

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Gabriel GARCÍA CANTERO, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Gemma MINERO ALEJANDRE, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA.**

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. Aplicación de la doctrina sobre el abuso de derecho a supuestos de afectación de elementos comunes de la comunidad de propietarios.–El Tribunal Supremo hace un recorrido por su jurisprudencia consolidada sobre el abuso de derecho –entre otras, SSTs de 8 de julio de 1986; 12 de noviembre de 1988; 11 de mayo de 1991; 25 de septiembre de 1996; 18 de julio de 2000; y 1 de febrero de 2006–, destacando que debe existir un elemento objetivo –el ejercicio excesivo de un derecho– y un elemento subjetivo –la voluntad de perjudicar con ello a un tercero o bien la ausencia de un interés legítimo o beneficio propio–. En concreto, en materia de propiedad horizontal, se aprecia que existe abuso de derecho cuando la actuación de la comunidad se realiza de mala fe en perjuicio de un propietario, afectando negativamente a los intereses de éste, pero sin que exista un beneficio añadido para la comunidad. La extensión de la doctrina del abuso de derecho a los supuestos de afectación de elementos comunes significa que cuando la actuación del propietario al que la comunidad le denegó la autorización afecta a un elemen-

to común, como es un muro de carga, pero implica un beneficio real para este propietario, como es la habitabilidad y el disfrute de la vivienda, por un lado, y, por otro lado, no conlleva ninguna afectación de la estructura o estabilidad del elemento común, por lo que la comunidad no obtendrá ningún beneficio si se decide devolver el elemento común al estado anterior a la realización de las obras litigiosas existirá una conducta de abuso de derecho de la comunidad, puesto que el perjuicio producido en el propietario no va acompañado de un interés legítimo de la comunidad. **(STS de 17 de noviembre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Pese a que el procedimiento tiene su origen en un conjunto de obras efectuadas por los demandados, el litigio, en casación, únicamente ha quedado reducido a la legalidad o no de varios agujeros abiertos en el muro de carga interior de la vivienda propiedad de los demandados con la finalidad de instalar conductos de aire acondicionado y fontanería. La comunidad de propietarios demandante formuló demanda contra el propietario que realizó las obras sin contar con la debida autorización comunitaria, por entender que dicha autorización era obligada o necesaria toda vez que suponían una alteración de un elemento común y, con ello, una afectación a los intereses de la comunidad y al resto de propietarios.

En su sentencia de 6 de octubre de 2006, el Juzgado núm. 68 de Madrid considera acreditado que las perforaciones se llevaron a cabo únicamente para proceder a la instalación del aire acondicionado y de fontanería, siendo totalmente necesarias para el disfrute y habitabilidad de la vivienda, por lo que entiende que la actuación de la comunidad de propietarios, al negarse a otorgar autorización para ello, debe ser calificada como abusiva. Explica el Juzgado que la reposición al estado anterior perjudicaría a los propietarios demandados de modo desproporcionado si se compara con el beneficio de la comunidad de propietarios demandante, que sería nulo. Posteriormente, este pronunciamiento es confirmado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.^a, de 30 de abril de 2008.

La parte demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Ninguno de ellos es estimado por el Tribunal Supremo, que confirma, de nuevo, los pronunciamientos de instancia. Respecto de los motivos alegados en el recurso por infracción procesal, el Tribunal Supremo entiende que la valoración de la prueba es una competencia exclusiva del tribunal de instancia, no revisable en el recurso extraordinario, salvo en aquel caso en que la valoración realizada en la instancia fuera manifiestamente arbitraria o ilógica. En concreto, entiende el Tribunal Supremo que no se aprecia un error manifiesto o la arbitrariedad de la Audiencia Provincial al tomar en consideración los informes periciales. Por su parte, en el motivo alegado en el recurso de casación se trata de discutir la calificación de abuso de derecho de la negativa de la comunidad de propietarios de autorizar la realización de las obras. Este motivo también es desestimado por el Tribunal Supremo, que acoge la calificación y argumentación de la sentencia recurrida.

