

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Doctrina del abuso de Derecho. Caracteres generales.—El Tribunal Supremo se remite a su sentencia de 1 de febrero de 2006 (rec. núm. 1820/2000) para recordar la jurisprudencia relativa a la doctrina del abuso de Derecho.

Esta se basa en la existencia de unos límites impuestos al ejercicio de los derechos, límites de orden moral, teleológico y social.

Se trata de una institución de equidad que, para poder ser apreciada, exige la verificación de que la conducta valorada cumple los siguientes requisitos: (1) aparentemente es correcta pero representa, en realidad, una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna; y (2) genera unos efectos negativos, normalmente daños y perjuicios.

Además, de la base fáctica debe resultar patente (a) una circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo); y (b) una circunstancia objetiva de exceso en el ejercicio del derecho (anormalidad en el ejercicio del derecho).

Doctrina del abuso de Derecho. Aplicación a la propiedad horizontal.—El abuso de derecho se traduce en este ámbito en que una comunidad o un propietario usa una norma con mala fe, en perjuicio de otro u otros copropietarios, sin que por ello obtenga un beneficio amparado por la norma.

En conclusión, la conducta calificada como abusiva no debe fundarse en una justa causa y su finalidad no es legítima. **(STS de 24 de octubre de 2011;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor, copropietario en un régimen de propiedad horizontal, interpuso demanda contra otro comunero, en la que solicitaba la declaración de ilegalidad de unas obras llevadas a cabo por el demandado en una terraza común de uso privativo sin el consentimiento unánime de la comunidad de propietarios.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por falta de legitimación activa.

La Audiencia Provincial, si bien estimó en parte el recurso de apelación, confirmó en esencia la sentencia de instancia. Y así, aunque afirmó que el actor estaba legitimado activamente y que las obras necesitaban para su validez el consentimiento unánime de la comunidad de propietarios por afectar a elementos comunes, desestimó la acción porque consideró que la conducta del actor suponía la expresión de un trato desigual y discriminatorio, contrario a la buena fe y abusivo de derecho. El tribunal basaba su apreciación en que el actor dirigió su acción exclusivamente contra el demandado cuando existía una construcción en otro de los áticos del edificio realizada por otro copropietario, después de la ejecutada por el demandado y antes de la interposición de la demanda origen del presente pleito.

El Tribunal Supremo no comparte la aplicación que la Audiencia realiza de la doctrina del abuso del derecho por las siguientes razones: (1) considera el Alto Tribunal que el demandante ha hecho uso de un derecho que le otorga la Ley de Propiedad Horizontal en beneficio, no sólo propio, sino de la comunidad de propietarios; (2) la decisión de dirigir su acción contra un copropietario por la realización de actos no amparados por la ley, no supone una anormalidad en el ejercicio de la acción que puede ejercitar conforme a la LPH; (3) no se ha acreditado que el fin perseguido con la demanda fuera el de perjudicar a otro copropietario, sino, por el contrario, que el actor busca un fin amparado por la norma tendente a evitar que los elementos comunes de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal puedan verse alterados por la simple voluntad de un copropietario.

NOTA.—La presente sentencia se ocupa del abuso de derecho desde una perspectiva general y desde una perspectiva particular (la que le proporciona el ámbito de la propiedad horizontal, en el que se sitúa el origen del litigio).

Situándonos en la perspectiva general, puede afirmarse que la sentencia analizada no se separa de lo que viene siendo una doctrina jurisprudencial constante: en efecto, la explicación de la doctrina del abuso de derecho reproduce casi literalmente la STS de 14 de febrero de 1944 (Ref. 293 del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1944). La sentencia citada, junto con la tesis doctoral de Calvo Sotelo (*La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*, 1917) son el origen jurisprudencial y doctrinal, respectivamente, de dicha doctrina, que actualmente se plasma en el artículo 7.2 CC.

Pasando a la perspectiva particular, esto es, al abuso de derecho en la propiedad horizontal, es importante poner de manifiesto que nos encontramos ante uno de los ámbitos en los que suele ser más habitual la alegación del abuso de derecho sin que ello signifique que el Tribunal Supremo aprecie su existencia habitualmente (como ponen de manifiesto Gómez Laplaza: «Abuso del Derecho», en *Revista de Derecho Privado*, 2006, núm. 4, p. 43; y Martínez Velencoso: «El abuso del derecho y la propiedad horizontal: criterios jurisprudenciales y nuevas tendencias legislativas», en *Actualidad Civil*, 1999, p. 1111). Martínez Velencoso, en el trabajo citado, clasifica los casos en dos grupos: (1) casos en que una minoría de copropietarios impugnan acuerdos adoptados por mayoría, siendo necesaria la unanimidad, planteándose en estos casos si la minoría está ejerciendo su derecho de forma abusiva [*vid.* artículo 18.1 c) LPH, tras su reforma, que declara expresamente impugnables los acuerdos adoptados con abuso de derecho]; y (2) casos de obras en elementos comunes realizadas por un copropietario sin el consentimiento unánime de la Comunidad. En este segundo grupo de casos, que es en el que se sitúa la sentencia analizada, el abuso del derecho suele invocarlo el comunero que ha realizado las obras, frente a la negativa de la Comunidad de autorizárselas: esto es, se aduce que, aunque la ley exige el acuerdo unánime de la Comunidad para la ejecución de este tipo de obras, la Comunidad estaría abusando del derecho que le otorga la ley a oponerse a dicho tipo de obras. En el ámbito concreto del cerramiento de terrazas, los tribunales han apreciado abuso de derecho por parte de la Comunidad cuando esta no va a obtener ningún beneficio de la reposición de las terrazas a su estado original; además, también han permitido los cerramientos si la Comunidad los había permitido a ciertos propietarios y denegado a otros (*vid.* Pastor Álvarez: *La realización de obras por la comunidad en los elementos o servicios comunes de los edificios*, 2001, pp. 32 y 33).

Lo relevante del presente supuesto es, por un lado, que se invoca el abuso del derecho frente a otro comunero, no frente a la comunidad; y, por otro lado, que la razón en la que se basa la defensa no es el ejercicio abusivo del derecho del demandante a oponerse al acuerdo votado en la correspondiente Junta de Propietarios, sino el ejercicio abusivo de su derecho a interponer la acción contra un copropietario por actos no amparados por la ley, existiendo otro comunero que ha ejecutado una obra en otro de los áticos del edificio también sin consentimiento unánime y antes de que el actor interpusiera la demanda. (*B. G. F.*)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho a la intimidad personal y familiar. Definición.—Se trata de un derecho cuyo reconocimiento tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o personas particulares. Atribuye así a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal, sino también familiar, frente a su divulgación por terceros y a la publicidad no querida, evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (entre otras, SSTC 311/1988 y 197/1991).

Derecho a la propia imagen. Definición.—De acuerdo con el Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 139/2001, 83/2002 y 14/2003), el derecho a la propia imagen se caracteriza como un derecho a la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública, y a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde.

Libertad de información. Concepto.—Según el Tribunal Supremo, este derecho, regulado en el artículo 20.1.a) y d) CE, comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo.

Limitación del derecho a la intimidad personal y familiar por la libertad de expresión y de información.—De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 6 de noviembre de 2003 y 16 de enero de 2009), en caso de conflicto entre estos dos derechos, se debe realizar una ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. Esta ponderación requiere valorar, en primer lugar, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión, lo que lleva a afirmar la primacía de la libertad de información, como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (SSTC 134/1999 y 52/2002). En segundo lugar, se ha de valorar el peso relativo de los derechos en colisión, para lo que se han de tener en cuenta cuatro aspectos: (i) si la información tiene relevancia pública o interés general, en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales, o se trata, simplemente de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones (entre otras, SSTC 143/1999 y 115/2000 y SSTS de 5 de abril de 1994, 7 de diciembre de 1995, 8 de julio de 2004 y 21 de abril de 2005); (ii) si la información es veraz, lo que requiere una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia, de acuerdo con pautas profesionales (STC 139/2007); (iii) la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad; (iv) si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de com-

portamiento en relación con su ámbito íntimo que permitan entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico (STS de 6 de noviembre de 2003).

Primacía del interés del menor sobre el derecho a la información.— Afirma el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (SSTS de 7 de julio de 2004 y 29 de junio de 2009) que los criterios generales de interés informativo, veracidad y proporcionalidad no se tienen en cuenta cuando la información publicada se refiere a un menor de edad. En tal caso, prima el interés del menor, pues, como consagra el Tribunal Constitucional (SSTC 134/1999, 127/2003 y 158/2009), este es objeto de una protección especial en materia de estos derechos, consagrada en el plano nacional (LO 1/1996) e internacional (véase, entre otros, el art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966).

Protección del menor independiente del momento de la publicación.—Según el Tribunal Supremo, lo que se considera ilegítimo es la utilización de imágenes en las que se encuentre un menor, con independencia del momento en que se publiquen; esto es, siendo todavía menor de edad o ya mayor. (STS de 6 de septiembre de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En junio de 2005, la revista *Interviú* publicó unas fotografías de doña A. en *top less*. Doña A. ejerció la acción de protección de del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, alegando que las fotografías habían sido tomadas en el año 2004, sin su consentimiento y en un momento en que todavía era menor de edad. La demanda fue desestimada en primera instancia, frente a lo que la demandante interpuso recurso de apelación. Este fue estimado por la Audiencia Provincial, quien consideró que la publicación atentaba contra los derechos de la demandante, puesto que no se trataba de un personaje con notoriedad pública ni el hecho era de relevancia pública; condenó consiguientemente a la publicación al pago de una indemnización de cien mil euros. La revista demandada interpuso entonces recurso de casación, alegando, por un lado, la infracción del artículo 20 CE, por no haber atendido la sentencia de instancia al interés informativo de la noticia publicada y, por otro lado, el monto excesivo de la indemnización concedida. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación en lo relativo a la indemnización, que reduce a la mitad, en vista de las circunstancias del caso.

NOTA.—En relación a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en el caso de los menores de edad, resulta interesante consultar la Instrucción de la Fiscalía 2/2006, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores (A. M. M.)

3. Títulos nobiliarios. Principio de preferencia de línea en la sucesión de títulos nobiliarios. Igualdad de los hijos legitimados por matrimonio con los hijos legítimos. Improcedencia en el caso de la aplicación retroactiva de la Ley 33/2006 sobre Igualdad del Hombre y la Mujer en la Sucesión de Títulos Nobiliarios.—La equiparación de los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio a los legítimos, a efectos de la sucesión en

los títulos nobiliarios, ha sido reiteradamente declarada por la jurisprudencia de la Sala (SSTS de 7 diciembre 1988 y de 29 diciembre 1998), con fundamento en el Derecho histórico y, en especial, en la Partida IV. De ahí que, reconocido al actor el mismo derecho a suceder que tendría un hijo legítimo, el objeto del pleito se limita a determinar el mejor derecho de la línea correspondiente, siendo siempre preferente la línea descendente a la colateral. No es de aplicación la Ley 33/2006, pese a que, cuando entra en vigor, aún no existía sentencia civil firme, pues el núcleo del debate no es la aplicación del principio de varonía, o de preferencia del hombre sobre la mujer, sino el de la línea que debe ser llamada a la sucesión en primer término, máxime cuando la cesión del título se hizo con salvaguarda expresa del eventual mejor derecho de tercero, como es el caso al ser el actor impugnante hijo del cedente y, por tanto, tener preferencia para suceder en la dignidad reclamada. **(STS de 28 de octubre de 2011; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El demandado don Carlos Miguel había cedido su título nobiliario a su hermana mayor, doña María José, por Carta de 1970 y «sin perjuicio de tercero de mejor derecho». Un año antes había tenido un hijo fuera de su matrimonio, al que no reconoció. En 1977, ya anulado su primer matrimonio, don Carlos Miguel contrajo nupcias con la madre de su hijo, obteniendo este último el reconocimiento de la paternidad de su progenitor, quedando inscrito en el Registro Civil como hijo legitimado por subsiguiente matrimonio, con el nombre de Norberto. En 2006 don Norberto interpuso demanda contra don Carlos Miguel y doña María José, solicitando la nulidad de la cesión del título efectuada por su padre a favor de su tía, así como se declarase su mejor derecho para suceder en el mismo. Don Carlos Miguel se allanó a la demanda, y doña María José se opuso. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda al considerar que el actor, en su condición de hijo legitimado por matrimonio de sus padres, quedaba equiparado a los hijos legítimos, sin que la cesión del título operada antes de la adquisición de dicho estatus jurídico pudiera perjudicar su mejor derecho a suceder en el mismo. La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación de la demandada y desestimó la acción. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación planteado por el actor. (*L. A. G. D.*)

4. Dimensión de los derechos fundamentales de asociación y de participación en los asuntos públicos. Denegación de la admisión de afiliados a partidos políticos.—Dentro del derecho de auto-organización de los partidos políticos se debe entender comprendida la facultad de rechazar las solicitudes de afiliación de quienes no compartan su ideario o se entienda que por sus comportamientos previos pudieran perjudicar al partido. Por tanto, la exigencia de carácter democrático en la estructura y funcionamiento de los partidos y el derecho fundamental de asociación no implican la obligación de estos de admitir de manera automática a todo ciudadano que lo solicite. Lo contrario, generaría un riesgo patente de operaciones planificadas de solicitudes de admisión con el fin de destruir el partido o de desvirtuar el ideario de este. Por su parte, el derecho fundamental de participación en los asuntos

públicos no se puede entender menoscabado por el ejercicio por el órgano competente del partido político de un control sobre las solicitudes de afiliación. Y ello porque dicho control no supone una privación de la posibilidad de votar en las elecciones para ejercer indirectamente este derecho de participación, por medio de representantes, ni tampoco priva de la posibilidad de crear libremente partidos políticos, en cumplimiento de la CE y la ley. En definitiva, a la hora de valorar en sede judicial la existencia de una base razonable en la decisión acerca de la (in)admisión de nuevos afiliados, se entiende que no resulta irrazonable que el partido rechace la solicitud para evitar afiliaciones que perjudiquen el funcionamiento de este y, con ello, su consideración por el electorado, cuando dicha negativa a la admisión no se basa en algún tipo de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo o religión, prohibidas por el artículo 14 CE. **(STS de 12 de septiembre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Los once demandantes solicitan que se declare que la inadmisión de sus solicitudes de afiliación al Partido Político A, parte demandada, supusieron una vulneración de sus derechos fundamentales de asociación y de participación en los asuntos públicos, que se declarasen nulas de pleno derecho las resoluciones del partido desestimando sus solicitudes de admisión y, a consecuencia de lo anterior, que se les considerase afiliados a dicho partido.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Salamanca de 3 de diciembre de 2007 desestima dicha demanda, por entender que ni el derecho de asociación ni el derecho a participar en asuntos públicos comportan la obligación inexcusable por parte de las asociaciones y partidos políticos de tener que aceptar la afiliación de cualquier persona que lo solicite. Entiende que la decisión de no admitir a los actores como afiliados no infringió ninguno de estos derechos, ya que fue adoptada por un órgano competente, según los estatutos del partido y de manera no arbitraria, porque se fundamentó en la actuación contraria a dichos estatutos por parte de los demandantes, al haber formado parte activa de una asamblea del partido, ejerciendo derechos propios de los afiliados, sin tener aún dicha condición.

Asimismo, la sentencia de apelación, dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca de 17 de septiembre de 2008, desestimó el recurso de apelación planteado por los demandantes, confirmando con ello la sentencia de instancia.

El recurso de casación interpuesto por los demandantes es igualmente desestimado.

NOTA.—En esta sentencia el Tribunal Supremo hace suya la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la libertad de organización de las asociaciones y los consiguientes límites a la fiscalización o control judicial de sus decisiones, todo ello con base en el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 CE y en el derecho a participar en los asuntos públicos, previsto en el artículo 23 CE, a la vez que repasa su propia jurisprudencia en la que se tratan estas cuestiones (entre otras, SSTC de 11 de abril de 2011, [n.º 42/2011]; 22 de noviembre de 1988 [n.º 218/1988], y de 14 de marzo de 1983 [n.º 19/1983]; y SSTS de 13 de julio de 2007 [n.º 2940/02] y de 5 de octubre de 2009 [n.º 552/06]). En la juris-

prudencia hasta ahora recaída se parte de la base de que el principio de igualdad en la aplicación de la ley no rige en las admisiones y expulsiones de socios de las asociaciones, por ser aplicable únicamente a la actuación de los poderes públicos, concepto en el que no cabe encuadrar a los partidos políticos, que son tenidos por asociaciones, aunque de carácter especial. Sin embargo, y aún cuando la decisión de admisión o expulsión de afiliados de un partido político se trata de un juicio de valor, con cierto carácter discrecional, debe tener en todo caso una base razonable, que sí va a poder ser verificada por el juez ante la impugnación por los interesados. Pues bien, la importancia de la presente sentencia radica en la especificación del concepto de «base razonable», que existirá siempre y cuando la decisión de no admitir a un socio se base en tratar de evitar afiliaciones que vayan en perjuicio del funcionamiento del partido. (G. M. A.)

