

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep María BECH SERRAT, María del Carmen CRESPO MORA, María Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Gabriel GARCÍA CANTERO, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María LUBOMIRA KUBICA, Andrea MACÍA MORILLO, Patricia MARISCAL GARRIDO-FALLA, Sara MARTÍN SALAMANCA, Gemma MINERO ALEJANDRE, María Isabel MONDÉJAR PEÑA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Cesar SEMPERE RODRÍGUEZ, 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. Delimitación del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.–En cuanto a la conceptualización de estos tres términos, señala la Sala 1.^a del Tribunal Supremo lo siguiente. En relación al honor, que constituye una lesión o intromisión ilegítima contra el mismo «*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*». Que para calificar tales hechos como una vulneración del derecho al honor debe atenderse a criterios subjetivos –basados en la estimación que cada persona hace de sí misma–, y objetivos, –según la consideración social y externa de los mismos–. En cuanto al derecho a la intimidad, sostiene el Alto Tribunal, haciéndose eco de la STS de 26 de septiembre de 2008, que

«implica la existencia de un ámbito propio y reservado de la vida frente a la acción y el conocimiento de los demás referido preferentemente a la esfera estrictamente personal de la vida o de lo íntimo, imponiendo a los terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en esa esfera y la prohibición de hacer uso de lo conocido, salvo justificación legal o consentimiento del afectado». Por último, en relación a la propia imagen, declara el TS, citando la STS de 26 de febrero de 2009, que «es la representación gráfica de la figura humana visible y reconocible, mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción», y que queda en manos de su titular el derecho exclusivo de difundirla o publicarla o, por el contrario, conservarla dentro de su esfera privada.

Tratándose de un personaje público, como es el caso del empresario que ha adquirido notoriedad en determinados círculos sociales, es preciso considerar que *la protección del honor disminuye* (ya que la persona que acepta su carácter público también acepta los riesgos que ello conlleva), *la de la intimidad se diluye* (no totalmente, pero sí en gran medida) y *la de la imagen se excluye* (siempre que haya sido captada en un lugar público). (STS de 1 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don S., empresario de gran prestigio, consideró que su derecho al honor, a la intimidad personal y a su propia imagen había sido vulnerado durante la emisión de un popular programa de televisión en el que se hacía referencia a determinadas circunstancias de su vida privada y se mostraban imágenes comprometedoras en las que aparecía él mismo junto a personas de su entorno más íntimo.

El así agraviado decidió interponer demanda contra la cadena de televisión y la empresa productora del programa. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, y, entre otros pronunciamientos, condenó a las demandadas a abonar a don S. una suma importante de dinero en concepto de indemnización.

Las demandadas recurrieron ante la Audiencia Provincial, la cual, estimó el recurso de apelación. Argumentaba este órgano que se trataba de un personaje con proyección pública, que su imagen había sido captada en un lugar público, y que las declaraciones supuestamente vulneradoras del derecho al honor del demandante eran ya conocidas por todos al haber sido difundidas previamente por otros medios de comunicación.

El TS confirma la argumentación de la Audiencia y declara no haber lugar al recurso de casación. (P. M. G-F.)

2. Derecho al honor y derecho a la intimidad: referencias a la orientación sexual.—Según reiterada jurisprudencia, el derecho al honor protegido como derecho fundamental se configura por dos aspectos: la inmanencia, representada por la estimación que cada persona hace de sí misma y la trascendencia que implica el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad. Para que exista una intromisión ilegítima en el derecho al honor es imprescindible una divulgación con juicios de valor que resulten ofensivos o burlescos (STS de 8 de julio de 2004) y que ésta se lleve a cabo dentro del contexto de una información que pretenda ser objetiva y neutral, lo que,

según la jurisprudencia, no sucede en ciertos programas de debate con intervenciones de carácter festivo en el contexto de la denominada prensa del corazón (SSTS de 18 de mayo de 2007 y 24 de enero, 25 de septiembre y 1 de octubre de 2008).

Por su parte, el derecho a la intimidad personal tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto a su dignidad personal (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, ya sean poderes públicos o particulares. Este derecho atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino familiar, frente a la divulgación por terceros o a una publicidad no consentida. Se impone a los terceros un deber de abstenerse de la intromisión y de hacer uso de lo conocido sobre esa esfera personal, salvo justificación legal o consentimiento del afectado (SSTC de 2 de diciembre de 1988; 17 de octubre de 1991 y 10 de mayo de 2000 y SSTS de 22 de abril de 2002; 6 de noviembre de 2003 y 28 de septiembre de 2008). Aunque un personaje sea público y notorio por sus actuaciones profesionales, esto no anula por completo la parcela privada de la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), por lo que las referencias a su orientación sexual es una información que carece de relevancia comunitaria y de interés público, perteneciendo al ámbito estricto de la intimidad personal. (**STS de 8 de febrero de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Doña M. ejercita acción de protección del derecho al honor y a la intimidad contra don M. y la entidad mercantil G.T.S.A por los comentarios que el demandado realizó en el programa de la entidad mercantil también demandada sobre la condición sexual de la actora y aspectos íntimos de su vida familiar y profesional.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estiman la demanda y entienden que las manifestaciones vertidas en el programa televisivo vulneran el derecho al honor y la intimidad personal de la actora, siendo utilizada su intimidad personal para fines netamente comerciales. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estima en el sentido de considerar que no ha existido vulneración del derecho al honor, casando y anulando la sentencia de la Audiencia en este punto, pero mantiene el pronunciamiento en orden a la vulneración del derecho a la intimidad, reduciendo en consecuencia la cuantía indemnizatoria. (*S. E. M.*)

3. Derecho al honor, libertad de expresión y libertad de información. Programa radiofónico en el que se relaciona a un partido político con una banda terrorista.—

Siguiendo la doctrina jurisprudencial anteriormente sentada en las SSTS de 19 y 26 de febrero de 1992, 29 de diciembre de 1995, 20 de octubre de 1999, 12 y 27 de febrero y 6 de junio de 2003, 8 de julio de 2004 y 8 de septiembre de 2008, el Tribunal Supremo refuerza la prevalencia de la libertad de expresión con respecto del derecho al honor en contextos de contienda política. El honor tiene un sentido subjetivo –interno, la estimación que cada persona hace de sí misma- y un sentido objetivo – exteriorización representada por la estima que los demás hacen de nuestra dignidad–. Imputar a una persona su pertenencia o relación a un grupo terrorista es un ataque al honor desde el punto de vista objetivo, pero subjetiva-

mente esta calificación no es tan nítida, sino que exige una ponderación de las circunstancias del caso y el contexto social. La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTS de 17 de julio de 1986 y de 4 de junio de 2007), pues alude a la emisión de juicios subjetivos, incluyendo, por tanto, la crítica a la conducta de terceros, aunque pueda molestar a aquel contra quien se dirige. Únicamente se sitúan fuera del campo de protección de la libertad de expresión las declaraciones ofensivas sin relación con las opiniones o ideas expresadas y que, por ello, sean innecesarias al propósito fijado. Por tanto, el artículo 20.1.a) de la Constitución Española no reconoce el derecho al insulto. Con todo, en supuestos de colisión de derechos fundamentales no debe atenerse a una concepción abstracta o semántica del lenguaje, sino que debe emplearse una concepción pragmática, en relación con su contexto, de manera que puedan ampararse en la libertad de expresión alegaciones que, si bien aisladamente pueden resultar ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar y con su situación política y social, ven atenuada tal significación ofensiva, ya que así lo impone el interés público implicado en la concreta situación y los usos sociales a los que se remite el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (**STS de 26 de enero de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Un grupo político y varios de sus dirigentes promueven una demanda de protección civil del derecho al honor contra una entidad de radiodifusión y el locutor de ésta, con ocasión de unos programas radiofónicos emitidos por dicha entidad. La parte actora considera que las declaraciones sobre su relación a un grupo terrorista y las supuestas reuniones mantenidas con éste son una intromisión ilegítima en su derecho al honor. Consecuentemente, solicita que se prohíban a la cadena y al locutor demandado conductas similares en el futuro y exige el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Entiende que, si bien desde el punto de vista gramatical, algunas de las expresiones utilizadas pudieran resultar hirientes, pragmáticamente no denotan un carácter insultante o difamatorio, sino que se encuadran dentro del ámbito de la libertad de expresión, teniendo en cuenta su contexto, la estrecha relación de dichas expresiones con los hechos relatados por el locutor, su notorio interés público y la naturaleza política y, por tanto, pública de los actores, así como la función pública de crítica política con la que las declaraciones se efectuaron.

La Audiencia Provincial estima, sin embargo, el recurso de apelación, con revocación de la sentencia de Primera Instancia. Considera que la equiparación de un partido político con una organización terrorista no es amparable ni en el derecho a la información ni en la libertad de expresión.

Contra esta sentencia interpone recurso de casación la parte demandada. El Tribunal Supremo estima el recurso, confirma y hace suya con todos sus pronunciamientos la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (*G. M. A.*)

4. Derecho al honor y libertad de expresión: límites.—La libertad de expresión (art. 20 CE) tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC de 17 de julio de 1986 y 4 de junio de 2007), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. No obstante, el derecho a la libertad de expresión tiene como límite la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con ideas u opiniones que se expongan (SSTC de 6 de mayo de 2002; 19 de junio de 2006; 15 de enero y 4 de junio de 2007 y 14 de abril de 2008). Según reiterada jurisprudencia, la libertad de expresión no se limita a manifestar ideas y pensamientos, sino que también comprende la crítica a la conducta de otro, aun cuando ésta pueda resultar molesta, inquietante o disgustar a aquel contra quién se dirige (SSTC de 17 de enero de 2000; 26 de febrero de 2001 y 19 de junio de 2006 y SSTC de 31 de enero y 25 de febrero de 2008). El derecho al honor se encuentra limitado por las libertades de expresión e información y tiene lugar cuando se produce un conflicto ente ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, según las circunstancias de cada caso. Por ello, una dura y severa crítica reflejo de una opinión científica que tenga lugar dentro del marco de una controversia doctrinal no alcanza al derecho al honor desde un punto de vista objetivo, ya que la carga de asumir dicha crítica, incluso siendo inconveniente, se impone en una sociedad democrática a quienes se ven involucrados en actividades científicas o de investigación. (SSTS de 19 de febrero, 4 de junio y 6 de julio de 2009). (**STS de 9 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Se promueve demanda contra don R. por la carta remitida a una revista de salud con ocasión de las investigaciones realizadas por el demandante don N. En dicha carta, don R. realiza afirmaciones como que la investigación del actor era «una sucesión de falsedades y burdas argumentaciones sobre el origen de la esclerosis múltiple... Que parecen propias de un profano indocumentado que de un cirujano... Han proliferado los curadores... engañar a los pacientes, prácticas propias de la medicina precientífica... que se ignoran conocimientos de literatura especializada en esclerosis...». Don N. considera vulnerado su derecho al honor y solicita que se le conceda una indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la pretensión ejercitada. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima, confirmando la sentencia recurrida. (*S. E. M.*)

5. Delimitación del derecho al honor y la libertad de expresión cuando las expresiones supuestamente vejatorias tienen lugar en el seno de una confrontación política.—Es doctrina consagrada que el derecho al honor ha de ser estimado en un doble aspecto: como convicción interna o íntima del sujeto agraviado, por una parte, y como aspecto externo de valoración social, por otra. Este segundo aspecto sirve para poder realizar una adecuada calificación jurídica, huyendo así de una excesiva subjetivación del concepto, y atendiendo a las circunstancias objetivas de los sujetos implicados, como puedan ser su pertenencia a los círculos políticos de un país, o el

contexto en el que son vertidas las declaraciones. De esta manera, expresiones poco afortunadas e, incluso, objetivamente un tanto vejatorias, no alcanzan la calificación de atentado al honor cuando son fruto o tienen relación con una confrontación política. (*vid.* SSTs de 6 de junio de 2003, 21 de julio de 2008, 8 de septiembre de 2008 o 26 de enero de 2010, entre otras). A estos efectos, considera el Alto Tribunal, que no es necesario que el sujeto supuestamente perjudicado ostente cargo político alguno; basta con que participe de forma activa en la vida política y que las expresiones controvertidas se inserten en un marco de polémica política para que el atentado contra el honor se diluya. (**STS de 16 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don J. interpuso demanda sobre protección civil del derecho al honor, intimidad y propia imagen contra don V. y un periódico de tirada provincial como consecuencia de una publicación en la que se contenían expresiones supuestamente vejatorias referidas a la persona del demandante. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, absolviendo al periódico de todos los cargos y condenando a don V. al pago de una cantidad en concepto de daños y perjuicios.

Don V. recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso revocando la sentencia de instancia. Según este órgano, el Juzgado de Primera Instancia no había tenido en cuenta en su valoración de los hechos el contexto político en que éstos se habían producido. Al tratarse de personajes dedicados a la vida política, la consideración y calificación jurídica de sus actuaciones había de medirse conforme a criterios más «generosos».

Finalmente, don J. decidió interponer recurso de casación alegando infracción del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en conexión con lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, del artículo 18.1 de la Constitución.

El Tribunal Supremo, atendiendo a factores tales como la proyección pública de ambos sujetos, así como el contexto de confrontación política en que fueron vertidas las opiniones declaró no haber lugar al recurso de casación. (*P. M. G-F.*)

6. Independencia de los derechos fundamentales.—El TS ha declarado en varias ocasiones —en la sentencia de 26 de julio de 2008, entre otras— que no cabe la mezcla o confusión de los derechos fundamentales. En el caso del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen estamos ante tres derechos distintos y no ante un solo derecho trifronte.

Derecho al honor y libertad de información.—El honor tiene un sentido subjetivo y un sentido objetivo. El primero está representado por la estimación que cada persona hace de sí mismo. El segundo se refiere a la estimativa que los demás hacen de nuestra dignidad. Ambos se deben complementar y ambos se concretan en la dignidad de la persona.

Respecto a la libertad de información, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la

prevalencia de este derecho cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado. La libertad de información 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. Por veracidad debe entenderse, no necesariamente la absoluta y total, sino que pueden concurrir inexactitudes que no afecten al fondo.

Ahora bien, la transmisión de la noticia no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado. El requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje informativo, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en éste se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas (SSTC de 18 de febrero de 2009 y 27 de junio de 2009). **(STS de 31 de marzo de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Por razón de impago en el abono de cuotas en una comunidad de propietarios, se colocaron carteles en los que se expresó el carácter de moroso del actor, junto a otros propietarios, que originó la formulación de demanda de protección al derecho al honor, intimidad y propia imagen, sin concretar ni precisar qué derechos fundamentales se entendían vulnerados.

El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. En cambio, la Audiencia Provincial sí que estima el recurso de apelación planteado por el demandante. Esto lleva al demandado a interponer recurso de casación.

El Alto Tribunal entiende que la información difundida en este caso tiene interés para la comunidad de propietarios. La misma resulta veraz, al haberse acreditado la deuda existente, y de la lectura de la misiva controvertida se extrae que no contiene ningún juicio valorativo, ni mucho menos ofensa, ni términos injuriosos o insultantes referidos al actor, que pudiesen atentar contra su honor. Lo único que resulta reprochable fue que la notificación no fuera efectuada de forma escrupulosa conforme a lo previsto en la legislación sobre propiedad horizontal para supuestos de impago de cuotas comunitarias por parte de algún copropietario (arts. 21.2 y 9.h LPH). No obstante, la notificación por sí sola carece de la entidad suficiente para que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 7.7 LO 1/1982, de 5 de mayo, pueda estimarse como atentatorio del derecho al honor, prevaleciendo en consecuencia la libertad de información. De ahí que el TS termine estimando el recurso planteado por el demandado. (*S. L. M.*)

7. Facultades del Tribunal de casación para valorar los hechos.—Si la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre con el derecho al honor y la libertad de información, según la jurisprudencia más reciente de la Sala de lo Civil el Tribunal Supremo no puede aceptar de forma incondicional las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que ha de asumir una tarea de calificación

jurídica y de valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible vulneración de los derechos fundamentales alegados.

Aplicación de la técnica de la ponderación para la resolución del conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor.—El conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor ha de resolverse mediante la aplicación de las técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Hay que valorar, en primer lugar, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Así, la ponderación ha de respetar la posición preferente que el derecho a la libertad de información posee sobre el derecho al honor en cuanto aquel resulta esencial para garantizar la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático. La protección constitucional de las libertades de expresión y de información alcanza su nivel máximo cuando son ejercitadas por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción.

La técnica de ponderación requiere valorar, en segundo lugar, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. En este sentido la ponderación exige tener en cuenta varios factores: Primero, hay que constatar si la información tiene relevancia pública o interés general, o afecta a personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública. Y también, si se trata del prestigio profesional, ha de examinarse si el ataque reviste un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse una transgresión del derecho fundamental. Segundo, para que pueda prevalecer la libertad de información sobre el derecho al honor, dado su puesta en conocimiento de hechos, la información ha de cumplir el requisito de la veracidad; a diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad ha de entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia, conforme a los criterios profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso, aunque después la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada. El requisito de la veracidad no impide que la total exactitud de la noticia pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales siempre que no afecten a la esencia de la información. Por último, la información que se transmita no puede tener un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, es decir, no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende y en ningún caso se reconoce un derecho al insulto. (STS de 3 de marzo de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Tres economistas, de acreditado historial profesional, interponen demanda de protección del derecho al honor contra el director del diario *El País*, la empresa editora y un periodista. Los economistas habían sido designados como peritos judiciales, a petición de la parte interesada, por el juez instructor del sumario denominado «Caso Banesto», a propuesta del decano-presidente del Colegio de Economistas de Madrid. El 31 de enero de 1996 se había entregado parte del informe pericial, en el que constaba un anexo firmado por uno de los peritos. El 1 de marzo de 1996 los tres peritos habían entregado en el Juzgado el resto del informe. A partir del 6 de marzo de 1996 los peritos habían ratificado el infor-

me en presencia del juez y de los representantes de las partes. De modo simultáneo y con posterioridad a estos hechos aparecen un conjunto de artículos, firmados por el periodista demandado, en los que se afirman que dichos peritos justifican en sus informes los actos del inculcado por estafa, a cambio de dinero. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y, por el contrario, la Audiencia Provincial revoca la sentencia y estima la demanda al considerar que ha existido lesión del honor profesional de los demandantes. Los demandados interponen recurso de casación contra esta última sentencia y el Tribunal Supremo ha lugar al recurso de casación. (*Alma R. G.*)

8. Transmisión *mortis causa* de títulos nobiliarios.—En los casos en los que se trata de decidir quién, de entre los parientes colaterales, tiene el mejor derecho a poseer un título nobiliario, una vez fallecido el anterior poseedor legal, lo tendrá aquel más próximo en grado y de mayor edad. No rige el derecho de representación, que se limita a la línea descendente. (**STS de 26 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El objeto del proceso versa sobre el mejor derecho a poseer un título nobiliario que se disputan dos primos. El último poseedor del título es el más joven de los tres hermanos, el cual no tuvo descendencia y al que se le reconoció judicialmente el mejor derecho genealógico respecto de un tercero. De los tres hermanos, todos ellos ya fallecidos, la madre del demandante era la mayor, el padre del demandado el segundo, y el poseedor del título el de menor edad. Ninguno de los hermanos mayores disputó el título a su hermano, aunque al fallecer éste sí lo pretendió en vía administrativa la hermana mayor frente a su sobrino —el aquí demandado—, al cual se le otorgó carta de sucesión. Don J. interpone demanda frente a su primo carnal don G. para la declaración de mejor derecho a poseer el título nobiliario.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda y declara que es preferente el derecho de don J. frente al de don G. La Audiencia Provincial confirmó la resolución recurrida, salvo en lo relativo a las costas.

En casación, el TS entiende que el mejor derecho hay que atribuírsele al actor, pues, hallándose ambos litigantes en el mismo grado de parentesco con el último poseedor legal, es el de mayor edad. La pretensión del demandado de que se aplique el derecho de representación en lugar del principio de propinquidad contradice la doctrina del Alto Tribunal, según la cual, tratándose de parientes colaterales que no tronquen con el fundador o beneficiario —no descendiendo directamente de él— no opera en su beneficio la representación sino la proximidad de grado. De esta manera, el TS desestima el recurso de casación planteado por el demandado. (*S. L. M.*)

9. Títulos nobiliarios: principio de propinquidad.—Cuando existe un conflicto respecto al mejor derecho a un título nobiliario, si las personas que pretenden ostentar dicho derecho se encuentran en el mismo grado de parentesco con el último poseedor legal, el título se le debe atribuir al de mayor edad. Este principio de propinquidad es el que rige la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 19 de junio de 1976; 17 de marzo de 1988; 11 de mayo de 2000; 30 de diciembre de 2004; 22 de octubre, 19 de noviembre y 15 de diciembre de 2009) y no el derecho de representación. El derecho de representación se limita a la línea descendente, por lo que tratándose de parientes colaterales que no desciendan directamente del fundador o beneficiario, no opera en su beneficio la representación, sino la proximidad en grado y la mayor edad (**STS de 26 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Don J. y don G. primos carnales se disputan el título nobiliario de Conde X. El último poseedor del título es el más joven de tres hermanos que no tuvo descendencia y al que se le reconoció judicialmente el mejor derecho genealógico respecto de un tercero. De los tres hermanos, todos ellos ya fallecidos, la madre de don J. era la mayor, el padre de don G. el segundo y el poseedor del título el menor de edad. Ninguno de los hermanos mayores disputó el título al menor, aunque al fallecer éste, la hermana mayor sí que lo pretendió por vía administrativa frente a su sobrino don. G., al cual se le otorgó carta de sucesión. Don J. interpone demanda de declaración de mejor derecho al título nobiliario de Conde X frente a su primo carnal don G. El demandado se opone alegando la excepción de prescripción adquisitiva y subsidiariamente que se le absolviere por razones de fondo, por aplicación del principio de representación y no del de propinquidad.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara que es preferente el derecho de don J. frente a don G., para poseer, usar y disfrutar del título nobiliario de Conde X. La Audiencia Provincial confirma la resolución recurrida en apelación. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima. (*S. E. M.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

10. Vicios del consentimiento. Dolo grave y causante.—El dolo como vicio de la voluntad aparece recogido en el artículo 1269 CC, que lo define como aquella situación en que «[...] con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho». De acuerdo con esta definición se ha considerado que en un sentido muy amplio, «dolo es todo complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en propio beneficio», aunque esto último no es exigible para que pueda considerarse que ha concurrido dolo. Por ello el concepto central que aparece en el artículo 1269 CC es aquella estrategia que se utiliza para que se produzca una percepción errónea en el otro contratante y por ello se considera que, en definitiva, el dolo induce a un error, si bien lo

que se pone de relieve en este vicio de la voluntad no es tanto el resultado, sino la maquinación utilizada para llegar a él.

Para que un contrato se entienda viciado por dolo deben concurrir las notas siguientes: a) que se trate de una conducta insidiosa, que ejerza tal influencia sobre quien declara que su voluntad no puede considerarse libre; b) que sea grave, es decir, que sea causa determinante del contrato en el que concurre, y c) que se pruebe.

Por otra parte, el supuesto en que una persona tiene una relación de confianza con otra que le induce a celebrar un contrato o bien no es lo suficientemente experimentada como para poder calibrar las condiciones de dicho contrato es uno de los casos más típicos del dolo y como vicio independiente ha sido acogido en el artículo 4 :109 de los Principios del Derecho europeo de los contratos, que permite la impugnación por parte de aquella persona en quien haya concurrido dicho vicio, que trata como vicio de la voluntad. (**STS de 16 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Doña E. había heredado de su padre, su marido y su madre, el 62,30% de las acciones de la sociedad Inmobiliaria C. G. cuyo único bien era una finca situada en Granollers. La sociedad se había constituido con la finalidad de administrar el patrimonio familiar. Doña E. y don L. iniciaron una relación sentimental que duró unos 17 años. Durante este tiempo, don L. fue haciéndose cargo de los asuntos económicos de doña E., quien le tenía una confianza absoluta. Don L. aconsejó a doña E. la venta de las acciones de la sociedad. Dicha operación se consumó el 14 de agosto de 1997, vendiendo doña E. las acciones de su paquete a las sociedades S.G.B. y S.G.T.; en realidad, se trataba de sociedades pantalla de don L., de modo que fue él mismo quien adquirió por persona interpuesta dichas acciones cuyo precio realmente abonado resultaba muy inferior de las tasaciones obrantes con posterioridad en autos. Doña E. demandó a don L., S.G.B. y S.G.T., así como a la sociedad Inmobiliaria C.G. En su demanda pidió que se declarase: a) la nulidad del contrato de compraventa del paquete de acciones correspondiente a la sociedad Inmobiliaria C.G., por haberse formado el consentimiento por dolo por parte de la compradora; b) en el caso de que no fuera estimada, ejercitaba la acción de nulidad por ilicitud de la causa; y c) caso de no estimarse, por hallarse viciado el consentimiento de doña E. por causa de error.

El Juzgado de Primera Instancia de Barcelona declaró nulo el contrato de compraventa de acciones, considerando probado que la conducta llevada a cabo por el demandado constituyó un caso de dolo al usar éste maquinaciones insidiosas para conseguir hacerse con el paquete de acciones. Recurrida la sentencia, ésta fue desestimada tanto en apelación como en casación. (*M. L. K.*)

11. Compraventa: vicios del consentimiento; dolo.—Según el art. 1269 CC, dolo son palabras o maquinaciones insidiosas para mover la voluntad de la otra parte, inducida por el error provocado. Cuyas palabras o maquinaciones pueden tener carácter positivo o ser de tipo negativo en el sentido de

la reticencia o silencio (*cf.*: SSTS 11-05-1993, 29-03-1994, 29-12-1999, 11-12-2006, 25-04-2009). Así, al venderse a una empresa constructora un solar para construir y silenciar que unos informes técnicos han acreditado que no era apto para construir en él, las sentencias de instancia y esta Sala entienden que concurre la existencia de dolo. En definitiva, el desconocimiento de la dolina no fue debido a falta de diligencia y el silencio de una de las partes sobre ello fue determinante de la voluntad de comprar a un precio que no fue discutido y tampoco puede considerarse miserable.

Nulidad contractual: partidas indemnizatorias; interés negativo e interés positivo.—Al interpretar el art. 1303 CC, la jurisprudencia ha sido reiterada en el sentido de que el precepto, que tiene como finalidad conseguir que las partes afectadas vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al evento invalidador, evitando el enriquecimiento injusto. Y matiza la doctrina que la indemnización alcanza al interés negativo o «interés de confianza» que resulta de cotejar la situación en que estaría la parte perjudicada si no hubiese celebrado el contrato o hubiese conocido desde el principio su invalidez, con la situación actual en que se encuentra ahora, sin que alcance al llamado interés positivo que resulta de comparar la situación provocada por la invalidez, con la que existiría si hubiese habido validez y cumplido los efectos del contrato. En consecuencia, se admiten las partidas que integran la indemnización reclamada, entendiéndose como correcta la inclusión del interés negativo. (**STS de 5 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Se concluye una venta de un terreno cuyo único interés económico reside en la posibilidad de edificar y que se vendió por una sociedad a otra, teniendo las dos el objeto social idéntico, actividad mercantil dedicada a la promoción y construcción de viviendas. La vendedora lo había adquirido poco antes de dicha venta y al ordenar un informe en relación al estudio geotécnico, comprobó que el solar tenía una depresión o dolina, no la hacía aconsejable construir o bien el coste de la cimentación lo hacía inviable, por lo que más adelante se informa por una entidad de tasaciones y valoraciones que el valor del solar que había comprado es de cero euros y un arquitecto manifestó que un solar de esta característica de construirse y llevar a término la necesaria cimentación, se podría considerar «un monumento a la idiotez».

Ante ello, esta sociedad que compró el terreno de valor cero euros, lo vende a otra sociedad que ignora el problema, que no puede conocerse por los signos externos y, tras negociaciones y conversaciones, esta última compradora le formula demanda, que es la rectora del presente proceso. Esta compradora es P, S.L. y la vendedora es I.G., S.L. Ambas sentencias de instancia han apreciado dolo y han declarado la nulidad en el sentido de estimar la acción de anulabilidad que da lugar a la restitución recíproca de las cosas objeto del contrato. (*S. M. S.*)

12. Perfección del contrato.—La oferta, en cuanto declaración unilateral que emite una persona para proponer a otra la conclusión de un contrato, debe exteriorizar la voluntad del oferente de quedar obligado en caso de aceptarla el destinatario y debe contener todos los elementos necesarios del

contrato proyectado, dado que dicho contrato se perfeccionará con la sola aceptación.

Interpretación de la voluntad contractual.—Los artículos 1281 a 1289 CC contienen verdaderas normas jurídicas de las que el intérprete de un contrato tiene el deber de hacer uso en su labor de interpretación (STS de 6 de julio de 2009). La infracción de estas normas abre el acceso a la casación, en base al artículo 447.1 LEC, pero el control de tal interpretación es sólo de legalidad. De ahí que la interpretación de los contratos, salvo en relación con dicho control de legalidad, corresponde a los Tribunales de instancia (entre otras, SSTS de 2 de octubre y 21 de diciembre de 2007, 29 de abril y 5 de junio de 2008). Por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación del recurso de casación toda interpretación que, sin ser la única posible, sea respetuosa con los citados preceptos (STS de 26 de noviembre de 2008). Tales artículos deben aplicarse de manera complementaria subordinada entre sí, siguiendo el orden de prelación establecido en ellos. Así, por ejemplo, si la aplicación de la regla de interpretación literal contenida en el párrafo primero del artículo 1281 CC no deja duda sobre la intención de las partes, no entrarán en juego las demás reglas contenidas en los subsiguientes preceptos (STS de 2 de septiembre de 1996).

Obligaciones recíprocas. Excepción de incumplimiento del contrato.—Siguiendo la doctrina jurisprudencial anteriormente sentada en las SSTS de 22 de abril y 14 de junio de 2004 y 28 de mayo de 2009, el TS declara que la excepción de incumplimiento del contrato, construida en base a los artículos 1100 y 1124 CC solamente es admisible en relación con obligaciones sinalagmáticas. En este tipo de obligaciones ninguna de las partes está facultada para compeler a la otra a que cumpla con su prestación que el correspondiente antes de que esa parte lo haga con su correlativa prestación, con independencia de que se hubiera pactado que el cumplimiento de ésta debía ser anterior o no. La recíproca condicionalidad o mutua interdependencia de las prestaciones principales justifica, por tanto, que el deudor requerido de pago le pueda oponer al deudor incumplidor esta excepción, en base a su facultad de posponer su cumplimiento en tanto el reclamante, a su vez, cumpla (SSTS de 14 de junio de 2004 y de 28 de mayo de 2009).

Indemnización por incumplimiento de obligaciones.—Siguiendo la doctrina jurisprudencial sentada, entre otras, por las SSTS de 13 de febrero de 2008 y 15 de julio de 2009, el artículo 1108 CC establece que la indemnización de los daños y perjuicios causados por la mora en el cumplimiento de la obligación consistirá en el pago de los intereses convenidos y, a falta de estos, del interés legal, solamente se entiende referido a aquellos supuestos en los que la obligación incumplida sea de naturaleza dineraria. Por tanto, no es aplicable a obligaciones de hacer.