NOTA.—El factor fundamental a la hora de aplicar la doctrina del abuso de derecho en materia de propiedad horizontal es la constatación de la alteración o afectación de la estructura o de la estabilidad del elemento común. Existiendo tal afectación, se entenderá que concurre un interés legítimo de la comunidad en la paralización de las obras y en la remoción al estado anterior del elemento común que hubiera sido afectado. En la sentencia comentada, la calificación como elemento común de un muro de carga no se discute. Sin embargo, en otras sentencias de este tipo, el extremo referido a esta calificación suele ser especialmente problemático y, con ello, la determinación como abusiva o no de la negativa de la comunidad a la hora de autorizar la obra pretendida por uno de los propietarios. En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la STS de 22 de diciembre de 2010. En este caso, el supuesto de hecho litigioso consistió en la apertura de huecos en la fachada de un local comercial, de propiedad del demandado, situado en la planta baja del edificio de la comunidad de propietarios demandante. Para un comentario de ésta pueden verse, entre otros, el trabajo de Gemma Minero Alejandro, «Comentario a la sentencia de 22 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1565)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2012, núm. 88, pp. 147-167. Sobre la calificación como elemento común o privativo, *Vid.* A. Díaz Martín, *Propiedad horizontal. El Título Constitutivo y su impugnación judicial*, Pamplona, 1996, pp. 372 y ss.; y Germán Bercovitz Álvarez, «Comentario al artículo 7.1», en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 194 y ss. (G M. A.)

2. Retraso desleal en el ejercicio del derecho.—El objeto de la reclamación se centra en determinar si concurre o no la figura del ejercicio desleal o abusivo. Se trata del caso típico en que el acreedor ha reanudado un procedimiento dirigido a la reclamación de una deuda, a partir de una sentencia dictada en un procedimiento ejecutivo, que se ha declarado prescrito, al haberse admitido la excepción de prescripción de la acción ejecutiva. La deuda se había reclamado por medio de un procedimiento ejecutivo, que acabó con la dación en pago de parte de la deuda al BBVA del inmueble hipotecado en garantía de la deuda contraída, sin que el Banco siguiera el procedimiento ni reclamara la parte debida durante 17 años.

El artículo 7.1 CC establece que «los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe». La buena fe ha sido interpretada como principio general o como cláusula abierta, aunque en definitiva debe considerarse como un principio positivizado que impone deberes a los titulares de los derechos. En el artículo 7.1 CC se recoge uno de los aspectos principales de las consecuencias de la buena fe y comporta determinar lo que deba entenderse por retraso desleal en el ejercicio del derecho. Se enuncia diciendo que «un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que ya no se ejercerá el derecho». En el Derecho alemán surge la figura de la *Verwirkung* en cuya virtud resulta inadmisibles que el derecho se ejerza con un retraso objetivamente desleal. Esta figura debe ajustarse a las tradicionales del derecho privado que se ocupan también, en cierto

sentido, del aspecto del ejercicio retrasado y muy especialmente con la prescripción extintiva y la renuncia tácita. La doctrina indica que la figura del retraso desleal se distingue de la prescripción porque, si bien en ambas se requiere que el derecho no se haya ejercido durante un largo tiempo, en el ejercicio retrasado se requiere, además, que la conducta sea desleal, de modo que haya creado una confianza en el deudor, de que el titular del derecho no lo ejercerías como ha ocurrido en este caso. Por otra parte, la renuncia tácita requiere de una conducta cuya interpretación permite llegar a la conclusión de que el derecho se ha renunciado.

En el Derecho europeo aparece la buena fe en el sentido aludido, en el artículo 1.7 de los Principios Unidroit, en los artículos 1:106 y 1:201 del Derecho europeo de contratos, y como señala el artículo I:103 –(2) del DCFR, resulta contrario a la buena fe que una parte actúe de forma inconsecuente con sus propias declaraciones o conducta, en perjuicio de la otra parte que había confiado en ellas. Así como en el Derecho alemán, en el que la doctrina del retraso desleal encuentra su encaje en el §242 BGB referido a la buena fe.