5. Cooperativas. Responsabilidad de los socios por los gastos efectuados en la construcción de las viviendas.—Conforme a la doctrina que recoge la STS 219/2008, de 30 de enero, los cooperativistas, como copromotores, deben las cantidades pendientes que la cooperativa está obligada a pagar a la constructora por las obras. Sobre el tipo de responsabilidad existente, la regla que establece la mancomunidad no es imperativa y puede ser alterada por los acuerdos de las partes, que deben ser objeto de interpretación en cada caso concreto (STS 553/2008, de 18 de junio).

El contrato entre la constructora y el consejo rector no es para los cooperativistas *res inter alios acta*. El consejo rector es un órgano de administración colegiado y actuó como tal en el otorgamiento de un contrato para la construcción de las viviendas, que era el objeto de la cooperativa. Además, aunque los socios no hubieran ratificado expresamente dicho contrato, sería de aplicación el artículo 1259.2 CC, porque existiría una ratificación tácita, es decir, un comportamiento convalidante de los socios al aceptar la obra terminada que correspondía a cada uno. (STS de 12 de diciembre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En 1986, la constructora S. y la Cooperativa de viviendas de UPM firmaron un contrato para la construcción de 28 viviendas de protección oficial, en el que la cooperativa se comprometía a pagar las obras con sus fondos propios y la constitución de una hipoteca, y respecto a las responsabilidades por incumplimiento de los pagos, se estableció la cláusula que «todo caso la Cooperativa garantiza las cantidades desembolsadas y no recuperadas con la responsabilidad del Consejo rector, solidario con todos los socios». Las obras se realizaron, pero la Cooperativa quedó a deber unas importantes cantidades a S. Se emitió en 1996 un laudo en el que se condenaba a la Cooperativa a pagar cierta cantidad.

En 1994, la Asamblea general de la Cooperativa acordó disolverla y nombrar liquidadores, por haberse cumplido el objeto social para el que fue constituida, puesto que se habían ya adjudicado las viviendas a los cooperativistas. Cada uno conocía la deuda pendiente, y a pesar de ello, se produjo la adjudicación sin recabar la

aportación de cantidades en cuantía suficiente para pagar las deudas pendientes.

La Cooperativa no cumplió la obligación de pago, por lo que S. demandó a la Comisión liquidadora en la persona de los socios que la componían; a los socios integrantes del consejo rector de la cooperativa y a los propios socios, solicitando que se les condenara solidariamente a pagar la cantidad a que había condenado el laudo arbitral.

Dicha demanda es desestimada en primera instancia. S. apeló la sentencia, que fue revocada por la Audiencia Provincial. Se interpusieron diversos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, siendo inadmitidos todos los recursos por infracción procesal y parte de los de casación, y desestimados por el Tribunal Supremo los tres recursos de casación admitidos a trámite. (F. J. J. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

6. El incumplimiento resolutorio.—En las obligaciones recíprocas, para proceder a la resolución por la parte que cumplió o incumplió justificadamente, es preciso que el incumplimiento revista cierta gravedad. Para que exista ese incumplimiento, debía concurrir una voluntad deliberadamente rebelde del deudor. Sin embargo, algunas sentencias han abierto la vía a una matización de este principio, bien presumiendo que esta voluntad se demostraba por el hecho mismo del impago del precio asumido, bien por una 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 contrapartes, bien exigiendo que la conducta del incumplidor sea grave (SSTS de 18 de octubre de 1993, de 18 de noviembre de 1994, y de 13 de mayo de 2004, entre otras).

La regla *in illiquidis non fit mora*.—La aplicación de esta regla debe ser sometida al criterio de razonabilidad para decidir acerca de la procedencia de condenar o no al pago de intereses. La jurisprudencia actual rechaza el automatismo en la aplicación de este principio, a la vez que se valora la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama (SSTS de 16 de noviembre de 2007, 22 de julio y 11 de septiembre de 2008, entre otras).

Por otro lado, si bien como regla en nuestro sistema el pago de las deudas de suma de dinero sigue una orientación nominalista, la necesidad de resarcir íntegramente el daño y evitar enriquecimientos injustos es determinante para admitir que la indemnización de daños y perjuicios constituye una deuda de valor. El perjudicado por el daño debe ser resarcido del quebranto inferido en su valoración dineraria no por la suma en que se evaluó el mismo cuando se produjo, sino por la equivalencia al momento del pago o resarcimiento, teniendo en cuenta el quebranto devaluatorio de la moneda o instrumento dinerario, sobre todo cuando entre ambos actos, el de producción del daño y el del pago, ha transcurrido un cierto lapso de tiempo relevante.

La doctrina de los actos propios.—El Código civil no recoge una norma específica que se refiera de forma expresa a la prohibición de actuar contra los actos propios. No obstante, doctrina y jurisprudencia coinciden en que la

clásica regla «*venire contra factum proprium non valet*» constituye una manifestación del principio de buena fe que, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, impone el artículo 7 CC. Se protege la confianza creada por la apariencia, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuar cuando se han creado unas expectativas razonables y después se produce un comportamiento contradictorio. La aplicación de esta doctrina exige los siguientes requisitos: 1) existencia de una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias; 2) que tal conducta tenga una significación e inequívoca e incompatible con la posterior; 3) que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables.

El enriquecimiento injusto.—Nuestro ordenamiento positivo no regula de forma específica el enriquecimiento injusto, aunque el Código civil se refiere al mismo en el artículo 10.9 para la determinación de la norma de conflicto aplicable en Derecho internacional privado y contiene diversas manifestaciones de tal regla —como las previstas en los artículos 1145 y 1158 CC—. Esto no ha sido obstáculo para que fuera reconocido como fuente de obligaciones por la jurisprudencia, que ha aplicado las reglas básicas de «nadie debe enriquecerse en detrimento de otro» y «nadie debe obtener lucro del daño ajeno».

Ahora bien, el enriquecimiento sin causa no permite una revisión del resultado, más o menos provechoso para una de las partes, de los negocios llevados a cabo en relación con otras por razón de que hayan generado un incremento patrimonial que pueda entenderse desproporcionado con la contraprestación efectuada por la otra parte. Los desequilibrios contractuales no pueden ser remediados por medio de la doctrina del enriquecimiento injusto, ya que se trata de un remedio residual, subsidiario, en defecto de acciones específicas. **(STS de 18 de octubre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos.]

HECHOS.—Don A era propietario de la finca X, de una extensión de 210 hectáreas de la que tan solo se explotaban unas 30 de cereales. Don B era propietario de maquinaria apta para la transformación del terreno. El 23 de diciembre de 1985 ambos suscribieron un contrato que preveía, en lo esencial, la obligación de don B de: a) llevar a cabo en la finca indicada una plantación de almendros en hasta 60 hectáreas, siempre que fuera rentable, en un período de dos años; b) ejecutar un sondeo o pozo para regadío; c) proceder a la reparación de una construcción ubicada en la finca. Como contraprestación, don B recibiría en propiedad la mitad de la plantación realizada, del edificio reparado y del agua que pudiera obtenerse. Don A interpone demanda afirmando incumplimiento del contrato, solicitando la resolución del mismo, la indemnización de daños y perjuicios y la devolución de las tierras reclamadas en el estado en que se encontraban antes de iniciar la plantación el demandado. Además, con carácter subsidiario, ejercitó una acción reivindicatoria en relación con la superficie cultivada por el demandado y, subsidiaria a esta, la de enriquecimiento injusto. Don B sostuvo que el objeto del contrato era la transformación del terreno de monte en cultivo, y que las demás obligaciones eran independientes. Negó el incumplimiento o, al menos, el relativo a la plantación de almendros, ya que se habían transformado 32 hectáreas. Reconvinó el demandado el cumplimiento del contrato y consecuente-

mente: *a*) el otorgamiento a su favor de escritura de propiedad de la mitad del terreno plantado de almendros; *b*) la compensación por gastos de explotación.

El Juzgado de Primera Instancia estimó que don B había incumplido cuando menos una de las obligaciones solidarias consistente en la reparación de la construcción ubicada en la finca objeto del litigio. Además, acordó la resolución del contrato con base en el incumplimiento de don B y le condenó al pago de una indemnización por daños y perjuicios. Por otro lado, condenó al propio don A a pagar a don B la mitad de los gastos que este reclama para la construcción del pozo.

Ambas partes interponen recurso de apelación. La Audiencia Provincial: *a*) declaró que las tres obligaciones asumidas en el contrato por don B eran inseparables; *b*) concluyó que don B había incumplido la totalidad de lo pactado; *c*) sostuvo que don A debía tenerse por cumplidor y estaba legitimado para demandar la resolución del contrato; *d*) afirmó que don B no podía pedir el cumplimiento del contrato dado su incumplimiento, lo que alcanzaba su pretensión indemnizatoria al amparo del artículo 1124 CC; *e*) afirmó que don B no había justificado debidamente los gastos que pretendía repercutir contra don A; *f*) argumentó la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios a favor de don A y la obligación de arrancar la plantación de almendros y dismantelar la balsa de agua construida por don B.

Don B interpone recurso de casación. En primer lugar, alega la inaplicación del artículo 1124 CC. El Alto Tribunal considera que la apreciación del incumplimiento contractual es una cuestión que corresponde al Tribunal de instancia y su conclusión debe respetarse en casación, sin perjuicio de que sea revisable cuando se trate de determinar la trascendencia o significación jurídica de los actos que constituyen su presupuesto. En este sentido, tal como argumenta la Audiencia Provincial, no cabe inferir que las tres obligaciones asumidas por don B fueran distintas o separables –no hay una obligación principal y otras accesorias–. El hecho de que se impusieran en el mismo contrato y el hecho de que la reparación de la casa y el sondeo no se expliquen sin la plantación y su correlativo reparto, determina que todas ellas sean igualmente exigibles y determinantes de un incumplimiento global por la omisión de alguna de ellas. Por otro lado, no cabe predicar la falta de legitimación de don A para reclamar la resolución, pues cumplió su obligación principal consistente en la cesión a don B del terreno para el cultivo, sondeo y reconstrucción de la casa, sin que le sea exigible su cumplimiento final consistente en otorgar escritura de la mitad de lo plantado cuando ello lógicamente no lo verificó ante el prácticamente absoluto incumplimiento por quien ilegítimamente se lo solicita. En segundo lugar, alega el recurrente la inaplicación de los artículos 1100 y 1106 CC, y del principio «*in illiquidis non fit mora*». Apunta: *a*) que no se le puede achacar mora porque el demandante no había cumplido las obligaciones de abonar gastos a partir del segundo año de vigencia del contrato y de escriturar el 50% del terreno transformado; *b*) que no se ha probado la existencia de daños y perjuicios; *c*) que la finca se ha revalorizado; *d*) que no

consta que tuviera que devolverse todo el terreno transformado a partir del cuarto año a contar desde la firma del contrato. El Alto Tribunal ratifica la cuantía de la indemnización concedida en apelación. Entiende que la falta de posesión de la finca por su legítimo propietario, durante tantos años, le ha supuesto unos lógicos perjuicios cuya cuantificación no cabe rechazar en base a una genérica y no probada revalorización del terreno que no consta le haya producido beneficios al reclamante ni que, aún de ser cierta aquella, se deba a la actuación de don B. En tercer lugar, se alega la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a los actos propios. Sin embargo, el Tribunal Supremo también desestima este motivo en la medida en que no explica por qué la tolerancia de la situación de hecho impedía a la actora demandar la resolución del contrato ni argumenta la razonabilidad de tal expectativa. Finalmente, el recurrente alega la infracción de la doctrina jurisprudencial que prohíbe el enriquecimiento sin causa, así como la aplicación indebida de los artículos 1124 y 1295 CC, respecto a los efectos retroactivos de la resolución contractual, en relación a la condena a arrancar los almendros y dismantelar la balsa de agua existentes en dicha finca. Varios son los motivos que llevan al Alto Tribunal a desestimar este motivo: 1) la inversión realizada por el recurrente respondía al cumplimiento de un contrato, por lo que no son de aplicación las reglas del enriquecimiento sin causa, sino las de liquidación del contrato; 2) lo impugnado en casación no es la sentencia de primera instancia, sino la de segunda, que condena a arrancar los almendros plantados y a dismantelar la balsa de agua existente en la finca; 3) la calidad de lo escasamente cultivado es prácticamente nula o inútil por improductiva; 4) no ha quedado probada la revalorización del terreno, que no consta que le haya producido beneficios al reclamante ni que se deba a la actuación de don B. Atendiendo a todos estos argumentos, el Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso de casación.

NOTA.—En esta sentencia el Tribunal Supremo se enfrenta a cuatro grandes temas: 1) la resolución contractual; 2) la doctrina de los actos propios; 3) el enriquecimiento sin causa; 4) la mora en las obligaciones recíprocas. La resolución procede respecto de un contrato eficaz, es decir, plenamente válido y sin ningún vicio o defecto, que puede ser privado de sus efectos por una de las partes cuando la otra incumple lo prometido. Se trata de una acción de carácter excepcional, en el sentido de que no se decretará la resolución de la obligación cuando fuera posible que los intereses de las partes quedarán satisfechos concediendo un nuevo plazo para cumplir la obligación. Su aplicación requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) que lo que se incumpla sea la obligación principal; 2) existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido. Y en cuanto a sus efectos: *a)* se extingue el contrato con carácter retroactivo; *b)* las partes tendrán que restituirse mutuamente las prestaciones recibidas; *c)* el incumplimiento da lugar, además, a la indemnización de los daños causados. Por otro lado, la doctrina de los actos propios trata de proteger la confianza suscitada en terceros con la propia conducta, con el fin de evitar que quede injustificadamente defraudada como consecuencia de una conducta contradictoria con la anterior. Requisitos: 1) una persona

lleva a cabo una determinada conducta eficaz y vinculante en una situación jurídica concreta; 2) posteriormente esa persona pretende ejercitar un derecho; 3) entre la conducta primera y la pretensión hay incompatibilidad; 4) entre la conducta primera y la pretensión hay identidad de sujetos. La consecuencia de aplicar esta doctrina es que se impide el ejercicio del derecho contrario a los actos propios. En cuanto al enriquecimiento sin causa, se trata de un cuasicontrato cuya aplicación pasa por el cumplimiento de los siguientes requisitos. En primer lugar, el enriquecimiento de un sujeto (= adquisición de una ventaja patrimonial). El enriquecimiento puede proceder tanto de un incremento patrimonial, como de la evitación de una disminución del patrimonio por un daño o gasto. No es necesario que exista negligencia, mala fe o un acto ilícito por parte del enriquecido, sino que es suficiente con el hecho de haber obtenido una ganancia indebida. En segundo lugar, el empobrecimiento de otro sujeto, consecuencia del enriquecimiento anterior. Dicho empobrecimiento no debe ser imputable al titular del patrimonio empobrecido. En tercer lugar, la carencia de una causa que justifique el enriquecimiento de un sujeto a costa del patrimonio del otro. Existe justa causa: 1) cuando algún precepto legal así lo determine; 2) cuando se hace uso de un derecho sin abuso; 3) cuando existe entre las partes un negocio válido; 4) cuando la situación tiene su base en una sentencia. Finalmente, en las obligaciones recíprocas, la mora de una de las partes se producirá desde el momento en que la otra cumpla. Desde que uno de los obligados cumple, comienza la mora para el otro (art. 1100.3.º CC). No es necesaria la interpelación previa del acreedor al deudor, pues se trata de un caso de mora automática. Esta regla de la mora solo se aplica respecto de obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, pero no respecto a las de cumplimiento diferido, donde los cumplimientos están temporalmente separados por voluntad de las partes. (S. L. M.)

7. Protección de los consumidores. Compraventa de inmueble. Cláusula abusiva antes de la entrada en vigor de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre: imposición del impuesto de plusvalía a cargo del comprador.—La jurisprudencia reconoce la validez con carácter general del pacto que deriva el pago del impuesto de plusvalía del vendedor al comprador, pero dicho pacto es nulo en el ámbito de la normativa especial relativa a la protección de los consumidores cuando, por abusivo, contradice la misma (arts. 10 bis LGDCU y 5.3 RD 515/1989, vigentes antes de 2006). El pacto ha de quedar sujeto al control de validez con arreglo a la legislación de consumidores entonces vigente, sin que la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, pueda ser aplicada con carácter retroactivo.