Congruencia. Sentencias absolutorias. Excepción no alegada por el demandado.—La congruencia se debe medir por la adecuación entre la parte dispositiva de las sentencias y las pretensiones de las partes. Es, por regla general, una cualidad intrínseca de toda sentencia absolutoria. Sin embargo, las sentencias desestimatorias pueden ser incongruentes en aquel caso en el que se precie una excepción que no hubiese sido opuesta ni fuese apreciable de oficio, pues entonces el hecho en el que dicha excepción consiste se entiende que no formó parte del componente fáctico del proceso (SSTS de 7 de febrero y 7 de diciembre de 2006, 29 de enero de 2007, 3 de octubre y 14 de noviembre de 2008 y las que en ellas se citan).

Ámbito y efectos del recurso extraordinario por infracción procesal.—El recurso extraordinario por infracción procesal solamente puede ir dirigido contra el fallo de la sentencia, y no contra lo razonado en los fundamentos jurídicos, en tanto que no trascienda a la parte dispositiva de la resolución impugnada (SSTS de 16 de mayo y de 3 de julio de 2001 y de 29 de octubre de 2004, así como las que en ellas se citan). Por tanto, no podrá versar contra los argumentos secundarios *ex abundantia*, sin influencia en la decisión del conflicto. Tampoco existe precepto alguno en la LEC que permita denunciar mediante este tipo de recursos el error en la valoración de la prueba, la cual corresponde en exclusiva a los Tribunales de las dos instancias (SSTS de 4 y 22 de diciembre de 2009 y 16 de febrero de 2010, entre otras). En cuanto a los pronunciamientos sobre costas procesales, solamente podrán ser revisados en esta sede en tanto hayan infringido la regla objetiva del vencimiento (STS de 30 de abril de 2008).

Motivación de la sentencia.—Siguiendo la interpretación del artículo 24 de la Constitución Española realizada por el Tribunal Constitucional —STC 163/2008, de 15 de diciembre—, el respeto al derecho de las partes a obtener una resolución fundada implica —además de que la misma esté motivada, esto es, que contenga razones de juicio que permitan conocer los criterios jurídicos en que se basa la decisión—, que la motivación contenga una fundamentación en Derecho, garantía de que la resolución no es consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulta manifiestamente irrazonada o irrazonable ni incurre en error patente, pues, en tales casos, la aplicación de la legalidad sería solo una mera apariencia.

Derecho a la tutela judicial efectiva. Interpretación de documentos.—El motivo de vulneración del derecho a la tutela judicial previsto en el ordinal cuarto del artículo 469.1 LEC no se produce por una interpretación incorrecta del contenido de los documentos tomados en consideración por los tribunales de instancia, si ello no conduce a un error notorio o la arbitrariedad en el plano fáctico (SSTS de 27 de enero y de 22 de marzo de 2010). (STS de 30 de marzo de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La sociedad actora interpone demanda contra el banco AB en la que alega que la citada entidad bancaria se había obligado a adquirir un tanto por ciento de sus acciones en el caso de ser designada colocadora en el sentido previsto en el artículo 30 del Real Decreto 291/92, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de ventas de valores y que, mientras que la actora había cumplido con su prestación de atribución de la referida función, la entidad demandada se había negado al correlativo cumplimiento.

En primera instancia la demanda es desestimada íntegramente, por entenderse que el contrato aún se encontraba en fase de negociación y no haberse probado que las personas que actuaron en nombre de la entidad financiera tuvieran facultad para obligarla.

En segunda instancia, por el contrario, la demanda es estimada, entendiendo que dichas personas físicas estaban facultadas para actuar en nombre del banco.

La entidad demandada interpone recurso extraordinario por infracción procesal, así como recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al primero de los recursos, pero estima, en parte, el segundo de ellos. (G. M. A.)

13. Promesa de contrato. Precontrato.—No se puede calificar como un simple documento de intenciones el que se titula como contrato, en el cual ambas se reconocen mutuamente la capacidad legal necesaria para obligarse y contratar y dicen que «firman el presente contrato», estableciendo que «ambas partes llevarán a término antes del inicio de las obras el contrato definitivo a otorgar ante el Notario que de mutuo acuerdo designen, y ateniéndose a la mejor solución fiscal por ambas partes», lo que simplemente comporta el compromiso de cumplir lo dispuesto en el artículo 1280.1.º del Código Civil a efectos de que el convenio conste en documento público, en el cual procurarían acomodar el negocio para obtener la mejor solución fiscal para ambas partes.

Dice la sentencia de esta Sala de 13 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7235) que «el llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o «pactum de contrahendo» bilateral de compraventa tiene por objeto constituir un contrato y exige como nota característica que en él se halle prefigurada una relación jurídica con sus elementos básicos y todos los requisitos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior (SSTS 23 diciembre de 1995 (RJ 1995, 9396); 16 de julio 2003 (RJ 2003, 5144), entre otras), cuya efectividad o puesta en vigor se deja a voluntad de ambas partes contratantes. Supone, por tanto, el final de los tratos preliminares y no una fase de ellos, como dice la Sentencia de 3 de junio de 1988 (RJ 1988, 3715), en los que las partes, a partir de acuerdos vinculantes, tratan de configurar esos elementos esenciales del contrato, que no existen jurídicamente hasta ese momento y que sin ellos no sólo no sería posible cumplimentar de forma obligatoria lo que todavía no existe, sino que permitiría a los interesados desistir de estos tratos, sin más secuelas que las que pudieran resultar de la aplicación del artículo 1902 CC (LEG 1889, 27) caso de abrupta e injustificada separación de la fase prenegocial, según establecen entre otras las Sentencias de 26 de febrero (RJ 1994, 1198) y 19 de julio de 1994 (RJ 1994, 6698) y 16 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8978). No obsta a esta calificación que no hayan quedado determinados los elementos instrumentales o complementarios del mismo, cuando es perfectamente posible hacerlo en un momento posterior [...]».

Vigencia de oferta económica aceptada por las partes. Contrato de permuta.—A tal efecto, se considera que constan los elementos esenciales del contrato de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura (contrato de permuta) si las partes han determinado las fincas a transmitir y la contraprestación que ha de recibir su anterior propietario, e igualmente con la ley pues el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), referido a las condenas a emitir una declaración de voluntad, establece en su apartado 2 que en el supuesto de que «no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico [...]».

Se entiende que no falta ningún elemento esencial en el precontrato en el que se estipula que la forma de la permuta se deja abierta a fin de poder adoptar la que sea más beneficiosa para ambas partes a efectos fiscales, por lo que existe el consentimiento mutuo de las partes sobre la celebración del contrato y la determinación de las prestaciones de cada una de ellas en cuanto a su valoración económica.

Interpretación del contrato.—La cláusula que se limita a constatar la entrega de la cantidad de 60.101 euros a cuenta de la cantidad de 300.506 euros que había de ser entregada por la parte que adquiere terrenos como parte de la contraprestación correspondiente a la transmisión de dichos terrenos y lo único que viene a establecer es que «suponiendo que no se firmase el contrato de actuación, será devuelta esta cantidad» se refiere claramente a un supuesto de mutuo disenso en el cual ambas partes decidieran no celebrar el contrato definitivo [...].

Incumplimiento de las obligaciones.—Como afirma la sentencia de esta Sala de 29 abril 1998 (RJ 1998, 2601) «la resolución del contrato implica la ineficacia del mismo con efecto retroactivo y una de sus causas, la más frecuente, es el incumplimiento de la obligación esencial de una de las partes en caso de obligaciones bilaterales o recíprocas: se trata de un incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, lo que significa incumplimiento propiamente dicho, no cumplimiento defectuoso o incumplimiento parcial [así, expresamente lo dice la Sentencia de 21 marzo 1994 (RJ 1994, 2560)]. Por otra parte, si se da este incumplimiento básico, que frustra el fin objetivo del contrato, no se produce automáticamente la resolución, sino que es preciso el acuerdo de ambas partes o que el sujeto cumplidor ejercite la acción y se declare en sentencia (así lo dice expresamente la Sentencia de 11 diciembre 1993 (RJ 1993, 9605), en un proceso de error judicial)». (STS de 8 de febrero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Con fecha 3 de marzo de 2003, F. G. interpuso demanda por la que interesaba que se dictara sentencia por la cual se declarara la vigencia de la oferta económica aceptada por las partes y del contrato de permuta suscrito en fecha 3 de julio de 2002, condenando a don O. al cumplimiento del mismo y a su elevación a público y, para el caso de que se considerara resuelto el contrato, se condenara al demandado al pago de 270.050,61 euros, más el importe entregado a aquél por la mercantil actora, que asciende a la cantidad de 60.101 euros, y la de 601.012,10 euros en concepto de lucro cesante.

El Juzgado de Primera Instancia de Vic dictó sentencia por la que estimó la demanda y condenó al demandado a prestar su consentimiento para la celebración del contrato de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura conforme a lo que ambas partes pactaron en el precontrato con apercibimiento de que en caso de no hacerlo lo haría el tribunal.

El demandado don O. recurrió en apelación y la Audiencia Provincial de Barcelona dictó nueva sentencia por la que desestimó el recurso y confirmó la sentencia dictada en primera instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso entendiendo que el recurrente no ejerció acción resolutoria alguna por lo que no podía pretender que el órgano judicial hiciera declaración en tal sentido. (M. L. K.)

14. Condiciones generales de la contratación. Nulidad de cláusulas consideradas abusivas: no se dan los requisitos.—El motivo de casación se formula por infracción por aplicación errónea del artículo 1256 del Código

civil. Efectivamente, la Audiencia Provincial declara la nulidad de las cláusulas por entenderlas abusivas y que causan un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes. Lo cual no es aplicable al presente caso y se debe estimar el motivo. En primer lugar, por el propio concepto del principio de la *necessitas*, esencia de la obligación, por el que no se permite que cualquiera de las partes –acreedor o deudor– pueda desligarse del contrato o alterarlo; lo cual se corresponde con la *lex contractus* que enuncia el artículo 1091 del Código civil. Así lo han desarrollado las sentencias de 23 de febrero de 2007 y 26 de junio de 2008. En el presente caso, se aceptaron por ambas partes unas cláusulas y precisamente en virtud de la *lex contractus* y de la *necessitas*, están obligadas a cumplirlas, tal como han declarado en supuestos análogos, las sentencias de 24 de septiembre de 2007 y 30 de noviembre de 2007. En segundo lugar, en el presente caso ni siquiera se plantea el arbitrio de una de las partes contratantes, ya que las discutidas cláusulas, esencialmente la de retención, dependen no de una de ellas, sino del pago por el tercero ajeno al contrato de autos, el dueño de la obra. En tercer lugar, la cuestión de las cláusulas abusivas que producen un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes contratantes, cuya nulidad contempla los vigentes artículos 82 y 83 de la actual Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, texto refundido aprobado por Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, al igual que la anterior Ley 26/1984, de 19 de julio, vigente al tiempo del contrato de obra de autos, se refiere tan sólo a los consumidores y tanto por una como por otra de tales leyes, las partes contratantes y ahora litigantes no son consumidores y no les es aplicable esta Ley. En cuarto lugar y en relación con lo anterior, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, sí aplicable al presente contrato sin entrar siquiera en si se tratan o no de condiciones generales, prevé en su artículo 8 la nulidad de aquellas que contradigan lo dispuesto en la ley, lo que no se plantea y establece es la nulidad de las cláusulas abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor y, como se ha dicho, no es éste el caso presente. En definitiva, las cláusulas cuya nulidad ha declarado la sentencia de la Audiencia Provincial no atentan a la *necessitas* que proclama el artículo 1256 del Código civil, ni cabe que por ser consideradas abusivas sean declaradas nulas ya que la parte que así lo defiende no es un consumidor. Ni tampoco la consideración de un posible abuso puede llevar a apreciar que atenta a la *necessitas*, esencia de la obligación. En la realidad, dos empresas celebran un contrato, lo aceptan, prestan su consentimiento sin vicio alguno, ni siquiera alegado, y quedan por ello obligadas, precisamente en aplicación de los principios que enumera los artículos 1091 y 1256 del Código civil.

Doctrina de los actos propios: inaplicación.—El motivo se funda en el principio general del derecho de la doctrina de los propios actos y la recurrente alega que la sentencia de instancia ha infringido el artículo 1.4 del Código civil. Ello por la razón esencial de que se firmó el contrato y cuando se pretenden aplicar las cláusulas discutidas se alega la nulidad y así lo ha declarado la sentencia recurrida. Dice literalmente: «La actitud adversa, tras firmar un contrato libremente con un clausulado preciso y comprensible para luego impugnar la validez de la cláusula de retención de pagos infringe el principio general del derecho de que nadie puede ir contra sus propios actos». Sin embargo, no es así y debe declararse explícitamente. El hecho de firmar, como esencia del consentimiento, un contrato no determina que si se impugna por el motivo que fuere, se da el caso de ir contra sus propios actos. El

principio de los actos propios implica una actuación «con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción [...]», así se expresan las sentencias de 9 de mayo de 2000 y 21 de mayo de 2001. Y añade la de 22 de octubre de 2002 que «la doctrina que veda ir contra los propios actos se refiere a actos idóneos para revelar una vinculación jurídica». A su vez, precisan las de 16 de febrero de 2005 y 16 de enero de 2006 que «no ejerce su influencia en el área del negocio jurídico, sino que tiene sustantividad propia, asentada en el principio de la buena fe». «Significa, en definitiva –concluye la sentencia de 2 de octubre de 2007– que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente e induce por ello a otra persona a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real». Esta doctrina jurisprudencial hace ver la dicho antes: que el simple consentimiento contractual no crea la situación jurídica concluyente e indubitada que no permita contradecirla, ni revela una vinculación jurídica, ni produce una confianza en una determinada situación. Es decir, el consentimiento contractual no impide, si se da el caso (que en la presente *litis* no se da), impugnarlo. **(STS de 19 de febrero de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.– En el marco de la edificación de un centro comercial, la contratista F, S.A. subcontrató a D, S.L. para realizar unas obras de revoco y enyesado de paredes. Una de las cláusulas acordadas establecía lo siguiente: «[t]odos los pagos quedan condicionados a la aprobación de los importes de las certificaciones por parte de la propiedad»; y otro apartado añadía que, «[c]on independencia de lo establecido en los párrafos anteriores, el contratista [F, S.A.] podrá retener los pagos correspondientes al industrial [la subcontratista D, S.L.] si la propiedad [la comitente B, S.L. que con anterioridad había contratado con F, S.A. para la ejecución de la obra] no ha pagado al contratista cantidades correspondientes a los trabajos certificados por el industrial. En tal caso, el pago retenido se realizará cuando la propiedad pague al contratista dichas cantidades.»

D, S.L. interpuso demanda contra F, S.A. por la que reclamó el pago de distintas cantidades debidas y la declaración de nulidad de las mencionadas cláusulas por considerarlas abusivas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de Barcelona estimó en parte la demanda mediante sentencia de 23 de septiembre de 2003. Tras considerar la retención prevista en la cláusula como cláusula penal, el Juzgado moderó la pena impuesta a D, S.L. por abusiva, estimando que sólo cabía una retención en un 25 por 100 de la cantidad debida. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de 28 de junio de 2005 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona lo estimó y declaró la nulidad de la cláusula transcrita. F, S.A. recurre en casación por considerar procedente la retención de pagos y válidas las cláusulas y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

15. Facultad resolutoria ex artículo 1124 CC. Requisitos.—La justificación de la resolución contractual decidida por la entidad Aparcamiento P viene dada, según la sentencia recurrida, por los siguientes incumplimientos: a) retraso injustificado en la presentación del proyecto a que la UTE se había comprometido; b) exigir ésta un sobreprecio no amparado en el contrato, infringiendo lo dispuesto en la cláusula 18.^a h) en relación con las cláusulas 1.^a y 2.^a; y c) paralización de la obra desde primeros de octubre de 2001 hasta que, con fecha 15 de noviembre siguiente, la entidad Aparcamiento P comunica a la UTE su voluntad de resolver el contrato. El incumplimiento resolutorio es aquel que alcanza entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de una de las partes en el contrato, de modo que queda frustrada la finalidad perseguida por el mismo, de donde se deduce que tiene tal carácter la mera paralización unilateral de la obra por parte de la UTE desde primeros de octubre del año 2001 que, como hecho acreditado, refiere la sentencia impugnada. Como establece la sentencia de esta Sala núm. 955/2006, de 11 de octubre, la resolución por incumplimiento de la parte contraria no requiere una voluntad decididamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo (SSTS de 18 de noviembre de 1983 y 18 de marzo de 1991), sino la concurrencia de una situación de frustración del contrato, sin que el posible incumplidor aporte explicación o justificación razonable alguna de su postura (SSTS de 5 de septiembre y 18 de diciembre de 1991), por lo que basta que se dé una conducta no sanada por justa causa, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó (SSTS de 14 de febrero y 16 de mayo de 1991, y 17 de mayo y 2 de julio de 1994, entre otras muy numerosas).

Imposibilidad de revisar, en vía casacional, la facultad de moderación de la pena prevista en el artículo 1154 CC.—En primer lugar, esta Sala tiene declarado en relación con la moderación de la pena, entre otras, en sentencia núm. 1335/2006, de 12 de diciembre, con cita de la de 16 de marzo de 1910 y las más reciente de 31 de mayo y 7 de junio de 2006, que la valoración de las circunstancias apreciadas para aplicar la moderación constituye una *questio facti*, que entra de lleno en las facultades soberanas del tribunal a quo, y la misma no puede ser variada casacionalmente, salvo que la misma se base en una apreciación ilógica e irracional. Tal apreciación desviada no cabe referirla al presente caso al entender la Audiencia recurrida que no procedía la moderación, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de la aplicación de una cláusula penal moratoria respecto de la cual esta Sala ha declarado con reiteración que, en general, excluye la posibilidad de cumplimiento parcial o irregular y, en consecuencia, el ejercicio de la facultad moderadora que concede al tribunal el artículo 1154 del Código civil (sentencias números 1117/2006, de 7 de noviembre; 145/2008, de 13 de febrero, 945/2008, de 16 de octubre; y 267/2009, de 8 de abril, entre otras). (STS de 19 de febrero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En fecha 20 de noviembre de 2000, la Unión Temporal de Empresas (UTE) C celebró un contrato de ejecución de obra con la entidad Aparcamiento P, por la cual aquélla se obligaba a construir un aparcamiento subterráneo en la ciudad de Cádiz. Con posterioridad, la sociedad Aparcamiento P rescindió el contrato suscrito con base en el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la UTE C. Ante ello, ésta interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Cádiz solicitando una indemnización de daños y perjuicios al considerar que existió

un desistimiento unilateral sin causa por parte de la entidad demandada. La sociedad Aparcamiento P formuló reconvencción solicitando que se declarara ajustada a derecho la rescisión del contrato y que se condenara a la actora inicial al pago de las penalidades e indemnizaciones previstas en las cláusulas del contrato. El Juzgado estimó en parte la demanda y en parte la reconvencción. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial de Cádiz la revocó, con desestimación de la demanda inicial y estimación íntegra de la reconvencción. Interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los mismos. (A. S. C.)

16. Contrato de compraventa: incumplimiento de las dos partes. Resolución (art. 1124 CC): no procede.—La parte vendedora, sin haber quedado resuelto el contrato de compraventa de 30 de enero de 2001 (cuya resolución interesa en la demanda rectora del presente proceso) vende lo mismo a un tercero. Su conducta es de incumplimiento. El sujeto incumplidor no puede reclamar la resolución: la jurisprudencia es reiterada en este sentido (*cf.* STS 15-07-1999, recoge numerosas anteriores y es ratificada en posteriores) La vendedora no puede pretender que quedó resuelto el contrato por la incomparecencia del comprador, pues la resolución por incumplimiento, si no es aceptada extrajudicialmente, precisa declaración judicial. A su vez, el comprador no compareció a otorgar la escritura y pagar el precio, con lo que frustró el fin del contrato, provocando un incumplimiento total de su obligación. Es decir, se ha dado un incumplimiento de las dos partes, y, según la doctrina del TS, el incumplimiento recíproco impide que pueda constituirse en causa de resolución (SSTS 16-11-1979, 23-01-1986, 16-04-1991). Por tanto, no procede la resolución del contrato, sino el cumplimiento del mismo. (STS de 4 de marzo de 2010; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Después de concluir contrato privado de compraventa, el comprador, D. J.E, no comparece a otorgar escritura pública y los vendedores venden las mismas fincas a un tercero, sin haberse resuelto la primera compraventa. El día previsto en la última de las prórrogas para otorgar escritura pública del contrato anterior, aquel primer comprador (el demandado) don J.E. requiere notarialmente a los vendedores (demandantes) «para que se abstengan de realizar negocio alguno con las fincas objeto de este contrato y para poner en su conocimiento que consideran incumplido el mismo por su parte» (sic) y hace reserva de acciones «ante el incumplimiento flagrante, notorio y avieso de los vendedores» (sic). Al requerimiento anterior, los vendedores responden que el contrato de compraventa con el señor J.E. ha quedado resuelto por el transcurso del plazo sin haber otorgado la escritura pública. A su vez, requieren notarialmente a la nueva compradora para hacer constar que al llegar aquella fecha pactada para otorgar escritura pública, no se llevó a efecto porque esta sociedad se negó a hacer cumplido pago alegando el conocimiento de la compraventa anterior. Los vendedores interponen demanda contra el primer comprador, interesando la declaración de resolución del contrato por

incumplimiento. El comprador presenta demanda reconvenicional. El Juzgado desestima la demanda y estima la reconvenición. La sentencia se revoca por la Audiencia Provincial. El comprador interpone recurso de casación. (S. M. S.)

17. Carácter privilegiado del crédito salarial y anotación preventiva de embargo.—Los créditos salariales, reclamados por los trabajadores o por FOGASA en virtud de la mencionada subrogación personal, gozan de privilegio, en virtud de la preferencia que les otorga el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, frente a cualquier otro crédito excepto el caso en que éste se halle garantizado con derecho real. La jurisprudencia ha sido reiterada en orden a mantener que no es el caso de la anotación de embargo que no atribuye por sí sola rango preferente al crédito objeto de la anotación (sentencia de 14 de diciembre de 1968) y no prejuzga sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos (sentencia de 17 de marzo de 1978). Ello es reiterado por otras sentencias (sentencia de 12 de septiembre de 1983) en el sentido de que la anotación preventiva de embargo tiene por finalidad el garantizar las responsabilidades nacidas del crédito, «pero en manera alguna esa anotación modifica la naturaleza jurídica del crédito, ni convierte en derecho real sobre la finca anotada el personal» (sentencia de 30 de diciembre de 1986). En efecto, el artículo 1923 del Código civil, única norma que considera infringida este motivo, cede ante el privilegio salarial en que se basa la sentencia de instancia para estimar la tercería de dominio, lo que concuerda con la reiterada doctrina jurisprudencial. **(STS de 12 de febrero de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.— El fondo de garantía salarial (FOGASA) pagó unos créditos laborales a trabajadores de M, S.L., empresa declarada en quiebra, en concepto de salario e indemnización por despido. Con anterioridad, al parecer la acreedora MT, S.A. había interpuesto demanda de juicio ejecutivo contra M, S.L. y obtenido una anotación de demanda de embargo de bienes de la demandada en el Registro de la propiedad, antes incluso que distintas sentencias declararan los créditos a favor de los trabajadores. Tras el pago, FOGASA se subrogó en los derechos y acciones que los trabajadores contra M, S.L. e interpuso demanda de juicio de tercería de mejor derecho contra la ejecutante MT, S.A. con base en el carácter privilegiado de los créditos laborales previsto en el artículo 32.3 del Estatuto de los Trabajadores.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Cornellà de Llobregat desestimó la demanda mediante sentencia con fecha 9 de noviembre de 2002. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de 26 de abril de 2004 de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona lo estimó y declaró el mejor derecho de la tercerista para hacer efectivo su crédito. La ejecutante MT, S.A. recurre en casación en base al carácter previo de la anotación preventiva de embargo y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

18. Responsabilidad profesional del Abogado: ejercicio de acción reivindicatoria: Doctrina general: obligación de medios: relación de causalidad entre la actuación del Abogado y el resultado del pleito: la desestimación de la demanda no se debió a negligencia sino a causas objetivas.—El deber de la defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis*; la jurisprudencia no ha formulado con pretensión de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del Abogado, pero ha precisado que, al tratarse de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y alcance de éste corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS de 14 julio 2005 y 21 junio 2007). El juicio de imputabilidad exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada, pues ésta dependerá, entre otros factores de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS de 14 diciembre 2005, 30 marzo 2006 y 26 febrero 2007). Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe ser probada, se ha producido una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el art. 1101 CC (STS de 23 julio 2008).

La propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, entre la conducta del Abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones (STS de 30 noviembre 2005). Este criterio no exige que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal del incumplimiento de sus obligaciones por parte del Abogado; comporta, sin embargo, la inexistencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación del Abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades del éxito de la acción. En caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del Abogado al fracaso de la acción.

En el caso examinado la sentencia recurrida deja establecido que la desestimación de la demanda no fue debida a las omisiones o errores del Abogado sino a circunstancias objetivas relacionadas con la dificultad de identificación de las fincas y con la complejidad del procedimiento de reparcelación por el que se habían visto afectadas, así como a circunstancias subjetivas relacionadas con el reconocimiento por los actores de la ubicación física de dichas fincas. En consecuencia, cabe concluir sobre la inexistencia de oportunidades frustradas de obtener éxito en el proceso (**STS de 23 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

19. Responsabilidad profesional del Abogado: reclamación contra sus herederos: doctrina general: inexistencia de negligencia.—El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del Abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues ésta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador. Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas de oficio, se ha producido —siempre que no concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto de la actuación judicial no susceptible de ser corregida por medios procesales— una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva y por ello un daño resarcible en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el art. 1101 CC.

La propia naturaleza del debate jurídico excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal entre la conducta del Abogado y el resultado dañoso cuando la producción del resultado desfavorable debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones.

Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico (STS de 15 febrero 2008). Este principio, implica para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades de buen éxito: SSTs de 28 enero 1999, 8 febrero 2000, 8 abril 2003 y 30 mayo 2006) (**STS de 31 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Reitera la doctrina sentada por STS de 23 de febrero de 2010 (extracto publicado en este fasc. de ADC), teniendo ambas el mismo Ponente e idéntico el desarrollo procesal del recurso (desestimación de la demanda de responsabilidad del Abogado en ambas instancias y en casación), si bien varían los motivos en que se apoya y las partes que intervienen (en la s. de 23 febrero se había ejercitado por el Abogado una acción reivindicatoria sobre fincas cuya identificación se presentaba compleja y confusa, y en la s. de 31 marzo se había planteado un desahucio por falta de pago; en aquella fue demandada también la aseguradora del Abogado, y en ésta por fallecimiento del letrado se accionó contra sus herederos; la suma reclamada oscila entre 200.000 y 300.000 euros). Ambos recursos carecen claramente de fundamento en la doctrina jurisprudencial.

dencial por basarse en hechos irrelevantes o no probados, o por invocar principios demasiado generales. (G.G.C.)

20. Compraventa civil. Ejecución hipotecaria y venta en pública subasta. Adquisición por tercero, con participación del abogado del ejecutado; infracción de prohibición del artículo. 1459.4.º CC. No se aprecia: pérdida de la condición de bienes litigiosos.—Según la jurisprudencia del TS la aplicación del artículo 1459.2.º CC, aun aceptando el fundamento ético de la prohibición impuesta (STS 8 de septiembre de 1998, cuya infracción determina la nulidad del negocio (STS 25 de marzo de 2002) exige que la contienda judicial subsista en el momento de celebrarse el contrato (STS 6 de abril de 2006). En el caso examinado se advierte que, en el momento de la adquisición en que aparece probada la intervención del abogado, la contienda judicial se había extinguido mediante el remate y la adjudicación. En atención a lo razonado resulta indiferente que C.E.C., S.L. fuera o no sociedad intermedia, puesto que los bienes adquiridos por la misma no eran ya bienes litigiosos sujetos a la prohibición del art. 1459.4.º CC. (STS de 16 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—El actor adeudaba a C.D.M. S.L., la cantidad de 45.593.043 pesetas, según escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca sobre dos fincas de su propiedad, en las que se encontraba edificado el establecimiento hotelero que venía explotando. La acreedora instó un procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH para la ejecución de la hipoteca. El actor entregó a su abogado, D. R., 5 millones de pesetas para la readquisición de las fincas. El 8 de abril de 1992 se dictó el auto de remate en virtud del cual dos fincas fueron adjudicadas en pago a la entidad. El 27 de abril de 1992 C.E.C, S.L., adquirió las dos fincas. Uno de sus socios y el administrador único de esta sociedad era D. R. El 19 de febrero de 1998 las fincas fueron vendidas a P.M., S.L. Don R. era socio único y administrador de esta sociedad hasta que transmitió el mismo día 19 de febrero de 1998 la totalidad de las participaciones en que se dividía su capital social a D. J.P. (socio y amigo suyo) y a G.P.S.N, S. L. (de la que el Sr. J.P. era a su vez administrador único). El actor solicitó en la demanda: a) la nulidad de la adjudicación de remate y de la escritura de compraventa de 27 de abril de 1992, alegando que el complejo hotelero fue adquirido por D. Rodolfo mediante dos sociedades interpuestas vulnerando la prohibición impuesta al abogado de adquirir por compra bienes litigiosos; b) la nulidad de la venta de participaciones de 19 de febrero de 1998 por simulación absoluta; y c) que se le devolviese el complejo hotelero libre de cargas, a lo que se había comprometido D. Rodolfo a los cinco años de su explotación. El Juzgado desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó esta sentencia. (S. M. S.)