Doctrina jurisprudencial sobre el abuso del derecho al proceso.—Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la concurrencia del abuso en el ejercicio de acciones ante los Tribunales, deduciéndose de esa jurisprudencia las siguientes reglas interpretativas:

1.^a Quien usa de su derecho, no ocasiona daño (*qui iure suo utitur neminem laedit*), aunque no obtenga una solución positiva a su demanda. Esta regla está relacionada con el derecho constitucional a la tutela judicial, de modo que esta Sala ha manifestado en diversas ocasiones que el abuso del derecho en relación al proceso debe ser cuidadosamente examinado para no coartar el ejercicio de acciones (así, SSTs 1229/2004, 905/2007 y 769/2010, y las allí citadas);

2.^a Sin embargo, no se excluye la posibilidad de que se pueda producir un uso abusivo del proceso, que ocasione daños que deben ser objeto de reparación, teniendo en cuenta que algunas veces los litigantes perjudicados han utilizado para fundar sus demandas el artículo 1902 CC y otras el artículo 7.2 CC, que es el que se considera más adecuado en la STS 1229/2004, de 29 de diciembre;

3.^a Como afirma la STS 769/2010, de 3 diciembre, considera que son características de esta situación de retraso desleal: *a*) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; *b*) la omisión del ejercicio; *c*) la creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercerá. La jurisprudencia se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios (entre otras, SSTs de 16 febrero, 8 de marzo y 12 de abril de 2006), bien a la doctrina del abuso del derecho (SSTs de 17 de junio de 1988 y 21 de diciembre de 2000, y las allí citadas). La STS 905/2007 dice que la concurrencia del abuso o de la mala fe en la interposición del litigio debe probarse por el demandante; por lo tanto, para que exista daño que genere una obligación de indemnizar, quien litiga debe hacerlo de forma temeraria o caprichosa (STS de 6 julio de 1990), o bien de forma abusiva (SSTs de 17 marzo de 1992 y 2 de febrero de 2001);

4.^a Para que concurra este abuso o ejercicio desleal debe actuarse o bien de forma dolosa o bien con manifiesta negligencia, entendiendo la STS 905/2007 que «la parte que las inició haya actuado dolosamente o cuando menos con manifiesta negligencia por no haberse asegurado el alcance de la

acción ejercitada», lo que significa que la intención de dañar no existirá «cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, por oponerse a ello la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit*, salvo que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando la inexistencia de *juxta causa litigantis*».

Actuación del Banco en el caso litigioso.—El BBVA ha ejercitado extemporáneamente un derecho, al pretender la reanudación de un procedimiento ejecutivo que no había sido objeto de ningún tipo de actuación desde 1985, concurriendo, además, los requisitos exigidos para que surja el deber de indemnizar: 1) Que haya transcurrido un periodo de tiempo. En el caso, la pretensión de reanudación del procedimiento se ha ejercitado al cabo de 17 años del acuerdo del pago parcial de la deuda pendiente. 2) Que se haya omitido el ejercicio. Durante tal periodo no ha existido ningún tipo de reclamación, según están de acuerdo ambas partes. 3) Que se haya creado una confianza legítima de que el derecho no se va a ejercitar, como efectivamente ocurrió. 4) Todo ello ha producido un daño objetivo a los reclamados, consistente en el embargo de una parte del sueldo del actor, y de unas fincas, entre ellas la vivienda familiar. 5) Es indiferente que la conducta desleal sea o no realizada para buscar el daño del perjudicado; simplemente se requiere que se haya actuado en contra de las reglas objetivas de la buena fe, de acuerdo con las reglas del tráfico y con lo que el perjudicado puede esperar de la propia conducta de quien ha producido la confianza. Según la STS 423/2011, de 20 de junio, «son circunstancias que configuran el abuso de derecho, las subjetivas, de intención de perjudicar o de falta de interés serio y legítimo, y las objetivas, de exceso o anormalidad en el ejercicio de un derecho y producción de un perjuicio injustificado». Ello ocurre aquí, ya que según los hechos probados, aunque no se puede hablar de negligencia del BBVA, se señala que dejó transcurrir más de 17 años para reclamar, lo que constituye una circunstancia objetiva en el sentido expresado por la jurisprudencia.