Conforme al párrafo primero del artículo 10 bis.1 LGDCU, redactado por la LCGC, «se considerarán abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». El primero de los requisitos (estipulación no negociada individualmente) se deduce de que los compradores manifestaron su discrepancia y no les quedó más remedio que aceptar la condición o desistir de la compra, con los consustanciales

inconvenientes, lo que revela que se trató de una cláusula impuesta; tanto más si se tiene en cuenta que difícilmente cabría imaginar una negociación individual al hallarse inserta en una pluralidad de contratos celebrados por la entidad demandada. La falta de buena fe se manifiesta en que, además de no ofrecer el vendedor desde el inicio una completa información a los compradores, incluso en la escritura de compraventa no se dio como seguro que se generaría el impuesto de plusvalía, cuando la vendedora forzosamente tenía que conocer que así era, lo que supone una conducta no ajustada a la lealtad y confianza exigibles en los tratos, y especialmente en las relaciones en que intervienen un promotor o constructor y un consumidor. Y finalmente es claro el desequilibrio contractual porque en el impuesto de que se trata sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana el sujeto pasivo es el transmitente, que es quien percibe el aumento del valor y como tal beneficiario está obligado al pago; sin que tal plusvalía genere beneficio alguno para el comprador, que se ve obligado a responder de una carga económica sin ninguna contraprestación o contrapartida por parte del vendedor. Por consiguiente, dicha estipulación recibe la sanción de la nulidad que le impone el artículo 10 bis LGDCU, lo que convierte en indebido y restituible lo pagado por el consumidor por el concepto de que se trata. **(STJ de 25 de noviembre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Don Pablo y doña Felisa suscribieron en 2001 con la entidad *C.P., S.A.* un contrato privado de compraventa, posteriormente elevado a escritura pública en 2003, por el que los primeros adquirieron una vivienda, plaza de garaje y trastero en planta baja, una de cuyas cláusulas imponía a los compradores la obligación de pago de todos los gastos e impuestos derivados de la operación. En 2006 se abonó por los compradores la cantidad girada por el Ayuntamiento en concepto de liquidación del impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos («plusvalía»).

Los compradores demandaron a *C.P.*, solicitando la declaración de nulidad de la cláusula del contrato, por calificarla de abusiva, y la condena de la demandada a devolver a los actores la cantidad abonada por el impuesto de plusvalía, e indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La sentencia fue apelada por los demandantes y la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso, revocando la sentencia del Juzgado en el sentido de declarar la nulidad por abusiva de la cláusula discutida, en cuanto que se impuso a los compradores la obligación del pago de la plusvalía, y condenar a la demandada al reintegro de la cantidad abonada por tal concepto, con los intereses legales desde la interpelación judicial. Contra esa sentencia, la demandada recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Como se indica por la sentencia, dada la fecha del contrato, no resulta de aplicación en el caso la modificación introducida por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, que incorporó a la LGDCU la previsión como cláusula abusiva, a los efectos del artículo 10 bis, de «la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional», norma que actualmente se halla recogida en el artículo 89 TRLGDCU. (*F. J. J. M.*)

8. Compraventa de vivienda. Percibo de cantidades anticipadas. Incumplimiento de la obligación de avalar o asegurar su devolución. No tiene carácter de incumplimiento esencial cuando el adquirente no es un consumidor final, sino un mero inversionista.—Como principio general, la omisión del aval o garantía, así como el depósito en una cuenta especial, de las sumas anticipadas por los adquirentes de vivienda, a que se refiere el artículo 1 de la Ley 57/1968, implica que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial. Sin embargo, en el caso de autos no se alcanza dicha conclusión, toda vez que el comprador adquiere doce viviendas no como morada individual o familiar, bien permanente o circunstancial, sino como inversión, lo que es contrario al espíritu de dicha ley, así como a su letra, al haber adquirido la vivienda para venderla y no como consumidor final. **(STS de 25 de octubre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El actor había comprado a la promotora doce viviendas en un edificio a construir por la vendedora. Había abonado como anticipo la cantidad de 72.000 €, que fungían como arras penales. El comprador demandó a la promotora instando la resolución del contrato y la devolución de lo pagado, con base en el incumplimiento por aquella de la obligación de otorgar el correspondiente aval o garantía de la devolución de la cantidad entregada a cuenta, y de la falta de ingreso de la misma en la cuenta especial exigida por la Ley 57/1968. La promotora se opuso y reconvino solicitando la resolución contractual y el derecho a hacer suya la cantidad litigiosa en concepto de indemnización. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda principal y acogieron la reconventional. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—En el vigente régimen jurídico, para las obras a las que se aplique la LOE de 1999, será exigible también la constitución de las garantías y el depósito previstos en la Ley 57/1968, ya que la Disposición Adicional 1.^a impone la utilización de esta normativa a la promoción de toda clase de viviendas; y establece que la percepción de cantidades anticipadas en la edificación por los promotores o gestores se cubrirá mediante un seguro que indemnice el incumplimiento del contrato en forma análoga a lo dispuesto en la Ley 57/1968. Por tanto, bajo el régimen de la LOE de 1999 tampoco será de aplicación esta obligación de garantía a las adquisiciones de viviendas efectuadas no por el destinatario final de las mismas, sino por el mero inversionista que las compra para revenderlas. *(L. A. G. D.)*

9. Contrato de compraventa. Resolución por incumplimiento del vendedor. No constituye causa de resolución la falta de cancelación de las cargas registrales, si consta la extinción de la obligación principal garantizada con las mismas.—Solo cabe calificar el incumplimiento de esencial y apto para amparar el ejercicio de la facultad resolutoria, en cuanto la conducta del vendedor contrarie el fin normal del contrato y frustre de esta manera las legítimas expectativas del comprador, cuando dicho incumplimiento atañe a la obligación garantizada con la hipoteca inscrita, que por

ello sigue vigente; pero no cuando, extinguida la deuda, lo que se incumple es la obligación contractual de facilitar la certificación registral relativa a la inexistencia de cargas y, en consecuencia, se incumple la obligación de cancelar el asiento practicado eliminando su constancia registral una vez satisfecha la deuda (v. STS de 30 de abril de 1998).

Compraventa de bien inmueble con precio aplazado. Resolución por incumplimiento del comprador. Aplicación del artículo 1504 CC. Necesidad de que preceda requerimiento de pago.—De acuerdo con la moderna doctrina (de la que son expresiones las SSTs de 9 de julio de 2007, de 31 de octubre de 2006, de 25 de enero de 1996 y de 13 de noviembre de 1985, entre muchas), es necesario que el incumplimiento origine la frustración del fin del contrato, es decir, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte o, en términos de los Principios de Unidroit (art. 7.3.1), que se prive sustancialmente al contratante —en este caso, al vendedor—, de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato. Si bien, la singularidad del artículo 1504 CC conlleva que no pueda otorgarse validez a la resolución instada por el vendedor por el simple hecho de no haberse pagado el precio en el tiempo establecido, ya que el comprador está facultado para pagar incluso después de expirar el término estipulado en el contrato, en tanto el vendedor no le haya requerido de pago, judicialmente o por acta notarial. **(STS de 4 de octubre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña Mariana celebró un contrato de compraventa de una parcela con sus propietarios, don Erasmo y doña Serafina, pagando una parte del precio y quedando diferido el abono del resto al momento de firmar la escritura pública. Se pactó la entrega del inmueble libre de cargas y gravámenes, haciendo constar también una cláusula penal por la cual se perdería la cantidad ya abonada o se devolvería doblada para el caso de que no llegase a firmarse la escritura pública por causa imputable a la compradora o vendedora, respectivamente. Comparecidas ambas partes en la notaría, la compradora se negó a suscribir el documento público, ya que la vendedora solo acreditaba haberse practicado el día anterior en el Registro el asiento de presentación de las escrituras de cancelación de las hipotecas, pero sin que la cancelación de las cargas, obviamente, hubiera tenido lugar. Una semana después, doña Mariana comunicó que daba por resuelto el contrato ante el incumplimiento de los vendedores. Estos contestaron dándolo igualmente por resuelto, pero imputando el incumplimiento a la compradora. Presentada demanda por doña Mariana, la Audiencia Provincial de Madrid consideró que el contrato había quedado resuelto por voluntad común de ambas partes, con restitución de las prestaciones. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de los demandados.

NOTA.—La necesidad de un incumplimiento esencial como base del ejercicio de la facultad resolutoria, con frustración de las legítimas expectativas de la parte perjudicada, a que se refieren los Principios Unidroit (art. 7.3.1), está contemplada también en los PECL [art. 9.301 (1)], y se inspira en la redacción del artículo 25 CISG, el cual se corresponde de manera muy directa con la noción de incumplimiento esencial del Derecho inglés [véase Díez-Picazo, Roca y Morales, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos* (Madrid 2002) pp. 350 y 351]. (L. A. G. D.)

10. Compraventa de inmuebles. Resolución por incumplimiento contractual. Efectividad del requerimiento resolutorio. El comprador puede pagar hasta su notificación.—Conforme a reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 12 de marzo de 1990, 15 de febrero de 1993, 28 de junio de 2002, 10 de mayo y 9 de octubre de 2007, 17 de julio y 1 de octubre de 2009, 19 de julio del 2010 y 14 de junio de 2011), el requerimiento resolutorio del artículo 1504 CC permite que hasta la notificación del mismo pueda pagar el comprador, pese a que conste una condición resolutoria expresa al amparo del artículo 1124 CC y ello por la especialidad que contiene el primer precepto con respecto a las compraventas de inmuebles. Igualmente para que el vendedor inste la resolución ha debido de cumplir fielmente sus obligaciones (arts. 1124 y 1110 CC) (STS de 15 de julio de 2011). Además, no puede producir efectos un requerimiento de resolución posterior a otro en que el comprador manifieste su voluntad seria, de realización posible, de cumplir, sino sólo a partir de la fecha en que no cumpla lo prometido (STS de 7 de junio de 1995). **(STS de 15 de diciembre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Don César suscribió con *N.I., S.L.* un contrato privado de compraventa de vivienda y dos plazas de garaje, y con posterioridad otro de nueve cuartos trasteros en el mismo edificio. Convocado el comprador para entrega de llaves y otorgamiento de escritura pública, este contesta que no acudiría dado que quedaban por terminar los frentes de armario. Convocado nuevamente el comprador, tampoco acude, comunicando previamente a la vendedora que seguía sin subsanarse el problema de los frentes de armario y que no se habían terminado las obras en los trasteros, lo que ya se le había advertido a la vendedora y promotora. La vendedora comunica a la compradora que no siendo posible la realización de ninguna de las reformas solicitadas le ofrecían la posibilidad de elegir entre perfeccionar el contrato de compraventa o la resolución. Se requiere hasta dos veces por el comprador a la promotora instándole a que convoque fecha en breve plazo para formalizar la escritura de compraventa y entrega de llaves, de vivienda, garajes y trasteros, recordándole que en reunión previa se había acordado la terminación de las obras pendientes en vivienda y trasteros. Finalmente, la vendedora requirió de resolución del contrato de compraventa de inmuebles al comprador.

Don César interpuso demanda contra *N.I.*, interesando que se dictara sentencia por la cual se declarara que la entidad demandada está obligada al cumplimiento del contrato, y en su consecuencia, se le condenara a otorgar escritura pública de venta de los inmuebles, así como al pago de los daños y perjuicios causados y al abono de intereses y costas. La vendedora formuló reconvencción reclamando se declarara ajustada a derecho y procedente la resolución instada.

El Juzgado dictó sentencia estimando parcialmente tanto la demanda como la reconvencción, declarando la obligación de la entidad demandada de elevar a escritura pública el contrato de compraventa relativo a los cuartos trasteros y absolviéndola de los restantes pedimentos contenidos en la demanda; y declarando la conformidad a derecho de resolución del contrato. Apelada esta

sentencia por el demandante, la Audiencia lo estimó, revocando parcialmente la sentencia del juzgado y condenando a *N.I.* a otorgar a favor del actor escritura pública de compraventa de la vivienda y garajes; y desestimando la demanda reconvenzional. La entidad demandada interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra esa sentencia, siendo desestimados ambos por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

11. Donación modal. Revocación por incumplimiento de la condición establecida: no se produce por la sola voluntad del donante, siendo necesaria una resolución judicial cuando el donatario no la consiente.—En caso de incumplimiento del modo, el donante puede dejar sin efecto la donación, pero no por su actuación unilateral sino acreditando el incumplimiento de la carga mediante el ejercicio de la correspondiente acción ante los tribunales. Así se deriva de la propia dicción del artículo 647 CC, según el cual «la donación será revocada a instancia del donante». Lo que implica que no puede dar lugar a dicha «revocación» por su sola voluntad en los casos en que el donatario no se muestra conforme con la revocación.

Extinción de la acción derivada del artículo 647 CC.—La acción derivada del artículo 647 CC para dejar sin efecto la donación modal quedó extinguida por falta de ejercicio por parte del donante, que manifestó su voluntad revocatoria en fecha 13 de diciembre de 1984 y falleció el 22 de enero de 1994 sin haber instado la correspondiente declaración judicial. Por otro lado, dicha acción no podría subsistir en favor de los herederos en el momento de interposición de la demanda en el año 2006, cuando habían transcurrido ya veintidós años desde que el donante había manifestado su voluntad revocatoria sin instar la ineficacia de dicha donación ante los Tribunales. (**STS de 21 de octubre de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Unos padres donan a su hijo unos inmuebles imponiéndole la condición de cuidar y asistir a ambos progenitores en todas sus necesidades hasta el fallecimiento del último de ellos, de cuyo exacto cumplimiento se hace depender la existencia y subsistencia de la donación. Posteriormente, habiendo fallecido la madre, el padre revoca ante notario la donación ya que su hijo no ha dado cumplimiento a la condición establecida. Aunque la revocación se notificó al donatario, el donante nunca la solicitó judicialmente. Después de fallecer el donante, un nieto suyo interpone demanda contra el donatario reclamando, para la comunidad hereditaria, el valor actual de los bienes que habían sido objeto de donación, pues los mismos habían sido transmitidos a terceros hipotecarios, más una indemnización por daños morales y otros conceptos. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda condenando al donatario a satisfacer el valor correspondiente a las fincas donadas. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estima el recurso del donatario absolviéndole de la devolución de las cantidades reclamadas. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación.

NOTA.— La Sentencia no entra a discutir el plazo de ejercicio de la acción revocatoria del artículo 647 CC. Simplemente la da por extinguida teniendo en cuenta el tiempo transcurrido —más de

veintidós años— desde que el donante manifestó su voluntad de revocar la donación. Ante el silencio del Código sobre esta cuestión, el criterio jurisprudencial, por aplicación analógica del régimen de las acciones rescisorias, es fijar el plazo para su ejercicio en cuatro años (STS de 23 de noviembre de 2004). Por otro lado, el *dies a quo* para el cómputo del plazo no es el de la escritura pública, es decir, el del contrato de donación, sino el día en que el donatario tuviera que realizar la prestación impuesta. En cuanto a su transmisibilidad, si consta la voluntad del donante de no revocar no pueden los herederos ejercitar la acción; pero si el incumplimiento del modo se produce después del fallecimiento del donante, no hay transmisión de la acción, sino que pueden ejercitarla los herederos, por haberse dado el presupuesto de la revocación cuando ya se había producido la muerte del donante y, por ende, la transmisión mortis causa a los herederos de sus derechos y obligaciones (STS de 3 de julio de 2009). (C. O. M.)

12. Resolución del contrato de arrendamiento de inmuebles por impago. Asimilación del impuesto sobre bienes inmuebles (IBI) a la renta.—Siguiendo la doctrina establecida en la STS de 12 de enero de 2007, declara el Tribunal Supremo que el impago por el arrendatario del IBI ha de considerarse como causa de resolución, conforme al artículo 114.1 LAU 1964, tanto en arrendamientos para uso de vivienda, como para uso distinto de vivienda. Como desarrolla la STS de 15 de junio de 2009, la mención en el precepto señalado a «cantidades asimiladas a la renta» ha de entenderse que alude a aquellas cuyo pago ha de asumir el arrendatario por mandato legal, con una fórmula abierta que ha de ser completada con las cantidades que en cada momento establezca la legislación aplicable. Si bajo la vigencia de la LAU de 1964 estas eran, en determinados supuestos, las correspondientes a la diferencia en el coste de servicios y suministros y las derivadas de la repercusión del importe de las obras realizadas por el arrendador, ahora la consideración del texto de la LAU de 1994 lleva a estimar que esta nueva obligación del arrendatario de satisfacer el importe del IBI ha de merecer igual consideración, de forma que su impago faculta al arrendador para instar la resolución del contrato, sea este de arrendamiento de vivienda o de local de negocio. El mismo resultado se obtiene, de hecho, por aplicación del artículo 3 CC e interpretación del mencionado 114.1.º LAU 1964 de acuerdo a su espíritu y finalidad, en tanto que se trata de una norma que pretende proteger al arrendador frente a los incumplimientos por el arrendatario respecto de obligaciones de inexcusable cumplimiento.