21. Objeto de la compraventa. Protección de consumidores y usuarios. Memorias anexas a los contratos privados y firmados por los compradores, posteriores y diversas de los Proyectos depositados en Geren-

cia; integración del contenido negocial.—Se denuncia infracción de los arts. 1255, 1258, 1469 del Código civil, entendiendo el recurrente que el objeto de la compraventa quedó determinado en los documentos contractuales suscritos con los compradores y que cumplió con la obligación de entregar el objeto de venta por cuanto las calidades de las viviendas se ajustaban a la Memoria anexa a los contratos privados y firmados por los compradores, de tal forma que dichas Memorias, posteriores a la redacción de los Proyectos depositados en Gerencia, tienen entre las parte la misma fuerza que el resto de las estipulaciones de los contratos en virtud del principio de autonomía de la voluntad; y que conforme al criterio de la Audiencia la ejecución del contrato queda al arbitrio de una de las partes. Los artículos 1255 y 1258 han de relacionarse necesariamente con el art. 1469, en el que se establece que la obligación de entregar la cosa vendida comprende la de poner en poder del comprador todo lo que exprese el contrato, lo que determina la obligación exclusiva de la vendedora de finalizar la obra con arreglo a las características constructivas ofrecidas a los futuros compradores, conforme al contenido obligatorio de los contratos, en relación con el art. 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, en cuanto la publicidad sobre un objeto (STS 29-09-2004). Pues bien, la obligación contraída respecto de las calidades contenidas en la memoria dejó de formar parte de lo que constituyó inicialmente elemento esencial del contrato desde el momento en que los adquirentes de las viviendas otorgaron escrituras públicas una vez construidas a las que se incorporaron las calidades en la memoria uniéndose todas ellas mediante anexo a cada uno de los contratos, de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, y en adecuado cumplimiento de la previsión establecida en el artículo 9 del Real Decreto 515/1989, sin que ninguno de ellos utilizara los mecanismos que el derecho ponía a su alcance para demandar la nulidad de alguna de sus cláusulas por no ajustarse los documentos contractuales a las reglas de claridad y sencillez, a que se refiere el artículo 10 del Real Decreto citado, o incluso del pacto contractual sobre calidades, con reserva en su caso de derechos respecto de las posibles diferencias entre las pactadas expresamente y las determinadas inicialmente en la documentación técnica presentada ante la Gerencia de Urbanismo para obtener las oportunas licencias. **(STS de 15 de marzo de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—D.F. y otros propietarios de las viviendas de la Promoción XXX formulan frente a IdS, S.A., hoy recurrente, como entidad promotora de la construcción de dichas viviendas, contra la constructora, el Arquitecto Superior autor de los proyectos y contra los Arquitectos Técnicos, solicitando la reparación de los vicios constructivos de las viviendas, así como la reposición de los elementos constructivos y calidades prevenidas en los Proyectos de ejecución. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda. IdS, S.A. interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial desestima sus pedimentos. (S. M. S.)

22. Contrato de compraventa de cosa futura. Interpretación del contrato.—Es un contrato de compraventa de cosa futura y no un contrato de obra por lo que no se configura por las partes como tal, que hubiera podido

hacerse así, pero no se hizo. Se emplea la expresión «contrato de compraventa», lo que no es decisivo para señalar la verdadera naturaleza jurídica; lo que es esencial son las declaraciones de voluntad y éstas demuestran que lo querido es comprar y vender. Conciertan previamente unas arras, como garantía del cumplimiento de las obligaciones de las partes; pactan la obligación de entrega por el vendedor, de la cosa vendida y la obligación de pago del precio; se prevé el tiempo de cumplimiento de la primera y el de la segunda: ambas en un momento futuro.

Contrato de compraventa. Precio.—La norma del artículo 1471 se aplica al caso del inmueble vendido por un precio alzado; es el caso de venta de cuerpo cierto, como cosa identificada por sí misma sobre la que las partes pueden hacer las mediciones y comprobaciones que estimen convenientes (a ello se refiere la sentencia de 29 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3921) que reitera la doctrina de la sentencia de 26 de junio de 1956 (RJ 1956, 2729)). Pero no cabe aplicarla a la compraventa de cosa futura, en que se ha identificado la finca vendida por sus caracteres y dimensiones que, si no se cumplen, se aplicará el artículo 1124 o 1101 del Código civil y, por ello, puede exigirse el cumplimiento o la indemnización o, incluso en su caso, si procede, la resolución. Tal como dice la sentencia de primera instancia, «el precio de la compraventa se fijó de acuerdo con los metros cuadrados construidos y que éstos fueron menos que los fijados en contrato, por lo tanto había que acomodar el precio a los reales metros cuadrados que la vivienda tiene». (STS de 18 de febrero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Con la fecha de 3 de julio de 1998 la mercantil V.J. firmó un contrato con don P. cuya naturaleza se discutía en las sentencias de instancia (compraventa según el Juzgado de Primera Instancia, contrato de obra según la Audiencia Provincial). Según éste, la sociedad demandada V.J. se obligaba a entregar la vivienda con el pago por parte de la actual demandante del precio que quedaba determinado por la superficie efectivamente construida. El conflicto aborda tres cuestiones: el precio según lo efectivamente construido, la indemnización por el retraso en la entrega de la edificación y la resolución del contrato objeto de la reconvención. La sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, confirmando en parte sentencia de primera instancia, declaró la vigencia del contrato. La sociedad demandada formula recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. En uno y en otro plantea desde distintos puntos de vista la determinación del precio, discutiendo el cálculo que han hecho las dos sentencias de instancia en relación con la superficie construida. Efectivamente, es hecho probado, así declarado en la instancia e incólume en casación, que la superficie construida es inferior a la pactada en el contrato. Las sentencias de instancia consideran que se tiene que rebajar el precio pactado, ya que se ha rebajado la superficie construida. Por el contrario, la sociedad demandada mantiene que son dos los precios, el de la vivienda y el del solar y tan sólo debe ser rebajado el de aquélla. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (M. L. K.)

23. Compraventa; licitación pública. Interpretación del pliego de cláusulas del contrato: inclusión del IVA en la cláusula del pliego aprobado por la Administración que sirvió de base a la subasta.—El punto de partida de la interpretación es la letra del contrato, tal como dispone el primer párrafo del artículo 1281 CC (STS de 30-09-2003 y, por consiguiente, debe estarse al sentido literal de las cláusulas cuando no dejan dudas sobre la intención de los contratantes (STS de 28-06-2004). La infracción del artículo 1282 CC no es compatible con la infracción del artículo 1281 CC, pues aquél sólo entra en juego cuando por falta de claridad de los términos del contrato no es posible aclarar, a través de ellos, cuál sea la verdadera intención de los contratantes (SSTS de 1-02-2001 y 20-05-2004). La recurrente pretende que esta Sala haga una interpretación de lo pactado ajustada a lo que, a su entender, fue la intención de las partes en contra del parecer de la sentencia recurrida. Este planteamiento no puede acogerse. La sentencia recurrida interpreta que el IVA debe considerarse incluido en la cláusula contenida en el pliego aprobado por la Administración que sirvió de base a la subasta en virtud de la cual corrían a cargo del adquirente los «impuestos que gravan la transmisión, siendo de su cuenta el abono de dichos impuestos y demás gastos que puedan originarse», y también «cualquier otra clase de gastos, impuestos o arbitrios, con la sola excepción del Impuesto sobre Incremento del Valor de los Terrenos». Esta interpretación no puede considerarse arbitraria, pues la referida cláusula únicamente excluye el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de aquellos que el adquirente deberá satisfacer como consecuencia de la transmisión y no puede afirmarse que el IVA, que es un impuesto ligado a la transmisión como hecho imponible, no sea un impuesto de tal naturaleza. No es aceptable el argumento de la parte recurrente en el sentido de que únicamente estarían incluidos los impuestos que deben liquidarse mediante la presentación de la escritura pública de transmisión en una oficina liquidadora, puesto que la referencia a aquella en la cláusula no tiene un sentido limitativo sino inclusivo. (STS de 10 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—D.U.A., S.L., presentó demanda contra I.E.P., S.A., reclamando la devolución de la suma de 56.400.000 pesetas abonada en concepto de IVA, para no perder la licitación, por la compra de una finca propiedad de la demandada adquirida por la actora en licitación pública en la que se había fijado un precio base de 265.000.000 de pesetas sin hacer referencia alguna al IVA. La sentencia de primera instancia estimó la demanda por entender que cabía presumir que el precio ofertado incluía el IVA, pues en otras ofertas de la demandada se hacía especial referencia a la inclusión del IVA en el precio de licitación. La AP revocó esta sentencia y desestimó la demanda. (S. M. S.)

24. Incumplimiento del vendedor, promotor y constructor en la compraventa de vivienda. Entrega de *aliud pro alio*.—Según doctrina reiterada del Tribunal Supremo (SSTS de 10 de mayo de 1995 y de 8 de febrero de 2003, entre otras) se está en presencia de entrega de cosa diversa o *aliud pro alio* y no ante un vicio de la cosa cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador. En el caso de vivienda, esto sucede cuando el inmueble entregado resulta ser inha-

bitable por el comprador, cuestión que raramente se descubre en el momento inmediato de la entrega, sino en uno posterior.

Responsabilidad del promotor-constructor-vendedor.—La presunción de la existencia de culpa en el incumplimiento de la obligación se elimina si se prueba que dicho incumplimiento se ha producido por caso fortuito o fuerza mayor. Descartada que la inhabilidad del inmueble sea debida a caso fortuito o fuerza mayor puesto que la situación producida no puede estimarse imprevisible, corresponde imputar el incumplimiento al vendedor.

Prescripción de la acción ejercitada.—Recuerda el Tribunal Supremo que la prescripción debe ser alegada expresamente por la parte a la que beneficia, por medio de excepción en el proceso o incluso por acción, en demanda o en reconvencción, dirigida a ello (SSTS de 30 de noviembre y de 22 de diciembre de 2000). Esto significa que si el demandado no la alegó en su escrito de contestación a la demanda, no procede su apreciación por el Tribunal de casación. (STS de 25 de febrero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El Ayuntamiento de Cervera del Río Alhama construyó un edificio de viviendas aprovechando en parte la estructura de un antiguo edificio de Correos, cuya cimentación resultó ser inadecuada para soportar las viviendas, teniendo en cuenta que el terreno contaba con un acuífero y su nivel freático coincidía con el del río. Ante el progresivo deterioro del edificio, los compradores de las viviendas demandaron al Ayuntamiento y solicitaron el cumplimiento del contrato de compraventa ofreciendo varias opciones alternativas.

Los compradores acudieron, inicialmente, a la jurisdicción contencioso-administrativa presentando una demanda fundada en la responsabilidad por vicios ruinógenos prevista en el artículo 1591 CC. Su acción fue rechazada por considerar que dichos vicios se debían a «actuaciones de la naturaleza» aunque se reconocía que el edificio presentaba «auténticos daños ruinógenos».

Posteriormente presentaron una demanda en la jurisdicción civil basada en los artículos 1124 y 1101 CC y solicitando el cumplimiento del contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al entender que no había incumplimiento contractual, consistente en la entrega de *aliud pro alio*, que el plazo de ejercicio de las acciones edilicias había transcurrido y que la acción de responsabilidad por ruina había sido rechazada por sentencia firme. La Audiencia Provincial revocó la sentencia, declaró que existía incumplimiento contractual y condenó al Ayuntamiento al derribo y reconstrucción del edificio, en el mismo solar o en otra ubicación. Contra esta sentencia, el Ayuntamiento presentó recurso de casación. (L. P. S. M. P.)

25. Doble venta. Efectos.—El artículo 1473 CC contempla la pluralidad de ventas sobre la misma cosa estableciendo expresamente que «si fuera inmueble la propiedad pertenecerá al adquirente que antes haya inscrito en el Registro», a lo que la jurisprudencia añade que debe concurrir el requisito de la buena fe (SSTS de 1 de junio de 2000 y 13 de noviembre de 2009). Esto significa que si el comprador de la segunda venta no es de buena fe, prevalece

la primera, pero no procede declarar la ineficacia de la segunda ya que permanecen sus efectos obligacionales entre las partes.

Resolución del contrato por incumplimiento.—Únicamente puede exigir la resolución del contrato aquel sujeto que ha cumplido su obligación o, con mayor precisión, aquel sujeto que, a su vez, no haya incurrido en incumplimiento de su respectiva obligación. Si el vendedor no cumple sus obligaciones esenciales para la entrega de la cosa vendida, no puede exigir la resolución por falta de pago del precio. Además, sólo puede exigirse la resolución al sujeto que incumple su obligación de tal manera que provoca la frustración del fin del contrato y la insatisfacción del interés del acreedor, cosa que no sucede en el caso de que el comprador siempre haya estado dispuesto a pagar y por tanto no haya desarrollado una conducta obstativa al cumplimiento. (STS de 28 de enero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El 5 de febrero de 2002, la entidad A. compra a la entidad P. parte de una finca. En el contrato de compraventa se establecen los plazos para efectuar el pago del precio y se pacta que la compradora llevará a cabo todas las gestiones necesarias para proceder a la segregación de la finca, para lo que contará con la colaboración inexcusable de la vendedora. El 23 de septiembre de 2002, la compradora envía un requerimiento a la vendedora exigiéndole que no obstruya la segregación y el 14 de noviembre de 2002 alerta a un posible comprador que ella ya ha comprado anteriormente la finca que le pretenden vender. Por su parte, el 23 de enero de 2003, la vendedora notifica a la compradora la resolución del contrato de compraventa por falta de pago. A continuación, el 21 de febrero de 2003, vende la finca a la entidad M., que inscribe la transmisión en el Registro de la Propiedad.

La entidad A. presenta una demanda contra las entidades P. y M. en la que solicita: la declaración de nulidad de la compraventa celebrada entre P. y M., con las consecuentes cancelaciones en el Registro de la Propiedad; la declaración de propiedad de A. sobre la finca objeto del contrato; y la condena a P. a otorgar escritura pública de compraventa a favor de A. La entidad P. opone reconvencción solicitando que se declare que la resolución del contrato de compraventa fue conforme a derecho.

El Juzgado de Primera instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso presentado por la entidad P., revocó la sentencia apelada en cuanto a la declaración de nulidad de la compraventa entre P. y M. y declaró preferente la compraventa que vincula a A. y a P., condenando a esta última a otorgar escritura pública y a A. a abonar el resto del precio que falta por pagar. Contra esta sentencia, interpusieron recurso de casación las tres entidades implicadas. A. insistía en la ineficacia de la segunda venta; P. defendía la resolución del primer contrato de compraventa; y M. negaba la existencia de doble venta por resolución de la primera y afirmaba su condición de tercero hipotecario. (L. P. S. M. P.)

26. Contrato de arrendamiento financiero o leasing: concepto y diferencia del contrato de compraventa; obligación de pago: incumplimiento: resolución y restitución de los equipos industriales entregados: no es de apreciar el incumplimiento de la obligación de entrega.—Aunque lo haga obiter dicta y sin relación con los motivos del recurso que se dirigen a combatir que la demandada recurrente haya incumplido el contrato suscrito, señala el TS que por mas que en el contrato se emplee la denominación de leasing —lo que no determina la naturaleza del contrato— el contenido del mismo deja claro que no se trata de leasing ya que este es un contrato de arrendamiento con opción de compra, mientras que el presente no consiste más que en la entrega de unos equipos con pacto de reserva de dominio, frente a la obligación sinalagmática de pago de un precio que es aplazado, lo que lleva indefectiblemente a la conclusión de que se trata de una compraventa con matices: el primero, compraventa con reserva de dominio; el segundo, compraventa a plazo de bienes muebles; el tercero, compraventa de cosa futura, que ha de fabricarse o producirse. En relación con el incumplimiento (aliud pro alio) de la vendedora, alegado por la compradora por vía reconvenicional para justificar el impago, señala el TS que ha quedado probado que había algunos defectos que no dieron lugar a un rechazo por la entidad compradora, sino que las recibió y las utilizó sin manifestación expresa de disconformidad y sin acudir a la resolución expresamente prevista en el contrato para el caso de que no se alcanzasen las totales especificaciones técnicas pactadas, lo que constituye una aceptación tácita que deriva no sólo del silencio al recibir los equipos sino también por la recepción y utilización de los mismos, pese a lo cual no se cumplió en modo alguno la obligación de pago del precio. **(STS de 11 de febrero de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Con fecha de 9/4/2001 las entidades IONICS y INTERSUERO celebraron un contrato, denominado de leasing, por el que la primera se comprometió a entregar a la segunda tres equipos industriales necesarios para el proceso industrial que iba a desarrollar, consistente en el tratamiento de un residuo generado en la elaboración del queso, el ácido láctico, que era reciclado obteniéndose de ello dos productos comercializables, reservándose el dominio de los bienes entregados y pactándose un precio de 2.815.705 euros pagadero a plazos cuyo primer vencimiento sería el 31/8/2003. Realizada la instalación de los equipos en la sede de la sociedad compradora e iniciada la producción, se acordó una ampliación de los sistemas y se produjeron problemas en la producción, sin que se procediera al pago ni siquiera de la primera cuota ni tampoco a la correlativa aceptación o rechazo de los equipos. IONICS demanda a INTERSUERO solicitando la resolución del contrato, la declaración de propiedad de los bienes entregados y la restitución íntegra de los mismos o el pago del precio junto con sus intereses. INTERSUERO contesta y reconviene alegando incumplimiento de la demandante (aliud pro alio) y solicitando el cumplimiento íntegro del contrato e indemnización de daños y perjuicios. *(C. S. R.)*

27. Arrendamiento de vivienda que se rige por la LAU 1964: resolución del contrato por causa de necesidad del arrendador.—La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que nadie puede ser obligado a vivir en compañía de otra persona y que la voluntad de vivir de forma independiente es causa de necesidad suficiente a efectos de la extinción de un arrendamiento sometido a la LAU de 1964. Asimismo mantiene el Tribunal Supremo que tampoco se puede obligar a nadie a residir en una casa peor que la arrendada por respetar el derecho a la prórroga forzosa que tiene el arrendatario. (**STS de 18 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La copropietaria de una vivienda interpone una demanda contra los arrendatarios de la misma, solicitando la resolución del contrato de arrendamiento, vigente desde 1974, por denegación de prórroga. Alega la demandante que necesita dicha vivienda para su uso personal y conseguir independizarse, pues siendo mayor de edad y teniendo un trabajo estable, vivía en casa de su madre viuda.

Los arrendatarios demandados se oponen a la demanda y alegan que la demandante había sido propietaria de otra vivienda en la misma localidad (que había heredado de su padre) y que la había enajenado en junio de 2001. Por tanto, consideran que la demandante ha provocado voluntariamente su propia situación de necesidad y que está ejercitando su acción en fraude de ley.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirma la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*M. J. P. G.*)

28. Arrendamientos urbanos. Doctrina jurisprudencial acerca de la actualización de rentas respecto de contratos suscritos con anterioridad al 9 de mayo de 1985.—No se discute que la actualización de la renta se hizo correctamente conforme a la regla 8.^a de la Disposición Transitoria Segunda, es decir, sobre la renta incrementada en las cantidades asimiladas a ella, conforme a la variación anual del IPC. Lo que se discute es, si una vez efectuada esta actualización, el arrendador puede repercutir los importes correspondientes a las cantidades asimiladas a la renta, como servicios y suministros. La finalidad perseguida por el legislador no es otra que la de lograr una actualización real de la renta lo que sólo podrá conseguirse mediante la repercusión íntegra del importe de los servicios y suministros que disfruta el arrendatario, y ello no sería posible si dicha repercusión no abarcase el coste de los servicios y suministros que venía abonando a la entrada en vigor de la Ley, sin perjuicio de las variaciones que desde entonces hayan podido producirse en sus costes, de tal forma que una cosa es la revisión de la renta en función del bajo nivel de ingresos de la arrendataria, para cuyo cálculo opera el importe de las cantidades asimiladas, y otra distinta que una vez producida la revisión, se impida al arrendador repercutir el coste íntegro de los servicios y suministros que disfruta el arrendatario, que es aplicable en cualquier caso, independientemente de que la revisión de la renta se hubiera realizado conforme a la regla general, o a la excepcional para

los supuestos en que el inquilino no alcance el nivel de renta dispuesto en la norma. Procede, pues, casar la sentencia de la Audiencia que se recurre en casación. En su lugar, se dan por válidos los argumentos empleados por la sentencia de primera instancia en relación con la vulneración de la regla sobre actualización de renta con inclusión íntegra del coste de los servicios y suministros a costa del arrendatario y, como consecuencia de ello, procede la estimación del recurso de apelación, confirmando en todos sus términos la de primera instancia, fijando como doctrina jurisprudencial la siguiente: una vez actualizada la renta del contrato al amparo de la regla 8.^a, del apartado 11, Letra D de la Disposición Transitoria Segunda de la LAU, puede el arrendador repercutir al arrendatario el importe íntegro de los servicios y suministros, salvo que exista un pacto expreso entre las partes que los ponga a cargo del arrendador. (STS de 5 de febrero de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.— arrendó a L una vivienda en virtud de contrato suscrito con anterioridad al 9 de mayo de 1985. Tras la entrada en vigor de la actual LAU, surgieron discrepancias entre las partes respecto de la actualización de la renta. Ante ello, A interpuso demanda solicitando que se declarase que, una vez actualizada la renta de conformidad con la regla 8.^a de la Disposición Transitoria Segunda de la LAU, la arrendadora podía también repercutir a la arrendataria el importe de los servicios y suministros, extremo que era negado por la parte demandada. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Madrid estimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid la revocó. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo y confirmó íntegramente la sentencia de instancia. (A. S. C.)

29. Arrendamientos urbanos. Derecho de retracto. Agrupación de fincas.—Siguiendo la finalidad de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el derecho de retracto ha de considerarse aplicable no sólo en los casos en que se venda un piso o planta destinados a vivienda o local de negocio, sino también a aquellos otros en que el propietario proceda a la agrupación de dos o más y realice la venta conjunta de los mismos por un solo precio, en cuya coyuntura se impone la necesidad de reconocer a los inquilinos o arrendatarios la facultad de ejercitar el derecho de retracto, pues, de lo contrario, quedaría a merced de confabulaciones ideadas por los propietarios y los terceros adquirentes en los bienes arrendados, de manera que los propósitos perseguidos por el Legislador se verían frustrados.

Arrendamientos urbanos. Derecho de retracto. Unidad registral por agrupación.—La unidad registral carece de eficacia para impedir el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, si se acredita que la finca que en el Registro aparece como una sola en la realidad está formada por varias, ya que dar valor decisivo a la inscripción equivaldría en muchos casos a hacer ilusorios los derechos de tanteo y retracto, dada la voluntariedad de aquélla y la posibilidad de las agrupaciones. (STS de 24 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Interpuesta demanda contra las entidades mercantiles P.R., S.A. e I.G.M., S.A. en ejercicio de acción de retracto

arrendaticio sobre vivienda y trastero, tras la venta por el arrendador a dichas sociedades.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial revocó dicha sentencia concediendo el derecho de retracto a la actora.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar. (*M. R. D. R.*)

30. Doctrina jurisprudencial acerca del derecho de retracto previsto en el artículo 47.1 LAU de 1964.—Dice la sentencia de 15 de octubre de 2008 que la jurisprudencia de esta Sala, atendiendo a la casuística plural que dichas situaciones comporta, se ha manifestado en diversas ocasiones en el sentido de la no procedencia del retracto cuando lo enajenado no coincide con el objeto del arrendamiento, singularmente en los casos de venta de edificios en su totalidad que sólo en parte estaban arrendados, entre los que se encuentran aquellas que se refieren a la existencia de un local arrendado perfectamente diferenciado y creación de una unidad registral *ad hoc* que contiene diversas unidades susceptibles de utilización diferenciada. En efecto, el recurrente centra no sólo su primer motivo sino todo su recurso de casación, en afirmar que estamos ante un supuesto de venta de un inmueble en su totalidad y no ante la venta de concretos departamentos o locales y que en tales supuestos de venta de un inmueble en su totalidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado que no procede el derecho de retracto de uno de los locales, de tal forma que la Audiencia Provincial de Valencia infringe el artículo 47.1 de la LAU de 1964 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta al no desestimar el derecho de retracto ejercitado. Ahora bien, nada de ello resulta de la sentencia apelada, antes al contrario, lo que se transmite en el caso no es un inmueble en su totalidad sino cada uno de los departamentos que componen el edificio, por cuanto los mismos tienen individualidad y funcionalidad propia, de tal forma que existe plena identidad y coincidencia entre lo que realmente se vendió por los arrendadores y lo que llevan en arriendo los retrayentes; razón por la cual es posible el derecho de adquisición preferente por vía de retracto, puesto que no se infringe el artículo 47.1 de la LAU. (**STS de 24 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—E interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valencia contra J y L solicitando el ejercicio del derecho de retracto arrendaticio frente a los compradores demandados. El Juzgado desestimó la demanda al considerar que, de acuerdo con el artículo 47 de la LAU de 1964, no cabía el mencionado retracto, puesto que la compraventa suscrita por los demandados comprendía todo un edificio y, en cambio, E era sólo arrendatario de uno de los locales del mismo. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Valencia la revocó y estimó íntegramente las pretensiones de la parte actora. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*A. S. C.*)

31. Arrendamiento de vivienda: subrogación por el cónyuge viudo.—La sentencia del TS de 3-04-2009 resolvió las discrepancias en torno a este supuesto declarando como doctrina jurisprudencial que el contrato de

arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento. Y es que la concreción de la figura del arrendatario resulta del propio contrato de arrendamiento, generador de derechos personales, independientemente de que la vivienda arrendada tenga como fin servir de domicilio conyugal o del régimen matrimonial que pueda existir entre los cónyuges, lo que resulta plenamente compatible con el régimen de subrogación existente en el antiguo artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964 así como en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994. En definitiva, al no haberse subrogado la viuda del arrendatario en el periodo establecido en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, procede declarar la inexistencia de subrogación, la resolución del contrato de arrendamiento y, por tanto, la desestimación del recurso de casación. (**STS de 10 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La parte actora, ahora recurrida, presentó demanda de juicio ordinario frente a doña P. y su hijo, don J., por la que solicitaba se declarara resuelto el contrato de arrendamiento de vivienda. Argumentaba que entre la tía del actor, anterior propietaria del inmueble, y don P., esposo y padre de los demandados, respectivamente, se celebró un contrato de arrendamiento de la citada vivienda el 21 de enero de 1959. Acaecido el fallecimiento del arrendatario, habían transcurrido seis meses sin que se hubiera recibido notificación alguna de persona que invocara su derecho a subrogarse, motivo por el que instaba la resolución del contrato. Frente a tal pretensión se opusieron los demandados.

La sentencia de primera instancia acogió íntegramente la demanda. Apelada tal resolución por los demandados, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia recurrida. (*S.M.S.*)

32. Arrendamientos urbanos. Duración. Contratos celebrados con anterioridad al año 1985. Distinción entre arrendamiento de local de negocio y arrendamiento asimilado a los de local de negocio.—La cuestión litigiosa se centra principalmente en la calificación del contrato de arrendamiento de finca urbana objeto del debate, en el que desempeña su actividad profesional un decorador (en concreto, el local se destina al uso de estudio técnico de diseño industrial y decoración), bien como contrato de arrendamiento asimilado a los de local de negocio o bien como contrato de arrendamiento de local de negocio, que resulta trascendente para determinar sus efectos jurídicos y, principalmente, su duración; pues, de entender que el contrato de arrendamiento asimilado a local de negocio resulta aplicable el apartado 3.º de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en relación con la Disposición Transitoria Tercera, apartado 4.º, de la misma norma, con la consecuencia de que el contrato se extinguiría a los cinco años; mientras que si se califica como local de negocio en aplicación de la Disposición Transitoria 3.º de dicha Ley, en relación a locales de negocio arrendados por personas físicas antes del año 1985, se extinguirían por fallecimiento o jubilación del arrendatario. Procede reseñar

que, en la estipulación XIV del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes, se determina que la actividad de cuyo desarrollo debía ser destinada la finca era a «estudio técnico de diseño industrial y decoración» y que, además, según la estipulación XV, se autorizaba al arrendatario «a que pueda ubicar en el local objeto del presente contrato, las oficinas de la actividad relativa a comercialización de objetos decorativos». El hecho de que el demandado no sólo diseñe y venda sus proyectos, sino que contrate su ejecución, adquiera los materiales y productos, y en definitiva, se encargue de todo lo relacionado, desde su nacimiento hasta su ejecución, de un proyecto de diseño o arquitectura interior, no significa que en la finca arrendada el demandado tenga instalada una industria o realice una actividad de industria, ni significa que el demandado realice una actividad comercial, sino que lo anterior constituye el objeto y el contenido de una profesión liberal. El hecho de permitir que en la finca se establecieran unas oficinas que comercializaran los objetos decorativos no convierte el arrendamiento en local de negocio, como el hecho de que tampoco se convierte en local de negocio el despacho profesional de un arquitecto o de un abogado por el hecho de que en el mismo se reciban a sus clientes. (STS de 4 de febrero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Roman García Varela.]

HECHOS.—A interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona contra J solicitando la resolución del contrato de arrendamiento suscrito por ambos, así como la condena a la parte demandada a desalojar la finca objeto de litigio. El contrato de arrendamiento se celebró con anterioridad al año 1985. El Juzgado estimó íntegramente la demanda al calificar el contrato suscrito como de arrendamiento de local asimilado al de local de negocio y, en consecuencia, declaró que el contrato se extinguía a los cinco años desde la entrada en vigor de la LAU de 1994. J interpuso recurso de apelación al considerar que el contrato debía calificarse como de local de negocio y que, por tanto, no se extinguía en fecha 1 de enero de 2000 sino por el fallecimiento o la jubilación del arrendatario. La Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la sentencia de instancia. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

33. Arrendamientos urbanos. Resolución por cambio de destino.—No cabe resolución del contrato por cesión o traspaso inconstituido, si la titularidad del arrendamiento cambia a través de la sustitución personal en el uso del local, existiendo un traspaso a favor de otras sociedades mercantiles, con consentimiento de los titulares arrendadores de la finca urbana.

Arrendamientos urbanos. Derecho de retracto de local de negocio.—Se reconoce al arrendatario un derecho de adquisición preferente si conserva la posesión propia del arrendamiento, mediata o inmediata, en el supuesto de enajenación de la finca arrendada durante la vigencia del arrendamiento. Y se considera que no se pierde la posesión mediata en el caso de que el inmueble constituya el domicilio social de otras dos entidades mercantiles. (STS de 18 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Las sociedades mercantiles P.R., S.A. e I.G.M., S.A. tras adquirir la propiedad de un local de negocio, ejercitaron acción resolutoria del arrendamiento de dicho local, por destinarlo a objeto distinto del contractualmente previsto, frente al titular de la oficina y las entidades mercantiles que la ocupaban, P.X., S.A. y M.C., S.A., acumulándose dicha acción a la anteriormente ejercitada por el arrendatario titular de la oficina, solicitando la declaración de su derecho de retracto sobre dicho local de negocio.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó ambas demandas de resolución arrendaticia y de declaración de derecho de retracto, La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia declarando haber lugar al retracto de la finca urbana.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial. (*M. R. D. R.*)

34. Arrendamientos Urbanos: arrendamiento de local de negocio; causas de resolución: cierre del local por transformación del mismo en depósito o almacén; concepto y ámbito de justa causa en el cambio de destino del local arrendado.—El TS declara como doctrina jurisprudencial que no ha existido «justa causa» en el cierre de la industria de tejidos, pactado en el contrato como destino del local de negocio arrendado, así como su derivación en almacén o depósito, pues las situaciones contempladas en la sentencia recurrida concernientes a la crisis de la empresa y la concesión de licencia municipal, [...] deben asumirse por la demandada al ubicarse en su espacio de actuación y no cabe considerarlas como causas apartadas o superiores a su voluntad, con seguimiento de la doctrina jurisprudencial del TS, manifestada en las SSTS de 17/10/1983 y 5/5/1993, la cual ha analizado el concepto de justa causa del cierre del local arrendado como el acontecimiento proveniente de fuera de la empresa, extraña al arrendatario, sin que participe de la misma el hecho nacido dentro de la empresa, como ocurre en las declaraciones de quiebra o o sus pensiones de pagos, ni la mala racha del negocio, donde es preciso incluir la inactividad negocial derivada de la oportuna concesión de autorizaciones administrativas. También se declara por el TS como doctrina jurisprudencial que la transformación de un local de negocio en almacén o depósito, constituye el cierre de aquél, tal y como ha proclamado la jurisprudencia del TS en SSTS de 13/5/1968 y 17/10/1993. (**STS de 24 de febrero de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—D. Segundo y D. Juan demandan a D. Eusebio y D. Porfirio solicitando la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio destinado a industria textil por haber realizado obras en el mismo que modificaban su configuración y debilitaban su naturaleza (art. 114, causa 7.^a LAU 1964) y simultanea o subsidiariamente por haber mantenido cerrado el local por mas de seis meses al haberlo convertido en almacén o depósito (art.114, causa 11.^a de la LAU 1964). El Juzgado de Primera Instancia desestimó totalmente la demanda denegando la excepción de prescripción respecto a la acción por obras in consentidas pero estimando que éstas habían sido consentidas por los arrendadores y denegando la acción por cierre del local estimando que concurría justa causa

para ello. La Audiencia confirmó en apelación la referida sentencia de instancia. Se interpuso recurso de casación por concurrir interés casacional, articulado en 3 motivos, por vulnerarse jurisprudencia del TS en relación con los artículos de la LAU 1964 ya referidos. (C. S. R.)

