinario por infracción procesal. (STS de 17 de julio de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Los consejeros vinculados a la entidad mercantil L, S.A. denunciaron en el seno del Consejo de Administración de la entidad A, la existencia de una autocartera ilegal de acciones en poder de una sociedad filial (SD 5, S.A.). La autocartera ilegal se había desarrollado a través de la filial SD 5, S.A., en parte a raíz de una compra de acciones a US, S.A. en una operación diseñada por el Director Financiero y de Administrador de A, si bien las circunstancias concretas de la venta y las operaciones realizadas no están demasiado claras.

Esta denuncia dio lugar a la creación de una comisión para dar salida al problema, comisión de la que no formaban parte los mencionados consejeros. Ante la inactividad de dicha comisión, los consejeros vinculados a la entidad L, S.A. —minoritarios en el Consejo de Administración de A— gestionaron la venta de la autocartera ilegal a favor de CIN, S.A., transmitiendo de tal modo la entidad SD 5, S.A. a la compradora de aquella. La operación fue gestionada por estos consejeros, pero fue aceptada por todo el Consejo de Administración. El contrato de compraventa, al parecer, no llegó a ejecutarse —hay dudas sobre si la compradora tenía intención de cumplirlo— y se resolvió a petición de la compradora en un momento en que los consejeros mencionados no formaban ya parte del Consejo de Administración de A. Paralelamente, se emitieron una serie de facturas a favor de L, S.A., por una serie de obras presuntamente ejecutadas por ésta para A.

Como resultado de todo esto, la mercantil A interpuso demanda, cuyo objeto, en síntesis, versa sobre acción de responsabilidad social por conducta ilegal y comportamiento negligente de los Administradores de A, por haber diseñado y materializado una política de autocartera ilegal y realizado diversas compraventas cruzadas y una venta simulada de acciones a otra entidad para el aparcamiento temporal de los títulos y ocultación de la autocartera, todo ello con un grave daño económico para la empresa. A esta

acción se acumula otra de responsabilidad civil de los apoderados de la sociedad, invalidez de la compraventa de las acciones a favor de CIN, S.A., por autocontratación, y de restitución por cobro de lo indebido y por enriquecimiento injusto frente a L, S.A.

La demanda es desestimada en primera instancia, al igual que se desestima por la Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante. Planteado recurso de casación ante el Tribunal Supremo, éste declara no haber lugar al recurso. (A. M. M.)