Obligación al pago del IBI por parte del arrendatario.—Afirma el Tribunal Supremo que la obligación del arrendatario al pago del IBI existe desde la entrada en vigor de la LAU de 1994, en la medida en que la ley le impone el pago de las cantidades asimiladas a la renta, sin que sea necesario para el nacimiento de dicha obligación que el arrendador efectúe una manifestación de voluntad de repercutir este impuesto sobre el arrendatario. Basta, por tanto, con que el arrendador le reclame el pago al arrendatario, quien deberá asumir éste, salvo que haya prescrito la obligación y así se alegue.

Gestión directa del pago del IBI por parte del arrendador.—Dado que el IBI se configura como un tributo directo de carácter real que grava el valor de los bienes inmuebles, y dado que su hecho imponible es la titularidad del

derecho de propiedad de un inmueble urbano, el sujeto pasivo del mismo es la persona física o jurídica que ostenta la titularidad de tal derecho (arts. 64 LHL de 1988 y 63 LHL de 2004). Por tanto, el arrendatario no está obligado a hacerse cargo de la gestión directa de su pago ante la Administración, salvo que así se haya pactado expresamente o salvo que se acredite que el arrendador comunicó al arrendatario que debería hacerse cargo del pago directo de este impuesto. Consecuentemente, no le es exigible tampoco al arrendatario que asuma la cantidad que se genere, en su caso, por recargos y gastos de apremio ante el impago del impuesto en las fechas ordinarias de devengo. **(STS de 10 de octubre de 2011; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—A comienzos de 2007, los arrendadores de un local de negocio interpusieron demanda contra la entidad arrendataria, solicitando la resolución del contrato de arrendamiento, celebrado en 1977, por impago del IBI correspondiente al periodo comprendido entre los años 2000 y 2004. El mencionado impuesto había sido pagado por los arrendadores, tras un procedimiento de apremio dirigido contra ellos por la Administración. Posteriormente, en noviembre de 2006, los arrendadores habían enviado un burofax a la entidad arrendataria, requiriéndole para el pago del IBI correspondiente a los años indicados, más los recargos que habían satisfecho a la Administración.

Trasladada la demanda a la entidad demandada, esta procedió a consignar el importe reclamado, a los efectos de enervar la acción de desahucio, y aportó justificantes del pago del IBI en los años 2005 y 2006. En el acto del juicio, los demandantes se opusieron a la enervación, por haber sido requerida la entidad arrendataria con más de dos meses de antelación a la fecha de presentación de la demanda. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, sobre la base, por un lado, de que el burofax remitido en 2006 no era un verdadero requerimiento a los efectos de enervar la acción de desahucio, pues carecía de la claridad y precisión necesaria, y, por otro lado, de que no constaba que, tras la entrada en vigor de la LAU de 1994 y con anterioridad al año 2004, los arrendadores hubieran comunicado a la entidad arrendataria su voluntad de repercutir el IBI sobre ella. Tales razonamientos fueron reiterados por la Audiencia Provincial, en respuesta al recurso de apelación interpuesto por los demandantes. Estos plantearon entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo, quien estimó el recurso en parte, reconociendo la existencia de una deuda a cargo de la arrendataria, pero desestimando la resolución del contrato, por entender que se había enervado la acción por la consignación de las cantidades reclamadas con anterioridad a la celebración del juicio.

NOTA.—La doctrina sobre el surgimiento de la obligación del arrendatario al pago del IBI sin necesidad de manifestación de voluntad previa del arrendador sobre la repercusión de este impuesto, tras la entrada en vigor de la LAU de 1994, ha sido reiterada por el Tribunal Supremo en diversas sentencias. Sirvan de ejemplo las de 24 de septiembre de 2008 y 30 de abril y 15 de junio de 2010. (A. M. M.)

13. Arrendamiento urbano sujeto a la LAU-1964. Retracto del arrendatario: resolución por no respetar este el plazo legal de dos años de prohibición de enajenar, aplicable tanto a vivienda como a local de negocio.—El fundamento del ejercicio del tanteo y retracto es único, facilitar el acceso a la propiedad, tanto para viviendas como para locales de negocio. El hecho de que el artículo 51 de la LAU-1964 utilice el término *piso*, no es relevante, dado que el legislador de 1964 no usa ese término como sinónimo de vivienda en la totalidad de su articulado. Además, esta Sala ya ha mantenido la validez de la acción de resolución de la compraventa prevista en el artículo 51.2 LAU-1964, cuando el inmueble arrendado era un local de negocio (STS de 2 de diciembre de 2009). (STS de 26 de septiembre de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una entidad mercantil ejercitó la acción de resolución de contrato de compraventa, prevista en el artículo 51 LAU-1964, celebrado entre el propietario de un inmueble con el que había firmado un contrato para su adquisición y el arrendatario que ejercitó la acción de retracto. Fundaba su demanda en el hecho de que el arrendatario adquirente, el mismo día de la adquisición, segregó y transmitió, por actos *inter vivos* a terceros el inmueble, sin haber transcurrido los dos años de prohibición de enajenación previstos en el artículo 51 LAU-1964, y sin concurrir causa que lo justificase. El juzgado estimó íntegramente la acción ejercitada, la audiencia acogió el recurso de apelación al equiparar el término *piso* del artículo 51 LAU-1964 al de vivienda. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la parte actora y confirmó la sentencia de primera instancia.

NOTA.—El artículo 51 de la LAU-1964 ha de ser interpretado dando al término *piso* que emplea un sentido amplio, comprensivo tanto de las viviendas como de los locales de negocio, dado la finalidad a que obedece, que no es otra que tratar de evitar la especulación por parte de inquilino o arrendatario, al que se le da una ocasión de ser propietario para proteger su condición de tal, pero no para que sirva de medio de obtener una ganancia en perjuicio del propietario del inmueble [véase FUENTES LOJO, J. V., *Suma de Arrendamientos Urbanos I* (Barcelona 1986), p. 610]. (I. D.-L.)

14. Responsabilidad por vicios en la construcción del artículo 1591 CC. Legitimación activa de cooperativas de viviendas y asociaciones al ser consideradas como promotoras: requisitos.—La jurisprudencia ha reconocido la condición de promotoras a cooperativas de viviendas y asociaciones, y, con tal carácter, pueden esgrimir la acción decenal contra los agentes intervinientes en el proceso constructivo, al subsistir esta facultad aunque hayan transmitido todo o parte de la propiedad del edificio a otros adquirentes (SSTS de 21 de junio de 1989, 7 de julio de 1990, 8 de mayo de 1995 y 21 de junio de 1999); sin embargo, para ejercitar tal acción decenal, es preciso que la totalidad de las viviendas no hayan sido transmitidas a terceras personas o, si lo han sido, la cooperativa o asociación haya reparado los desperfectos, o bien, se hubiera comprometido a abonarlos, es decir, es necesaria la existencia de un perjuicio patrimonial real y efectivo. (STS de 11 de octubre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Dos asociaciones demandaron a una constructora, en ejercicio de la acción decenal por los desperfectos en la obra encomendada y también por no haber entregado los boletines autorizantes del suministro de electricidad y agua. Se dio la circunstancia que las viviendas construidas fueron transmitidas en su totalidad a terceras personas y que la actora no había reparado ninguno de los vicios detectados. Sus pretensiones no prosperaron en ambas instancias. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación, interpuesto por la parte demandante.

NOTA.—La responsabilidad de la promotora viene determinada en cuanto su actuación. Por lo general se proyecta a la comercialización de las viviendas edificadas, las que debe entregar a los adquirentes con las condiciones de habitabilidad suficientes, seguras y sobre todo útiles (SSTS de 30 de diciembre de 1998 y 13 de octubre de 1999, entre otras muchas), y por tanto se hace responsable de los defectos y vicios que pudieran surgir como consecuencia de un proceso constructivo irregular y, además, al ser la promotora quien elige y contrata a los técnicos y constructores, no puede quedar liberada alegando la responsabilidad por completo de terceros con los que ha contratado; responsabilidad que le alcanza aunque, como sucede en el caso de la sentencia extractada, no asuma funciones de propio constructor (SSTS de 13 de mayo de 2002 y 8 de mayo de 2006, entre otras). Hay que tener en cuenta que todo lo hasta aquí recogido hace referencia a la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC, ya que la LOE en su artículo 9 amplía el concepto de promotor respecto al definido por la jurisprudencia al interpretar y aplicar el artículo 1591 CC. (*I. D.-L.*)

15. Responsabilidad civil del Abogado por frustración de las acciones judiciales.—La doctrina jurisprudencial puede sintetizarse en los siguientes apartados:

a) La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato (SSTS de 28 de enero de 1998, 23 de mayo y 27 de junio de 2006, 21 de junio y 18 de octubre de 2007 y 22 de octubre de 2008, entre otras);

b) El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias; en la relación del Abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual;

c) El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis*, esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado; se han perfilado únicamente algunos ejemplos: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o de fracaso, cumplimiento de los

deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, observar las leyes procesales, y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos;

d) 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 esta corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual;

e) 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 contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS de 14 de julio de 2005, 30 de marzo de 2006 y 26 de febrero de 2007, entre otras). Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe resultar probada, se ha producido una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficientes para ser consideradas como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva y por ello un daño resarcible al amparo del artículo 1101 CC;

f) 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, en un contexto valorativo, el daño debe calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito. El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado: la responsabilidad por pérdida de oportunidad exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarla (STS de 27 de julio de 2006). La propia naturaleza del debate jurídico excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado 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 de noviembre de 2005). Es menester que exista una relación de certeza objetiva entre el incumplimiento y la inadmisión o desestimación de las pretensiones formuladas en defensa de su cliente, como ocurre, por ejemplo, en la falta de presentación de escritos en los plazos establecidos o de omisión de trámites exigidos por la ley como carga para hacer valer pretensiones, o la omisión de algún concepto indemnizable con arreglo a la jurisprudencia consolidada, como es el caso del daño moral o del lucro cesante (STS de 14 de diciembre de 2005).

Infraacción del deber de diligencia profesional.—Se constata su existencia pues el procedimiento del juicio de cognición interpuesto en 1996, quedó suspendido al año siguiente a la espera de la presentación de una demanda de conciliación ante la Junta Arbitral regional de Arrendamientos Rústicos, y hasta el 14 de diciembre de 2001 no se presentó la solicitud de avenencia sin

que la prórroga de la anotación preventiva de la demanda pueda considerarse un acto de impulso procesal al tratarse de una medida cautelar. En consecuencia, la inactividad del letrado determinó que el procedimiento iniciado no pudiera cumplir su fin de reconocimiento de la pretensión de acceso a la propiedad planteada en la demanda. Presentó de nuevo la demanda por procedimiento ordinario en 2003, y en este caso se dictó sentencia desestimatoria por estar caducada la acción al interponerse la demanda por haber alcanzado la edad de jubilación. El daño consistió en la frustración de la acción judicial.

Cuantía del resarcimiento.—Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales, no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, solo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando exista una notoria desproporción, o se cometa una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases para la determinación del *quantum*. En el caso examinado, aunque sean discutibles los argumentos utilizados por la Audiencia Provincial para la calificación del daño, el recurrente no formula ninguna alegación en relación a la cuantía, por lo que, en aplicación de la doctrina expuesta, debe ser confirmada, pues tampoco se advierte que haya incurrido en notoria desproporción, por lo que se confirma la indemnización de 12.000 euros por daños morales.

Infracciones procesales: Deber de congruencia: Pago de costas no solicitado.—Constituye jurisprudencia de esta Sala que el deber de congruencia consiste en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos; no exigiéndose una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible. En el presente caso debe apreciarse incongruencia por *extra petita*, al condenar al recurrente al pago de las costas correspondientes al proceso de cognición en que se declaró la caducidad de la instancia por inactividad procesal, petición no articulada en la demanda y que, además, no se corresponde con la realidad pues en ninguna de las instancias hubo tal condena. (**STS de 27 de septiembre de 2011**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G. G. C.*)

16. Responsabilidad profesional del abogado: Reclamación ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuando la acción estaba prescrita: Negligencia profesional: Pérdida de oportunidad procesal: Daño moral.—En 1999 el actor sufrió un accidente de circulación al colisionar la moto que el mismo conducía contra un bordillo de cemento que obstaculizaba la calzada, causándole importantes daños personales. Ejercitada la acción de reclamación de daños contra el Ayuntamiento, la Sala Administrativa del TSJ de Extremadura, en sentencia de 31 de octubre de 2005, la desestimó por entender que estaba prescrita. El perjudicado reclamó una indemnización superior a los 250.000 euros a su letrado por negligencia profesional. La s. fue estimada parcialmente en ambas instancias, concediéndole 1.700 euros por daño moral ligado a la pérdida de oportunidad procesal.

La Sala considera aplicable la doctrina de la STS de 9 de marzo de 2011, recaída en un caso semejante. En efecto, ahora como entonces, resultaría atendible la afirmación del recurrente en el sentido de que la Audiencia Provincial limita indebidamente la indemnización por la negligencia profesional del abogado al daño moral, cuando la jurisprudencia reconoce la indemnización por este concepto solo cuando resulta acreditado de modo específico, y no por la

simple frustración de una acción judicial, y la del daño material con base en la doctrina de la posibilidad de éxito de la acción frustrada. Sin embargo, esta circunstancia no es bastante para estimar el recurso, ni para atender la petición de que la indemnización resulte incrementada, pues no puede aceptarse que la Audiencia Provincial no haya tenido en cuenta la pérdida de oportunidades de obtener un beneficio patrimonial; antes bien, la s. recurrida analiza el comportamiento negligente de la víctima, que según el atestado circulaba a velocidad excesiva y además se disponía a realizar un giro en dirección contraria, así como la circunstancia de que el obstáculo de la calzada había sido colocado por un tercero. Estos hechos vinculan al Tribunal de casación en tanto que no han podido ser desvirtuados por el cauce establecido, constituyendo la base fáctica en que se sustentó el juicio de probabilidad realizado por la Audiencia Provincial, que permitió alcanzar la convicción de la escasa probabilidad del éxito de la acción ejercitada. En consecuencia, aunque sean discutibles los argumentos utilizados sobre la calificación del daño, no se advierte que se haya incurrido en una notoria desproporción entre el daño patrimonial sufrido por el recurrente y la indemnización fijada con arreglo a las circunstancias del caso que se han tenido por acreditadas, valorando esencialmente, bajo la vestidura de unos u otros conceptos, las posibilidades de éxito de las actuaciones frustradas por la negligencia del abogado. (STS de 27 de octubre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Además de la Sentencia cuya doctrina aquí ratifica puede citarse la posterior Sentencia de 27 octubre 2011, de idéntico ponente, y cuyo extracto se publica también en este fascículo del ADC. (G. G. C.)

17. Accidente laboral: Muerte y lesiones por caída de andamio: Culpa civil extracontractual: Competencia: Razones para atribuirle a la jurisdicción civil.—A partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de Pleno, de 15 de enero de 2008, esta Sala de lo Civil viene considerando, en aplicación del artículo 9 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, por tanto, si existe la 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 desarrollan los deberes del empresario, entre los que se encuentra el de proteger eficazmente al trabajador en materia de seguridad e higiene, siendo únicamente 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 esta Sala de oficio la excepción de falta de jurisdicción, habida cuenta que la empresa demandada no previó lo que pudo y debió ser previsto y no adoptó las medidas necesarias para evitar el evento. Aunque esta Sala haya examinado de oficio su competencia en asuntos referidos a los accidentes laborales por los que se reclamaba (así SSTS de 17 de noviembre y 15 de diciembre de 2009), es preciso tener en cuenta ahora que la doctrina referida la ha matizado recientemente (STS de 11 de septiembre 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 sentencia, 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 sobre la pretensión ejercitada en este proceso 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 además la solución de apreciar de oficio la falta de jurisdicción, en casos como el de autos, contrario a la esencia misma del derecho a la tutela judicial efectiva, pues no se compadece con esa tutela que a partir de una interpretación posterior de la normativa y después de que han pasado más de cinco años desde que se interpuso la demanda, se declare inadmisibile en la jurisdicción en la que se había planteado vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, y a la evitación de las dilaciones indebidas.