35. Contrato de ejecución de obra: incumplimiento del plazo de ejecución. Desistimiento y disolución.—De acuerdo con los hechos probados en instancia, el término fijado no puede considerarse inexorable y, además, existieron dos circunstancias ajenas a la voluntad de la entidad constructora que le llevó a ralentizar los trabajos, y lo fueron que en el solar no se tenía un caudal de agua suficiente y porque en el solar existía una línea eléctrica de media tensión que le impedía realizar una parte de las viviendas contratadas y dicha línea no se retiró hasta febrero de 1999. Todo ello llevó acertadamente a la Audiencia Provincial a entender que la actuación de la demandada constituyó un supuesto de desistimiento del dueño de la obra (art. 1594 CC) y no de resolución justificada por el incumplimiento de la parte contraria (art. 1124 CC).

Reclamación de intereses moratorios. *In illiquidis non fit mora*: nueva concepción jurisprudencial de su aplicación; no procede.—La nueva concepción jurisprudencial de la aplicación del referido brocardo lleva a la fijación de intereses de demora en los casos en que, solicitada condena al pago de una cantidad líquida, la sentencia acoge parcialmente la demanda y condena al abono de una cantidad menor, supuesto en que, no existiendo una notoria discordancia entre una y otra y atendiendo al llamado «canon de razonabilidad», se estima de justicia la consideración de que el deudor ha incurrido en «mora» y debe satisfacer intereses sobre la cantidad objeto de condena desde la interposición judicial; solución jurisprudencial que se ha impuesto sobre todo a partir de las sentencias de 5-03-1992 y 13-10-1997 seguidas por otras muchas, hasta las más recientes de 11-09 y 15-10-2008, y 6-04-2009, para abarcar igualmente a supuestos, como el de la sentencia de 7-11-2006, en que la existencia de la deuda fuera indiscutible y el principal pudiera determinarse mediante una simple operación aritmética. El nuevo enfoque que da la jurisprudencia de esta Sala al brocardo «*in illiquidis non fit mora*» no puede extenderse a un supuesto como el presente en el cual, incluso, la propia parte demandante —ahora recurrente— consciente de que no reclamaba una cantidad de dinero sino el reconocimiento de un derecho a percibir una indemnización que se cuantificaría posteriormente, no solicitó en el «suplico» de la demanda el pago de intereses salvo en la tercera de sus peticiones alternativas. (STS de 8 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Las entidades ECISA, S.A. y MLC, S.L. suscribieron contrato de ejecución de obra con suministro de materiales cuyo objeto era la ejecución parcial por la primera de noventa y siete chalés con su urbanización interior a construir en un solar sito en XXX, del que la segunda era propietaria y, en concreto, la realización de las obras de estructura y albañilería de los mismos, así como la ejecución de la urbanización, todo ello con referencia al proyecto realizado por los arquitectos don M. y don S. Al surgir discrepancias sobre el cumplimiento del contrato, ECISA demanda

a MLC, S.L. interesando que se declarara que la demandada había desistido del contrato, condenándole al abono de gastos, trabajo y utilidad correspondientes, así como al pago de daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. Ambas partes recurren en apelación y la Audiencia Provincial estima en parte el recurso de la demandada y estima el interpuesto por ECISA. (*S. M. S.*)

36. Construcción. Responsabilidad de los arquitectos técnicos. Solado inadecuado acordado conjuntamente por la arquitecta, los arquitectos técnicos y la constructora.—Según reiterada jurisprudencia de esta Sala los arquitectos técnicos no deben limitarse a una ejecución incondicional del proyecto de construcción, sino que las facultades de dirección de la ejecución de la obra que les otorga el ordenamiento jurídico comportan la necesidad de advertir a la arquitecta de la existencia de dificultades u obstáculos imprevistos en dicha ejecución. [...] Los defectos de colocación del solado consistentes en la superficie no plana y en las juntas de dilatación excesivas, cometidos en la ejecución de la obra son directamente imputables a los arquitectos técnicos y suficientes para establecer su responsabilidad. [...] Los defectos graves y ostensibles, que comportan una merma notable en la habitabilidad del inmueble, tanto con arreglo a la jurisprudencia dictada en aplicación e interpretación del artículo 1591 CC, como con arreglo a la LOE, constituyen defectos de construcción que en la vieja tipología aplicable al artículo 1591 CC debía calificarse como ruina funcional. (**STS de 23 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La sentencia de primera instancia condenó por defectos en el solado de las viviendas de los actores al pago de una indemnización equivalente a los dos tercios de este valor más una determinada suma en favor de cada uno de ellos y ordenó abonar las expresadas cantidades en la proporción de un 50% la constructora demandada y otro 50% los tres arquitectos técnicos demandados.

La Audiencia Provincial de Cáceres confirmó esta sentencia. Contra la sentencia interpusieron recurso de casación los arquitectos técnicos condenados, fundando el motivo del recurso en que se produjo un cambio de solado que entrañaba una modificación del proyecto que no podía atribuirse a ellos por lo que carecían de facultades profesionales para elegir tales materiales; que no es cierto que la decisión de cambiar de solado se produjera conjuntamente; que no se trata de un supuesto de ruina contemplado en el artículo 1591 CC; y que se reclamaba a los recurrentes el incumplimiento de una obligación a la que no estaban contractualmente obligados. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (*M. L. K.*)

37. Contrato de cuenta corriente: necesidad de autorización previa del titular para efectuar disposiciones de los fondos depositados en la misma: traspasos desde las cuentas privativas del actor a las cuentas de titularidad conjunta del actor y de su esposa y a las cuentas privativas de

la misma, constante matrimonio y durante 10 años sin manifestación de oposición a los mismos; mandato y ratificación tácitas.—Concluye el TS que en el presente caso existió mandato tácito previsto en el art. 1710 del CC, manteniendo que el mandato expreso aludido en el párrafo segundo del art. 1713 del CC es perfectamente conciliable con las dos formas de exteriorización de tal negocio jurídico previstas en el art. 1710 del CC y que el art. 1713 al hablar de mandato expreso se refiere mas bien al mandato especial y, por tanto, no excluye la posibilidad de que aun dentro de la esfera de los actos de riguroso dominio pueda ser suplida la falta de apoderamiento previo por la ratificación, sancionando la SSTS de 2/6/1981 que el mandato tácito ha de derivar de actos que impliquen necesariamente de modo evidente y palmario la intención de obligarse, debiendo acreditarse en debida forma las facultades conferidas al mandatario lo que es cuestión de hecho reservada al Tribunal sentenciador como es el presente caso, resaltando la STS de 5/4/1950 en interpretación de lo dispuesto en el art. 1727 del CC que la ratificación tácita tiene lugar cuando el mandante sin hacer uso de la acción de nulidad no ejercitable, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización. Situación similar ésta, a la analizada por las SSTS de 20/6/2003 y 9/10/2007 en torno al valor del silencio por parte del titular de una cuenta frente a los extractos remitidos regularmente por el Banco como declaración de voluntad. (STS de 11 de febrero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Tras su separación matrimonial, D. Isidro demanda a la entidad Caja Cooperativa y a su esposa Dña. Violeta, que había trabajado como cajera y administrativa de aquélla, impugnando determinados movimientos por los que se había transferido dinero de la cuenta corriente del demandante a otras cuentas comunes de ambos y a cuentas privativas de la misma solicitando su declaración como improcedentes e inválidos al no haber sido autorizados expresamente por el titular, así como el reintegro de las cantidades dispuestas junto con sus intereses. Tales movimientos se habían producido a lo largo de diez años, haciéndose notificado al demandante los extractos bancarios y la consiguiente información fiscal a su despacho profesional, sin que durante tan prolongado espacio de tiempo hiciera manifestación alguna contraria a las operaciones debidamente notificadas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al entender que el actor conoció y consintió las operaciones. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, confirmando la sentencia recurrida. Se interpuso recurso de casación articulado en un único motivo por infracción de los arts. 1710 y 1713 del CC y 254, 255 del CCo al que el TS no da lugar. (C. S. R.)

38. Contrato de mediación o corretaje para venta de acciones: naturaleza, contenido y normativa aplicable; consumación del contrato: celebración de la venta y momento del devengo del pago de la comisión pactada al mediador salvo pacto en contrario.—El TS recogiendo la doctrina sentada por las SSTS de 2/10/1999, 30/3/2007, 25/5/2009 y 16/10/2007 hace dos declaraciones: en primer lugar que el contrato de mediación o corretaje es un contrato atípico que aunque tenga similitud con el de comisión, con

el de mandato e incluso con el de prestación de servicios, nunca responderá a una combinación formada con los elementos de estas figuras contractuales típicas, integrándose en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos y 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, rigiéndose por las estipulaciones de las partes conforme a lo previsto por los arts. 1091 y 1255 del CC y en lo no previsto, por las normas generales de las obligaciones y contratos comprendidos en los Títulos I y II del Libro IV del CC así como los preceptos correspondientes a figuras afines, los usos comerciales y la jurisprudencia pacífica y consolidada del TS. En segundo lugar que dada la naturaleza y contenido del contrato de mediación, el mismo no exige necesariamente que se de propio mandato para un acto de riguroso dominio bastando la actividad eficiente y acreditada del agente mediador, estando supeditada su eficacia, en cuanto al devengo de honorarios por comisión, a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido salvo pacto en contrario, por lo que perfeccionada la compraventa encargada nace el derecho del mediador a las remuneraciones convenidas. **(STS de 18 de marzo de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Doña Encarnación y doña Marisa celebraron el 15/12/1999 un negocio jurídico con D. Celso, por el que aquéllas le dieron «poderes para representarlas en la búsqueda y negociación de la venta de las acciones»(sic) que representaban el 38% de dos sociedades, estableciéndose al día siguiente, en un documento continuación del anterior, el precio mínimo de venta y el porcentaje sobre el total que resulte de la misma a favor de D. Celso», «que actúa como representante de las mismas para la gestión, asesoramiento y venta del citado paquete accionario» (sic). Como consecuencia de la mediación las partes se pusieron de acuerdo y el negocio final se realizó como consecuencia de la previa intervención del mediador, en todo caso, las gestiones de aquél fueron aprovechadas. D. Celso demanda el pago de sus honorarios por importe de 843.200 euros. El Juzgado de Primera instancia estima parcialmente la demanda acordando la cantidad de 695.342 euros. La Audiencia desestima el recurso de apelación confirmando la sentencia recurrida. El TS desestima el recurso de casación por infracción procesal, articulado en dos motivos, y por motivo de casación articulado en otros dos motivos. (C. S. R.)

39. Arbitraje. Alcance de la cláusula arbitral con respecto al administrador de la sociedad.—El arbitraje supone una renuncia a la intervención de los tribunales cuando no es absolutamente indispensable (siempre que la parte interesada invoque oportunamente la cláusula arbitral). Esta renuncia ampara la exclusión de la intervención judicial, cuyos inconvenientes se compensan con los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser del arbitraje. De este principio se sigue que la cláusula de sumisión a arbitraje no produce efectos si no se opone como excepción en el proceso, para lo cual está legitimado únicamente el demandado que, por sí o por las personas en las que trae causa, la ha aceptado expresamente frente al demandante con respecto a las relacio-

nes o cuestiones planteadas en el proceso. Como ha declarado la jurisprudencia, para ser tenida por eficaz es necesario que se manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros (SSTS de 18 de marzo de 2002, 20 de junio de 2002 y 31 de mayo de 2003). En el caso examinado consta que la cláusula arbitral se aceptó por la sociedad demandante frente a la sociedad demandada, pero no frente a su administrador, que intervino en el contrato exclusivamente en su calidad de representante orgánico de aquélla, por lo que la cláusula de sumisión a arbitraje contenida en este contrato no podía afectarle, a diferencia de lo que ocurre con la sociedad demandada. Por ello debe apreciarse que la sentencia recurrida, al extender los efectos de la cláusula arbitral a una persona que no pudo oponerla ni de hecho la opuso, como se desprende del contenido del escrito de contestación a la demanda formulado, incurrió en la infracción del artículo 5 LA 1988 y, a los efectos ahora interesan, en incongruencia, por haber estimado una excepción por parte de quien no la había opuesto.

Interpretación del convenio arbitral.—Las cláusulas del convenio arbitral, como las de cualquier negocio jurídico, deben ser interpretadas con arreglo a las normas generales sobre interpretación contenidas en los preceptos del Código Civil que se refieren a los contratos (STS 27 de mayo de 2007). En la interpretación de los negocios jurídicos, según ha declarado con reiteración esta Sala, debe aceptarse el criterio seguido por el tribunal de instancia, fundado en los datos fácticos obtenidos mediante la valoración de la prueba que por razón de competencia funcional le corresponde, siempre que la interpretación o calificación realizada no sea ilógica o arbitraria o contradiga las normas hermenéuticas aplicables, pues esta situación desplaza la controversia al terreno de una *quaestio iuris* [cuestión jurídica] susceptible de ser resuelta en el recurso de casación. La STS de 5 de septiembre de 2006, ha destacado la prelación del contenido literal en la interpretación de las cláusulas arbitrales, poniendo de manifiesto que ha de estarse a lo efectivamente pactado como objeto de arbitraje, pues, conforme a los artículos 1 y 5 LA 1988 (aplicable a este proceso por razones temporales), la sumisión a la decisión arbitral ha de entenderse con carácter decisorio y exclusivo, no de forma concurrente o alternativa con otras jurisdicciones. En el caso examinado, la razones esgrimidas por la sentencia recurrida son acertadas. En efecto, como dice la expresada sentencia, el texto de la cláusula 32.^a del contrato expresa de forma inequívoca la voluntad de someter las controversias en relación con la interpretación o cumplimiento de lo pactado a arbitraje de Derecho. Las cuestiones en que la parte actora funda su pretensión de condena por incumplimiento contractual deben considerarse ligadas al cumplimiento del contrato y, por lo tanto, expresamente incluidas en la cláusula arbitral. No obsta a esta conclusión que no se incluyeran expresamente en la cláusula arbitral estas cuestiones de manera específica, pues todas ellas se invocan como manifestaciones del defectuoso cumplimiento del contrato por la parte demandada y no como conductas susceptibles de indemnización ajenas a éste. (STS de 11 de febrero de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—Con fecha 2 de noviembre de 1999, la empresa Z, S.L. concluyó un contrato de obra con S, S.L. mediante la actuación de su administrador L.A. En virtud de ese contrato, Z, S.L. se

comprometió a ejecutar una serie de unidades de obra de una urbanización y a construir tres edificios.

En noviembre de 2000 la comitente interpuso demanda contra Z, S.L. y L.A. como administrador, con la que solicitó la resolución del contrato y una indemnización del daño producido por distintos incumplimientos del contrato, tales como retraso en la ejecución de la obra, subcontratación no consentida y empleo de materiales de inferior calidad a los pactados. En el plazo para contestar la demanda Z, S.L. opuso excepción de sumisión a arbitraje en virtud de una cláusula del contrato de obra.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Donosti, tras desestimar la excepción de sumisión a arbitraje, declaró la resolución del contrato y condenó solidariamente a los demandados al pago de una cantidad en concepto de indemnización del daño, mediante sentencia de 28 de junio de 2002. La sentencia de 17 de octubre de 2005 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa estimó el recurso de apelación interpuesto por Z, S.L. y el administrador L.A. y acogió la excepción de sumisión a arbitraje sin entrar a conocer del fondo del asunto. La comitente recurre en casación. El Tribunal Supremo no acepta la excepción con respecto al administrador L.A. y declara haber lugar al recurso de casación. (*J. M. B. S.*)

40. Equidad: aplicación por los Tribunales; procede.—El concepto de equidad al que se refiere el art. 1690 CC es el del precio justo —«*iustum pretium*»—, en relación con el concepto de «justicia del caso particular». Habrá de estarse al auténtico valor de la cosa, en el que la certeza se somete a las reglas de la experiencia. Prevalece la idea objetiva y requiere adecuación a las circunstancias. Como sostiene la buena doctrina, el arbitrador queda sujeto a observar «un criterio objetivamente adecuado al criterio normal dentro del sector de la comunidad en que se realiza la determinación». Y es impugnabile la decisión cuando manifiestamente se haya faltado a la equidad —«*manifesta iniquitas*»—, como también lo sería —ahora con criterio de imputación subjetivo— en el caso de obrar el arbitrador con mala fe. Por ello, si el juicio jurisdiccional sienta, con base en los dictámenes periciales, que el método de valoración empleado por los auditores de la sociedad es el más adecuado y que fue aplicado con corrección, el juicio del juzgador sobre la equidad debe atender al momento en que el auditor tuvo que emitir el dictamen, lo que explica la diferencia con el informe pericial, que, por formarse en un periodo posterior, pudo tomar en cuenta valores reales, los cuales de haber sido inferiores a los previstos en aquel momento tampoco podrían afectar a la ponderación judicial. La determinación del precio de compra de unas acciones sociales, en cuanto exige una valoración contable compleja, supone, según se dijo, una aproximación a la certeza conforme a reglas de experiencia, lo que, obviamente, no es otra cosa que un juicio razonable para la obtención del valor real. (**STS de 9 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El proceso versa sobre la valoración de unas acciones de una sociedad anónima que pretende vender uno de los accionistas y respecto de las que en Junta de la sociedad se acordó ejercitar el derecho de adquisición preferente previsto en el art. 8 de los

Estatutos, si bien el accionista al que interesa la venta no está conforme con el precio de compra fijado por los auditores de la Sociedad designados en virtud del precepto estatutario, por lo que solicita la revisión de la valoración efectuada. La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción. La Audiencia Provincial confirmó la resolución recurrida. (S. M. S.)

41. Solidaridad de las obligaciones de los agentes que intervienen en el viaje combinado.—En el marco de la regulación de los viajes combinados, la Directiva 90/314/CEE dejó libertad a los Estados Miembros para establecer si la responsabilidad entre organizador y detallista había de ser solidaria o mancomunada. En el caso español, la tortuosa redacción del artículo 11.1 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, Reguladora de los Viajes Combinados ha precisado de interpretación. Con anterioridad a la mencionada Ley, el Tribunal Supremo se inclinaba por la regla de la solidaridad (entre otras, SSTS de 23 de julio de 2001, 11 de octubre de 2005 y 2 de febrero de 2006), interpretación que se ha de mantener pese a la confusión que arroja el mencionado artículo 11.1 (y, de hecho, es la que se consagra actualmente en el artículo 162 TRLGDCU). El Tribunal Supremo apoya esta solución, fundamentalmente, en cinco argumentos: la solidaridad cumple mejor la finalidad de protección al consumidor; los que se benefician con el precio pagado tienen la obligación de responder; la normativa sobre protección de consumidores y usuarios establece en general la solidaridad cuando sean varias las personas que deben responder frente a un consumidor por los daños causados [v. *gr.*, art. 27.2 LGDCU; 7 Ley 22/1994, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y III.4:103 *DCFR* (sic)]; la confianza del consumidor se centra en la persona con quien contrata, que es el minorista; y, finalmente, el consumidor goza generalmente en las Directivas de la garantía expresa de la solidaridad. De hecho, este mecanismo de la solidaridad protege mejor al consumidor y no impide, por otro lado, que los responsables condenados puedan ejercitar las correspondientes acciones de regreso contra quienes hayan causado el daño o parte del mismo. Por ello, proclama el Tribunal Supremo que la responsabilidad del mayorista u organizador es solidaria con el minorista o agente de viajes frente al consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que existan entre ellos.

Solidaridad. Interpretación del artículo 1137 CC.—Es doctrina del Tribunal Supremo que el tenor del artículo 1137 CC, que establece que sólo habrá lugar a la solidaridad cuando la obligación expresamente lo determine, se ha matizado, en el sentido de que no se exige con rigor o imperatividad el pacto expreso de solidaridad (SSTS de 17 de octubre de 1996, 29 de junio de 1998 y 11 de julio de 2006), especialmente, cuando concurre una comunidad de objetivos. (**STS de 20 de enero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. doña Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—La empresa mayorista MJ, S.A. ofertaba un viaje combinado a Turquía a través de las minoristas VJ, S.L. y E, S.A. (detallistas), que fue contratado por diversas personas que acudieron para ello a una de las dos minoristas. Durante la realización del viaje, los pasajeros sufrieron un grave accidente de autocar que causó la muerte de algunos de ellos y graves lesiones a otros. Quedó

acreditado que la culpa del accidente era imputable al conductor y que la empresa de autocares había sido contratada por la mayorista organizadora del viaje. Frente a esos hechos, varios de los viajeros y familiares de los mismos plantearon demanda individualmente, reclamando indemnización por los daños sufridos a raíz del accidente; todas ellas quedaron acumuladas por razón de los demandados: MJ, S.A. (así como su aseguradora) y las detallistas VJ, S.L. y E, S.A. (según correspondiera en cada caso). Las demandas se estimaron parcialmente en primera instancia, condenando únicamente al pago de las indemnizaciones a MJ, S.A., y absolviendo a las detallistas demandadas y a la aseguradora. La sentencia fue recurrida por todos los demandantes, que solicitaban que se condenase solidariamente a las empresas detallistas. La Audiencia Provincial estimó los recursos, acogiendo la tesis de la responsabilidad solidaria entre organizador y detallista en el marco de los viajes combinados. Las dos empresas detallistas interpusieron recurso de casación, por infracción del artículo 11.1 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, Reguladora de los Viajes combinados, señalando que consagra una responsabilidad mancomunada. (A. M. M.)

42. Reconocimiento de deuda: naturaleza; contrato causal atípico.—El reconocimiento de deuda vincula a quien lo realiza y, en atención a lo prevenido en el artículo 1277 CC ha de presumirse que su causa existe y es lícita, en tanto el deudor (con inversión de la norma general sobre carga de la prueba) no demuestre lo contrario; siendo por lo demás evidente que este reconocimiento contenido en el documento suscrito por la actora y el representante legal de la demandada, de fecha 25 de septiembre de 2005, expresa que la deuda obedece a «la prestación de varios servicios», es decir, se expresa causa del mismo. le convierte más que en un contrato de causa inexpressada y de abstracción procesal, en un contrato causal atípico, alcanzando el reconocimiento de deuda efectos constitutivos, que conlleva no sólo el facilitar a la actora un medio de prueba sino el dar por existente una situación de débito contra el demandado (SSTS 23-02-1998, 28-09-2001, 23-04-1991, 27-11-1991, 30-09-1993, 24-10-1994). (**STS de 8 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La entidad CFS, S.A. formula demanda de juicio ordinario de reclamación de cantidad, al amparo del contrato de reconocimiento de deuda, contra PD, S.A., hoy recurrente, quien frente a la anterior petición solicitó la desestimación de la demanda y formuló reconvencción, en la que solicitaba que se declarase que había abonado indebidamente cantidades que exceden de los trabajos realizados y materiales suministrados a consecuencia del contrato de arrendamiento de obra celebrado entre ambas entidades, y como consecuencia de ello que se condenase a la demandante-reconvenida a devolver la cuantía que excede del importe de los mencionados trabajos y materiales suministrados. El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda deducida por CFS. La Audiencia desestima el recurso interpuesto por la demandada. (S. M. S.)

43. Responsabilidad civil de una empresa por la muerte de un trabajador en el desempeño de sus funciones: competencia de la jurisdicción social.—La Sala Primera del Tribunal Supremo considera aplicable a este caso la doctrina jurisprudencial de la sentencia del Pleno de esta Sala de 15 de enero de 2008, según la cual las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo (por ejemplo, incumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo por parte del empresario), conforme a lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, son competencia de la jurisdicción social. (STS de 25 de febrero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—E. y N. interponen una demanda contra la empresa GU, solicitando se dicte sentencia por la que se declare la responsabilidad civil de ésta por el fallecimiento de A. (marido y padre, respectivamente, de las demandantes), que se electrocutó mientras desarrollaba su trabajo. Fundamentan jurídicamente su demanda en los artículos 1902 y 1903 CC, aunque materialmente fundan su demanda en que la empresa demandada había trasladado al trabajador la responsabilidad en materia de medidas de seguridad en el trabajo.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por las demandantes, revoca la sentencia de primera instancia y estima en parte la demanda. Interpuesto recurso de casación por la empresa demandada, el Ministerio Fiscal dictaminó que la competencia para conocer de este asunto era del orden jurisdiccional social. El Tribunal Supremo declara apreciar de oficio la falta de competencia del orden jurisdiccional civil para conocer del asunto, se abstiene de conocer el litigio por corresponder al orden jurisdiccional social y declara la nulidad de todas las actuaciones.

NOTA.—En este mismo sentido se pronuncian, entre otras, las SSTs (Sala 1.ª) de 19 de febrero de 2008, 16 de abril de 2008, 4 de junio de 2008 y 30 de junio de 2009. (M. J. P. G.)

44. Culpa extracontractual: accidente de trabajo: lesiones en corte mecánico de pizarra: concurrencia de culpas: competencia jurisdicción civil: doctrina general y excepciones.—A partir de la doctrina sentada por STS de Pleno, de 15 enero 2008, esta Sala viene considerando, en aplicación del art. 9.º LOPJ, que en supuestos de reclamaciones civiles como consecuencia del incumplimiento de una relación laboral creada por un contrato de trabajo, para deslindar la competencia de cada uno de los dos órdenes en conflicto, civil y social, es decisivo determinar si el daño se imputa a un incumplimiento laboral o bien a una conducta ajena totalmente al contrato de trabajo, de manera que, encontrándose en el ilícito laboral el fundamento para imputar la responsabilidad en la infracción de una norma reguladora de esta materia, ya sea estatal o colectiva, para delimitar el incumplimiento laboral se debe estudiar si existe infracción del deber de protección y la calificación de los hechos, en los que se requiere que el empresario actúe como tal. Resultado de todo lo anterior es que *será competente la jurisdicción social siempre que el daño dimane de la vulneración de normas reguladoras de la relación laboral, incluyendo las que desarrollen los deberes del empresario, entre los que*

se encuentra el de proteger eficazmente al trabajador en materia de seguridad e higiene (arts. 5 letra d), 19 ET, y 14 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales), siendo únicamente competente la jurisdicción civil cuando conste que el daño se funda en la infracción de normas distintas de aquellas que regulan el contenido de la relación laboral.

Una estricta aplicación de esta doctrina al caso de autos, que desconociera las circunstancias que lo singularizan, podría determinar que se atribuyera el conocimiento del presente asunto a los órganos del orden jurisdiccional social, apreciando ahora esta Sala de oficio la excepción de falta de jurisdicción, y así lo puso de relieve la parte actora invocando, además de los principios generales civiles, las ya citadas normas laborales, relativas al deber de protección del trabajador –en su doble manifestación de falta de formación adecuada del trabajador y de ausencia de las necesarias medidas de seguridad de la maquinaria que manipulaba–, ubicándose en la infracción de dicha obligación contractual el origen de la responsabilidad y de la indemnización solicitadas, lo que posteriormente refrendó el sustrato fáctico declarado probado, aun cuando la víctima contribuyera a causar el resultado lesivo en la misma proporción que el empleador.

Aunque esta Sala haya examinado de oficio su competencia en asuntos referidos a los accidentes laborales por los que se reclamaba (SSTS 17 noviembre y 15 de diciembre de 2008, entre otras), es preciso tener en cuenta que la doctrina referida se ha matizado por STS de 11 de diciembre de 2009, la cual se pronuncia acerca de la inoportunidad de aplicarla a procesos, como el presente, iniciados al amparo de una normativa orgánica, sustantiva y procesal interpretada ahora de forma distinta. Según resulta de esta última s. las razones apuntadas hasta entonces por la doctrina que emana de la STS de 15 de enero de 2008, no constituyen motivo suficiente para considerar que la competencia jurisdiccional corresponde al orden social, y negar la legitimidad del orden jurisdiccional civil para conocer de un asunto que se inicia con la cobertura que le proporcionaba una reiterada jurisprudencia al respecto, siendo contraria a la esencia misma del derecho a la tutela judicial efectiva que, a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de que han pasado más de siete años desde que se interpuso la demanda, se declare inadmisión en la jurisdicción en la que había sido planteada vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y evitando las dilaciones indebidas.

Valoración del perjuicio estético.–La conveniencia de evitar posibles disparidades entre las resoluciones judiciales que fijan el *pretium doloris* o compensación por el daño moral y valoran de manera prospectiva o apreciativa las consecuencias patrimoniales de la incapacidad generada por los daños corporales ha aconsejado al legislador implantar sistemas de valoración fundados en la tasación con arreglo a tablas o baremos indemnizatorios, cuya aplicación tiene lugar según reglas fijadas por el propio legislador y no queda, desde luego, sustraída a las reglas generales sobre interpretación de las leyes. Surge así por Orden de 5 de marzo de 1991 el Sistema para la valoración de los daños derivados de accidentes de circulación, que la propia norma califica como *idóneo para calcular el importe de las provisiones para siniestros pendientes de liquidación o de pago*, y que es el antecedente del sistema luego incorporado a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, por la disposición adicional 8.^a de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, ya con carácter vinculante en la materia.

Guiada por idéntica finalidad, la jurisprudencia viene aceptando los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige en la circulación de vehículos de motor, para la fijación del *pretium doloris* en otros sectores de la actividad, si bien, no con carácter vinculante sino únicamente con valor orientativo teniendo en cuenta las circunstancias del caso. La propia jurisprudencia declara que una cosa es que opte por ese criterio hermenéutico a fin de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad, y otra muy distinta que con ello se está admitiendo la existencia de una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas legales de tasación con arreglo al art. 4.1 CC, dado que tal laguna no existe y nada impide al órgano jurisdiccional prescindir de aplicar analógicamente dicho sistema y cuantificar el valor del quebranto con arreglo a otras pautas o criterios igualmente equitativos.

El criterio restrictivo de la revisión casacional de la cuantía indemnizatoria resulta igualmente aplicable cuando el tribunal de instancia toma como base orientativa para la fijación de los daños corporales el sistema legal de tasación de los daños derivados del uso y circulación de vehículos de motor, pues puede examinarse en casación la infracción de esta base cuando se aprecie una inexplicable o notoria desproporción entre lo que resulta de la aplicación del expresado sistema y la indemnización fijada por la s. (así STS de 20 de diciembre de 2006), tal como se infiere *a sensu contrario* de la STS de 10 de febrero de 2006. Tampoco puede desconocerse la doctrina consolidada que obliga a no confundir el régimen legal aplicable a un accidente y cuantificación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del alta definitiva.

La tesis defendida por la parte recurrente de que no es posible una valoración conjunta y agregada del menoscabo fisiológico y del estético, por ser conceptos perjudiciales diferentes, siendo por tal razón necesario fijar separadamente la puntuación que corresponde a uno y a otro, y valorar también separadamente ambos quebrantos aun cuando luego se sumen las cantidades obtenidas, se asienta en el cambio operado por la Ley 34/22003, de 4 de noviembre, pero aquella norma no puede ser tomada en consideración por no estar en vigor al tiempo en que acaeció el siniestro (6 de octubre de 1999), ni para concretar conceptos indemnizatorios tales como el daño fisiológico y el perjuicio estético, ni a la hora de fijar la puntuación correspondiente a los mismos, por ser aplicable en uno y otro caso el sistema legal fijado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, que fue el aplicado efectivamente por la Audiencia Provincial (STS de 9 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G.G.C.)

45. Culpa extracontractual: ciclomotor arrollado por tren en paso a nivel sin barrera: muerte de los dos ocupantes del ciclomotor, carentes de licencia: señalización defectuosa: no hay relación de causalidad: culpa exclusiva de las víctimas.—El incumplimiento de normas de diligencia únicamente puede ser considerado como determinante de responsabilidad civil extracontractual cuando existe un nexo de causalidad entre la conducta imputada al agente y el daño producido, conforme al art. 1902 CC. La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que la determinación de los hechos que fundamentan el nexo de causalidad corresponde al tribunal de instancia y no puede ser revisado en casación, accediendo a esta última sólo las cuestio-

nes jurídicas relacionadas con la integración del nexo de causalidad y con la aplicación de los criterios de imputación objetiva que pueden determinar su exclusión. La sentencia recurrida analiza detalladamente las circunstancias concurrentes consistentes en que los fallecidos eran vecinos del lugar, por lo que conocían el paso a nivel; carecían de licencia preceptiva para pilotar el vehículo y lo ocupaban ambos indebidamente, existía una amplia visibilidad en el sentido que traía el tren; éste circulaba a la velocidad autorizada y no se ha probado que se hubiera omitido la preceptiva señal acústica. De estas circunstancias fácticas se sigue que la *defectuosa señalización* del paso a nivel, admitida por la Audiencia Provincial, no desempeñó papel relevante alguno en la determinación del nexo de causalidad, sino que la causa del accidente – en expresión de la s. apelada – estuvo en *el grave descuido de las víctimas, que, con infracción de todas las normas de prudencia y de la circulación viaria, se metieron literalmente debajo del tren.*

Carece de relevancia el desacierto de la s. de instancia cuando, en contra de la doctrina contemporáneamente sentada por la STS de 19 de mayo de 2005, considera que, a pesar de haber entrado en vigor el Reglamento de Transportes Terrestres de 28 de septiembre de 1990, no era imputable a la Renfe el cuidado de la señalización. Adviértase que en esta s. se tuvo en cuenta que el defecto de la señalización se unía a otras circunstancias relacionadas con la configuración peligrosa del paso a nivel, con su escasa visibilidad y con las condiciones de uso extraordinario impuestas por hallarse cerrado al tránsito otro paso a nivel ordinariamente utilizado. Estas circunstancias permitía establecer un nexo de causalidad entre el accidente producido y la deficiente señalización y el mantenimiento de un paso a nivel en condiciones de anormal peligrosidad. No es suficiente para revertir la conclusión citada el hecho de que la s. de instancia afirme que la defectuosa señalización *poca influencia* tuvo en el suceso, pues el contexto de esta afirmación revela que se trata de una expresión mediante la que el tribunal descarta toda influencia utilizando el adjetivo *poca* con carácter ponderativo y no asertivo.

Accidentes ferroviarios: responsabilidad por culpa modalizada por el principio del riesgo.—En materia de accidentes ferroviarios, especialmente los producidos por cruces de pasos a nivel, la jurisprudencia de las últimas décadas ha introducido paliativos en el principio de responsabilidad por culpa del art. 1902 CC, aplicando el principio de responsabilidad por riesgo. Sin embargo, se ha puntualizado que no queda excluido de nuestro sistema jurídico de responsabilidad civil el elemento de la negligencia como criterio de imputación subjetiva de responsabilidad, y así se ha declarado que si de la prueba practicada aparece plenamente acreditado que en la producción del resultado dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino ninguna culpa por parte del demandado o demandados, ha de excluirse su responsabilidad (SSTS de 28 de noviembre de 1998, 30 de abril de 2003 y 6 de febrero de 2008). De esta jurisprudencia se infiere que en materia de accidentes ferroviarios, dentro de las modulaciones que impone el principio de responsabilidad por riesgo, se exige la concurrencia de los requisitos del art. 1902 para la existencia de responsabilidad extracontractual, entre ellos la actuación negligente por parte del agente y la existencia de un nexo de causalidad entre su conducta y el daño producido. En el caso examinado, aun cuando pueda advertirse la existencia de un defecto en la señalización, no se ha acreditado la existencia de un nexo de causalidad entre dicho defecto y el accidente producido, por lo cual falta uno de los elementos esenciales para la apreciación de una responsabilidad extracontractual. Las demás circunstancias alegadas por la parte recurrente no

pueden ser consideradas como determinantes de la existencia de una conducta culposa por parte de Renfe y del maquinista, por cuanto son incompatibles con los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, o no figuran entre éstos; aunque, si así no fuera, serían irrelevantes pues así lo impone la ausencia del nexo de causalidad (**STS de 18 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Cualquier accidente ferroviario en un paso a nivel sin barreras ni señales acústicas o lumínicas de todo tipo, mueve al comentarista de la jurisprudencia a reiterar las habituales lamentaciones por el habitual y calamitoso estado de nuestra red viaria. En este caso mueren los dos ocupantes del ciclomotor accidentado —el hecho ocurrió nada menos que hace dieciséis años ¿por qué este retraso cuando las sentencias de instancia no coincidían en el sentido del fallo?—, siendo, en definitiva, razonable la conclusión de la s. aquí extractada de atribuir la culpa exclusiva de la colisión a las mismas víctimas. A nivel legislativo general (cfr. art. 235 RD de 28 septiembre de 1990) algo hemos ganado en la seguridad vial pues se establece en dicha norma reglamentaria la *prohibición para el futuro de establecer pasos a nivel en las vías de nueva construcción*, y se dispone la declaración de urgencia a efectos del procedimiento especial expropiatorio de las obras para la construcción de pasos a distinto nivel. Pero la OM. de 8 de mayo de 1982 se mantenía todavía en el mundo de las buenas intenciones del Ministerio de OP en relación con el tema, mientras que al tiempo del accidente se encontraba en vigor el art. 96.2 del Reglamento General de Circulación, según el cual *ningún usuario de la vía deberá penetrar en un paso a nivel desprovisto de barreras, semibarreras o semáforos, sin antes haberse cerciorado de que no se acerca ningún vehículo que circule sobre raíles*, norma que no puede menos de tacharse, al menos, de ingenua y, en cierto modo, de *tercermundista*, y de ninguna manera perteneciente al *estado de bienestar* que garantiza la Constitución, al imponer a los ciudadanos una obligación positiva, calificable de pintoresca, y que se sabe de antemano que va a ser habitualmente incumplida por amplios sectores de la sociedad. ¿Cuántos accidentes ocurrirán todavía en los centenares, o quizá miles de pasos a nivel permanentemente desguarnecidos en territorio español antes de que, de hecho, éstos se corrijan o eliminen? (G. G. C.)

46. Responsabilidad extracontractual de comunidad de propietarios: daños por humedades en local comercial subarrendado; pacto y renuncia a ejercitar acciones de daños contenido, tanto en el contrato de arrendamiento, incorporado como anexo al contrato de subarriendo, como en los estatutos de la comunidad de propietarios.—El TS sólo admite uno de los motivos del recurso basado en el art. 1902 del Código Civil y lo considera mal planteado pues la cuestión de fondo no consiste en cual sea la naturaleza de la acción de responsabilidad ejercitada si no en la validez y eficacia, frente al subarrendatario, de las cláusulas contenidas en el contrato de arrendamiento y en los estatutos de la comunidad de propietarios integrados en el contrato de subarriendo al habersele unido como anexos, lo que exigía como previo a cualquier motivo por infracción del art. 1902, el plan-

teamiento de uno o varios motivos orientados a demostrar que la interpretación de aquellos contratos y estatutos comunitarios por el Tribunal sentenciador infringía alguna regla legal de interpretación contractual o alguna norma de la LPH. (STS de 4 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan.]

HECHOS.—Las compañías «Gran Turia» y «Trema» propietaria y gestora, respectivamente, de los arrendamientos de locales integrantes de una galería comercial, suscribieron con la entidad «Mac Donald's», el 21 de abril de 1993, contrato de arrendamiento de local de negocio, en el que la arrendataria se hacía responsable directa y exclusivamente de cuantos daños pudieran ocasionarse a terceras personas o cosas y fueran consecuencia, directa o indirecta del negocio instalado, eximiendo de toda responsabilidad al arrendador, su representante y a la Comunidad de propietarios de la galería comercial incluso de daños derivados de instalaciones para servicios y suministros y renunciando a toda responsabilidad contra el arrendador en los casos, entre otros, de daños en el local arrendado o en los efectos y mercaderías que allí se encontrasen causados por fugas, infiltraciones, humedades u otras circunstancias. Posteriormente, el 9 de septiembre de 1993, la arrendataria suscribió un contrato de franquicia y otro autorizando la cesión de los derechos del franquiciado, a los que se incorporaba una copia del contrato de arrendamiento, a favor de D. Luis el primero y a favor de la empresa «Restaurantes» el segundo, en el que expresamente la misma asumía todas las obligaciones del cedente.

La empresa «Restaurante» demanda a la comunidad de propietarios de la galería comercial por los daños ocasionados al entrar agua de lluvia en el local, consecuencia del mal estado de la cubierta y su defectuosa reparación, concretandolos sólo a la pérdida de ventas y daños a la imagen comercial por importe de 187.729 euros ya que los daños materiales habían sido indemnizados por la aseguradora de la demandante. El Juzgado de Primera Instancia desestimó totalmente la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación confirmando la de Instancia. El TS desestimó el recurso de casación. (C. S. R.)

47. Responsabilidad civil médica. Libertad en la elección del tratamiento aplicable.—Afirma el Tribunal Supremo que el médico, en su ejercicio profesional, es libre para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente, poniendo a su alcance los recursos que le parezcan más eficaces en todo acto o tratamiento que decide llevar a cabo, siempre y cuando sean generalmente aceptados por la ciencia médica o susceptibles de discusión científica, de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico que practica, en cuanto está comprometido por una obligación de medios en la consecución de un diagnóstico o en una terapéutica determinada (SSTS de 24 de noviembre de 2005 y 8 de enero de 2006). Aplicada esta doctrina a la elección de la forma de desarrollar el parto, la diligencia del médico se manifiesta no sólo en la elección adecuada de la forma (vaginal o por cesárea), sino también en el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas para cada una de ellas, conforme a una buena praxis médica, y con el cuidado y

precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a la intervención, según su naturaleza y circunstancias (SSTS de 19 de octubre de 2007 y 20 de julio de 2009).

Negligencia de los profesionales sanitarios. Límites de la *lex artis*.—La *lex artis* supone que la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico, que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una forma de actuación. Implica, por tanto, la obligación del médico de realizar las pruebas que resulten necesarias, atendiendo el estado de la ciencia médica en ese momento (incluidos los protocolos), de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas puede servir de base para declarar la responsabilidad del médico, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (SSTS de 15 de febrero y 18 de diciembre de 2006 y 19 de octubre de 2007).

Nexo causal en la responsabilidad médica.—La valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso. En el caso de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios, hay que tener especialmente en cuenta, además, que para responsabilizar de una determinada actuación médica no sirven simples hipótesis o especulaciones sobre lo que se debió hacer y no se hizo. Por tanto, no puede cuestionarse la toma de decisiones realizada por los profesionales sanitarios fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen las leyes del razonamiento práctico (SSTS de 14 de febrero de 2006 y 7 de mayo de 2007). (**STS de 29 de enero de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña S, acudió a los doctores A y C para la asistencia y seguimiento de su embarazo; no existiendo factores de riesgo en la gestante, éstos desarrollaron los controles protocolarios habituales. Llegado el momento del parto, que tuvo lugar en una clínica privada, se optó por el parto vaginal, opción que, a la postre, resultó problemática, al presentarse durante el parto distocia de hombros en el recién nacido. Nada indicaba anteriormente que fuera preferible la forma del parto por cesárea. Ante el problema planteado en el parto, los doctores aplicaron una de las técnicas aplicables de acuerdo con la *lex artis*, de la que resultó, sin embargo, una lesión sobre el plexo braquial del recién nacido. Por otra parte, a los pocos días del nacimiento, hubo que someter al menor a una intervención quirúrgica para paliar una cardiopatía congénita de la que no se había informado a los progenitores durante el embarazo, y cuyo diagnóstico es posible que pudiera haberse realizado entonces a través de la práctica de una ecocardiografía fetal. No existían, sin embargo, indicios que aconsejaran la realización de pruebas diagnósticas para la detección de ese tipo de enfermedades.

Los padres del recién nacido interponen demanda en su propio nombre y en nombre del menor, en reclamación de responsabilidad civil contra los médicos encargados del seguimiento del embarazo y la atención en el parto, así como contra la clínica privada en la que se desarrolló el parto y la aseguradora de la misma. La demanda se desestimó en primera instancia, al considerar que no se había

acreditado negligencia alguna en los demandados. Recurrída la sentencia por los demandantes, ésta fue revocada por la Audiencia Provincial, que estimó en parte el recurso planteado, considerando que había existido negligencia en la elección de la forma del parto y en la falta de diagnóstico de la dolencia congénita del menor. Los demandados plantearon entonces recurso de casación, estimado por el Tribunal Supremo, que procedió a dictar nueva sentencia absolviendo a los demandados en primera instancia. (A. M. M.)

48. Responsabilidad civil médica. Necesidad de acreditar el nexo causal y la culpa del profesional.—El motivo del recurso se resume en una cita de diversas sentencias de esta Sala sobre el contenido y alcance de la *Lex artis* que ninguna aplicación tienen al supuesto de hecho contemplado en la sentencia, y que tampoco responden al sentido actual de la jurisprudencia de esta Sala, que no está caracterizada por la objetivación de la responsabilidad. En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, dice la sentencia de 20 de noviembre de 2009 que debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (artículo 217.5 LEC). El criterio de imputación se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo.

Daño desproporcionado. Ausencia.—El recurso se refiere también al daño desproporcionado pero lo cierto es que no se argumenta más allá de lo que dice la jurisprudencia en la que no tiene encaje el supuesto enjuiciado, cuando existe una causa que explica el daño, y vincula el diagnóstico a una obligación de resultado, propia del arrendamiento de obra. La toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Implica por tanto un doble orden de cosas: en primer lugar, la obligación del médico de realizar las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en este momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles. En segundo lugar, que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen (STS 15 de febrero 2006; 19 de octubre 2007). (STS de 3 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—M y N, como representantes legales de su hijo J, interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm.

52 de Barcelona contra la Clínica P, S.A., Clínica R, S.A. y los médicos D y E solicitando que se declarase la responsabilidad civil solidaria de todos ellos, al considerar que su actuación vulneró la *lex artis* médica al no diagnosticar debidamente la existencia en el ojo de J de un tumor cancerígeno. El Juzgado desestimó íntegramente la demanda al no apreciar la existencia de nexo causal entre el diagnóstico erróneo del TAC y el resultado de enucleación del ojo. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia Provincial de Barcelona. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

49. Reparación del daño causado conforme al Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRCSVM).—Afirma el Tribunal Supremo que la determinación del daño en el contexto de los accidentes de circulación se funda en el principio de reparación íntegra de los daños y perjuicios causados. Esto implica que la indemnización ha de comprender el lucro cesante.

Compensación del lucro cesante en el sistema de valoración de daños en accidentes de circulación (baremos). Falta de proporcionalidad.—En las Tablas II, IV y V del sistema de baremos de la LRCSVM existe un factor de corrección por perjuicios económicos cuyo objetivo es la reparación del lucro cesante, como demuestra el hecho de que se fija en función del nivel de ingresos de la víctima y se orienta a la reparación de perjuicios económicos. La regulación de este factor de corrección presenta, sin embargo, características singulares. Así, su importe se determina por medio de porcentajes que se aplican sobre la indemnización básica —es decir, sobre un valor económico orientado a resarcir un daño no patrimonial— y se funda en una presunción, puesto que no se exige que se pruebe la pérdida de ingresos, sino la capacidad de ingresos de la víctima. De todo ello resulta que, aunque el factor de corrección busca facilitar la prueba del lucro cesante, las cantidades resultantes de aplicar los porcentajes de corrección sobre una cuantía cierta, pero correspondiente a un concepto ajeno al lucro cesante, no resultan proporcionales, y pueden dar lugar a notables insuficiencias.

Finalidad del factor de corrección por incapacidad permanente en el sistema de valoración de daños en accidentes de circulación.—Según el Tribunal Supremo, el factor de corrección por incapacidad permanente parcial, total o absoluta, compatible con el de corrección por perjuicios económicos, no va dirigido sólo —ni principalmente— a resarcir el perjuicio patrimonial ligado a los impedimentos permanentes de la actividad laboral (en este sentido, STS, Sala 4.ª, de 17 de julio de 2007). Por el contrario, su objeto principal es reparar el daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera ocupaciones o actividades, siempre que merezcan el calificativo de habituales.

Interpretación del sistema de valoración de daños en accidentes de circulación de forma coherente con el principio de reparación íntegra del daño. Rechazo de la extensión de los criterios del Anexo, primero, 7 LRCSVM.—La insuficiencia y falta de proporcionalidad de las cantidades resultantes de la aplicación de los factores de corrección de perjuicios económicos ponen de relieve una antinomia entre la consagración del principio de la reparación íntegra del daño y la cuantificación del lucro cesante que resulta de la aplicación de los mismos. Para solucionar esta contradicción, rechaza

el Tribunal Supremo que pueda interpretarse el artículo 1.2 LRCSCVM en el sentido de admitir que quepa dentro del sistema de cuantificación del daño valoraciones efectuadas de acuerdo con los criterios del Anexo, primero, 7 (*v. gr.*, principio de total indemnidad, pérdida de ingresos de la víctima y posible concurrencia de circunstancias excepcionales), al margen de los límites cuantitativos de las Tablas, en la medida en que se presenten daños no contemplados en ellas. Tal interpretación es contraria a la redacción del citado precepto, además de que equivaldría, en la práctica, a desconocer el valor vinculante del sistema de valoración para la cuantificación del daño consagrado en el mencionado artículo 1.2. Por tanto, aunque se puede reconocer a los criterios del Anexo, primero, 7 LRCSCVM el valor de reglas de principio interpretativas y de cobertura de lagunas, por sí mismos son insuficientes para mantener una interpretación que lleve el resarcimiento del daño más allá de los límites expresamente previstos en ellos.

Interpretación del sistema de valoración de daños en accidentes de circulación de forma coherente con el principio de reparación íntegra del daño. Rechazo de la extensión de la inconstitucionalidad del apartado B) de la Tabla V del Anexo de la LRCSCVM a los factores de corrección por perjuicios económicos de las Tablas II y IV.—El Tribunal Supremo se manifiesta contrario a la pretensión de aplicación de los pronunciamientos de inconstitucionalidad recogidos en la STC 181/2000, sobre inconstitucionalidad del sistema de valoración del daño, a los factores de corrección por perjuicios económicos de las Tablas II y IV. Concretamente, argumenta que el propio Tribunal Constitucional, con ocasión de la resolución de diversos recursos de amparo que se han planteado en torno a estas cuestiones, ha declarado que la interpretación judicial contraria a la expresada extensión no incurre en error patente ni en arbitrariedad, ni vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, SSTC 42/2003, 231/2005 y 258/2005). El motivo es, por un lado, que la naturaleza del lucro cesante, desde el punto de vista de la imputación objetiva al causante del daño, es distinta en el supuesto de la Tabla V (en que se trata de daños ya producidos) y en los supuestos de las Tablas II y IV (en que se trata de daños futuros que deben ser probados mediante valoraciones de carácter prospectivo); por otro lado, hay que tener en cuenta que, en la Tabla II, el perjudicado no es la víctima, sino un perjudicado secundario. Por todo ello, el Tribunal Constitucional rechaza que la indemnización del lucro cesante futuro constituya una exigencia constitucional en el ámbito del régimen de responsabilidad civil por daños a las personas producidos en la circulación de vehículos a motor; es, por el contrario, una cuestión de legalidad ordinaria.

Interpretación del sistema de valoración de daños en accidentes de circulación de forma coherente con el principio de reparación íntegra del daño. Posibilidad de compensación del lucro cesante cuando concurren circunstancias excepcionales.—Parte el Tribunal Supremo de que la antinomia planteada entre el principio de reparación integral del daño y la cuantificación insuficiente del lucro cesante mediante la aplicación de los factores de corrección ha de ser resuelta, en el ámbito de la legalidad ordinaria, en la medida en que lo permitan los límites tabulares establecidos en el sistema de valoración. En ese contexto, en las situaciones de incapacidad permanente, la solución viene facilitada por el tenor literal de las reglas tabulares. Concretamente, de acuerdo con una interpretación sistemática, se puede afirmar que, cuando la Tabla IV se remite a los «elementos correctores» del apartado primero, número 7, del Anexo, y establece un porcentaje de

aumento o reducción «según circunstancias», se puede entender que los elementos correctores a que se refiere el citado apartado no pueden ser sólo los expresamente calificados como de aumento o disminución, sino todos los criterios comprendidos en él susceptibles de determinar una corrección de la cuantificación del daño; por consiguiente, también los fundados en circunstancias excepcionales relacionadas con las circunstancias económicas y personales de la víctima. A favor de esta interpretación, alude el Tribunal Supremo a cuatro razones: primera, relacionada con la remisión general de la Tabla IV a los elementos correctores del apartado primero, 7, del Anexo; segunda, el hecho de que las circunstancias excepcionales relacionadas con circunstancias personales y económicas de la víctima, por definición, no podían más que haber sido previstas de modo genérico; tercera, el texto de la Tabla IV en que se contiene la remisión a los elementos correctores contiene una especie de descripción de estos criterios y elementos, por lo que es lícito entender que no se trata de una mera cita sujeta a la calificación formal contenida en el texto objeto de la remisión, sino de una descripción integrada por el conjunto de criterios contenidos en el texto que se invoca, de tal suerte que la naturaleza de elemento corrector puede predicarse de cualquiera de las circunstancias mencionadas en él, aunque no sea directamente calificado como de aumento o de disminución; y cuarta y última, la expresión «factores correctores» – equivalente semánticamente a la de «elementos correctores»– aparece a lo largo de las tablas II, IV y V para referirse en general a circunstancias relacionadas con los diversos conceptos que se recogen en el Anexo, primero, 7 LRCSVM y no sólo a los calificados como elementos correctores, por lo que es lícito concluir que todas aquellas circunstancias son susceptibles de ser consideradas como factores o elementos correctores. Por todo ello, concluye el Alto Tribunal que el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente, aunque no es susceptible de ser resarcido íntegramente, sí puede ser compensado proporcionalmente (mediante la aplicación del factor de corrección por elementos correctores) por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente, cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad, en este caso, de limitarlo a los supuestos de prueba de la culpa relevante por parte del conductor.

Requisitos para la indemnización del lucro cesante.—El factor de corrección de la Tabla IV que permite tener en cuenta los elementos correctores del Anexo, primero, 7 LRCSVM debe aplicarse siempre que concurren seis requisitos. En primer lugar, es necesario que se haya probado debidamente la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido. En segundo lugar, el lucro cesante futuro no debe resultar compensado mediante la aplicación de otros factores de corrección, teniendo en cuenta, eventualmente, la proporción en que el factor de corrección por incapacidad permanente pueda considerarse razonablemente que comprende una compensación por la disminución de ingresos. En tercer lugar, la determinación del porcentaje de aumento debe hacerse de acuerdo con los principios del sistema y, por tanto, acudiendo analógicamente a la aplicación proporcional de los criterios fijados por las Tablas para situaciones que puedan ser susceptibles de comparación; la corrección, por tanto, debe hacerse en proporción al grado de desajuste probado, con un límite máximo admisible. En cuarto lugar, la aplicación del factor de corrección de la Tabla IV sobre elementos correctores para

la compensación del lucro cesante ha de entenderse que es compatible con el factor de corrección por perjuicios económicos, en virtud de la regla general sobre compatibilidad de los diversos factores de corrección. En quinto lugar, el porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente; en la fijación del porcentaje de incremento debe tenerse en cuenta la suma concedida aplicando el factor de corrección por perjuicios económicos, pues, siendo compatible, se proyecta sobre la misma realidad económica. Finalmente, en sexto lugar, el porcentaje de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que el sistema de valoración únicamente permite la aplicación de un factor de corrección por elementos correctores de aumento cuando se trata de lesiones permanentes a las que resultan aplicables la Tabla IV. (STS de 25 de marzo de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El 2 de mayo de 2000 se produjo una colisión entre dos vehículos, resultando el fallecimiento de uno de los conductores y lesiones en el otro. Concretamente, este segundo conductor requirió una serie de días de hospitalización y quedó con incapacidad permanente total para la profesión habitual durante casi dos años e importantes secuelas. El conductor lesionado planteó demanda contra los herederos del conductor fallecido —que había sido el causante del accidente—, así como contra su aseguradora, reclamando la diferencia entre la suma consignada por la aseguradora y la indemnización que, a su juicio, le correspondía por las lesiones, más el lucro cesante.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y concedió una indemnización por la incapacidad permanente, pero desestimó la reclamación por lucro cesante, por entender que este concepto ya se encuentra incluido en las cuantías indemnizatorias previstas por el sistema de valoración del daño (baremo) de la LRCSCVM, conforme al artículo 1.2. Recurrida la sentencia tanto por el demandante, como por la aseguradora, la Audiencia Provincial desestimó el recurso del primero, sobre la argumentación ya expuesta, y estimó parcialmente el recurso de la segunda, considerando correcta la cantidad en su día abonada por la aseguradora por incapacidad permanente absoluta. El demandante interpuso entonces recurso de casación, basado en la infracción de las normas relativas a la indemnización del lucro cesante; éste fue estimado por el Tribunal Supremo, que casó la sentencia recurrida y estimó parcialmente la demanda inicialmente planteada. (A. M. M.)

50. Culpa extracontractual: accidente de circulación: detención de camión en autovía con deficiente señalización y colisión de ciclomotor que circula descuidadamente: concurrencia de culpas, 25% del conductor del camión y 75% del ciclomotor: lesiones con secuelas: gran invalidez: reducción de indemnización por daños morales a familiares.—La limitación de la responsabilidad del conductor por negligencia de la víctima

obedece a una ausencia total o parcial de la relación causal entre su conducta y el resultado producido, y afecta al alcance de la responsabilidad civil dimanante de aquélla, cualquiera que sea el tipo de indemnización procedente y la persona que deba percibirla. El hecho de que los daños a los familiares sean objeto de cobertura por el seguro de suscripción obligatoria (STS de 3 de noviembre de 2008) no es obstáculo a esta conclusión, puesto que el seguro de responsabilidad civil no puede extenderse más que a la cobertura de los daños imputables causalmente a la conducta del responsable.

Apreciación de la concurrencia de culpas.—Esta Sala tiene declarado reiteradamente que la apreciación del grado de participación de los distintos agentes en la producción del resultado dañoso a los efectos de determinar las cuotas de responsabilidad por concurrencia de culpas es una materia que en principio corresponde al tribunal de instancia y sólo puede ser revisada en casación en supuestos de grave desproporción o defectuosa apreciación del nexo causal (STS de 20 de mayo de 2008 en la cual se recoge un resumen de la jurisprudencia sobre la materia). Los hechos fijados por el tribunal de instancia sólo pueden combatirse mediante el recurso extraordinario por infracción procesal poniendo de manifiesto la infracción de alguna regla legal o la concurrencia de arbitrariedad o de una manifiesta falta de racionalidad en la valoración efectuada. En el presente caso no se advierte que sea manifiestamente desproporcionada la moderación de la responsabilidad del conductor del camión en un 75%, pues aunque existió por su parte un incumplimiento de los reglamentos al pararse el camión en el arcén y no colocar los triángulos de advertencia del peligro, también hay una grave negligencia por parte del conductor del ciclomotor al circular en un tramo recto, con buena visibilidad y con la cabeza mirando hacia abajo de forma totalmente descuidada y sin atender a las circunstancias de la circulación.

Cuantía de la indemnización con secuela de gran invalidez.—La Sala de apelación, apreciando las circunstancias concurrentes mediante el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, fija la indemnización dentro de los márgenes que permite el factor de corrección establecido en la tabla IV del Anexo LRCSVM, y no habiéndose demostrado que exista notoria desproporción ni que se hayan infringido los márgenes cuantitativos de aquélla, no puede apreciarse la infracción denunciada.

Circunstancias excepcionales como factor de corrección.—La sentencia del Pleno de esta misma fecha aunque admite la existencia de un lucro cesante probado como una de las circunstancias excepcionales que pueden determinar la aplicación en la tabla IV, para ello es necesario que se pruebe su existencia en un grado muy superior al que es objeto de cobertura por el factor de corrección por perjuicios económicos y que se determine por el tribunal que el expresado perjuicio comporta una circunstancia excepcional susceptible de ser considerada como tal en aplicación del sistema de valoración; en el caso examinado la parte recurrente no ha probado las remuneraciones que, se alega, venía obteniendo el lesionado de su profesión de carpintero, por lo cual no puede aplicarse la expresada doctrina. Por otra parte, si bien se declara probado que el conductor del ciclomotor padece secuelas permanentes consistentes en un síndrome psiquiátrico de conducta infantil, labilidad emocional, incongruencia afectiva e irritabilidad, y graves alteraciones cognitivas y del pensamiento, y en el recurso se argumenta que por consecuencia del accidente se ha causado un daño importante a la normal y necesaria relación padre-hijo, pues si aquél no tiene conciencia de que es padre de un niño de cuatro años, difícilmente puede cumplir con el rol de padre, sin

embargo, tampoco puede apreciarse como circunstancia excepcional al amparo de la tabla IV la juventud de la víctima y la paternidad de un hijo de corta edad, pues la edad de la víctima ya se tiene en cuenta en la valoración de la indemnización básica en la tabla III, y los perjuicios morales que pueden sufrir los hijos o parientes por la incapacidad permanente de sus allegados sólo son contemplados por el legislador en un supuesto específico, a diferencia de lo que ocurre en el caso de fallecimiento (tabla I), y esta exclusión debe interpretarse como producto de una opción legislativa. (STS de 25 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G.G.C.)