Dies a quo del plazo de prescripción extintiva: Doctrina general sobre plazos procesales y sustantivos.—La Sentencia del Tribunal Supremo de Pleno de 29 de abril de 2009, reiterada por SSTS 30 de abril y 28 de julio de 2010 y 11 de julio de 2011, establece la siguiente doctrina: *a)* Los plazos tienen carácter procesal cuando tengan su origen o punto de partida de una actuación de igual clase (notificación, citación, emplazamiento o requerimiento), entre los que no están aquellos a los que se asigna un determinado plazo para el ejercicio de una acción; *b)* El artículo 135 LEC permite la presentación de escritos sujetos a plazo hasta las quince horas del día siguiente hábil al del vencimiento, regla prevista para plazos procesales y no para los sustantivos, en los que se atiende al hecho objetivo de la falta de ejercicio de la acción a la que se vincula dentro del plazo prefijado; *c)* La acción judicial que pone en movimiento el derecho se materializa a través de la presentación de una demanda, que es un acto procesal sujeto a normativa procesal. El problema no es tanto de plazos, pues su computación no se ve alterada, ni se prolongan los días de los que dispone el interesado sino de permitir al titular de un derecho, cuyo ejercicio se encuentra sometido a caducidad, disponer del mismo en su integridad, con perfecto ajuste a lo dispuesto en el artículo 5 CC, que, aunque no menciona si el día final del cómputo ha de transcurrir por entero, habrá que entenderse que es así, pues no excluye aquel precepto en su texto el día de su vencimiento a diferencia de lo que dispone sobre el día final; *d)* Una interpretación razonable de la norma y de los intereses en juego no puede originar como resultado final un efecto contrario al derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, desde el momento en que se privaría al titular del derecho a disponer de la totalidad del plazo concedido por la Ley, incluso aunque se arbitraran mecanismos organizativos distintos de acceso a los órganos judiciales (inexistentes en la actualidad, puesto que los Juzgados no permanecen abiertos durante las 24 horas del día, y no es posible la presen-

tación de escritos ante el Juzgado que presta servicio de guardia), pues siempre dispondría de la facultad de agotarlo en su integridad, y de esta facultad no puede ser privado por la normas procesales u orgánicas que imposibilitan el pleno ejercicio de la acción ante los órganos judiciales.

Culpas compartidas.—Se declara probado que sobre las 9,30 horas del 03.11.00, un obrero de la construcción, junto con el encargado de la obra en ausencia del empresario, se encontraban ascendiendo hacia la azotea de un edificio en construcción subidos en un andamio, cuando a la altura del piso octavo, el andamio comenzó a inclinarse hacia la izquierda, provocando el desequilibrio de toda su estructura, a resultas de lo cual cedió una de las plumas de sujeción, por insuficiencia del contrapeso empleado, lo que produjo la caída de la estructura junto a los dos trabajadores hasta la base del edificio, falleciendo el encargado y resultando el obrero con lesiones graves por las que pretende ser indemnizado. De todo ello se deduce inequívocamente que la causa del accidente está tanto en una ineficaz puesta a disposición del trabajador de los medios de protección, pues no se usaron, mediante el enganche del cable a un punto fijo, junto a un fallo en el mecanismo y funcionamiento del andamio, como en la desatención de estos medios por parte de quien debió utilizarlos, estableciendo una responsabilidad compartida cuya compensación deja en un 60% la del trabajador y en un 40% de la empresa recurrente. Se reprocha así a la empresa una conducta omisiva consistente en no haber adoptado las medidas precisas de vigilancia para exigir su cumplimiento obligando al usuario a enganchar el cable de vida a un punto fijo; y también al trabajador a quien imputa una responsabilidad de mayor calado al no utilizar, pese a su experiencia, los medios de seguridad que la empresa había puesto a su disposición para no caerse desde el andamio donde trabajaba. (STS de 20 de octubre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

18. Accidente de vehículo de motor. Dies a quo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual cuando ha existido un proceso penal previo.—El *dies a quo* para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* (SSTS de 27 de febrero de 2004 y 24 de mayo de 2010). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar. En los procedimientos civiles seguidos en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de lo establecido en el artículo 1969 CC, que, puesto en relación con los artículos 111 y 114 LECrim y 24.1 CE, lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil (entre otras, SSTS de 9 de febrero de 2007, 3 de mayo de 2007, 1 de octubre de 2009 y 24 de mayo de 2010). La firmeza se produce por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el término sin interponerlos, con independencia, a estos efectos, de cuándo sea declarada materialmente la firmeza y cuándo sea notificada: recaída en el previo procedimiento penal, sentencia absolutoria o

resolución equivalente, por sobreseimiento o archivo, que lo ponga fin, y oportunamente notificada dicha resolución a las partes personadas y a los perjudicados, aunque no lo estén (STS 19 de octubre de 2009), con otorgamiento del plazo legalmente estipulado para recurrirla, el día inicial del plazo de prescripción queda determinado por el agotamiento de dicho plazo sin mediar impugnación. La incorrección o irregularidad en que puede haberse incurrido por el Juzgado de Instrucción al notificar la resolución pertenece al ámbito procesal y resulta ajena a la infracción del artículo 1969 CC, siendo lo decisivo para la aplicación de éste que el perjudicado pudo conocer que la vía penal, hasta entonces óbice para ventilar la acción civil, había concluido. (STS de 12 de diciembre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña Juliana conducía una ambulancia propiedad de la empresa *G.E.*, para la que trabajaba, y se salió de la calzada, falleciendo ella y el otro ocupante.

El marido de la víctima, en su propio nombre y en el de sus hijos menores de edad, formuló demanda contra la empresa propietaria de la ambulancia y la aseguradora *F.*, que garantizaba su responsabilidad civil, general y patronal, en reclamación de la pertinente indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. Interpuesto recurso de apelación por el actor, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, el demandante interpuso recurso de casación, siendo desestimado íntegramente por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

19. Responsabilidad civil derivada de delito: Reserva de acciones en el proceso penal finalizado con condena: Reparación de maquinaria vendida: Retirada no consentida de piezas por obreros: Reclamación de daños: Acción ex artículo 1902: Prescripción: Interpretación restrictiva.—En la demanda se hizo referencia a la responsabilidad basada en los artículos 1902 y 1903 CC, a la responsabilidad *ex delicto*, y a la responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato de compraventa, si bien con referencia siempre a un hecho: el llevado a cabo por los dos empleados de la demandada, declarado delito de coacciones por la sentencia penal firme que condenó a los mismos, y que provocó, según la recurrente, una cadena de hechos que llevaron a su quiebra y produjeron los graves perjuicios que se reclaman en la demanda. El principio de congruencia obliga a no examinar las referencias a la responsabilidad contractual y a concentrarse en la responsabilidad civil. No podía entenderse ejercitada contra la demandada una acción de responsabilidad civil derivada de delito, de naturaleza directa, a que se refiere el artículo 116 CP, pues la entidad demandada no fue condenada como penalmente responsable en la causa penal. Tampoco podía entenderse ejercitada una acción de responsabilidad civil derivada de delito, de naturaleza subsidiaria, con fundamento en el artículo 120.4.º CP, ya que nada se dijo en la demanda y supone un título jurídico específico de imputación de la responsabilidad civil con presupuestos distintos de la acción basada en los artículos 1902 y 1903 CC.

La responsabilidad civil de las personas jurídicas por delitos o faltas cometidos por sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obliga-

ciones surge en defecto de la responsabilidad civil del que sea responsable criminal del delito o falta, que es el civilmente obligado de forma directa, de acuerdo con el artículo 116 CP. La posición jurídica que ocupa el responsable civil subsidiario es el de garante en la cobertura de la insolvencia del deudor principal frente al perjudicado por el delito o falta y la responsabilidad subsidiaria solo puede hacerse efectiva en el caso de que el criminalmente responsable no pueda hacer frente a las responsabilidades civiles dimanantes del delito (STS de 31 de mayo de 2007). Pero no fue este el título jurídico alegado en la demanda.

El artículo 1903 CC establece la responsabilidad de la empresa, pero con carácter directo, es decir, al mismo nivel que el dependiente o empleado responsable principal del hecho, por lo que la acción civil tiene en este caso particular un ámbito más amplio que la acción penal (SSTS de 2 de julio de 2002 y 30 de noviembre de 2005). En la demanda se argumentó ampliamente sobre la culpa como criterio de imputación de la responsabilidad, sobre la responsabilidad por creación de un riesgo, sobre la objetivación de la responsabilidad y sobre la responsabilidad del empresario por *culpa in eligendo* y *culpa in vigilando*.

En consecuencia, si la acción directa derivada del delito no procedía contra la empresa, por no haber sido penalmente condenada, si en la demanda únicamente se aludió a los presupuestos para el ejercicio de la acción subsidiaria derivada del delito y se hizo, en los fundamentos jurídicos, una amplia exposición de doctrina relativa a la responsabilidad extracontractual por culpa, por hecho ajeno, solo cabe entender que se ejercitó una acción de responsabilidad basada en los artículos 1902 y 1903 CC. En la demanda no se aludió a la responsabilidad subsidiaria de la empresa demandada, derivada del delito, por lo que el examen de esta acción supondría incongruencia.

La parte recurrente ha alegado la aplicación restrictiva del instituto de la prescripción, exponiendo que no tuvo una actitud pasiva y despreocupada en el ejercicio del derecho, ya que se intentaron comunicaciones a la demandada, a través de su letrado; pero estas alegaciones están en contradicción con la base fáctica de la sentencia impugnada que, al confirmar la sentencia de primera instancia, declara que no se interrumpió el plazo de la prescripción, de donde se infiere que se pretende una revisión de la valoración de la prueba efectuada, solo posible en el recurso extraordinario por infracción procesal, aquí no intentado. **(STS de 27 de octubre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En 1994 la recurrente adquiere una planta completa de extracción natural de aceite de oliva a la demandada, valorada en 25 millones de las antiguas pts., y habiéndose presentado deficiencias de funcionamiento notificadas a la vendedora, en 1997 acuden a la almazara dos empleados de la vendedora y sin permiso de la compradora, extraen todos los relés que accionan el funcionamiento eléctrico de la maquinaria, quedando paralizada la producción, alegándose considerables perjuicios como consecuencia de tal hecho, produciéndose juicios ejecutivos y la quiebra de la empresa. En vía penal los empleados fueron condenados por delito de coacciones, reservándose la acción civil la compradora. La acción de reclamación de perjuicios es rechazada en ambas instancias, e igual suerte corre el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia extractada efectúa un minucioso análisis para identificar la acción ejercitada que resulta correcto, con las inevitables consecuencias en orden a la prescripción de la acción (el plazo del año finaliza el 22 de marzo de 2004, y la presente demanda se interpone el 5 de junio de 2006), aunque no deja de ser paradójico que la acción civil reservada contra los autores de la infracción penal parece que puede seguir viva. Acaso pueda decirse que en nuestro Derecho, la acción civil derivada de delito continúa siendo la *gran desconocida* en la práctica. Pueden verse, a este respecto, las acertadas y sagaces consideraciones de IZQUIERDO TOL-SADA, «La responsabilidad civil en el proceso penal», en el *Tratado de responsabilidad civil* (coord. Reglero Campos) Cizur Menor, 2002, pp. 445 ss., espec. pp 471 ss. (G. G. C.)

20. Responsabilidad extracontractual. Indemnización conforme al sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación. Fijación de los daños de acuerdo con el régimen legal vigente el momento del siniestro y valoración de la indemnización conforme al que se encuentre en vigor en el momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, conforme al que se encuentre en vigor en el momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado. (SSTS de 9 de julio de 2008, 17 de diciembre de 2010 y 9 de febrero y 19 de mayo de 2011). (STS de 27 de septiembre de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El litigio tiene su origen en un accidente de circulación en el que el demandante sufre una serie de lesiones a consecuencias de la colisión producida entre la motocicleta conducida por el actor y la furgoneta Iveco 35. Instada la reclamación judicial, por los daños ocasionados, contra la propietaria de la furgoneta, el conductor de la misma en el momento de producirse los hechos y la aseguradora, la sentencia de instancia determinó que hubo una concurrencia de culpas entre los conductores implicados, a razón de una 75% del actor y de un 25% del demandado. La Audiencia Provincial mantuvo el criterio de imputación anteriormente señalado y estimó en parte el recurso en el sentido de incluir en la valoración de la indemnización la incapacidad permanente total ocasionada al actor. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación. (C. O. M.)

21. Accidente de tráfico: Lesiones por caída de viajero dentro del bus urbano: Compatibilidad de indemnizaciones con cargo al Seguro obligatorio de Viajeros y de responsabilidad civil.—A consecuencia de las lesiones que sufrió el 09.05.03, ocasionadas al caerse al suelo en el interior del autobús urbano en el que viajaba, a raíz de una brusca frenada de su conductor, la perjudicada, que se reservó la acción civil en el previo juicio de faltas, demandó a la empresa propietaria del vehículo y a su aseguradora en

reclamación de la correspondiente indemnización, tanto con cargo al seguro de responsabilidad civil del vehículo, como con cargo al de viajeros, más intereses del artículo 20 LCS respecto de la compañía de seguros; para calcular la indemnización reclamada tomó como referencia el sistema legal de valoración del daño corporal vigente en el momento de la demanda (año 2006). A tal duplicidad de indemnizaciones se opusieron desde un principio las demandadas, que negaron también su responsabilidad y mostraron su desacuerdo con la cuantía reclamada por los distintos conceptos.

La Audiencia Provincial, en relación con las cuestiones planteadas en el recurso, afirmó en síntesis: *a)* Tras la entrada en vigor de la Ley 14/2000, de 29 diciembre, que modificó el artículo 21 de la Ley 16/1987, no es posible aceptar la compatibilidad de las indemnizaciones solicitadas por cuanto los daños sufridos por viajeros solo serán satisfechos con cargo al seguro obligatorio de viajeros si no resultan indemnizados con cargo al de responsabilidad civil de suscripción obligatoria; *b)* La indemnización debe calcularse con arreglo al régimen vigente cuando ocurrieron los hechos determinantes de la responsabilidad, dado que la pérdida de valor nominal del dinero se compensa con los intereses del artículo 20 LCS; *c)* Las lesiones se estabilizaron, según informe forense, a los 276 días a contar desde el accidente, lo que sitúa el alta definitiva en el día 09.02.04, sin que deba confundirse baja laboral con incapacidad temporal a efectos de su indemnización con cargo al seguro obligatorio; *d)* Procede moderar la indemnización correspondiente a la invalidez apreciando como elementos correctores los que establece el apartado 7 del Anexo (las prestaciones que ya recibe la actora y, fundamentalmente, que su situación es tan solo parcialmente debida a las secuelas derivadas del accidente, lo que conduce a un factor corrector del 50%); *e)* La actora no justificó la concurrencia de ninguno de los otros supuestos que para la concesión de daños morales diferentes a la incapacidad permanente total establece la tabla IV.

Aunque es mayoritario el número de Audiencias Provinciales que niegan la compatibilidad de ambas indemnizaciones, en sentido opuesto la doctrina defendida en el recurso se sustenta en la distinta naturaleza, finalidad y cobertura de los seguros obligatorios concurrentes (de viajeros y de responsabilidad civil en el ámbito de la circulación), y normativamente en la literalidad del artículo 2, apartados 2.º y 3.º, del Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros, aprobado por RD 1575/1989, de 22 diciembre, aun vigente. El SOV, como seguro de personas, cubre el riesgo de que por un siniestro ocurrido con ocasión de un desplazamiento en transporte público colectivo se ocasionen al viajero daños corporales. El riesgo de la persona del viajero asegurado comprende todos aquellos que pueden afectar a su existencia, integridad corporal o salud, correspondiendo el interés a la propia persona objeto del riesgo. Como seguro de suma se caracteriza porque la indemnización se fija de antemano por los contratantes al suscribir la póliza, al margen del daño concreto, ante la difícil valoración a priori de dicho interés. Aparte de no cubrir los daños materiales, su ámbito de cobertura va más allá de la circulación viaria de los vehículos a motor, pues alcanza al viajero en transporte marítimo, en teleféricos, funiculares, telesquíes, telesillas, telecabinas u otros medios. Por tanto el derecho del asegurado no depende del nacimiento de una responsabilidad a cargo del transportista fundada en una actuación culpable o negligente, como sí exige el seguro obligatorio de responsabilidad civil en materia de tráfico. Este último, como seguro de daños y no de personas, el interés protegido es el del responsable del daño, en cuanto que lo que se asegura no es la

posibilidad del accidente de terceros sino la deuda de responsabilidad que se verá obligado a asumir el asegurado responsable y, en último término, su patrimonio.