51. Accidente de circulación: secuelas: gran invalidez: cuantía de la indemnización: factor de corrección: obras necesarias de adecuación de la vivienda.—La tabla IV del Anexo LRCSVM prevé, como factor de corrección de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes en caso de grandes inválidos, una indemnización por los gastos de adecuación de la vivienda. La STS de 20 de julio de 2009 exige 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; la norma condiciona la aplicación del factor corrector a que el inmueble objeto de reforma constituya la vivienda del inválido, y su cuantía, al resultado de la valoración de aspectos fácticos tales como las características de la vivienda y las circunstancias del incapacitado en función de sus necesidades. La sentencia recurrida se basa en que la planta superior de la edificación no constituye vivienda sino una dependencia para actividades laborales —que ya no podrá ejercer por su invalidez—, lo que representa una apreciación de orden fáctico imposible de revisar en casación.

Intereses de demora: Doctrina legal.—Las dictada por el Pleno de esta Sala el 1.º de marzo 2007, ha fijado como doctrina 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 por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento.* Esta doctrina ha sido recogida por las SSTS de 11 de diciembre de 2007, 1 de julio de 2008, y 6 y 25 de febrero de 2009.

Aplicación del valor del punto correspondiente a la fecha del alta definitiva.—Es doctrina general (recogida en SSTS de 17 de abril de 2007, y 9 de julio, 18 de septiembre y 30 de octubre de 2008) que el momento del accidente es el que determina el régimen legal aplicable, mientras que la cuantificación de la indemnización debe atenerse al valor del punto en el momento del alta definitiva. En el presente caso la s. recurrida no distingue entre el régimen legal aplicable y la cuantificación del daño, para el que toma en cuenta también la fecha del siniestro y no la del alta; sin embargo, al producirse ambos hechos en el mismo año de 2001, resulta correcta la solución de calcular los daños sufridos de conformidad con las cuantías correspondientes a aquella fecha, y conduce a la desestimación del recurso en virtud del principio de equivalencia de resultados o efecto útil del recurso (SSTS de 5 marzo y 6 mayo 2009) (STS de 9 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G.G.C.)

52. Cálculo de la indemnización. Concurrencia de causas de producción del siniestro por parte de los conductores de los vehículos inter-

vinientes.—La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados establece un criterio de imputación de la responsabilidad derivada de daños a las personas causados con motivo de la circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción, pero también admite expresamente la compensación de culpas derivada de la concurrencia de causas en la producción del siniestro por parte de los conductores de los vehículos intervinientes.

Congruencia. Desestimación de la acción y absolución de la parte demandada.—La infracción de los principios de justicia rogada y congruencia previstos en los artículos 216 y 218 LEC supone que la sentencia ha resuelto sobre un pronunciamiento no solicitado por las partes vulnerando las normas de procedimiento y el propio derecho a la tutela judicial consagrado en la Constitución. Según doctrina jurisprudencial consolidada (entre otras, SSTs de 9 de diciembre de 1985 y 20 de mayo de 2009), la congruencia supone la correlación o armonía entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el pleito y la parte dispositiva de la sentencia. La absolución de la demandada, en base a la renuncia a la acción por parte de la actora no implica, por tanto, una infracción de los citados principios.

Consignación previa de cantidad como requisito de procedibilidad necesario para la admisión del recurso de apelación en casos especiales.—El artículo 449 LEC establece un elenco de supuestos especiales en los que para la admisión del recurso de apelación se exige al recurrente que en el momento de la preparación acredite el abono o la consignación de determinadas cantidades. Entre estos se encuentran los recursos en los que se pretenda la condena a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos a motor. Además del abono y la consignación, tal requisito de procedibilidad se puede satisfacer mediante aval bancario o por cualquier otro medio que garantice, a juicio del Juzgado o Tribunal, la inmediata disponibilidad de la cantidad.

Objeto del recurso de apelación. Escrito de preparación. Cuestiones nuevas y pretensiones modificadas.—El recurso de apelación permite una revisión total de la sentencia apelada, condicionada únicamente a los puntos de disconformidad señalados por cada parte, los cuales deben quedar perfectamente delimitados en escrito de preparación del recurso; sin que sea posible introducir cuestiones nuevas o ejercitar pretensiones modificadas. Por tanto, quien ha preparado e interpuesto el recurso de apelación no podrá posteriormente ampliar su objeto aprovechando el trámite de oposición al recurso formulado por quien resulta apelado en el suyo.

Valoración de la prueba. Falta de acceso casacional.—La valoración de la prueba se encuentra privada de acceso casacional, salvo en aquellos supuestos en los que el órgano a quo haya tergiversa o falsea las conclusiones periciales de forma ostensible o arbitraria en sus dictados o haya extraído conclusiones absurdas o ilógicas de éstos. (STS de 18 de enero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El litigio causante de la presente sentencia trae causa de la reclamación que D.J.P. y D.V.M. hicieron a las aseguradoras de los daños materiales y lesiones sufridas en un accidente de tráfico ocurrido al colisionar la motocicleta conducida por uno de los actores con otro vehículo. En dicha demanda se suplica que se dicte sentencia por la que se condene a las aseguradoras a indemnizar.

zar los gastos médicos y los perjuicios derivados, entre ellos los días de baja, hasta la total recuperación.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a una de las aseguradoras al abono de parte de la indemnización solicitada, y absolviendo a la otra aseguradora demandada, por renuncia expresa de la parte demandante.

La Audiencia Provincial, por su parte, desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Sin embargo, estima parcialmente el recurso interpuesto por la aseguradora condenada en primera instancia, por lo que revoca parcialmente la sentencia de instancia, en relación con la fecha de devengo de los intereses legales, pero confirmando el resto de la resolución en todos sus extremos.

Contra la citada sentencia, la parte actora interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a ninguno de dichos recursos, confirmando así la sentencia recurrida. (*G. M. A.*)

53. Aplicación de la doctrina constitucional sobre la indemnización del lucro cesante.—La sentencia del TC 181/2000 declaró la inconstitucionalidad del apartado B) de la Tabla V del Anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor —en adelante, LRCSCVM—, entre otras razones, por no poder ser atendida la pretensión de resarcimiento de las víctimas o perjudicados con arreglo a la prueba suministrada en el proceso. El TC, aceptando que en los sistemas de responsabilidad objetiva cabe limitar la determinación del daño objeto de resarcimiento, considera que la inconstitucionalidad declarada afecta únicamente a los supuestos en los cuales se acredite que el conductor responde en virtud de culpa relevante.

Como consecuencia de esta sentencia, se ha incorporado al Anexo de la LRCSCVM una explicación para la Tabla V que exceptúa de su aplicación el caso en que se aprecie en la conducta del causante del daño culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada. Se entiende que en este caso el importe de la indemnización vendrá determinado por los perjuicios efectivamente probados, si son superiores.

Se ha planteado la cuestión de si los pronunciamientos de inconstitucionalidad que efectúa el TC, los cuales literalmente sólo afectan al apartado B) de la Tabla V del Anexo, pueden aplicarse a los factores de corrección por perjuicios económicos de las Tablas II y IV, aparentemente idénticos. El TC, cuando se ha planteado la extensión de la doctrina formulada en relación con la Tabla V a las restantes tablas, ha considerado que no cabe la extensión, pues los supuestos de muerte de una persona son muy distintos a los supuestos de lesiones corporales. Esta jurisprudencia constitucional tiene una justificación en que la naturaleza del lucro cesante desde el punto de vista de la imputación objetiva al causante del daño es distinta en el supuesto de la Tabla V, pues se trata de un perjuicio ya producido, frente a los supuestos de las Tablas II y IV, en que se trata de daños futuros que deben ser probados mediante valoraciones de carácter prospectivo, y en que en la Tabla II el perjudicado no es la víctima, sino un perjudicado secundario. Así, el TC rechaza que el resarcimiento de lucro cesante constituya una exigencia constitucional en el ámbito del régimen de responsabilidad civil por daños a las personas producidos en la circulación de vehículos de motor.

La indemnización de lucro cesante en el supuesto de incapacidades permanentes.—La solución a la cuestión relativa a la indemnización del lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en las situaciones de incapacidad permanente, viene facilitada por el tenor literal de las reglas tabulares. La Tabla IV se remite a los elementos correctores del Anexo.1.7 y establece un porcentaje de aumento o de reducción según circunstancias. La intención original del legislador pudo ser la de referirse específicamente a los elementos calificados expresamente como correctores en el Anexo.1.7. Sin embargo, la literalidad del texto va mucho más allá, de tal suerte que una interpretación sistemática obliga a abandonar la intención del legislador y entender que los elementos correctores a que se refiere el citado apartado no pueden ser sólo los expresamente calificados como de aumento o disminución, sino todos los criterios comprendidos en él susceptibles de determinar una corrección de la cuantificación del daño. Por consiguiente, también los fundados en circunstancias excepcionales relacionadas con las circunstancias personales y económicas de la víctima. Apunta el TS una serie de razones para sostener esta interpretación.

La singularidad de la Tabla IV de permitir no solo la disminución, sino también el aumento, y de no establecer limitación cuantitativa alguna en la ponderación del factor de corrección por concurrencia de elementos correctores del Anexo.1.7, en contraposición al principio seguido en las demás Tablas —donde sólo se admite la consideración de elementos de reducción de la indemnización con un límite cuantitativo—, tiene su justificación sistemática en la aplicación del principio de indemnidad total de la víctima de secuelas permanentes, especialmente en los casos de gran invalidez, dada la gravedad de los supuestos y la dificultad de prever con exactitud todas las circunstancias.

En suma, el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente no es susceptible de ser resarcido íntegramente, pero sí de ser compensado proporcionalmente, por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente, cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad, en este caso, de limitarlo a los supuestos de culpa relevante por parte del conductor.

Según el TS, la aplicación del expresado factor de corrección debe sujetarse, además, a los siguientes principios:

a) La determinación del porcentaje de aumento debe hacerse acudiendo analógicamente a la aplicación proporcional de los criterios fijados por las Tablas para situaciones que puedan ser susceptibles de comparación. De esto se sigue que la corrección debe hacerse en proporción al grado de desajuste probado, con un límite máximo admisible.

b) La aplicación del factor de corrección de la Tabla IV sobre elementos correctores para la compensación del lucro cesante ha de entenderse que es compatible con el factor de corrección por perjuicios económicos, en virtud de la regla general sobre compatibilidad de los diversos factores de corrección.

c) El porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente. En la fijación del porcentaje de incremento debe tenerse en cuenta la suma concedida aplicando el

factor de corrección por perjuicios económicos, pues, siendo compatible, se proyecta sobre la misma realidad económica.

d) El porcentaje de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que el Sistema de valoración únicamente permite la aplicación de un factor de corrección por elementos correctores de aumento cuando se trata de lesiones permanentes a las que resulta aplicable la Tabla IV.

Dies a quo de la mora del Consorcio de Compensación de Seguros cuando actúa como organismo de garantía.—El *dies a quo* para el cómputo de los intereses por mora de la aseguradora, en el caso de que resulte obligado el Consorcio de Compensación de Seguros como organismo de garantía, no puede ser el de la fecha de producción del siniestro, sino el momento en que se dirige la reclamación contra él, pues así resulta de una adecuada interpretación de lo dispuesto en el artículo 20.9.º LCS.

Carecería de sentido establecer el nacimiento de la mora con relación al momento de reclamación de la indemnización y excluir la obligación de satisfacer el importe mínimo para después fijar la cuantía de los intereses de demora desde el momento del siniestro. El precepto que establece esta previsión para los aseguradores en general (art. 20.6.º LCS) está en relación con el que fija el momento de nacimiento de la mora respecto de la falta de abono de la indemnización o del importe mínimo desde el momento del siniestro (art. 20.3.º LCS). Se presume que la obligación de indemnizar para el asegurador ordinario surge desde el momento del siniestro en virtud del contrato, salvo circunstancias excepcionales de incumplimiento contractual o desconocimiento por el asegurador (art. 20.6.º II y III LCS). Mientras que, en el caso del Consorcio, la obligación surge *ope legis* con carácter subsidiario para subvenir a situaciones de falta de cobertura por el seguro de suscripción obligatoria, cuya comprobación depende normalmente de circunstancias posteriores al momento del siniestro. Así, cuando el artículo 20.9.º LCS señala que en lo restante será íntegramente aplicable el propio artículo, ello tiene sentido en relación con la cuantía del interés de demora, con el término del plazo para el cómputo de los intereses y con la aplicación al Consorcio de las causas de justificación que excluyen la demora, pero no en cuanto a la determinación del *dies a quo* para el expresado cómputo. (STS de 29 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El demandante, policía municipal, fue golpeado por un automóvil sustraído a su propietario al practicar una detención y sufrió lesiones, de las que tardó en curar 364 días, de los que 264 días estuvo impedido, y secuelas, a consecuencia de las cuales fue declarado en situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. Mediante Auto de 25 de julio de 2000 se fijó como cantidad máxima a reclamar por el actor a cargo del Consorcio de Compensación de Seguros la suma total de 14.420.055 pesetas (1.765.632 pesetas por lesiones, 360.200 pesetas por días de impedimento, y 10.983.009 por incapacidad permanente total, sumas incrementadas en un 10% como factor de corrección). Mediante Auto de 2 de octubre de 2000 se añadió la cantidad de 4.051.492 correspondientes a secuelas. El actor demandó al Consorcio reclamando el importe reflejado en los Autos de fijación

de cantidad máxima y, dado que por sentencia de 4 de octubre de 2000 del Juzgado de lo Social se le reconocía una base reguladora anual de 4.328.396 pesetas con efectos económicos de fecha 1 de febrero de 2000, el lucro cesante derivado de la incapacidad permanente total desde el día 1 de febrero de 2000 hasta la fecha de jubilación, a los 65 años, al ascender la pensión de invalidez únicamente al 55% de la base reguladora.

La sentencia de primera instancia condenó al Consorcio al pago del contravalor en euros de la cantidad de 18.741.547 pesetas, más intereses moratorios del artículo 20 LCS, desde la fecha de la reclamación previa, pero no reconoció indemnización por concepto de lucro cesante.

La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia fundándose en que: 1) el sistema de valoración de los daños corporales derivados de la circulación no autoriza la estimación económica del daño por encima de los límites de las tablas y no es aplicable al caso lo dispuesto en la STC 181/2000 por no concurrir culpa relevante del conductor a tenor de la sentencia penal, del auto de cuantía máxima y de la falta de prueba; 2) los intereses a cargo del Consorcio, actuando como fondo de garantía, sólo corren a partir de la reclamación extrajudicial, conforme al artículo 20.9.º y 6.3.º LCS.

El Tribunal Supremo desestima el recurso al entender inaplicable a los supuestos de incapacidad permanente la doctrina de inconstitucionalidad sentada por el TC para los supuestos de incapacidad temporal. No aplica el factor de corrección de la Tabla IV, al no haberse realizado prueba directa sobre la cuantía del lucro cesante. (S. L. M.)

54. Culpa extracontractual: colisión de ciclomotor con camión detenido en autovía: recargo por demora de la aseguradora.—Según la jurisprudencia de esta Sala, superado el viejo aforismo *in illiquis non fit mora*, debe excluirse la mora de la aseguradora únicamente 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 certidumbre no resulte despejada por la resolución judicial (SSTS de 12 de marzo de 2001, 9 de marzo y 11 de diciembre de 2006, 7 de febrero y 13 de junio de 2007, 7 de mayo y 4 de julio de 2008).

Por el contrario, carece de justificación la mera oposición al pago frente a la reclamación por el asegurado o perjudicado aunque se formule en un proceso judicial, pues la razón del mandato legal radica no sólo en evitar el perjuicio para el asegurado o perjudicado que deriva del retraso en el abono de la indemnización, sino también en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la expresada obligación. Por tanto, si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso para vencer la oposición de la aseguradora, se hace necesario examinar la fundamentación de la misma partiendo de las apreciaciones realizadas por el tribunal de instancia.

La aplicación de esta doctrina al caso conduce a apreciar la vulneración que se denuncia, pues no puede considerarse justificada la negativa de la aseguradora a cumplir con su deber de satisfacer la prestación frente al

perjudicado cuando es un hecho probado que tuvo conocimiento del accidente y de sus lesivas consecuencias para la actora a los pocos días de ocurrir aquél, mediante su personación en las actuaciones penales incoadas en virtud de atestado de la Guardia Civil, y posterior seguimiento del curso evolutivo de las lesiones, e igualmente que del atestado resultaba con claridad la implicación de dos vehículos, uno de los cuales, la motocicleta en que viajaba la actora como ocupante, era conducida por quien tenía cubierta su responsabilidad civil frente a terceros dentro de los límites del seguro obligatorio mediante póliza suscrita, a cuya responsabilidad apuntaban de manera inequívoca las declaraciones del atestado, al identificar como causa eficiente o principal del siniestro la circulación antirreglamentaria, invadiendo la calzada en sentido contrario, del conductor asegurado en la entidad demandada. Estas circunstancias no eximen a la aseguradora de atender puntualmente a su obligación de indemnizar, sin que la mera diferencia cuantitativa entre suma pedida y concedida pueda justificar la demora. En cuanto al término final del devengo, constando acreditada la fecha de la consignación en el proceso penal, expresándose de forma literal en el resguardo de ingreso que se hace para pago a la perjudicada, es ésta la fecha que debe tomarse en consideración, salvo que la cantidad resulte inferior al abono de los intereses legales desde la interposición de la demanda con el fin de evitar que pueda producirse un efecto del recurso en perjuicio del recurrente. Habiendo sido anulada la s. recurrida en cuanto a los intereses de demora, el importe de la condena que excede de la cantidad en su día consignada devengará a partir de la sentencia de casación los intereses procesales del art. 576 Lec.

Cuantía de la indemnización: daños morales complementarios: secuelas: doble profesión no probada.—Según la jurisprudencia (por todas, SSTs de 13 y 21 octubre 2009) la casación no es una tercera instancia, ni permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia en el ejercicio de una competencia que le es propia. No puede utilizarse la casación para instar una revisión de los hechos declarados probados, ni puede fundarse el recurso en la infracción de una norma que presuponga la alteración de los hechos declarados probados. En consonancia con ello, la posibilidad de revisión de la cuantía de la indemnización sólo es posible respecto a las bases en que se asienta, o cuando existe una irrazonable desproporción. En materia de valoración de daños causados en accidente de circulación no es posible en casación, como regla general, revisar la ponderación de la cuantía realizada por el tribunal de instancia dentro de los márgenes establecidos por la ley. Tampoco puede fundarse en la comparación argumental entre los razonamientos de la s. del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial por cuanto que la sentencia recurrida en casación es esta última.

En cuanto a los daños morales complementarios, una vez alcanzada la puntuación total de 93 puntos, la ley permite al órgano judicial rebajarlos en relación con las circunstancias concurrentes, y, en particular, la falta de gravedad extrema de las secuelas, sin que ello pueda revisarse en casación. Tampoco la apreciación de que la lesionada no tenía efectivamente dos ocupaciones habituales (agente comercial y puericultora para la que, en realidad, sólo se estaba preparando) (**STS de 16 de marzo de 2010**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G.G.C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

55. Impugnación de la división de la cosa común cuando no existe un perjuicio en más de la cuarta parte.—Aun cuando no exista perjuicio en más de la cuarta parte y por tanto no proceda la rescisión de la división (artículo 1074 del Código civil), deben aplicarse los principios de igualdad (artículos 406 y 1061 del Código civil) y de la mayor reciprocidad de intereses (artículo 1289 del Código civil y principio según el cual se prohíbe el enriquecimiento injusto). Si bien es cierto que la igualdad en ocasiones no puede ser absoluta, también lo es que ha de ser lo más aproximada posible. Por consiguiente, puede exigirse que se corrijan las operaciones de partición realizadas, con el correspondiente complemento a favor de la parte perjudicada, alcanzando así la mayor igualdad posible entre los lotes. (STS de 2 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Tras la división de la cosa común por escritura pública, los demandantes parecen advertir que habían resultado afectados por un error operado en la partición. En Primera Instancia se estimó la pretensión principal y se rescindió la división por lesión de los demandantes en más de la cuarta parte, pero la Audiencia Provincial, revocando la anterior, estimó tan sólo la condena a los demandados de complemento del lote perjudicado. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación de la sentencia. (C. J. D.)

56. Venta de cosa común. Extensión del poder otorgado por el comunero representante del menor de edad.—Puede interpretarse que el poder otorgado para la venta por uno de los comuneros que, a su vez, es padre de otro de ellos, comprende no sólo su cuota sino la del hijo, si éste es menor de edad. Aunque el artículo 166 del Código civil exige la autorización judicial para la disposición de uno de los bienes del menor, «nada impide otorgar un contrato que la exija antes de obtenerla». (STS de 16 de febrero de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Habiéndose celebrado la venta de un inmueble por los copropietarios del mismo, se discutió si el poder otorgado por uno de ellos para la venta debía referirse exclusivamente a la cuota de la que era propietario o debía entenderse extendido a la cuota de la que su hijo, menor de edad, era titular. El origen del litigio fue la segunda venta del inmueble por los mismos copropietarios a cambio de mejor precio y el ejercicio del derecho de retracto de comuneros ejercitado a continuación por el padre en representación del menor frente al primer comprador. En realidad, al tiempo de celebrarse la primera venta estaba pendiente de concesión la autorización judicial para la enajenación de bienes del menor, pero se le prometía al comprador obtenerla en un breve periodo de tiempo y se acordaba expresamente que el consentimiento prestado era irrevocable. A la demanda de retracto respondió el primer comprador, solicitando que se declarase la validez de la primera compraventa y que el objeto de ésta comprendía todos los derechos sobre la cosa,

incluidas las cuotas del demandante y su hijo (representado). En Primera Instancia se estimó el retracto. La Audiencia Provincial de Zamora estimó el recurso de apelación y declaró no haber lugar al retracto por haber caducado el plazo. En casación se afirma la validez de la primera compraventa, que abarca a la totalidad de los derechos sobre la cosa. (C.J.D.)

57. Propiedad horizontal. Alteración de elementos comunes por el cerramiento metálico de una terraza. Necesidad de consentimiento expreso o tácito de la Comunidad. Existencia de obras anteriores semejantes.—A juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, aunque las terrazas que constituyen una continuación de los pisos y locales puedan ser consideradas como de propiedad privada, al constar su superficie en las escrituras individuales, ello no supone que sus titulares tengan capacidad de disposición sobre las mismas en cuanto a su configuración exterior. No es aceptable su cierre ni la realización de obras que modifiquen su aspecto sin el consentimiento expreso o tácito de la Comunidad.

El hecho de que por otros condueños, incluido el demandante, se hubieran realizado obras semejantes sin el consentimiento de la Junta de Propietarios, no permite entender la existencia de un abuso del derecho en el actor, ni una violación del principio constitucional de igualdad. El propietario que quiera realizar obras semejantes deberá pedir autorización a la Junta invocando la existencia de obras iguales a las pretendidas por él, y en caso de no aceptación de la obra por ésta, podrá impugnar el acuerdo en la vía judicial para que se reconozca su derecho de igualdad frente a los otros propietarios que realizaron las obras (**STS de 3 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—D.^a B. demanda que las obras ejecutadas por D.^a S. en el exterior de la vivienda consistentes fundamentalmente en el cerramiento de la terraza, sean declaradas indebidas y contrarias a los Estatutos de la Comunidad de Propietarios, y que el demandado sea condenado a realizar las obras pertinentes para reponer la terraza a su estado primitivo. Antes de la realización de las obras por el demandado ya se habían producido otros cerramientos similares por otros propietarios del edificio.

La demandada contesta a la demanda oponiéndose a la pretensión de la actora.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estima parcialmente, al considerar que el cierre metálico de la terraza deberá ser retirado, con reposición de la misma a su inicial estado. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (M. I. M. P.)

58. Ejercicio de la facultad de subdivisión: transformación de la ventana de un local comercial del inmueble en puerta, sin contar con la autorización de la comunidad de propietarios.—En aplicación del artículo 7 LPH, no es posible identificar los locales de negocio con los pisos y

así, aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, donde cualquier modificación puede romper la armonía del conjunto, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, tanto en su inicial construcción y acabado, como en cualquier cambio de su configuración o aspecto externo, susceptible de notables transformaciones en atención a la naturaleza de la actividad que se desarrolle en los locales. Todos estos cambios en la fachada están permitidos, siempre que no perjudiquen a otros copropietarios y que la porción utilizada de la misma no sea susceptible de uso o aprovechamiento por el resto de los comuneros. En consecuencia, no precisa autorización la reforma consistente en alargar la ventana hasta el suelo, con la supresión del escalón y la instalación de una puerta, por no suponer perjuicio para la comunidad de propietarios o los comuneros, que merezca ser protegido. **(STS de 11 de febrero de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Una asociación propietaria de un local dedicado a la administración de fincas lleva a cabo, sin permiso de la comunidad de propietarios, la obra consistente en convertir en puerta lo que hasta entonces había sido una ventana de la fachada, para poder permitir el acceso directo desde la calle. Por ello, la comunidad de propietarios demanda a la asociación propietaria del mencionado local.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda al considerar que, si bien los estatutos de la comunidad permiten la subdivisión interior de los locales comerciales para constituir otros de aprovechamiento independiente, el artículo 7 LPH no permite la modificación unilateral e incontestada de la fachada, por afectar a un elemento común del inmueble. Posteriormente, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia, al entender que la modificación ejecutada se había realizado al amparo de lo expresado en los estatutos de la comunidad de propietarios, permisivos de la subdivisión de los locales, de modo que la norma aplicable era la del artículo 8 LPH. Al constar en los estatutos la facultad de división, no se precisaba autorización de la misma y, practicada la división, la única forma de hacerla efectiva, consistía en la apertura del local a la vía pública. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. C. M.*)

59. Propiedad intelectual. Reclamación de cánones: interpretación del término «ingresos de explotación» y «subvenciones a la explotación»: cantidades asignadas en distintos conceptos por la Administración y su valoración para el cálculo de los cánones contractualmente debidos.—Si tenemos en cuenta que el elemento interpretativo contractual de carácter gramatical resulta claramente insuficiente, pues más allá de que el término «subvenciones» se refiere a ayudas y «para la explotación» al desarrollo de la actividad propia de la televisión, deviene de notable importancia para resolver la controversia atender a cual fue la verdadera voluntad e intención de los contratantes. Es razonable pensar que lo que se tomó en cuenta al celebrar el contrato era un concepto compensatorio del déficit para

hacer factible la adecuada explotación. Si la función económico social del contrato es la remuneración (por una suma que no responde a una cantidad fija) por la utilización de unas obras de propiedad intelectual, no resulta conforme al equilibrio contractual que por un mero cambio de denominación de uno de los conceptos tomados en cuenta para determinar el canon pueda reducirse notoriamente el contenido económico para una de las partes. La postura de la demandada vulnera los preceptos expresados (arts. 1281.II, 1282, 1258, 1285, 1283 y 1284 CC), además de afectar a la reciprocidad de los intereses (art. 1.289 CC), y ha sido correctamente calificada por la recurrente como de fraude contractual, porque se defrauda la previsión del contrato cuando se rompe de forma manifiesta el equilibrio económico aprovechando hechos circunstanciales ajenos a la parte perjudicada que, dada la imprevisibilidad, no le puede ser exigido haber adoptado una cláusula de salvaguarda.

Caducidad convencional: cómputo.—La cláusula controvertida establece que «la Entidad [TVAM] podrá solicitar a AGEDI la práctica de la comprobación de la liquidación-resumen anual y AGEDI deberá iniciarla dentro de los seis meses siguientes al recibo de la solicitud, so pena de caducidad de su facultad de comprobación». La cláusula suscita, en primer lugar, un problema de interpretación. Y una interpretación rigurosamente literal resulta insuficiente porque nos hallamos ante una estipulación extravagante. En la normalidad de las cosas, lo natural es entender que la comunicación de la liquidación es actuación suficiente para que la entidad que la recibe realice la comprobación, pidiendo, en su caso, las aclaraciones oportunas. Es lógico estimar que dicha actuación supone, al menos implícitamente, la intimación, y opera como inicio del cómputo del plazo de caducidad convencional. Con ello no pierde sentido la cláusula, pues lo importante es disponer de un plazo para efectuar la comprobación y reclamación correspondiente, y menos sentido tiene, en todo caso, pretender una facultad indefinida de comprobación en tanto no se produzca la específica solicitud de comprobación por la entidad deudora.

Intereses moratorios. *In illiquidis non fit mora*: nueva concepción jurisprudencial de su aplicación.—En materia de esta Sala, especialmente a partir del Acuerdo de Pleno de 20 de diciembre de 2005, ha consolidado una nueva orientación en el sentido de mitigar el automatismo de la regla encarnada en el brocardo «*in illiquidis non fit mora*» sustituyéndola por la del canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia o no de condenar al pago de los intereses y la concreción del «dies a quo» del devengo. Se toman como pautas para ponderar la racionalidad 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 propias del caso (entre otras SSTs 4-06-2006; 8 y 16-11-2007; 3-11-2008; 6-07-2009, y las allí citadas). (STS de 17 de febrero de 2010; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La entidad de gestión AGEDI concluye con la emisora de televisión TVAM un contrato, en virtud del cual la primera autorizaba la utilización de fonogramas en la programación de la segunda, y ésta se obligaba a pagar una cantidad en relación con los «ingresos de explotación», indicándose en el contrato que tendrían esta consideración «las subvenciones que percibiría TVAM con destino a dicha explotación, las cuotas de abonados y los ingresos

de publicidad». Surgidas divergencias entre las partes sobre la determinación de la cantidad a abonar, AGEDI formuló reclamación contra TVAM, habiendo obtenido satisfacción parcialmente en la resolución de primera instancia y en apelación. De tal manera que la discrepancia quedó reducida a dos aspectos: *a)* la procedencia o no de incluir en la base de cálculo del canon las cantidades recibidas en el plazo considerado en concepto de «subvenciones de capital para compensar pérdidas», «contratos programa», «primas de emisión» y «aportación de socio»; y *b)* los intereses pactados (punto 13 cláusula contractual IV). (S. M. S.)

60. Propiedad intelectual. Caducidad convencional del derecho a la reclamación de los cánones devengados: cómputo del plazo; *dies a quo*.—

El apartado 13 del artículo IV del Contrato entre las partes establece que una vez presentadas las liquidaciones anuales, la entidad RAM «podrá solicitar a AGEDI la práctica de la comprobación de la liquidación-resumen anual y AGEDI deberá iniciarla dentro de los seis meses siguientes al recibo de la solicitud, so pena de caducidad de su facultad de comprobación». Dado que no es lógico que en el ámbito jurídico quien realiza la liquidación de lo que adeuda tenga que solicitar explícitamente del acreedor que realice la comprobación para que pueda iniciar el cómputo de caducidad del plazo para ejercitar la facultad de comprobación. Esta rareza, o extravagancia —en el sentido jurídico—, es lo que explica el acierto del juzgador «a quo» de no detener su tarea interpretativa en el examen de la literalidad. Para que el elemento hermenéutico gramatical sea decisivo, y excluyente de los demás, es preciso que el texto de la cláusula sea en su espíritu o en su letra suficientemente claro y expresivo, sin que la claridad y expresividad quepa limitarla a las palabras que integran la frase o inciso, sino que hay que tener en cuenta el contexto en que están insertas e incluso el conjunto contractual. Y supeditar la caducidad al cumplimiento de tal intimación resultaría formalmente desproporcionado y materialmente abusivo.