Con base en esta distinción varias Audiencias Provinciales han venido considerando que esa compatibilidad ha de tener su reflejo en la posibilidad de reclamar una indemnización independiente con cargo a cada una de ellos, no habiendo duplicidad sino distinto riesgo e interés resarcible, y que al tratarse el SOV de seguro de personas no le es aplicable la prohibición relativa al enriquecimiento injusto (art. 26 LCS), ni la previsión sobre el seguro múltiple (art. 32 LCS); de no ser compatibles se llegaría al absurdo de que una entidad aseguradora estaría cobrando primas derivadas de una póliza obligatoria de SOV, por un riesgo que nunca podría producirse al estar el vehículo público cubierto con un seguro de responsabilidad civil de suscripción igualmente obligatoria. Dualidad de indemnizaciones que puede igualmente concurrir por razón de la suscripción de una póliza de seguro de personas contratada por el propio perjudicado u otro, de modo que este se haga acreedor, frente a su entidad aseguradora, de otra prestación económica que tenga por causa el estado físico resultante del siniestro de la circulación. Este criterio favorable a la compatibilidad de indemnizaciones ha sido acogido también por la STS de 8 de octubre de 2010. La estimación del motivo lleva a casar la sentencia, y a confirmar en este punto la decisión del Juzgado de Primera Instancia que reconoció a la perjudicada una indemnización por 26.968,72 euros por la lesión de periartritis escapulo humeral, que la recurrente no impugnó en apelación.

Cuantificación de la indemnización.—Según doctrina jurisprudencial sentada por la STS, del Pleno, de 17 de abril de 2007, los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente al momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado. Su aplicación al presente caso obliga a estimar parcialmente el recurso en cuanto a que la Audiencia Provincial no tuvo en cuenta para la cuantificación del daño los criterios vigentes el año del alta definitiva.

Indemnización por incapacidad temporal.—Una vez que las lesiones se estabilizan en el sentido de que no son susceptibles de curarse, ni de mejorar con el tratamiento médico recibido, es doctrina jurisprudencial, que dicho daño corporal ha de valorarse como secuela determinante de una incapacidad, no ya temporal sino permanente, susceptible de ser indemnizado con base en la Tabla IV del sistema, siendo irrelevante a tales efectos que fueran estas secuelas las que mantuvieron a la víctima en situación de baja temporal.

Indemnización de daño moral.—Por lo general, la indemnización del daño moral queda comprendida en las cantidades que se conceden para el resarcimiento de los diferentes conceptos susceptibles de indemnización con arreglo al sistema, pues su indemnización por separado solo es posible en los casos que la ley lo concibe expresamente como un concepto independiente, como los daños morales complementarios mencionados en la Tabla IV, o los causados a los familiares del gran inválido, en atención a la sustancial alteración de la vida o convivencia derivada de los cuidados y atención continuada, según circunstancias. En este sentido la decisión de la Audiencia Provincial de no indemnizar los daños morales como concepto independiente, fue conforme a derecho. (STS de 19 de septiembre de 2011; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

22. Legitimación del presidente de la Comunidad.—El artículo 13.3 LPH señala que el presidente ostentará legalmente la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que le afecten. El artículo 14.d) por su parte, pone a cargo de la Junta de copropietarios aprobar o reformar los estatutos y determinar las medidas de régimen interior. El Presidente, aunque representa a la Comunidad, debe actuar teniendo presente los acuerdos de la Junta sobre asuntos de interés general para aquella. La representación de la Comunidad por el Presidente no tiene un contenido en blanco, ni sirve para cualquiera de sus actuaciones. Es la Junta de propietarios la que acuerda lo conveniente a sus intereses y el Presidente ejecuta. Su voluntad no suple, corrige o anula la de la Junta.

Ahora bien, otra cosa distinta es que en casos de necesidad urgente pueda velar unilateralmente por intereses de la comunidad, lo cual no debe prohibirse en razón de la misma urgencia y necesidad, si bien dando cuenta inmediata a la Junta para que adopte las decisiones pertinentes. (**STS de 10 de octubre de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La entidad M., propietaria de un local, interpone demanda contra una Comunidad de propietarios, solicitando la anulación de los acuerdos que se tomaron en Junta Extraordinaria de la Comunidad, que fueron adoptados sin estar incluidos en el orden del día. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la nulidad del acuerdo adoptado por la Junta el día 3 de abril de 2003, y estima la demanda reconventional interpuesta por la Comunidad, declarando la nulidad de la norma 7.^a de las Normas de Comunidad de Propiedad Horizontal incluida en la escritura de rectificación otorgada el 22 de julio de 2002 por la entidad M.

La Comunidad de Propietarios interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial. Entendió esta que no existía acuerdo alguno de la Comunidad decidiendo, de forma expresa, la reforma de los estatutos. Eso sería contrario al artículo 14.d) LPH, puesto que el Presidente ejerció facultades de la exclusiva titularidad de la Junta, careciendo por tanto de legitimación.

La sentencia fue recurrida en casación, alegando la infracción del artículo 13.3 LPH. Se discute únicamente la declaración de nulidad de la cláusula estatutaria 7.^a de las que integran el Título constitutivo de la Comunidad de propietarios. Afirma el Tribunal Supremo que el Presidente actúa contra uno de los propietarios que forma parte de la Comunidad, utilizando el procedimiento iniciado por este, no solo para contestar y oponerse a la demanda, sino para reconvenir interesando la nulidad de una cláusula estatutaria, todo ello sin el acuerdo previo de la Junta. Aunque el Tribunal Supremo ha venido concediendo legitimación a cualquier comunero para actuar en cuestiones que afectan a elementos comunes cuando no lo haga la Junta, beneficiando a la Comunidad en lo que fuera favorable su actuación, en este caso la demanda ha sido formulada contra la Comunidad y no frente a un determinado comunero y el Presi-

dente ha comparecido y contestado a la demanda con esta sola cualidad. Los poderes a procuradores fueron otorgados con esa única legitimación. En definitiva, a juicio del Alto Tribunal, el Presidente no ha actuado en representación de la Comunidad para defender judicialmente los intereses de esta, sino que ha ejercido facultades de la exclusiva titularidad de la Junta, único órgano de la Comunidad capaz de adoptarlo. Por tanto, se declara la falta de legitimación y se desestima el recurso de casación.

NOTA.—Los poderes típicos del Presidente se circunscriben a los asuntos que afecten a la Comunidad. El problema que se plantea la doctrina es si la Junta ha de aprobar la actuación representativa del Presidente para que este pueda actuar válidamente con efectos frente a terceros, o no. El Tribunal Supremo ha venido reconociendo, en la jurisprudencia anterior a la Ley 8/1999, la eficacia de la actuación del Presidente frente a los terceros sin tener la autorización de la Junta, sobre la base de dos razones: 1) la ilimitabilidad de los poderes de la representación orgánica del Presidente; 2) la existencia de una apariencia de representación derivada de la sola existencia de su nombramiento. No obstante, existen dos actuaciones para las que es necesario el acuerdo previo de la Junta: *a)* los actos de alteración de elementos comunes; *b)* los actos que tienen por consecuencia la modificación del título o de los estatutos. La potestad decisora de la Junta sobre la alteración del título constitutivo determina un límite externo a la eficacia de la actuación del Presidente. En cualquier caso, la jurisprudencia ha evolucionado claramente hacia la limitación del poder representativo del Presidente y la necesidad del acuerdo de la Junta como requisito de su legitimación para el proceso. La aprobación de la Junta habrá de considerarse como requisito de procedibilidad en los supuestos en que anteriormente se consideraba legitimado al Presidente para actuar sin previo acuerdo de la Junta. El Tribunal Supremo ha declarado en varias ocasiones que la representación del Presidente no tiene un contenido en blanco que pueda suplir la voluntad de la Junta (STS de 20 de octubre de 2004). El carácter orgánico de la representación del presidente no vacía las competencias de la Junta, sin perjuicio de la protección de los terceros que confían en la apariencia jurídica de su representación, y sin que pueda apelarse a su legitimación como comunero individual cuando ni instó la demanda con base en dicho carácter ni otorgó poderes al procurador en virtud de dicha legitimación (SSTS de 6 de marzo de 2000 y 11 de diciembre de 2000). En todo caso, la falta de autorización de la Junta es subsanable. (*S. L. M.*)

23. Instalación de un ascensor en un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal con ocupación de parte de un elemento privativo.—El principal problema que se plantea en estos casos es si la necesidad de un ascensor que tienen ciertos propietarios, en orden a su accesibilidad o movilidad, es un derecho de la comunidad sin limitaciones por el cual, sin más requisitos que la obtención del quórum necesario, que con la nueva redacción del artículo 17.1 de la LPH, es el de las 3/5 partes de total de los propietarios que a su vez representen las 3/5 partes de las cuotas de participa-

ción, se puede obligar a un copropietario a ceder su parte de la propiedad de su local para la instalación del ascensor.

Según el Tribunal Supremo, deben ponderarse los bienes jurídicos protegidos: el del propietario a no ver alterado o perturbado su derecho de propiedad y el de la comunidad a instalar un ascensor. Se debe tener en cuenta el alcance de esa afección sobre el elemento privativo que pueda impedir o mermar sustancialmente su aprovechamiento, más allá de lo que constituye el verdadero contenido y alcance de la servidumbre como limitación o gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro (art. 530 CC).

Así, el Tribunal Supremo entiende que la instalación del ascensor en una comunidad de vecinos que carece de este servicio, considerado como de interés general, permite la constitución de una servidumbre con el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios, incluso cuando suponga la ocupación de parte de un espacio privativo, siempre que: 1) concurran las mayorías exigidas legalmente para la adopción de tal acuerdo, sin que resulte preceptivo el consentimiento del copropietario directamente afectado; 2) que el gravamen impuesto no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad del espacio privativo. **(STS de 10 de octubre de 2011; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El demandante ejercita acción de impugnación de un acuerdo adoptado en la Junta de propietarios relativo a la instalación de un ascensor que invade una parte de los elementos privativos del propietario. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Según el Juzgado de Primera Instancia, tratándose de la instalación de un servicio de interés general e inexcusable atendiendo a que en el edificio viven personas de avanzada edad, el conflicto entre bienes jurídicos tales como la propiedad y el interés general de movilidad física de los copropietarios, debía decantarse por la primacía de este último aun en los casos, como el presente, en los cuales el acuerdo se hubiese adoptado de conformidad con lo dispuesto en la LPH pero sin el consentimiento de los copropietarios que se vieran privados de una parte de su propiedad privada.

Por su parte, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandante y revocó la sentencia recurrida. Declaró la nulidad del acuerdo relativo a la instalación del ascensor adoptado en la Junta. Entendió que si no se cuenta con el consentimiento del propietario directamente afectado, el acuerdo será nulo, pues de no entenderse así se autorizaría una restricción del derecho de propiedad que equivaldría no a la constitución de servidumbre a favor de la comunidad, sino una expropiación forzosa de parte de un bien privativo.

En casación se alega la infracción de los artículos 3.a), 10.2, 11.4, 9.1.c) y 17.1 LPH. Entiende la recurrente que la servidumbre reclamada por la Comunidad es imprescindible y necesaria para la instalación del ascensor y que la afección del piso privativo del recurrido no supone un menoscabo que haga inservible física, funcional o económicamente los elementos privativos en su conjunto, máxime teniendo en cuenta que la superficie de la cual se vería privada sería de 0,825 metros cuadrados. El Alto Tribunal estima el recurso y entiende que el acuerdo fue adoptado válidamente según las mayorías exigidas legalmente.

NOTA.—El problema principal que se plantea en esta sentencia es el de la obligación que tiene el propietario de consentir las reparaciones que exija el servicio del inmueble y de permitir las servidumbres precisas para la instalación de servicios comunes de interés general [art. 9.1.c) LPH]. Se refiere, sobre todo, a los servicios acordados conforme al artículo 17.1 LPH. La instalación de un ascensor responde a un interés general. El establecimiento de servicios comunes que tengan por objeto la eliminación de barreras arquitectónicas requerirá el voto favorable de la mayoría de propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. En estos casos, todos, aunque hubiesen votado en contra, estarían obligados a consentir las obras que exija la eliminación de la barrera arquitectónica y la servidumbre que exigiese dicha eliminación. Ahora bien, el artículo 11.4 LPH exige el consentimiento expreso del propietario afectado, y si se negase a prestarlo, habrá que acudir a la vía judicial. En cualquier caso, la privación de esa parte de su espacio privativo iría necesariamente acompañada de la correspondiente indemnización (art. 564 CC). (S. L. M.)

24. Legitimación del registrador para impugnar judicialmente las resoluciones dictadas por la DGRN.—La letra del artículo 328.4 LH se limita a afirmar que «*El notario autorizante del título o su sucesor en el protocolo, así como el registrador de la propiedad, mercantil y de bienes inmuebles cuya calificación negativa hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la Dirección General de los Registros y del Notariado podrán recurrir la resolución de esta cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares*». En la presente sentencia el Tribunal Supremo interpreta el concepto de «*derecho o interés de que sean titulares*», como requisito para el nacimiento de la legitimación de la acción del registrador. Entiende el Alto Tribunal que dicho interés legítimo existe siempre que la resolución de la DGRN que se pretende impugnar pueda afectar de modo efectivo y acreditado a la esfera jurídica del registrador. Tal repercusión no se identifica con la defensa de la legalidad, ni con intereses particulares que le puedan impedir calificar el título. Por el contrario, el interés legítimo se da únicamente cuando pueda surgir una responsabilidad civil o disciplinaria del registrador relacionada con la función calificadora registral, cuando su nota de calificación fue revocada mediante resolución expresa de la DGRN. En defensa de esta interpretación, el Tribunal Supremo explica que se trata de una legitimación sustantiva que se deriva de una norma especial y que en modo alguno contradice el principio de la vinculación de los registradores a las decisiones de la DGRN, sino que precisa y concreta los supuestos en que, excepcionalmente, dichos registradores van a poder recurrir tales decisiones. (**STS de 20 de septiembre de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El presente litigio tiene su origen en la demanda interpuesta por la Registradora doña C. contra la resolución de la DGRN de 15 de noviembre de 2006. En dicha demanda se alegaba, principalmente, la extemporaneidad de la citada resolución, por haberse dictado esta transcurrido el plazo de tres meses fijado en el párrafo 9.º del artículo 327 LH.

En su sentencia de 25 de junio de 2007, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia desestima dicha demanda, por entender que la actora carecía de legitimación para recurrir resoluciones de su superior jerárquico.

La actora interpone recurso de apelación, que es estimado por la Audiencia Provincial de Valencia, en sentencia de 11 de diciembre de 2007. En esta se deja sin efecto la resolución de la DGRN, por entenderse que esta se habría dictado cuando ya existía resolución firme emanada de la DGRN por vía de silencio. Según la Audiencia Provincial, el artículo 328 LH legitima a los registradores y notarios a impugnar las resoluciones de la DGRN siempre que afecten a sus derechos e intereses, entre los que se encuentra la posibilidad de iniciar un expediente disciplinario contra el concreto notario y/o registrador.

La DGRN interpone recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La importancia de esta sentencia radica en la necesidad de aclarar cuál deba ser la interpretación de una norma nada clara en cuanto a su contenido y alcance: el artículo 328 LH, en su redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, para el impulso de la productividad. Discrepancia interpretativa que se refleja en la doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales recaída hasta la fecha. Entre las sentencias de estas se puede encontrar una tendencia que identifica el interés al que alude este precepto con el que presenta la propia función registral y la defensa de la legalidad que realiza el registrador (SAP de Badajoz, sección 2.ª, de 29 de febrero de 2008; Autos de la AP de Madrid, sección 9.ª, de 11 de abril de 2008 y de 17 de mayo de 2010) y, por otro lado, se encuentra también una postura contraria a la legitimación abierta o general para la impugnación judicial del registrador (SSAP de Valladolid de 18 de marzo de 2004 y de 24 de mayo de 2011; SSAP de Madrid, sección 21.ª, de 11 de mayo de 2010, y de la sección 8.ª, de 20 de diciembre de 2010). Ante esta falta de uniformidad, la interpretación del Tribunal Supremo se predicaba imperiosa para tratar de conseguir la seguridad jurídica exigida por el artículo 9.3 CE. La justificación de la reforma legal llevada a cabo en 2005 y la comparación entre la regulación actual y la anterior por ella derogada avalan esta interpretación. La reforma de 2005 hizo explícita su justificación, refiriéndose a la finalidad de limitar la legitimación del registrador a la hora de impugnar las resoluciones de su superior jerárquico. Con anterioridad a esta reforma, la legitimación era general y, en todo caso, el registrador que hubiera visto revocada su calificación por resolución de la DGRN podía recurrir en vía judicial. Sin embargo, la norma de 2005 ha reducido esta legitimación, al requerir que la resolución de la DGRN afecte a un derecho o interés del que es titular el registrador recurrente. Por ello, resulta indiscutible que este derecho o interés debe ser algo cualitativamente diferente a las circunstancias que, antes de la reforma legal, permitían al registrador el recurso, como eran la defensa de la legalidad registral y la discrepancia con la calificación realizada. (G. M. A.)

DERECHO DE FAMILIA

25. Matrimonio: Acción de divorcio interpuesta por los padres tutores de la esposa, en situación de coma: Legitimación: Actos personalísimos.—Se trataba de un matrimonio celebrado el 16.05.98, del que no nacieron hijos. El 11.03.00, la esposa sufre un grave accidente de circulación a cuyas resultas quedó tetrapléjica y en estado de coma vigil, del que no se ha recuperado hasta la fecha. Iniciado un procedimiento de incapacitación el Juzgado de Primera Instancia atribuyó la tutela al marido, pero la Audiencia Provincial concedió la tutela a los padres de la incapacitada por razón de la mayor disponibilidad para hacerse cargo de su hija. Los padres ejercitaron la acción de separación matrimonial, estimada por s. firme de la Audiencia Provincial el 20.12.04, en la que se declaró que concurrían causas de separación antes del accidente, que demostraban «un cierto desafecto entre los cónyuges», como que: 1) la esposa había consultado a un abogado sobre el procedimiento de separación antes del accidente; 2) que en el nombramiento de los padres como tutores influyó el hecho de que al ser el marido joven podía rehacer su vida; 3) el marido iba muy poco a visitar a la esposa internada después del accidente, ni había acudido al centro, ni la había llamado, lo que indicaba «la existencia de un incumplimiento, al menos, de los deberes de ayuda y socorro entre los cónyuges», de modo que ante tales circunstancias resulta del interés del incapaz declarar la separación. Al ser firme la sentencia de separación, por haberse inadmitido el recurso de casación, los cónyuges se encuentran en la situación legal de separación. Los tutores ejercitaron la acción de divorcio, que fue admitida por el Juzgado de Primera Instancia de Vitoria, pero fue desestimada por s. de 24.09.07, con base: 1) no está clara la aplicación de la doctrina de la STC 311/2000 al divorcio, porque este significa la ruptura y disolución del vínculo matrimonial; 2) la prestación del consentimiento para contraer matrimonio es un acto personalísimo y no se permite que sea prestado por otra persona, y la misma limitación afecta al consentimiento para el divorcio; y 3) el ejercicio de tales acciones solo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge. La Audiencia Provincial estimó la apelación de los autores, argumentando: 1) la admisión por el Juzgado de Primera Instancia de la legitimación activa de los tutores para solicitar el divorcio de la tutelada, para terminar denegando el divorcio, lleva a una solución vacía de contenido, de modo que hay que entender que los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio y para obtener una resolución acorde a sus pretensiones, siempre que concurren los requisitos exigidos por el legislador; 2) si no fuera así se vulnerarían los derechos a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad; 3) no sería lógico que el esposo pudiera divorciarse en cualquier momento, y que no pueda solicitarlo la esposa a instancia de sus tutores; y 4) no existe base legal inequívoca que funde la distinción entre actos personalísimos y no personalísimos, en cuanto complemento interpretativo o matización del artículo 267 CC, para desembocar en una restricción del ámbito representativo del tutor, que ha sido en este caso la base de la negativa de acceso a la justicia en nombre del incapacitado.

El marido interpone recurso de casación, al que se opuso la parte recurrida. El Ministerio Fiscal interesó la impugnación del recurso.

Planteamiento constitucional de la legitimación para ejercitar la acción de divorcio por los representantes legales del incapaz.—La STC 311/2000 se pronunció sobre el ajuste a la Constitución de las senten-

cias 105 y 106, de 23 de febrero de 1998, dictadas por la Audiencia Provincial de Asturias, que habían negado legitimación para ejercer la acción de separación a la madre y tutora de una persona incapacitada. El Tribunal Constitucional decidió que debía protegerse el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona incapaz y declaró que se había lesionado este derecho por la negativa a que la madre tutora pudiera ejercitar la acción. Se planteó, en primer lugar, si concurría o no un interés legítimo que se habría impedido por no haberse permitido el acceso a la tutela judicial efectiva, resolviendo que *la separación matrimonial y la acción judicial que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando esta les resulta perjudicial; interés que puede residir bien en una situación de peligro físico, bien en una situación patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de estos deberes. Negar legitimación al tutor, determina de modo inexorable, el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de esta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general, del posible ejercicio de acciones [...] el ejercicio de la separación solo puede verificarse por medio de su tutor; con lo que, si a este se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia [...] El cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción de separación en aquel caso [...] no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela, por lo que, desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del artículo 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y del artículo 32.1 CE, en cuanto a la posibilidad de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio.* El voto particular concurrente del propio ponente va más allá, en cuanto que supera en su argumentación, la tradicional distinción entre derechos personales y personalísimos, que solo podrían ser ejercitados por su titular y nunca por su representante legal. Así afirmaba que negar al tutor la legitimación para el ejercicio de la acción de separación *no se basa en un precepto legal inequívoco, sino más bien en un concepto doctrinal de acciones personalísimas que es el que subyace en la interpretación del artículo 81 Cc.*

Esta sentencia el Tribunal Constitucional es fundamental para la resolución del presente recurso, si bien este se refiere a la acción de divorcio planteada por los padres y tutores, supuesto que carece de regulación en la legislación española, especialmente importante a raíz de la modificación del divorcio efectuada por Ley 15/2005. La STC 311/2000 plantea exactamente el problema, al centrar la cuestión en el interés del incapacitado, pero se refiere al interés en la separación en un momento en que el Código civil exigía la alegación de causa y solo sería aplicable plenamente en la separación actual porque su estructura después de la reforma es muy similar. Por tanto, no puede solucionarse el presente recurso con la simple referencia a la STC examinada, sino que debe estudiarse si el divorcio, que comporta la disolución del matrimonio a diferencia de la separación, puede ser ejercitado por el tutor en una acción planteada en nombre y representación del cónyuge incapacitado.

Ejercicio de los derechos fundamentales cuyo titular está incapacitado.—En este caso están presentes dos derechos fundamentales: 1.º El derecho fundamental a la libertad de continuar o no casado. El divorcio actual no

requiere alegación de causa cuando lo ejercita personalmente el interesado quien no tiene que justificar sus motivos, porque de esta manera, el ordenamiento protege el derecho a la intimidad del cónyuge peticionario del divorcio; a ello obedece la regulación puesta en vigor por la Ley 13/2005, al no exigir la alegación de causa. 2.º El derecho a la tutela judicial efectiva que permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el artículo 271.6 CC, que atribuye a los tutores la legitimación para entablar la demanda en nombre de los sujetos a tutela, siempre con autorización judicial, que no se requerirá en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. Esta norma no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas las acciones para pedir el divorcio y la separación. La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse.

La posibilidad de que el tutor de una persona incapacitada casada pueda o no ejercer la acción de divorcio tiene pocos precedentes en los ordenamientos de nuestro entorno. A ello contribuyen dos condicionamientos: 1) la tutela tiene aspectos muy distintos en estos ordenamientos, a pesar de estar construida en todos ellos como sistema de protección de discapacitados e incapaces, y 2) el divorcio tiene una regulación no uniforme en estos ordenamientos. El Código civil francés no admite el ejercicio de la acción de divorcio por consentimiento mutuo por el representante de mayores de edad protegidos, sea cual sea el régimen de protección a que estén sujetos (art. 249-4); en cambio sí admite la acción en nombre del cónyuge sometido a tutela en los casos de divorcio contencioso (art. 249): el tutor puede ejercitarla solo si ha obtenido la autorización del Consejo de familia, previo el informe del médico; asimismo, el artículo 249-1 establece que la acción se ejercerá contra el tutor si el cónyuge contra el que se presenta demanda, está sometido a tutela. En Alemania, el parágrafo 8, núm. 1, de la *Famlienverfahrgesetz (Ley de procedimientos de Derecho de familia)* establece que una persona incapaz puede ser parte en los procedimientos matrimoniales, pero las personas que representan a dicha parte de acuerdo con las disposiciones de Derecho civil deben actuar como parte (parágrafo 9, núm. 2), de tal manera que si la persona es mentalmente incapaz, debe actuar el representante, quien debe ser autorizado por el Juzgado o el Tribunal de Familia o el Tribunal de Tutelas (parágrafo 125, núm. 2). En Italia no hay previsión sobre esta posibilidad.

La Ley española de divorcio de 1932 admitió que los tutores pudieran ejercitar esta acción (art. 40), pero solo con referencia a la separación, con autorización del Consejo de Familia (art. 213 Cc, versión original). Con carácter general el artículo 48 de la Ley exigía la intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos cuando existieran incapaces.

La Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, establece en el artículo 12.3, que los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, y el artículo 13.1 dice que asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás. Estos principios deben ser tenidos en cuenta en la resolución que se demanda, porque la ratificación del referido Convenio y su consiguiente incorporación al ordenamiento español, obliga a los Tribunales a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través o por

medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado de que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, capaz, no quisiera demandarlo.

Legitimación de los tutores para ejercitar la acción de divorcio de la tutelada.—Las anteriores razones llevan a concluir que los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que por sus condiciones no pueda actuar por sí misma. Esta solución no es extravagante en el ordenamiento español, ya que el Código civil legitima al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en la acción para pedir la nulidad de un determinado matrimonio (art. 74), así como a padres, tutores, guardadores y al Ministerio Fiscal cuando la acción tenga por objeto la nulidad de un matrimonio por falta de edad (art. 75 Cc).

La representación legal del tutor le impone el deber de ingerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela y por ello el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal por las siguientes razones: 1.ª) Según el artículo 216.1 CC, las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, y por ello el artículo 271 CC exige autorización judicial para entablar cualquier demanda. 2.ª) El ejercicio de esta acción debe obedecer a los intereses del incapaz, por lo que debe justificarse que la actuación se lleva a cabo en interés del incapaz, tal como concluyó, bajo una legislación distinta, la STC 311/2000. 3.ª) La obligada intervención del Ministerio Fiscal garantiza que las acciones de los tutores no sean caprichosas o arbitrarias. Constituiría una falacia negar el ejercicio de la acción de divorcio a los tutores sobre la base de que a partir de la reforma de 2005, no se exige alegación de causa. Lo único que efectuó la reforma fue eliminar la necesidad de expresar la concurrencia de causa, para proteger el derecho a la intimidad del cónyuge que pide el divorcio; esta configuración no puede impedir el ejercicio de la acción cuando exista interés del incapaz, pero de ello no se deduce que los tutores puedan ejercitar arbitrariamente dicha acción, porque deben justificar que existe un interés del incapaz en obtener la disolución de su matrimonio, lo que va a permitir la actuación del tutor.

En el presente caso concurren las circunstancias anteriores y existe interés de la incapaz en el ejercicio de la acción de divorcio por sus tutores. En efecto: 1) La sentencia de la Audiencia Provincial de 2004 consideró probado que concurrían causas de separación antes del accidente de la esposa, concluyendo que había interés de la incapaz en declarar la separación; 2) Los tutores obtuvieron autorización judicial para interponer la acción de divorcio como representantes de su hija incapacitada, entendiéndose que tenían legitimación conforme a los artículos 267 y 271 CC; 3) Autorizados los tutores y acreditado el interés del incapaz, la Audiencia Provincial consideró que el divorcio era favorable al interés de la esposa sobre la base de lo que se había considerado probado en la sentencia de separación, situación que no se había modificado en el momento de presentarse la demanda de divorcio. Estimado el recurso de casación, no se considera procedente imponer las costas a la parte recurrente dado que el asunto presenta serias dudas de Derecho, como

se desprende de lo razonado al examinar los motivos. (STS de 21 de septiembre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Importante sentencia como se deduce de haberse dictado por el *pleno* de la Sala 1.^a, de su extensa argumentación, que carece en sentido propio de precedentes pues su supuesto de hecho no coincide con el contemplado por la STC 311/2000 (relativo al ejercicio de la acción de separación por el tutor antes de la reforma del matrimonio en 2005), por lo que resulta comprensible que se busquen apoyos en nuevos argumentos tales como el derecho comparado y los derivados de la integración en nuestro ordenamiento del Convenio de Nueva York de 2006. Esta resolución prosigue lo que puede calificarse de *línea aperturista* en el tema, propugnando una solución positiva que no deja de suscitar algunos interrogantes doctrinales. Se apoya, en primer término, en declarar inaplicable al caso la tradicional teoría sobre los derechos personalísimos, pero, a mi juicio, sin convincente argumentación (¿se da por derogada en el ámbito del Derecho de familia? ¿con qué alcance? ¿se sustituirá por la doctrina contraria o habrá que distinguir *secundum quid*?). Imaginemos que un joven ha iniciado su expediente matrimonial y antes de la celebración de las nupcias sufre un accidente y queda en coma ¿podrá el tutor representarle en esta última, previa autorización judicial? pueden encontrarse algunos motivos para justificar el interés del incapacitado en la celebración. ¿Se aplicará la doctrina de esta sentencia al supuesto previsto en el artículo 121 CC del reconocimiento de filiación no matrimonial por un progenitor incapacitado? Y si esta doctrina la proyectamos sobre la sustitución ejemplar, no cabe duda de que damos un giro a la interpretación mayoritaria del artículo 776 CC. Por otro lado, la afirmación de que en el Código civil el testamento es un acto personalísimo (art. 670), acaso también habría que repensarla. Por otro lado me parece que se ha efectuado una aplicación un tanto acomodaticia del artículo 12 del Convenio de N.Y. pues se hace caso omiso de las *salvaguardas* que describe con amplitud su párrafo 4. ¿No cabría ver, en el caso, alguna contradicción de intereses entre los padres tutores y el marido de su hija? La bibliografía últimamente recaída es abundante (la cita TENA PLAZUELO, en su comentario al artículo 267, en *Código civil comentado*, I (direcs. Ana Cañizares Laso *et al.*) Cizur Menor, 2011, esp. p. 1228. (G. G. C.)

26. Divorcio: Atribución de la vivienda familiar a la mujer no propietaria que ostenta la guarda de la hija menor: Doctrina jurisprudencial.—El presente recurso se formula por interés casacional, por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en el momento en que se formuló. Sin embargo, esta Sala ha ido estableciendo una doctrina en supuestos parecidos al que se plantea en el presente recurso de casación, a partir de la STS 1022/2005, de 26 diciembre. Ciertamente no se trata de casos iguales, sino de la doctrina que debe aplicarse en aquellos supuestos en que están involucrados dos elementos jurídicos, como son que la vivienda sea propiedad de terceros y que el menor pueda disponer de una vivienda adecuada.

En relación al hecho probado de que la vivienda cuyo uso ha sido atribuido a la hija y a la madre que ejerce la custodia, pertenece en propiedad a los padres del marido y al propio marido, debe aplicarse la doctrina formulada en SSTs de 14 de enero de 2010, y 18 de enero de 2010, del Pleno de esta Sala, reiterada en SSTs de 14 de julio, 11 y 22 de noviembre de 2010. Tal como afirma la STS de 18 de marzo de 2011, para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Según afirma la STS del Pleno de 18 de enero de 2010, la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de Familia, porque las consecuencias del divorcio o de la separación de los cónyuges, nada tienen que ver con los terceros propietarios. De acuerdo con esta reiterada doctrina, la atribución de la vivienda que vienen ocupando la hija del matrimonio y su madre que ostenta la guarda y custodia, corre el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma. Ello perjudica a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda.

El segundo elemento que debe examinarse es el relativo a si el interés del menor queda protegido con la atribución de una vivienda propiedad de sus padres en lugar de la vivienda, propiedad de sus abuelos y de su padre, en la que vive en la actualidad, al haberle sido atribuida en virtud del artículo 96.1 CC. La STS de 29 de marzo de 2011, dictada en un caso en que la madre que ostentaba la guarda, había pasado a habitar con su hija una casa propia y el progenitor propietario pedía la devolución, dijo que, cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de este, pero no es una expropiación del propietario, y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el artículo 7 CC. Esta doctrina debe aplicarse al presente caso y más cuando la vivienda que debe atribuirse a la menor pertenece a ambos progenitores.

La solución propuesta requiere que la vivienda sea idónea para satisfacer el interés del menor y de acuerdo con lo que resulta probado en el procedimiento, este interés queda perfectamente salvaguardado.