Concepto «subvenciones de explotación» como integrante de «ingresos de explotación», a efectos del cálculo del canon.—El problema radica en que, primero parcialmente, y posteriormente en su totalidad, las denominadas «subvenciones a la explotación» fueron sustituidos por otros conceptos, también procedentes de la financiación pública, con distinta denominación —«subvenciones de capital destinados a compensar pérdidas», «contratos programa», «aportación de socio», «primas de emisión»—. El Tribunal Supremo, siguiendo los fallos de 12-02-2009 y 17-02-2010, admite que tienen el mismo origen, finalidad y función que las anteriormente denominadas «subvenciones de explotación», sin que el cambio nominativo fuera previsible al tiempo de celebrarse el contrato. Por ello, deben seguir incluyéndose en aras al mantenimiento del equilibrio económico contractual.

Intereses moratorios: *in illiquidis non fit mora*: nueva concepción jurisprudencial de su aplicación.—No procede condenar al pago de los intereses moratorios pactados respecto de las sumas expresadas por aplicación de la moderna doctrina de esta sala en la materia. Especialmente a partir del Acuerdo de Pleno de 20 de diciembre de 2005, el TS ha consolidado una nueva orientación en el sentido de mitigar el automatismo de la regla «*in illiquidis non fit mora*» sustituyéndola, con carácter general, por la del canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la proceden-

cia o no de condenar al pago de los intereses y la concreción del «*dies a quo*» del devengo. Se toman como pautas para ponderar la racionalidad 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 propias del caso). Se atiende, fundamentalmente, dicen las SS. de 20-02 y 24-07-2008, y 25-03 y 16-10-2009, a la certeza de la deuda u obligación aunque se desconociera su cuantía. **(STS de 22 de febrero de 2010; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El proceso versa sobre la reclamación por una entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual (AGEDI) de unas cantidades correspondientes a los años 1995 a 2001 las cuales no se incluyeron en las liquidaciones efectuadas por una entidad de radiodifusión (RAM, S.A.) que se estiman devengadas por la utilización de productos fonográficos en su programación y en virtud de un contrato celebrado el 21 de mayo de 1992 con prórrogas tácitas anuales desde el año 1997.

Las sentencias dictadas en ambas instancias desestiman la demanda formulada por AGEDI. (S. M. S.)

61. Resolución de contrato de servidumbre de paso.—Según lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil, la facultad de resolver las obligaciones por incumplimiento de la parte contraria se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria, lo que determina que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1295 sólo puede llevarse a efecto la resolución «cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviere obligado», devolución que no puede hacerse cuando la cosa o derecho a pasado a pertenecer a terceros.

Legitimación y disponibilidad sobre el objeto de la demanda.—Constituida la servidumbre por contrato queda incorporada como derecho inseparable a la finca a la que activamente pertenece, según el artículo 534 del Código Civil, de modo que si dicha finca pertenece a diferentes dueños, que integran una comunidad, no cabe extinguir la servidumbre sin el concurso de todos ellos pues la acción ejercitada no redundaría en beneficio, sino, por el contrario, en perjuicio de la comunidad. **(STS de 22 de febrero de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La entidad mercantil C, S.L., interpuso demanda contra la entidad PIA, S.A., solicitando la resolución por incumplimiento de un contrato voluntario de servidumbre de paso sobre un predio de ésta, por el que se daba paso hacia los sótanos del edificio de la actora que estaban destinados a aparcamiento, y reclamaba, además, diversas cantidades en concepto de daños y perjuicios causados, tales como los importes de las reclamaciones que los compradores de las plazas de garaje le podrían presentar, derivadas de la desaparición del derecho de servidumbre.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron íntegramente la demanda, sin entrar a examinar la procedencia de la acción resolutoria, al apreciar falta de legiti-

mación activa *ad causam*, ya que la parte actora carece de disponibilidad sobre el objeto de la demanda, pues no es la titular única del predio dominante, tras vender varias plazas de garaje a terceros.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial. (*M.R.D.R.*)

62. Retracto de colindantes. Falta de acreditación del necesario carácter rústico de la finca sobre la que se pretende ejercitar el retracto. La constancia registral del carácter rústico de la finca no excluye la prueba de que no sea así.—El Tribunal Supremo, tras declarar que el retracto de colindantes requiere como presupuesto esencial que la finca que se pretende retraer sea rústica, recoge los criterios que distinguen a las de tal carácter. El predio rústico se diferencia fundamentalmente del urbano: a) por su situación o emplazamiento en el campo o en la población. b) por el aprovechamiento o destino —explotación agrícola, pecuaria o forestal, frente a vivienda, industria o comercio—. c) por la preponderancia de uno de estos elementos, si ambos concurren en un mismo predio, o por la relación de dependencia que entre ellos exista, como principal el uno y accesorio el otro. Como el destino de la finca que se pretende retraer ha sido el de servir de vivienda al anterior titular y, posteriormente, a la demandada que en ella han situado su residencia, dicha finca carece del pretendido carácter rústico.

Aunque la finca tenga la consideración de rústica en el Registro de la Propiedad, la presunción de exactitud registral no alcanza a los datos de hecho que se recogen en la inscripción, por lo que la constancia registral del carácter de finca rústica, a los efectos del retracto, no excluye la prueba de que no sea así. (**STS de 26 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La Sociedad H.R.C.V., S.L., ejercita el retracto de colindantes frente a D.^a C., adquirente de la finca que se pretende retraer. Resulta probado que, aunque en el Registro aparece calificada como rústica, la finca objeto del retracto constituía la vivienda del transmitente de la misma y que tras su adquisición la demandada también había establecido en ella su residencia.

La demandada contesta a la demanda oponiéndose a la pretensión de la actora.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, condena a expedir escritura de adjudicación a favor de la entidad demandante, por entender que se daban todos los presupuestos del retracto de colindantes, esencialmente el plazo de ejercicio de la acción y el carácter rústico de la finca sobre la que se ejercitaba. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial lo estima y revoca la sentencia dictada en primera instancia, al considerar que había transcurrido el plazo de caducidad de nueve días a contar desde la inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad y que la finca no tenía la naturaleza rústica exigible al servir de vivienda al anterior titular y a la demandada. El Tribunal Supremo al apreciar la falta del carácter rústico de la finca en cuestión, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (*M. I. M. P.*)

DERECHO DE FAMILIA

63. Matrimonio: divorcio: uso de la vivienda familiar que pertenece proindiviso al cónyuge no titular y a su hermana: precario: desahucio: efectos de la sentencia de divorcio para terceros: casuística: doctrina general.—A partir de las SSTs de 30 junio y 22 octubre 2009, se ha abandonado la anterior doctrina jurisprudencial y, en su lugar, se ha declarado que *la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, como vivienda familiar, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial*. Pero en la realidad se están planteando supuestos más complejos que los que inicialmente llegaban a los Tribunales.

Deben tenerse en cuenta dos tipos de situaciones, al margen de las previstas en el pár. 1.º del art. 96 CC: 1.º Cuando un cónyuge es propietario único de la vivienda familiar, o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria o se trate de un bien ganancial; en tales casos no se produce el problema del precario porque el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de separación o divorcio, por lo cual se debe mantener al cónyuge en la posesión única acordada bien en el convenio regulador, bien en la sentencia. 2.º Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario; el tema debe enfocarse desde el punto de vista del derecho de propiedad o del derecho de familia, solución mantenida por la jurisprudencia desde la STS de 26 de diciembre de 2005.

El CC no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán que se ha decantado por configurar el derecho del uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad. El art. 96 CC se limita a resolver la atribución del uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuye la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho, y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusivo del titular o copropiedad con el cónyuge usuario.

La falta de calificación jurídica del derecho de uso establecido en el art. 96 CC empezó a generar problemas interpretativos cuando el titular del arrendamiento era el cónyuge que había perdido la posesión, por lo que después de las SSTs 135/1986, 126 y 159/1989, el art. 15.2 LAU 1994 estableció que en el caso de atribución del uso al cónyuge en virtud de lo dispuesto en el art. 96 CC, éste debe notificarlo al arrendador, a los efectos de la subrogación.

Cuestión distinta es la posición de terceros adquirentes de la vivienda familiar que obliga a distinguir distintas situaciones:

1.^a El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos

casos esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta subsiguiente a la acción de división (SSTS de 27 de diciembre de 1999, 4 de diciembre de 2000, 28 de marzo de 2003 y 8 de mayo de 2006, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda y se basan en la buena fe de las relaciones entre cónyuges o ex-cónyuges. Es por ello que la DGRN ha considerado que el derecho de los hijos no tiene naturaleza real, sino que son solo beneficiarios.

2.^a Si un tercero es el propietario y ha cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges mediante un contrato, que puede ser anterior al matrimonio o durante el mismo, una vez atribuida la vivienda al cónyuge no contratante, éste no se subroga en la misma relación que ligaba al cónyuge contratante con el propietario, porque el juez no puede crear un título que altere las relaciones existentes entre las partes. La relación contractual no continua con el cónyuge no contratante (STS de 3 de abril 2 de 2009). Por ello, matizando la anterior jurisprudencia debe señalarse que aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero tenga naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro cónyuge, que sea atributivo del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial. Lo confirma el art. 15 LAU 1994 que permite que se produzca subrogación, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el pár. 2.º.

3.^a Cuando el tercer propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio (SSTS 26 de diciembre de 2005, 30 de octubre, y 13 y 14 de noviembre de 2008, y 30 de junio de 2009).

4.^a En el presente caso, la vivienda pertenecía en copropiedad a los hermanos Gabriel y Amparo, y ésta lo cedió a su hermano al contraer matrimonio, y aunque la copropiedad es la única excepción al art. 445 CC según la cual la posesión como hecho no puede reconocerse en dos personalidades distintas, ello no excluye la existencia de precario cuando se haya cedido dicha posesión por parte de uno de los copropietarios sin contraprestación o a título gratuito y de favor. En consecuencia, Marta, esposa de Gabriel, a quien la sentencia matrimonial le adjudicó la vivienda familiar, carece de título que la legitime para seguir ostentando la posesión de la vivienda por existir una situación de precario. Por su parte, Amparo está legitimada para ejercitar la acción de desahucio porque todo comunero puede ejercitar las acciones que sean favorables a la comunidad (STS de 18 de enero de 2010: no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

NOTA.—Sentencia docta sobre cuestión ampliamente controvertida, dictada por el Pleno de la Sala 1.^a, con voto particular de los Magistrados Excmo. Sres. Xavier O'Callaghan Muñoz y Antonio Salas Carceller, cuya argumentación se resume así: «Entendemos que no hay precario. La vivienda era propiedad del esposo y su hermana. Como copropietarios tienen el uso (art. 394 CC) solidario de la cosa común; cada uno la puede utilizar sin perjudicar al otro o a los otros copropietarios, pudiendo mediar acuerdo entre ellos sobre el uso. Esto es lo que ocurrió en el presente caso: la copropietaria, hermana del esposo, acordó con éste que la vivienda

sería utilizada por el matrimonio. Producida la separación conyugal y atribuido el uso de la vivienda a la esposa, tal atribución no se basa en un precario, sino en una copropiedad con uso convenido entre los copropietarios y uso ahora atribuido judicialmente. No hay precario alguno. El título de la esposa, como título judicial, se basa en el título de propiedad del esposo, copropiedad compartida con su hermana con la cual acordaron que el uso sería del matrimonio. En consecuencia, no debe prosperar el desahucio, sin perjuicio de los derechos que puedan hacer valer entre sí los hermanos copropietarios».

El anotador declara que le convence más la argumentación del voto particular. No es infrecuente que tanto el TC y el TS aludan en estos supuestos a la protección constitucional de la familia (art. 39.1 CE) y al derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada (art. 47.1 CE), que aunque sólo se consideren principios económicos y sociales de la legislación permiten, al menos, resolver dudas interpretativas. Se trata, en último término, de cuestiones abiertas sobre las cuales la jurisprudencia no ha dicho todavía la última palabra. No parece que pueda existir, en este punto, una normativa tan dispar en el derecho catalán y en el del CC como trata de resaltar la s. extractada (*G.G.C.*)

64. Procesos matrimoniales: posibilidad de convertir los alimentos acordados en la separación en pensión compensatoria por divorcio: doctrina jurisprudencial.—Deben recordarse los siguientes extremos:

1.º) Esta Sala ha entendido que el desequilibrio económico que da lugar a la pensión compensatoria debe haberse producido en el momento de la crisis matrimonial. Así la STS de 3 de octubre de 2008 dice que es necesariamente al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho y en que cuantía (asimismo la STS del Pleno de 19 de enero de 2010), doctrina que se reitera en esta sentencia.

2.º) Los alimentos y la pensión compensatoria obedecen a finalidades y causas distintas: así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuales son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. No se requiere la prueba de la necesidad (SSTS de 17 de octubre y 21 de noviembre de 2008, y 10 de marzo de 2009, entre otras). Por ello, la pensión por alimentos acordada en el procedimiento de separación no puede sustituirse por una pensión compensatoria.

3.º) Puede haberse pactado una pensión de alimentos para uno de ellos, la cual desaparecerá con el divorcio, a no ser que se haya acordado un contrato de alimentos que los cónyuges pueden pactar, ejercitando su autonomía, al amparo de los arts. 1791 y ss. CC. Pero si no existió desequilibrio en el momento de la ruptura no podrá reclamarse más tarde pensión compensatoria en el divorcio.

4.º) Si uno de los cónyuges se ha reservado el derecho a reclamar pensión compensatoria en un procedimiento posterior —como ocurre en este caso—, o si se produce un pacto sobre alimentos, tal pacto puede ocultar el desequilibrio ya existente, que se va a poner de relieve con toda

crudeza cuando se extinga dicho derecho. Por tanto, no se trata de que el desequilibrio se produzca por la pérdida del derecho a los alimentos, sino que existiendo ya en el momento de la separación, había quedado oculto por el pacto de alimentos. Debe confirmarse la doctrina de esta Sala según la cual el desequilibrio necesario para que nazca el derecho a reclamar la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura y no deben tenerse en cuenta los hechos que haya tenido lugar entre la separación y el divorcio.

5.º) A los efectos de determinar la existencia del desequilibrio, en el momento de la ruptura deben aplicarse los parámetros recogidos en STS de 19 de enero de 2010.

6.º) Es válido el pacto entre los cónyuges en cuya virtud la esposa se reservó el derecho a reclamar la pensión compensatoria en un procedimiento posterior, puesto que estaba ejerciendo su derecho a reclamarla y más teniendo en cuenta que recibía alimentos de su marido. Es renunciable el derecho a solicitar la pensión compensatoria, y de derecho dispositivo y no puede negarse que fue ejercido por la esposa cuando en la separación decidió reservarlo para reclamarlo posteriormente.

7.º) Procede declarar como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que genera el derecho a pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura, aunque se acuerde el pago de alimentos a uno de los cónyuges, sin que el momento del divorcio permita examinar de nuevo la concurrencia o no del desequilibrio y sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener aquélla. (**STS de 9 de febrero de 2010**; ha lugar.) (Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.)

NOTA.—El recurso se basa en el interés casacional al existir jurisprudencia contradictoria de la AA.PP. sobre el tema. La doctrina parece estar actualmente de acuerdo en el carácter no alimenticio de la pensión o prestación (*ex post* Ley 2005) compensatoria. Así lo afirma de entrada Lacruz (*Elementos* IV, ed. 2002, a cargo de Rams Albesa, pág. 113: «la prestación impuesta por este precepto no es ni indemnizatoria por la ruptura, ni alimentaria»). Y también lo reconoce Martínez de Aguirre (*Curso, IV, Derecho de familia*, 2007, pág. 187: «está claro que la compensación no tiene carácter alimentario, no procede de una eventual subsistencia de la obligación de alimentos tras el divorcio, pero tampoco se identifica con la obligación de alimentos subsistente entre los cónyuges separados»). Todo ello sin perjuicio de las críticas que ambos autores dirigen a la regulación legal de la figura con base en otros argumentos que aquí no procede invocar. La s. extractada parece dejar a salvo la subsistencia de los efectos de un contrato de alimentos entre los cónyuges *ex arts.* 1791 y ss. CC, incluso aunque ulteriormente medie divorcio entre ellos. Pero tal pacto no parece ser de uso frecuente en la actualidad entre cónyuges en conflicto, a diferencia de las renunciaciones pactadas anticipadamente, de importación norteamericana que han merecido amplia atención por parte de la doctrina y hasta por algún legislador autonómico. El tratamiento de la reserva del derecho a pensión compensatoria que aquí se ha hecho, parece correcto y ha servido al TS para encontrar una solución equitativa en el caso eludiendo las even-

tuales consecuencias que podrían derivarse de una radical incompatibilidad entre la prestación alimenticia y la compensatoria en caso de divorcio (*G. G. C.*)

65. Separación matrimonial: pensión compensatoria: criterios interpretativos: desequilibrio patrimonial.—La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración a las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso su situación anterior al matrimonio para poder determinar si ésta ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el art. 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia; y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal.

Aplicando estos criterios al caso, debe decidirse por confirmar la sentencia recurrida y negar la pensión compensatoria solicitada por la recurrente en reconvencción, con base en los siguientes argumentos:

1.º La recurrente no ha sufrido ningún perjuicio por el hecho de haber contraído matrimonio, ya que su capacidad de trabajo se ha mantenido intacta a lo largo del mismo, tal como lo demuestra su hoja laboral; 2.º La dedicación a la familia no le ha impedido trabajar cuando así lo ha considerado conveniente o cuando ha encontrado oportunidades laborales en el mercado de trabajo; 3.º, el régimen ha sido el de gananciales, lo que ha permitido que tuvieran lugar las transferencias económicas equilibradoras consiguientes entre los patrimonios de los esposos, de modo que los dos inmuebles de que son titulares lo son por mitad; 4.º El divorcio no le ha ocasionado ninguna pérdida en su capacidad laboral pues se encuentra en la misma situación en que se hallaba durante el matrimonio; y 5.º El derecho a la pensión compensatoria no es un derecho de alimentos, sino que está basado en la existencia de desequilibrio vinculado a la ruptura por lo que debe demostrarse este elemento y es irrelevante la concurrencia de necesidad.

Se declara como doctrina jurisprudencial que para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta básicamente y, entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio (**STS de 19 de enero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

NOTA.—Después de las Leyes matrimoniales de 2005 parece que una de las cuestiones más debatidas en las crisis matrimoniales va a consistir en la existencia misma, la cuantía y su duración,

de la pensión o prestación compensatoria, siendo dictada esta s. extractada por nueve magistrados lo que puede considerarse pronunciada en pleno y con propósito de fijación de doctrina legal. El supuesto, hasta cierto punto resulta sencillo: Matrimonio de larga duración (celebrado en 1969), sin hijos, bajo el régimen de gananciales, en la ruptura marido con modesta pensión mensual por incapacidad permanente (de 944,20 euros) y mujer carente de ingresos aunque con variada y persistente actividad laboral durante la unión, que solicita, por vía de reconversión en proceso de separación, pensión compensatoria en cuantía de la mitad de la percibida por el marido. Mientras el Juzgado de Primera Instancia en 2004 accede a este punto, la Audiencia Provincial en 2005, lo deniega argumentando que la hoja de la vida laboral de la mujer llega hasta mayo de 2003, y de existir en el caso desequilibrio la causa directa, eficiente y determinante *per se*, no es el cese de la convivencia por causa de la separación, sino por las vicisitudes laborales de la esposa, a las que no ampara el art. 97 CC, en tanto que la percepción del marido proviene de una pensión por incapacidad permanente total en cantidad simplemente digna para atender a sus propias necesidades frente a la esposa que no consta padezca enfermedad o secuela invalidante; la pensión compensatoria no es mecanismo igualador de economías dispares, y de existir hipotéticamente desequilibrio, la causa determinante no sería el cese de la convivencia por la separación matrimonial sino por la situación laboral de la esposa que ha quedado demostrado y admitido que conoce ampliamente el mundo laboral.

La s. extractada (cuya doctrina la STS de 9 de febrero de 2010 considera punto clave de hermenéutica), al rechazar el recurso de casación, confirma el fallo de la Audiencia Provincial, lo que necesariamente no implica aceptar *in complexu* la argumentación de esta última, pero resulta que alguno de los argumentos un tanto sorprendentes de la Sala 1.^a han obligado a ésta a emplear razones no menos inhabituales; así el FD6.^a alude literalmente a que *la pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges*. Y aunque ello pudiera parecer una errata de redacción (bastaría introducir *la ruptura* de la convivencia, para hacer más comprensible la frase transcrita), sucede que el FD7.^o vuelve a insistir en que *la recurrente no ha sufrido ningún perjuicio por el hecho de haber contraído matrimonio*. Así resulta que para saber si procede pensión hay que remontarse incluso al periodo anterior al matrimonio, no bastando con saber si el desequilibrio se ha producido al tiempo de la ruptura. Parece un tanto singular que al casarse los cónyuges tengan que declarar sobre si el matrimonio va a traducirse en ganancia o pérdida patrimonial para ambos o para alguno de ellos (¿no suele decirse que los casados *reducen* gastos al hacer vida común?). Aquel argumento tendría alguna mayor fuerza si hubiera regido la separación de bienes o la participación en las ganancias. En el caso concreto la negativa a pensión se basa, más bien, en razones de equidad dada la modestia del único ingreso de la pareja todavía unida en matrimonio. ¿Obliga la ley siempre a compartir la

pobreza? ¿tendría apoyo legal la esposa para solicitar alimentos?
(G. G. C.)

66. Unión de hecho: doctrina jurisprudencial.—Sobre la unión de hecho o matrimonio de hecho o convivencia *more uxorio* no hay discusión jurisprudencial: Es la convivencia con análoga afectividad a la matrimonial, sin la celebración formal del matrimonio, que no es antijurídica, sino extrajurídica, y produce o puede producir efectos personales, económicos o de filiación. La jurisprudencia ha mantenido la no aplicación de la normativa sobre el matrimonio, pero sí la apreciación de una comunidad de bienes siempre que se deduzca de la voluntad de los convivientes y la protección a la parte más débil de la relación evitando injustos perjuicios. Así la STS de 17 de enero de 2003 contempla el caso de una larga convivencia, tras la que se reconoce a la mujer una parte de los bienes que se habían adquirido durante la vida en común. Pero no es éste el caso presente. Según los hechos probados, la convivencia originada aproximadamente en 1997, con intermitencias y separaciones, y nacimiento de un hijo común, no llegó a constituir una comunidad económica, y se extinguió firmando un documento privado el 10 abril 2001, en el que reconocen la imposibilidad de continuar la vida en común, antes de la adquisición de aquel boleto comprado con dinero exclusivo del demandado; cuando el 12 mayo 2001 recayó el premio de 791.697.961 pts. ya no había convivencia, ni comunidad, ni atisbo alguno de una participación por parte de la mujer.

Efectos de la ruptura consensuada: no ha lugar a repartir un premio de la Lotería Primitiva del que resultó agraciado uno de los miembros después de consumada la ruptura.—En caso de matrimonio regido por la sociedad de gananciales, las ganancias obtenidas en el juego son bienes gananciales, como lo declaró la STS de 22 de diciembre de 2000; pero en caso de unión de hecho tan sólo sería común si se acreditaba la existencia de una comunidad de bienes, y en el presente caso no se acreditó tal comunidad cuando había convivencia y, además, cuando se obtuvo la ganancia no había ya ni siquiera convivencia. El documento de 10 de abril de 2001 es tajante a este respecto al establecer domicilios independientes, reconociendo cada uno la vida privada del otro, y además se ha decidido romper toda relación económica al pactar que se dan por zanjadas todas las cuestiones económicas.

Defecto del recurso.—Como dijo la STS de 30 de septiembre de 2009, el recurso evidencia una petición de principio al pretender que esta Sala se constituya en Sala de instancia, entrando a valorar nuevamente la prueba, lo cual está vedado al recurso de casación en el que no cabe *hacer supuesto de la cuestión*, y no respetar los hechos probados y las determinaciones de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia, o soslayar los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con aquéllos.

Enriquecimiento injusto.—Su alegación no es aceptable en este recurso de casación ya que no fue la *actio petendi* ejercitada ni se alegó como fundamento de la demanda. Lo menciona la s. de apelación porque fue invocado por el demandado al recurrir contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que le condenó a compartir por mitad el premio de la Primitiva. A mayor abundamiento, no cabe apreciar un enriquecimiento injusto en la obtención de un premio de lotería por quien había sido su pareja de hecho y

ya no lo era al tiempo del premio, y con el cual nunca había llegado a formar una comunidad de bienes (**STS de 4 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar por más que resultan llamativos los hechos básicos cuando la veleidosa fortuna se hace presente al agraciar al varón con un premio de la Primitiva cuya cuantía se acerca a los 800 millones de la antiguas pts. transcurridos un mes y dos días después de romper definitivamente, con ciertas formalidades documentales, una unión de hecho poco consolidada, al parecer, —pese al nacimiento de un hijo común— y que apenas había durado cuatro años. El triunfo de la mujer en primera instancia —cuya argumentación no se transcribe—, condenando al varón a la entrega de la mitad del premio, alentaría, sin duda, las expectativas de aquélla. Pero en un plazo inferior a seis años se han desvanecido con una contundente s. de la Sala 1.ª, confirmando la de la Audiencia Provincial, que parece irrefutable. Cabe preguntarse si, de no haber mediado la ruptura formal ¿se hubieran repartido, de hecho, el premio ambos miembros de la pareja? ¿hubiera servido para consolidar la unión? En todo caso, la situación económica del hijo común podría beneficiarse indirectamente del premio, por la vía de la reclamación de alimentos al padre mejorado de fortuna, si lo ha reconocido, aunque este tema no se discute. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

67. Sucesión en bienes troncales: causante que ha perdido la vecindad vizcaína: ley aplicable.—El hecho de que la ley aplicable a la sucesión sea el Derecho común en virtud de la vecindad civil del causante, de acuerdo con los arts. 9.1 y 16 CC, no excluye los derechos derivados de la troncalidad reconocidos en la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco. La troncalidad vincula los bienes al tronco familiar del que proceden limitando su transmisión por actos *inter vivos* y *mortis causa*. De acuerdo con esta naturaleza, el régimen de derechos que derivan de la troncalidad constituye una limitación al Derecho aplicable con carácter general a las transmisiones que se produzcan sobre tales bienes. Si se trata de transmisiones *mortis causa*, la troncalidad constituye una limitación al Derecho aplicable a la sucesión.

Este principio se halla reflejado en el art. 23 LDCFPV, en el que se apoya la s. recurrida, el cual, después de establecer que los derechos y obligaciones de la troncalidad corresponden a todos los que tengan vecindad civil en Vizcaya, añade que por esencia de la troncalidad, la pérdida de la vecindad vizcaína no supone restricción alguna en los derechos y deberes de cualquier naturaleza derivados de la misma. En efecto, siendo la vecindad civil del causante el criterio determinante del régimen de sucesiones, este precepto comporta que la troncalidad operará como excepción cuando resulte aplicable el Derecho común a una sucesión por haber perdido el causante la vecindad civil vizcaína, siempre que concurren los restantes requisitos para la

efectividad de los derechos y deberes derivados de la troncalidad. Por derechos y deberes deben entenderse las limitaciones impuestas por el principio de troncalidad y la facultad de exigir su efectividad por los legitimados.

En el caso examinado no se discute en casación que el bien inmueble objeto del proceso tiene carácter troncal desde el punto de vista objetivo; la sucesión del causante se rige por el Derecho común, pero los bienes del patrimonio hereditario de carácter troncal siguen afectos a los derechos y deberes derivados de la troncalidad, dado que el causante tenía originariamente vecindad civil vizcaína y estos derechos y deberes no se extinguieron por la pérdida de dicha vecindad; no es aceptable la afirmación de la parte recurrente de que no se ha probado la vecindad civil vizcaína, al menos originaria, de quienes hacen valer sus derechos troncales, pues la s. recurrida declara probada esta vecindad de acuerdo con los documentos presentados con la demanda; no afecta a esta afirmación la afirmación de la s. de que la excepción de falta de legitimación activa debía desestimarse por no haberse planteado en la primera instancia; el carácter erróneo de esta afirmación no empeece la certeza de la conclusión ni del argumento en que principalmente se apoya (**STS de 11 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G. G. C.*)

68. Testamento: nulidad de cláusulas: incongruencia *extra petita*.—Como dice la STC 194/205, de 18 de julio, se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones; conceptos reiterados por esta Sala en SSTs de 13 de mayo de 2002, 29 de septiembre y 17 de noviembre de 2006. En el presente caso la acción va dirigida a la nulidad o ineficacia de sendas cláusulas testamentarias, y, sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial no entra en la cuestión, sino que resuelve sobre la existencia de una deuda y sobre la imputación de la donación (en la que, además, yerra, porque el que fue donatario es ahora heredero universal), extremos que no fueron objeto de la litis. Se ha infringido el art. 218.1 Lec. y el art. 120.1 CE.

Legado de liberación en pago de legítima.—Estimado el recurso procede entrar en el análisis de las acciones ejercitadas, y la primera de ellas se refiere a la nulidad de la cláusula 4.^a del testamento, la cual no es inválida ni ineficaz, al no contravenir norma alguna, ni es un caso expresamente previsto en el CC. Es un caso de atribución, como pago de la legítima, mediante un legado de liberación, observándose el art. 815 CC; es decir, que la deuda realmente existe o que sea inferior, supuesto que contempla el art. 870 CC al establecer que tal legado sólo surtirá efecto en la parte del crédito o de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador. Lo cual no ha sido objeto del presente proceso, y por ello al resolverlo la sentencia de instancia se ha declarado incongruente. La deuda existió, lo cual es reconocido por todos; la parte que esté subsistente se puede discutir y asimismo se puede discutir si la legítima estricta del demandante ha sido perjudicada o si es inoficiosa la donación, pero ello se hará en la partición de la herencia, o en la acción declarativa que corresponda, pero no es objeto de la litis. Por ello se desestima la demanda en este primer extremo.

Cálculo de la legítima: Cómputo de donaciones: no hay colación.—El segundo punto objeto de proceso es la acción de nulidad de la cláusula 6.^o del testamento en cuanto el padre ordena que no se tome en consideración a nin-

gún efecto de su sucesión, la donación de un inmueble que le había hecho a su hijo heredero universal. Este extremo debe ser estimado, no ya en la forma incongruente que ha hecho la s. de instancia, sino como contravención a la indisponibilidad de la legítima y a la norma imperativa de los arts. 813 y 818 CC. En efecto, la donación *inter vivos* se tomará en consideración, por más que lo quiera evitar el causante, para calcular el *donatum* que, con el *relictum* determina el patrimonio hereditario cuya tercera parte constituye la legítima estricta, que en el presente caso el demandante percibirá en cuantía de la mitad de ese tercio, o sea un sexto de la herencia.

La previsión que pretende imponer el causante no es de dispensa de colación, sino de exclusión total del cómputo de la herencia; aunque se considerara que se trataba de un caso de dispensa, hay que recordar la doctrina jurisprudencial (SSTS de 21 de abril de 1990, 28 de mayo de 2004 y 14 de diciembre de 2005) según la cual todas las donaciones, colacionables o no, deberá incluirse en el cómputo del *donatum* al efecto del cálculo de la legítima. En su consecuencia, se debe declarar la ineficacia de la cláusula sexta por la razón esencial de la falta de poder de disposición del causante sobre la fijación de la legítima y por la imperatividad de las normas que la regulan, y en este único sentido se debe estimar la demanda (**STS de 21 de enero de 2010**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Se presentan con alguna complejidad y cierta oscuridad. En 1991 un padre otorga testamento en favor de sus dos hijos, Carlos José y Enrique, en el que pretextando desafección en el primero desde que contrajo matrimonio, le otorga la legítima estricta, al tiempo que nombra heredero universal al segundo. Su desafección a aquél aparece abiertamente al utilizar la fórmula, un tanto rebuscada, de un legado de liberación para atribuirle la legítima, mientras que su preferencia por el segundo se muestra paladinamente al pretender que no se le compute al calcular la legítima una donación de un piso para lo que invoca un supuesto *animus donandi* del abuelo. Abierta la sucesión del padre surge el inevitable litigio entre los hermanos, no bien planteado procesalmente y peor resuelto en la instancia, que obliga al TS a recordar las nociones elementales sobre el cálculo de la legítima (*G. G. C.*)

DERECHO MERCANTIL

69. Contrato de suministro. Doctrina del *aliud pro alio* y su aplicabilidad a los contratos mercantiles.—En la compraventa mercantil sólo existe el remedio del saneamiento cuando el vendedor ha entregado una mercancía no conforme con la calidad estipulada en el contrato, pues la jurisprudencia admite en relación con los contratos mercantiles el ejercicio de acciones por incumplimiento en caso de entrega de *aliud pro alio* [una cosa por otra]. [...] En la compraventa de cosa genérica la cualidad pactada

determina la individuación de la cosa debida de forma que toda entrega de cosa de menor calidad es un *aliud pro alio*.

La doctrina *aliud pro alio*, aplicable a los contratos mercantiles de suministro [STS de 23 de enero de 2009, RC núm. 1086/2004], es aplicable en los casos en los que el defecto del producto suministrado consiste en un defecto de calidad de suficiente gravedad para poder ser considerado como determinante de un incumplimiento del contrato, pues en este supuesto no estamos en presencia de un vicio oculto en la cosa entregada, sino de un incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato.

Esta Sala, en la jurisprudencia más reciente, viene declarando que la voluntad de incumplimiento se demuestra por la frustración del fin del contrato «sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren [...] las legítimas aspiraciones de la contraparte» [SSTS de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo de 2003, 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 20 de septiembre de 2006, 31 de octubre de 2006 y 22 de diciembre de 2006, entre otras]; y exige simplemente que la conducta del incumplidor sea grave [STS de 13 de mayo de 2004], admitiendo el «incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida [...] la realización del fin del contrato, esto es, la completa y satisfactoria utilización [del bien objeto del mismo...] según los términos convenidos» (STS de 15 de octubre de 2002), cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1 [2. b]), cuando se «priva sustancialmente» al contratante «de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato».

Caducidad de la acción.—Uno de los supuestos de incumplimiento que abren paso a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC, susceptible también de ser contemplado bajo el principio de la identidad e integridad del pago (art. 1166 CC), es el de entrega de cosa distinta o *aliud pro alio*, que se produce cuando el objeto entregado por el vendedor es inhábil para el cumplimiento de su finalidad [SSTS, entre otras, de 26 de octubre de 1987, 29 de abril de 1994, 10 de julio de 2003, 28 de noviembre de 2003, 21 de octubre de 2005, 15 de noviembre de 2005, 14 de febrero de 2007 y 23 de marzo de 2007]. La acción de saneamiento por vicios ocultos no presupone necesariamente un incumplimiento sustancial de la obligación de entrega, pues ésta tiene por objeto la cosa vendida en el estado en que se hallare al tiempo de la perfección del contrato (artículo 1468 I CC) y, en consecuencia, la acción por incumplimiento cuando existe un *aliud pro alio* no está sujeta al plazo de caducidad de las acciones edilicias [SSTS de 10 de mayo de 1995, 30 de noviembre de 1972; 29 de enero de 1983, 23 de marzo de 1983; 20 de febrero de 1884; 12 de febrero de 1988, 2 de septiembre de 1998, 12 de abril de 1993, 14 de octubre de 2000, 28 de noviembre de 2003, 15 de diciembre de 2005]. Mediante esta doctrina se remedian los abusos en que se traduciría la aplicación excluyente de la acción de saneamiento, pues las acciones rehibitoria y *quanti minoris* [en cuanto menos], sujetas al plazo de caducidad establecido en el art. 1486 CC, resultan inaplicables en aquellos supuestos en que la demanda no se dirija a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos, sino las derivadas por defectuoso cumplimiento al haber sido hecha la entrega de cosa distinta o con vicios que hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin a que se destina [STS 29 de septiembre de 2008 RC núm. 3861/2001].

De estos hechos se infiere que no puede aplicarse la caducidad derivada del artículo 336 CCom. La existencia de un grave incumplimiento de carácter doloso de sus obligaciones contractuales por parte de los demandados encaminado a alterar el resultado del reconocimiento lleva consigo que, de acuerdo con los usos comerciales y la buena fe, el examen de la calidad del carbón realizado por la parte actora en condiciones fraudulentas provocadas por la contraparte no pueda considerarse como índice apto para presumir según la ley la aceptación de la calidad del carbón suministrado. (STS de 17 de febrero de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En contrato celebrado entre *U.E.F.* y *A.M.B.*, que tenía por objeto el suministro de carbón, se pactó la calidad del carbón, cifrándose entre otros particulares con un porcentaje de cenizas del 32%. Se indicaba también, en cuanto al precio, que sería el resultante de aplicar la fórmula que en el propio contrato se establecía. Se señalaba que en el caso de que las calidades medias mensuales realmente entregadas no fuesen las mencionadas en el propio contrato, se aplicaría el precio conforme a la fórmula que se establecía, en la que se contemplaba el porcentaje medio de cenizas con un criterio decimal.

La *U.E.F.* ejercitó acción de reclamación de cantidad por importe de 8.002.703,35 euros; más la cantidad de 16.065,27 euros en concepto de gastos, así como los intereses desde la querrela interpuesta. La demanda se dirigía contra *A.M.B.* y subsidiariamente contra *U.M.B.*, perteneciente al mismo grupo económico. En apoyo de sus pretensiones invocó el artículo 1101 CC en relación con el artículo 1124 CC por el doloso incumplimiento por parte de la demandada principal del contrato de suministro de carbón, al haber suministrado la demandada el carbón de forma irregular en su propio beneficio y en perjuicio de la actora. El carbón suministrado tenía un contenido mucho más alto de cenizas y por tanto tenía menor poder calorífico y era un carbón de inferior calidad. A esto se llegó por las maquinaciones, que, en connivencia con empleados de la Eléctrica, dieron lugar a que el fraude no fuera detectado en un principio e indujeron a la actora a abonar mayor precio que el que correspondía a la calidad del carbón realmente suministrado.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, que en consiguiente fue desestimada por la Audiencia Provincial de Madrid. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso entendiendo que el comprador no es árbitro de su exclusiva voluntad de rechazar la mercancía si no se ha probado que ésta es inadmisibles por viciosa. (*M. L. K.*)

70. Contratos de abanderamiento de estaciones de servicio.—En los denominados contratos de abanderamiento de estaciones de servicio la parte demandante es arrendataria de las estaciones de servicio propiedad de la compañía abastecedora en exclusiva de productos petrolíferos, percibiendo ésta una comisión por las ventas. La pretensión de que tales contratos que se estuvieron ejecutando pacíficamente durante la vigencia del Reglamento CEE núm. 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, se transformen

en unos contratos diferentes por aplicación del Reglamento núm. 2790/99, sin pedir la nulidad de los inicialmente celebrados por su incompatibilidad con el art.81 CE es de todo punto inviable porque, como se señaló en las referidas sentencias de esta Sala, ese cambio de régimen no está previsto en los contratos, hasta el punto que en éstos se configura como facultad exclusivamente de la compañía abastecedora, y tampoco es la consecuencia derivada de una contravención del Derecho comunitario, hoy de la Unión, pues la consecuencia procedente sería la nulidad, nunca pedida en la demanda, y no el cambio de régimen o, con más exactitud, la imposición a la demandada-recurrída de un régimen diferente del pactado.

Causas de nulidad. Derecho comunitario.—Lo antedicho no queda desvirtuado ni por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los requisitos para que contratos próximos o similares a los aquí litigiosos queden exentos de la sanción de nulidad prevista en el art. 81 CE (hoy art. 101 TFUE) ni por la jurisprudencia de esta Sala sobre la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas, jurisprudencia esta última invocada en el tercer motivo del recurso, pues la doctrina de esta Sala verdaderamente aplicable al caso es la que en litigios sobre contratos similares a los aquí examinados se muestra contraria a la apreciación de oficio de la nulidad al margen de las pretensiones iniciales de las partes y, más todavía, a que en el recurso de casación se plantee un litigio diferente del planteado en primera instancia [STS 30-6-09 (RJ 2009, 4704), en rec. 369/05, FJ 6.º, que cita las SSTs de 2-6-00 (RJ 2000, 5092), 15-3-06 (RJ 2006, 5612) y 6-10-06 (RJ 2006, 6649)].

La técnica de los Reglamentos de exención por categorías, que obedece a las previsiones del apdo. 3 del art. 81 CE para salvar de la prohibición de su apdo. 1 determinadas categorías de acuerdos por los beneficios generales que pueden reportar, determina la nulidad, conforme al apdo. 2 del mismo artículo, de los acuerdos o contratos que no cumplan las condiciones requeridas para su exención, nulidad que a su vez producirá unas determinadas consecuencias pero no autoriza a los contratantes a invocar ni el Tratado ni los Reglamentos a su conveniencia para modificar contratos vigentes únicamente en lo que les favorezca y, por tanto, rompiendo unilateralmente el equilibrio de intereses presente en el momento de la celebración de esos mismos contratos. (**STS de 24 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La actora pretende que tres contratos consecutivamente celebrados en 9 de mayo de 1989, 1 de agosto de 1989 y 1 de marzo de 1990 sobre otras tantas estaciones de servicio pertenecientes entonces a C. y hoy a la demandada-recurrída BP, los cuales se estuvieron ejecutando pacíficamente durante la vigencia del Reglamento CEE núm. 1984/83 de la Comisión, se transformen en unos contratos diferentes por aplicación del Reglamento núm. 2790/99 pero sin pedir la nulidad de los inicialmente celebrados por su incompatibilidad con el art. 81 CE. Así mismo, la actora pide la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la diferencia global existente entre el precio efectivamente abonado por las estaciones de servicio gestionadas por la actora y la medida de los precios semanales ofrecidos por otros operadores en régimen de compra en firme o reventa a otras estaciones de servicio de similares características

según el número de litros vendidos en cada una de las estaciones de servicio de la demandante desde el 1 de junio de 2000, fecha de entrada en vigor del Reglamento (CE) núm. 2790/99 de la Comisión.

Desestimada la demanda en ambas instancias e interpuesto el recurso de casación por la demandante, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*M. L. K.*)

71. Aplicación analógica de las normas sobre liquidación de contrato de agencia a un contrato de distribución: no procede. Se estima.–

Afirman las mismas en ellos que se ha producido la infracción del artículo 4 CC, al haber aplicado analógicamente la Audiencia Provincial a la liquidación de la relación de distribución las normas sobre régimen jurídico del contrato de agencia (Ley 12/1992, de 27 de mayo). La sentencia de 15-10-2008 puso de manifiesto las diferencias existentes entre los contratos de agencia y distribución, destacadas por la doctrina y la jurisprudencia –«se afirma que, así como el distribuidor compra y revende las mercancías del fabricante por cuenta y en nombre propios, con la ganancia que representa el llamado margen o beneficio comercial, el agente promueve y, en su caso, concluye la venta de los productos del empresario, por cuenta y en nombre del mismo, a cambio de una comisión»–. Precisamente la consecuencia de esas diferencias es la improcedencia de aplicar, de un modo automático, los artículos de la Ley 12/1992 a la liquidación de la relación contractual de distribución, cual si fuera cierta una igualdad jurídica esencial, la cual, como regla, no existe –sentencias de 21-03-2007 y 28-04-2008–. No es, por lo tanto, correcto recurrir a la analogía para aplicar a la liquidación del contrato de distribución las normas de la Ley 12/1992, sin tomar antes en consideración las circunstancias concurrentes en la relación entre las partes y las características del mercado relevante. (**STS de 10 de marzo de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.–La demandante, C.E., S.A., y las demandadas, M.C., S.p.A. y P.C.E., S.L., estaban vinculadas por dos relaciones jurídicas al tiempo de interponer aquella su demanda.

Por virtud de una de dichas relaciones, C.E., S.A. que había sido distribuidora en exclusiva de los productos elaborados por M.C., S.p.A., convino con ésta, el treinta y uno de diciembre de dos mil uno, en extinguir el vínculo contractual de distribución que, durante años, les había unido y en establecer una reglamentación específica para la liquidación del mismo. La otra relación, denominada por las partes de depósito, almacenamiento y distribución de productos, había nacido de un contrato que celebraron, C.E., S.A. y P.C.E. S.L., representada por M.C., S.p.A.

C.E., S.A. alegó en su escrito de demanda que este último contrato, todavía en vigor, no había sido cumplido por ninguna de las demandadas y que ambas se habían beneficiado con el incremento de clientela generado por su actuación de distribuidora en cumplimiento del primer contrato. Con ese antecedente pretendió la condena de las dos demandadas a indemnizarle por «la utilidad o beneficio dejado de percibir» a consecuencia del incumplimiento del contrato de depósito, almacenamiento y distribución,

Las sentencias de ambas instancias estimaron la demanda, en lo sustancial. Ambas demandadas recurren la sentencia de apelación. (S. M. S.)

72. Contrato de distribución comercial. Remuneración de la distribuidora.—Para entrar a resolver el problema planteado debe centrarse la discusión en dos temas que no han sido objeto de este recurso de casación, pero que son indispensables para una correcta resolución del mismo. 1.º Nos encontramos ante un contrato de distribución y no de agencia, por lo que se debe tener en cuenta que la sentencia de 26 de marzo de 2008 en relación con la aplicación analógica de las normas de la ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia al contrato de distribución dice que «son muchas las sentencias de esta misma Sala favorables a la aplicación de tal precepto [art. 28] al contrato de distribución cuando, como en el caso examinado, se declare probada la creación por el distribuidor de una clientela de la que se aprovechará en exclusiva el concedente». Así se ha considerado en la sentencia recurrida, por lo que es procedente examinar cómo debe calcularse el monto de la indemnización por este concepto, que es lo verdaderamente discutido. 2.º La propia sentencia citada, así como la de 27 de noviembre de 2006, entre otras, considera que dicha aplicación analógica se efectúa «no tanto del art. 28 de la Ley de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia cuanto de su idea inspiradora», porque como afirma la sentencia de 15 de enero de 2008, la aplicación analógica del citado art. 28 se realiza «[...] por la gran similitud o identidad de razón entre el contrato de agencia y el de distribución en punto a la aportación de nuevos clientes o el incremento de operaciones por el agente o el concesionario» y más teniendo en cuenta, según la propia sentencia, la relativa frecuencia con que estos contratos se concluyen de forma oral o bien no se ha pactado ninguna regla para la liquidación de las relaciones entre las partes en el momento de la finalización del contrato, como acontece en el presente caso.

En consecuencia, no pueden aplicarse automáticamente al cálculo de la indemnización por clientela las reglas que se entienden infringidas y que se centran en la determinación del sistema de remuneración del agente, contenido en el art. 11 de la citada ley, en el que se prevé o bien una remuneración fija o bien una comisión, puesto que nada de ello concurre en el contrato de distribución. Como afirma la sentencia de 22 de junio de 2007, este tipo de indemnización en los contratos que ahora nos ocupan «constituye una verdadera laguna en la regulación de la extinción de las relaciones de concesión mercantil», que debe resolverse integrando la voluntad de las partes, pero que en el caso de que no exista, «el operador jurídico carece de una respuesta explícita que ha de buscar en último término por medio de la analogía». Dicha sentencia viene a entender que la remuneración en el contrato de distribución vendría constituida por la diferencia del precio de compra y el precio de reventa, que retribuye la concreta operación, dejando aparte el problema del valor de la cartera de clientes que no es objeto de este recurso. Por ello no tiene razón la recurrente cuando pretende que el cálculo debe efectuarse sobre los descuentos que ha realizado la concedente en la venta de cada una de las remesas, sobre lo que se denomina en el peritaje aceptado por ambas partes, como «precio de tarifa» y constituye un sofisma el argumento usado en este motivo relativo a que si se calcula como se está propugnando, se está introduciendo la cuestión de las relaciones del concesionario

con los terceros clientes, porque aquí de lo que se trata es de la remuneración por la creación de clientela, que es precisamente ajena al contrato inicial entre concedente y concesionario o distribuidor. Por todo ello debe aceptarse lo decidido por la Sala sentenciadora en la sentencia recurrida, que coincide, además, con lo dictaminado por el perito, en un peritaje propuesto por una de las partes y aceptado por la demandante. **(STS de 22 de febrero de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—En el marco de un contrato verbal de distribución comercial, HII, S.L. vendía herramientas de corte y otros productos industriales de MI, S.L. —después, KI, S.L.— con carácter preferente a cambio de la obtención de descuentos en la compra para su reventa. MI, S.L. interpuso demanda con la que solicitó la resolución del contrato por considerar que HII, S.L. había distribuido productos de la competencia, así como el pago de una serie de suministros e indemnización del daño producido.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Getxo desestimó la demanda mediante sentencia de 8 de octubre de 2003, tras constatar la inexistencia de exclusiva y que HII, S.L. no había incumplido el contrato. La sentencia estimó la reconvenición formulada por la distribuidora con la que solicitó, entre otros pedimentos, indemnización por clientela. Interpuesto recurso de apelación por parte de KI, S.L., la sentencia de 21 de marzo de 2005 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia lo estimó en parte. A diferencia de la sentencia de 8 de octubre de 2003, la Audiencia Provincial calculó el importe de la indemnización por clientela a partir de la ganancia obtenida por la distribuidora en la reventa de los productos —o margen medio bruto de venta—, en lugar de atender al importe medio anual de las compras realizadas por la misma a la demandante en los últimos cinco años. HII, S.L. recurre en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—Véase el comentario de la sentencia de Ana Tatiana Arroyo Vendrell, CCJC, septiembre-diciembre 2010, vol. 84, 2010, pp. 1817-1832. La autora coincide con el criterio empleado por el Alto Tribunal para calcular el *quantum* de la indemnización por clientela y lamenta que las instancias inferiores no tuvieran en cuenta las características del contrato de distribución en el caso concreto. (*J. M. B. S.*)

73. Contrato de distribución en exclusiva. Indemnización por clientela a la distribuidora. Plazo de prescripción.—Así planteado, el motivo debe ser desestimado porque la jurisprudencia de esta Sala sobre el contrato de distribución no permite la solución propuesta en el motivo. La sentencia de 22 de julio de 2008 consideró que la aplicación analógica del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia como fundamento de una indemnización por clientela al concesionario demandante no era inadecuada, y sin embargo rechazó que la acción para reclamar dicha indemnización estuviera sujeta al plazo de prescripción de un año establecido en el art. 31 de la misma ley, ya que el contrato de concesión era diferente del de agencia y no cabía por ello un «traslado mecánico» de la normativa de éste a aquél, pues otras muchas

sentencias que allí se citan señalan que la indemnización por clientela no es exclusiva del contrato de agencia ya que, según las circunstancias, puede ser apreciada en determinados contratos atípicos. Esta improcedencia de aplicar el referido art. 31 a las acciones indemnizatorias fundadas en un contrato de distribución resulta también de la sentencia del Pleno de los magistrados de esta Sala de 15 de enero de 2008, pues aunque no aborde el problema de la prescripción de las acciones indemnizatorias sí analiza toda la jurisprudencia anterior sobre la indemnización o compensación por clientela en el contrato de distribución para, además de insistir en la improcedencia de una aplicación mimética o automática de la Ley del Contrato de Agencia, acabar declarando que el fundamento de tal compensación o indemnización se encuentra en el art. 1258 CC, de suerte que la aplicación analógica no es tanto la del art. 28 de aquella ley cuanto la de su idea inspiradora, lo que permite atender a unos criterios plasmados normativamente sobre los presupuestos y la cuantificación de dicha indemnización o compensación. En suma, si el contrato de distribución es un contrato nominado pero atípico, no cabe aplicar a las acciones derivadas del mismo un plazo de prescripción establecido por una ley especial para el contrato típico que ésta regula, y en consecuencia el plazo de prescripción de las acciones indemnizatorias derivadas del contrato de distribución no podrá ser otro que el general o residual de quince años establecido en el art. 1964 CC. **(STS de 16 de febrero de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.— M, S.A. vendía barnices y colorantes para el cuidado de madera en exclusiva para las Islas Baleares en el marco de un contrato de distribución por tiempo indefinido. Tras cuatro años de vigencia del contrato, la actividad comercial de M, S.A. fue reemplazada por la actividad de otra sociedad a instancia de la empresa fabricante de los productos, ACI, S.C.A. Al parecer, el administrador de la nueva sociedad era un antiguo comercial —el que tenía una mayor cartera de clientes— que había cesado su relación laboral con la distribuidora. El cese tuvo lugar un mes antes de que la fabricante comunicara a M, S.A. el desistimiento del contrato de distribución.

Frente al desistimiento del contrato sin previo aviso ni justa causa, M, S.A. interpuso demanda con la que solicitó la resolución del contrato y que se condenara a la fabricante, S.C.A., y su filial en España ACE, S.L., al pago de una indemnización por clientela.

La sentencia de 24 de enero de 2005 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Palma de Mallorca estimó la demanda. El Juzgado desestimó la reconvención formulada con la que las demandadas reclamaron que se condenara a la distribuidora al pago de una cantidad por productos suministrados y no pagados. Interpuesto recurso de apelación por parte de las demandadas, la sentencia de 20 de julio de 2005 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Baleares lo estimó parcialmente y condenó a las demandadas al pago de una cantidad inferior. ACI, S.C.A. y ACE, S.L. recurren en casación, entre otros motivos, por entender prescrita la acción de indemnización por clientela ejercitada por la demandante y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. *(J. M. B. S.)*

74. Hipoteca constituida en perjuicio de los acreedores del quebrado: infracción del artículo 878 CCO.—El argumento relativo a que la hipoteca no se constituyó en perjuicio de los acreedores confunde el perjuicio objetivamente causado con la intención de causarlo, siendo el perjuicio exigido por la actual jurisprudencia el objetivo y procediendo por tanto la nulidad cuando los actos impugnados se hubieran realizado «con perjuicio» de los acreedores, el resto de los argumentos no viene sino a corroborar que se intentó beneficiar a un acreedor, I.A.Q., S.A., en detrimento de los demás. El que se intentara continuar la actividad industrial de matadero no excluye que los actos encaminados a tal finalidad perjudicaran al conjunto de los acreedores.

Infracción del artículo 34 LH por haberse acordado la nulidad de hipoteca constituida en garantía del precio de la cesión del crédito pese a la condición de tercero hipotecario de la recurrente: no se aprecia.—junto a la línea rigorista que aplica los efectos de la retroacción de la quiebra en contra de quien adquirió bienes o derechos confiado en la publicidad del Registro de la Propiedad y a su vez inscribió su derecho, existe otra línea, especialmente representada por la STS 14-6-00, favorable a la plena efectividad del art. 34 LH, y otras más recientes, cuyo exponente más destacado es la STS 13-12-05, que considera aplicable el art. 34 LH cuando el titular del derecho inscrito no traiga causa directa del quebrado. Al considerar a I.A.Q., S.A. como acreedora que se coloca «en una posición de ventaja y privilegio al tener garantizado su crédito con una garantía hipotecaria que, de no ser por los efectos de la retroacción antes reseñada, resultaría inatacable para los demás acreedores, mediante una operación que, teniendo como precedente el «negocio interpuesto» de aportación de las fincas a la sociedad, se hace «en beneficio de un acreedor», en detrimento de todos los demás «y en un momento en el que se encontraba en una situación de sobreesimiento general en el cumplimiento de sus obligaciones», siendo el requisito de la buena fe indispensable para gozar de la protección que dispensa el art. 34 LH (STS 17-2-05), resulta además que, dándose con toda evidencia el perjuicio también apreciado por la STS 27-9-07 en la transformación de un crédito ordinario en privilegiado mediante su garantía con hipoteca, en el presente caso el carácter oneroso de la propia hipoteca constituida sobre las fincas queda notablemente desdibujado a la vista de lo que materialmente se acordaba en el negocio formalmente denominado de cesión de crédito, ya que no sólo se estaba garantizando mediante la hipoteca una deuda del quebrado, y no de la sociedad hipotecante, lo que priva de protección al tercero por faltar la onerosidad igualmente exigida por el art. 34 LH, como esta Sala acordó en su sentencia de 24-02-2005, sino que además dicha deuda se decía anterior y, en definitiva, lo que venía a garantizarse no era sino el mero aplazamiento parcial de su pago, y todo ello valorando entonces en 72 millones de pesetas las mismas fincas que pocos meses antes se habían valorado en menos de 10 millones de pesetas al ser aportadas a I. S.L. (STS de 8 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Los dos recursos de casación interpuestos versan sobre los efectos de la retroacción de una declaración de quiebra y se interponen por las partes demandadas contra la sentencia de apelación que, desestimando los recursos de apelación interpuestos por estas mismas partes litigantes y acogiendo el interpuesto por la sindicatura de la quiebra demandante, amplió la estimación de la demanda acordada en primera instancia y declaró nulas, en aplica-

ción del art. 878 CCo, no sólo la aportación de cuatro fincas por el comerciante individual quebrado y su cónyuge a una sociedad limitada asimismo demandada y la nulidad de una hipoteca posteriormente constituida sobre dichas fincas a favor de una sociedad anónima igualmente demandada, sino también, aunque sólo en parte, la cesión, por la sociedad anónima demandada a la sociedad limitada codemandada, de unos créditos que aquélla decía tener frente al quebrado, cesión en garantía de la cual se había constituido la hipoteca ya declarada nula por la sentencia de primera instancia, acordando la sentencia de apelación que la sociedad anónima codemandada reintegrara a la masa de la quiebra el importe de los pagos que en ejecución de sentencia se acreditaran como correspondientes a la cesión de créditos documentada en una determinada escritura pública. De las dos partes demandadas-recurrentes, una está integrada por el comerciante individual quebrado, su cónyuge y la sociedad limitada a la que aportaron las referidas fincas; la otra es la sociedad anónima en cuyo favor se hipotecaron las mismas fincas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. Recurrida por ambas partes en apelación, la Audiencia Provincial desestimó ambos recursos. (S.M.S.)

DERECHO PROCESAL

75. Imposibilidad de revisar los hechos probados en casación.—Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 28 de noviembre de 2007, 21 de noviembre y 11 de diciembre de 2008 y 15 de junio de 2009), ha declarado que la casación no es una tercera instancia ni permite revisar la valoración de la prueba realizada por el tribunal de instancia, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho. La LEC ha reforzado el carácter extraordinario del recurso de casación limitado a los aspectos sustantivos, pues reserva el recurso de casación para la comprobación de la correcta aplicación del derecho sustantivo a la cuestión de hecho. Todo lo relativo a la prueba, incluyendo su valoración, constituye una cuestión procesal cuyo conocimiento se encuentra reservado al recurso extraordinario por infracción procesal.

Escrito de interposición del recurso de casación: estructura.—El escrito de interposición de un recurso de casación exige una estructura ordenada y con tratamiento separado de cada cuestión mediante el motivo correspondiente. Esta exigencia se traduce no sólo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en el rechazo de motivos en los que se mezclen cuestiones de hecho y de derecho, sustantivas o procesales, heterogéneas entre sí. (STS de 22 de marzo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don C. interpone demanda contra una Caja de Ahorros cuya cuestión principal versa sobre si debía tenerse por subsistente o, por el contrario, por válidamente extinguido, el aval

otorgado por el actor para afianzar el crédito contraído con la Caja por una mercantil, de la que aquél era su consejero delegado.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando parcialmente la demanda. Formulado recurso de apelación por la entidad demandada, la Audiencia Provincial revoca la sentencia y desestima la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor. (*M. C. C. M.*)

76. Alcance del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa reconocido en el artículo 24.2 CE.—El contenido del derecho constitucional a no sufrir indefensión posee tres notas características. En primer lugar, ha de ser pertinente. Tal derecho implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a realizar una actividad probatoria de carácter ilimitado, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para reclamar cualquier tipo de prueba que quieran. De tal modo que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las pruebas que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas que tengan una relación con el supuesto que ha de decidirse. Si no fuera así, se alargaría de forma indebida el proceso o serían objeto de discusión cuestiones ajenas a su finalidad, conculcándose el también derecho constitucional de las otras partes a tener un proceso sin dilaciones indebidas. La segunda característica es la diligencia. Es necesario, por una parte, que la parte legitimada haya solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el ordenamiento. Es decir, sólo goza de valor constitucional la indefensión imputable a actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es, aquella causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, quedando excluida del ámbito del artículo 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representen o defiendan. En tercer lugar, el derecho a no sufrir indefensión ha de ser relevante. Ha de acreditarse por la parte recurrente, a quien corresponde la carga procesal correspondiente, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante, que se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no es admitida o practicada es decisiva para la defensa, esto es, que hubiera podido tener influencia decisiva en la resolución del pleito al ser susceptible de alterar el fallo a favor del recurrente. (**STS de 23 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una entidad mercantil dedicada a la construcción ejercita una acción de protección civil del derecho al honor y a la propia imagen, que tiene como fundamento la remisión por el demandado, propietario de una de las viviendas de una urbanización cuya promotora es dicha entidad, de una carta al resto de los vecinos, en la que comunica la situación penosa y peligrosa de las instalaciones de las viviendas que habían adquirido, relacionando una serie de defectos que según él existen en las citadas viviendas. Además, en dicha carta se imputa a la demandante la falsificación de un documento oficial y el cobro excesivo e injustificado en los gastos de las escrituras y provisiones de fondos de los propietarios. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimando la demanda, que es confirmada por la sentencia de Apelación. A su

juicio no hay en dicha carta contenido ofensivo, insultante o injurioso que integre una intromisión ilegítima en el derecho al honor o la imagen de la demandante. Contra la sentencia dictada en segunda instancia la entidad actora interpone recurso extraordinario por infracción procesal. El motivo se fundamenta en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la entidad recurrente, por haberle sido denegada la aportación de prueba documental en la audiencia previa y la declaración de uno de los testigos propuestos, así como no haberle sido admitidas algunas de las preguntas que intenta formular en su momento al demandado y a los testigos que sí son admitidos, siendo tales pruebas relevantes para la resolución del proceso. (*Alma R. G.*)