La Sala pronuncia la siguiente doctrina jurisprudencial: *El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos. (STS de 10 de octubre de 2011; ha lugar.)* [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Las SSTs de 14 de enero de 2010 y 18 de enero de 2010, del pleno de la Sala 1.^a, se encuentran extractadas respectivamente en ADC, 2011, núm. 72, pp. 1371-1374, y ADC, 2011, núm. 63,

pp. 870-872. Se trata de una materia estrechamente vinculada a las circunstancias del caso, como ha puesto de relieve la abundante doctrina especializada, y sobre la cual la jurisprudencia últimamente, no sin dificultad (suele haber votos particulares), experimenta positivos avances y algunos retrocesos. Acertadamente el Tribunal Supremo trata de elaborar una doctrina consolidada, coherente y sistemática, que, sin embargo, no parece haber logrado convencer siempre a las Audiencias Provinciales. La ahora extractada puede contribuir a tal fin (*G. G. C.*)

27. Divorcio: Temporalidad de la pensión compensatoria: Atribución de la vivienda familiar al padre a cuyo cargo quedan los hijos.—

En relación con las cuestiones controvertidas, la Audiencia Provincial declaró en síntesis: *a)* Que elevó a 500 euros mensuales la cuantía de la prestación compensatoria valorando que durante los 24 años de duración del matrimonio la esposa se dedicó exclusivamente al cuidado de la familia, careciendo de titulación y experiencia profesional, circunstancias, junto a su edad de 46 años, que limitan sus posibilidades a la hora de acceder al mercado laboral; justificó la cuantía en atención a los ingresos acreditados del esposo (1.766 euros al mes, al descontar del sueldo de 2066 euros, los 300 euros mensuales de la amortización del préstamo hipotecario, a su cargo); para justificar su limitación temporal, tomó en cuenta las circunstancias que llevaron a apreciar el desequilibrio y la duración del matrimonio. *b)* Por lo que respecta a la decisión de atribuir el uso de la vivienda familiar al marido y a los hijos, lo justificó por la dependencia económica de estos, pese a su mayoría de edad, y porque siendo acreedores de pensión alimenticia que satisfaga sus necesidades de vivienda y manutención, el núcleo familiar integrado por el padre alimentante y los hijos, era el más necesitado de protección hasta que no se independicen o concluya su formación en tiempo razonable.

La posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias, es en la actualidad una cuestión pacífica, tanto a la luz de las muchas resoluciones de esta Sala, como por haberse manifestado posteriormente el legislador mediante la Ley 15/2005, que ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC, estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única. Según esta doctrina, el establecimiento de un límite temporal depende de que con ello no se resienta la función de restablecer el equilibrio que le es consustancial, lo que obliga a tomar en cuenta las circunstancias del caso, particularmente las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC. Según la STS, del Pleno, de 19 de enero de 2010, reiterada en SSTS de 4 de noviembre de 2010 y 14 de febrero de 2011, dichos factores tienen la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio y como elementos que permitan fijar la cuantía de la pensión, que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación con criterios de certidumbre.

En este sentido las SSTS de 9 y 17 de octubre de 2008, 28 de abril y 4 de noviembre de 2010, afirman que las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, deben ser respetadas en casación siempre que sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de

manera no exhaustiva el artículo 97 CC, siendo posible la revisión casacional únicamente cuando el juicio prospectivo se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

Todo ello conduce a concluir que la decisión de la Audiencia Provincial se encuentra perfectamente razonada y que en su actuación se ajusta a los parámetros de prudencia y ponderación a los que se hizo referencia, sus conclusiones, en particular la referente a no concederla con carácter vitalicio y limitar su percepción a quince años, han de ser respetados en casación.

Atribución del uso de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección cuando no existen hijos menores, sino mayores de edad.—El artículo 39.3 CE impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera de matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. En relación directa con dicho principio, y como concreción del principio *favor filii*, el párr. 1.º del artículo 96 CC atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad, y, de manera refleja o derivada, al cónyuge en cuya compañía queden. La controversia que se suscita versa sobre si esta forma de protección se extiende al mayor de edad, de forma que la circunstancia de alcanzar la mayoría no le prive (ni a él, ni indirectamente, al progenitor que lo tenga a su cuidado) del derecho a seguir usando la vivienda familiar.

La doctrina jurisprudencial es favorable a que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, y se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a los luz de los artículos 142 y ss. CC; en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cual de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentara algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a los artículos 142 y ss. tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse conforme al párr. 3.º del artículo 96 CC, según el cual, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. La aplicación de esta doctrina determina la estimación parcial de esta parte del motivo, o submotivo, pues la decisión de los hijos mayores de convivir con el padre no debió considerarse factor determinante a la hora de privar a la esposa de su derecho a usar el domicilio familiar, una vez acreditado y no discutido que las circunstancias en ella concurrentes lo hacían aconsejable por ser su interés el más necesitado de protección. En consecuencia, procede la estimación parcial del recurso en el sentido de adjudicar a la esposa el uso de la vivienda familiar hasta el momento de la liquidación del régimen matrimonial.

Se fija como doctrina jurisprudencial que *la atribución del uso de la vivienda familiar, en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párr. 3.º del artículo 96 Cc, que permite adjudicarlo por el tiempo*

que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección (STS de 5 de septiembre de 2011; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

28. Aceptación de la herencia. Interpretación del artículo 1002 CC como norma sancionadora.—Afirma el Tribunal Supremo que la realización de la conducta típica descrita en el artículo 1002 CC por parte del llamado a la herencia a título de heredero hace que adquiera tal condición *ex lege*, privándole de la posibilidad de acogerse al beneficio de inventario. Tal consecuencia jurídica, interpretada originariamente como aceptación tácita de la herencia las Partidas (6,6,9) y en el artículo 832 del Proyecto de 1851, se entiende actualmente por la doctrina como una modalidad de sanción o pena civil derivada del comportamiento ilícito. La finalidad es clara: hacer responder al heredero con sus propios bienes de las deudas del causante, cuando, mediante la sustracción u ocultación de los que pertenecían al mismo, no se limitó a dejar a salvo su patrimonio personal (para lo que habría bastado la aceptación a beneficio de inventario), sino que fue más allá, con el propósito de impedir la responsabilidad del caudal *intra vires hereditatis*. Como tal sanción, su interpretación debe ser restrictiva (entre otras, SSTS de 26 de marzo de 1993 y 11 de marzo de 2010), lo que no impide, según el Tribunal Supremo, que se pueda aplicar analógicamente a otros supuestos similares, siempre que se trate de actuaciones con las que se trate de disminuir el activo hereditario, aumentar el pasivo o defraudar a otros herederos, legatarios o acreedores hereditarios.

Supuesto de hecho del artículo 1002 CC.—Como elementos clave del supuesto de hecho del artículo 1002 CC, destaca el Tribunal Supremo los siguientes: en primer lugar, se puede referir tanto a bienes muebles como inmuebles, aunque es más probable que se refiera a los primeros, por la facilidad para ser sustraídos o escondidos. En segundo lugar, se entiende que hay sustracción cuando un heredero se apropia de uno o varios efectos hereditarios sin tener título alguno que lo justifique (conducta activa); hay, en cambio, ocultación, cuando el heredero guarda un bien hereditario o calla sobre su existencia, la disimula o la encubre, absteniéndose de manifestar que forma parte de la herencia (conducta pasiva). En tercer lugar, es necesario que el comportamiento sancionable se realice después de la apertura de la sucesión. En cuarto y último lugar, la conducta activa o pasiva debe ser clandestina, por lo que no concurre este supuesto de hecho cuando se actúa abierta y públicamente a la hora de efectuar la transmisión de los bienes.

Interpretación de las normas. Interpretación sociológica.—Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 24 de febrero de 2004, 14 de octubre de 2008 y 30 de junio de 2009), el elemento de interpretación sociológica no puede tergiversar la ley, cambiarle su sentido o darle una aplicación arbitraria. Por tanto, no permite ni justifica el arbitrio judicial, ni una interpretación laxa de las normas. Por tanto, no se puede acudir a este criterio de interpretación para ampliar la aplicación del artículo 1002 CC a situaciones anteriores a la apertura de la herencia, teniendo en cuenta, además, que no eran extrañas ni ajenas al tiempo de la promulgación

del Código civil y que, sin embargo, el legislador no las tuvo en cuenta a la hora de redactar el precepto. **(STS de 20 de octubre de 2011;** no ha lugar. [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La Agencia Tributaria sometió a expediente de comprobación ciertas declaraciones de la renta de don E., apreciando la Administración un posible delito contra la Hacienda pública, que desembocó en la formulación de una querrela el 12 de febrero de 1993. El 14 de octubre de ese mismo año, ante la grave enfermedad de don E., este y su esposa otorgaron escritura pública de apoderamiento a favor de uno de sus hijos, para que pudiera disponer de sus bienes. Así lo hizo, de hecho, al día siguiente, procediendo a vender siete inmuebles de propiedad de sus padres a dos sociedades mercantiles con domicilio en las Islas Vírgenes y de las que era socio otro de los hijos. Las transmisiones se inscribieron en el Registro de la Propiedad y el producto de las ventas se repartió entre los cuatro hijos del matrimonio. El día 16 de octubre falleció don E.

Tres meses después, los hijos y la esposa aceptaron la herencia de don E. a beneficio de inventario, en procedimiento de jurisdicción voluntaria. La Agencia Tributaria formuló posteriormente querrela contra los hijos y la viuda de don E., por posible delito de alzamiento de bienes en relación a las ventas efectuadas antes del fallecimiento de don E. La sentencia, dictada en 1997, condenó a todos los querrellados como coautores del delito y declaró la nulidad de las ventas.

En el año 2006, el Abogado del Estado interpuso demanda contra los herederos de don E., solicitando que se declarase la pérdida por estos del beneficio de inventario y la declaración de que debían responder de las deudas del causante, como herederos puros y simples. La demanda fue estimada en primera instancia, y los demandados interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso, revocando la sentencia de instancia, sobre el argumento de que no cabía aplicar el artículo 1002 CC a este caso, por haberse producido la disposición sobre los bienes en vida del causante e, incluso, bajo sus instrucciones. El Abogado del Estado interpuso entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo. (A. M. M.)

DERECHO MERCANTIL

29. Utilización de título nobiliario como marca registrada. Intromisión ilegítima: no procede por no identificar el derecho constitucional que se considera vulnerado y por las diferencias existentes entre los componentes denominativos del título nobiliario y los signos registrados.—La falta de identificación del derecho protegido por el artículo 18.1 CE que hubiera podido sufrir una intromisión ilegítima mediante el uso de las marcas, cobra una especial trascendencia al efecto de rechazar el alegato de la injerencia en el ámbito de protección desarrollado por la Ley 1/1982. Tampono

co sería procedente prescindir de las diferencias existentes entre los componentes denominativos del título nobiliario, que realmente corresponde a su titular, y aquellos signos registrados que más se le aproximan, los cuales incorporan, además, el significativo término «Ganadería». Por último, a los efectos de la reconocibilidad, la notoriedad ganada por las marcas en cuestión no suscitan, en la generalidad del público, otra idea que no sea la de relacionarlos con sus propietarios, los titulares de las marcas.

Marcas. Ejercicio de la acción reivindicatoria conforme al artículo 3.3 de la Ley 32/1988. No procede cuando el que la insta no es titular de un mejor derecho frente a la marca inscrita cuya titularidad reclama.—Una cosa es que el demandante, en defensa de su título nobiliario, pueda negar su autorización para que se registre como marca y otra distinta que tenga derecho alguno sobre las marcas registradas. No se identifica, al menos en este caso, el derecho previo que permite pedir la anulación de una marca registrada sin el consentimiento del titular, con el mejor derecho sobre el signo registrado que justifica el éxito de la acción reivindicatoria. **(STS de 14 de septiembre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—En 1977, don Artemio, que ostentaba el título de marqués, autorizó a su hermano don Feliciano, para que registrara como marca el distintivo «Marqués de Domecq», para diferenciar determinados productos de ganaderías. Dicha marca estuvo en vigor hasta 1999, en que se canceló por falta de renovación. Fallecido don Artemio le sucedió en el título don Héctor. Por su parte, a la muerte de don Feliciano sus hijos registraron hasta seis nuevas marcas en las que figuraba la mención «Marqués de Domecq», para distinguir productos de ganadería así como otros servicios ajenos a dicha actividad. Don Héctor demandó a los hijos de don Feliciano reclamándoles la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la intromisión ilegítima que suponía el uso por los demandados del nombre ajeno, así como la titularidad de las marcas registradas sin su autorización y con fraude de su derecho nobiliario. Subsidiariamente solicitó la nulidad de todas las inscripciones. Los demandados reconvinieron pidiendo la declaración de ostentar un derecho preferente sobre el distintivo «Ganadería Marqués de Domecq» para diferenciar productos de ganaderías (clase 31). La sentencia de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso accediendo a la nulidad de las marcas registradas para productos distintos sobre los que había prestado la autorización don Artemio, manteniendo la decisión del Juzgado de Primera Instancia sobre la reconvencción. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación (*C. O. M.*)

30. Clasificación de los créditos transmitidos a la Hacienda Pública a consecuencia del mecanismo de rectificación de facturas de los acreedores concursales previsto en la Ley del IVA.—A la hora de clasificar los créditos referidos a un concurso de acreedores, la legislación concursal obliga a estar a la fecha del nacimiento de la obligación, pues será este momento el factor determinante del carácter concursal o contra la masa del crédito

correspondiente. Esta regla constituye una garantía del mantenimiento del principio de igualdad entre los acreedores del concursado. Pues bien, en relación con la clasificación de los créditos transmitidos a la Hacienda Pública a consecuencia del ejercicio del mecanismo de rectificación de facturas del IVA previsto en la Ley del IVA, se debe entender que el nacimiento del crédito tributario por IVA tiene lugar con la realización del hecho imponible, que coincide con el momento del devengo, según establecen los artículos 20 y 21 de la ley General Tributaria, y que es inalterable por el hecho de que la ley de cada tributo pueda establecer la exigibilidad de la cuota o de parte de esta en un momento distinto al del devengo. Dicho devengo se regula en la Ley del IVA y se produce, según los casos, en el momento de la entrega del bien, de la prestación del servicio, de la recepción de la obra, etc. Aplicando estos principios, el Tribunal Supremo concluye que el momento del nacimiento del crédito en favor de la Hacienda Pública por el IVA, que es el de la realización del hecho imponible, determina que este crédito tenga naturaleza concursal –y no de crédito contra la masa– si se ha producido con anterioridad a la declaración del concurso, pues el carácter de obligación legal del crédito por IVA no puede alterar la determinación del momento del nacimiento del crédito. **(STS de 3 de octubre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Durante el concurso de Contratas ABC, la administración concursal interpone demanda incidental, en la que se impugna la lista de acreedores a consecuencia de la rectificación de facturas de IVA, y tal y como había quedado configurada según la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), demandada. Cuando la concursada es declarada en concurso, sus acreedores, además de no haber cobrado el precio, tampoco han recibido el IVA que, sin embargo, sí tuvieron que ingresar. Para corregir este tipo de situaciones, la Ley del IVA regula la posibilidad de rectificar las facturas de los acreedores del concurso para anular ese IVA repercutido. Pero, para evitar el perjuicio hacia la Hacienda Pública del ejercicio de la posibilidad de rectificación de facturas por los acreedores concursales, se prevé el nacimiento en favor de la Hacienda Pública de créditos por el montante de las cuotas de IVA compensadas, anuladas o devueltas. Según la AEAT, este crédito es contra la masa, y no concursal, pues nace en el momento de la rectificación de la factura, esto es, en un momento posterior a la declaración de concurso.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza, en sentencia de 26 de mayo de 2008, estima la demanda y califica el crédito como concursal –y no contra la masa–, por entender que no se ha producido el nacimiento de un nuevo crédito en favor de la Hacienda Pública, sino que únicamente se ha llevado a cabo una novación, por cambio de acreedor, y que la fecha de este es la del devengo del IVA, y no la de la rectificación de las facturas de los acreedores.

Interpuesto recurso de apelación por la AEAT, este es rechazado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.^a, de 5 de noviembre de 2008, que confirma la sentencia apelada con los mismos argumentos que el órgano de instancia.

Contra dicha sentencia formula recurso de casación la AEAT, que es desestimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La frecuencia de la figura del concurso de acreedores explica la importancia de la cuestión planteada en esta sentencia: la clasificación de los créditos transmitidos a la Hacienda Pública por los acreedores concursales a consecuencia del ejercicio por estos últimos del mecanismo de la rectificación de facturas previsto en la Ley del IVA. Con la sentencia que se comenta, el Tribunal Supremo confirma la doctrina presente en su reciente STS de 3 de marzo de 2011 [RC núm. 2239/2006], que consideraba aplicable a la controversia la doctrina fijada, a su vez, en la STS de 1 de septiembre de 2009 [RC N.º 253/2007], que acoge el criterio del devengo y declara que los créditos por IVA contra el deudor concursado por hechos imponibles anteriores a la fecha de la declaración de concurso constituyen, efectivamente, créditos concursales y no créditos contra la masa. Con ello, se admite, asimismo, una interpretación normativa que ya había sido sostenida por diversas audiencias provinciales en supuestos como el de autos (entre otras, SAP Asturias, sección 1.ª, de 22 de septiembre de 2006; SAP Barcelona, sección 15.ª, de 26 de abril de 2007; SAP Zaragoza, sección 5.ª, de 13 de febrero de 2009; y SAP Castellón, sección 3.ª, de 20 de febrero de 2009). (G. M. A.)