Cuantía de la indemnización.—Costas y honorarios profesionales son dos conceptos distintos que confluyen en el proceso. Las costas constituyen una indemnización a la parte que ha obtenido el reconocimiento de sus peticiones, mientras que los honorarios profesionales constituyen el precio de los servicios prestados en virtud del contrato de arrendamiento llevado a cabo entre las partes. El artículo 241 LEC establece que las costas quedan constituidas por los gastos del proceso que se refieran al pago de los conceptos que el propio artículo establece, entre los que se encuentran las minutas de honorarios de los profesionales. Sin embargo pueden consistir en gastos distintos, como ocurre en el presente caso en que la parte reclamante ha justificado la labor del letrado en la necesidad de reconstruir la historia del ejecutivo inactivo. Por ello debe aceptarse el pago de 7.308 euros que debieron emplearse en la defensa que no se hubieran gastado si el ejecutivo no se hubiera reactivado de forma extemporánea.

En cambio no debe ser la misma la solución respecto a la reclamación por daños morales, cuya valoración siempre es muy compleja, aunque ello no debe confundirse con la necesidad de su prueba. Los demandantes alegaron en su demanda que se les había causado un daño moral, que no fueron capaces de cuantificar, y en el acta de comparecencia, a instancia de la parte demandada, establecieron una cantidad global de 250.000 euros, sin justificar a qué conceptos correspondían. La simple incomodidad de defenderse ante una acción injustificada, que acabo siendo favorable a sus intereses,

entra dentro de lo que se denomina *riesgos generales de la vida*, que no deben ser objeto de resarcimiento, excepto en el caso de concurrencia de circunstancias excepcionales (STS de 12 de diciembre de 2011; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Sentencia importante porque su doctrina, y, sobre todo, la resolución judicial de que trae causa, podría generalizarse a ciertas situaciones económicas que actualmente vive con angustia nuestra sociedad; novedosa por aplicarse por primera vez – a lo que creo – al supuesto de hecho; y notable por contribuir a perfilar la doctrina jurisprudencial del retraso desleal o *Verwirkung*, como se sabe, de origen alemán. Los hechos aparecen suficientemente descritos en la sentencia extractada. En 1984, un matrimonio deudor del Banco de Vizcaya constituye una hipoteca en garantía de un préstamo de 23 millones de pesetas (138.232,78 euros). En diciembre de 1985 los deudores acuerdan con el banco la dación en pago de parte de la referida deuda. En marzo 2003, como continuación del procedimiento ejecutivo, seguido en su día, se decretó el embargo de parte del sueldo del marido y se comunicó la traba de determinados bienes de propiedad de ambos cónyuges. Los deudores recurrieron alegando la prescripción, y el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid dictó auto en 4 de julio de 2003, en el que dispuso acordar el archivo del procedimiento, por estimación de la alegada prescripción de la ejecución, ordenando el alzamiento de las medidas. Los cónyuges afectados demandaron al BBVA pidiendo se declarase su responsabilidad extracontractual por daños materiales y morales. En ambas instancias la demanda fue desestimada. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación de aquéllos. (G. G. C.)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Derecho a la propia imagen: colisión con el derecho a la información: publicación de fotos del cadáver hallado y de la persona en vida.—Los derechos fundamentales que entran en colisión son, el derecho al honor, a la intimidad familiar y a la imagen, por un lado, y la libertad de información del diario, por otro. Desde un punto de vista abstracto, debe considerarse como punto de partida la posición prevalente que ostenta el derecho a la información en su máxima expresión, por ejercitarse por profesionales de la información en el cauce institucionalizado de los medios de comunicación, y examinar si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los derechos que entran en colisión, esta prevalencia puede hacerse valer frente al derecho al honor de la parte demandante.

El examen del peso relativo de ambos derechos en colisión depara las siguientes conclusiones:

(I) Interés público. Puede afirmarse que la aparición del cuerpo sin vida de una persona es un hecho en sí noticiable. Cuestión distinta es si la fotografía del cadáver de una persona tiene interés público. Las fotografías de determinados personajes públicos pueden llegar a tener un interés informativo extremo cuando llevan inminente la acreditación de su muerte ante la socie-

dad. Esta Sala ha afirmado también el interés público de determinadas fotografías en las que, con carácter accesorio, las circunstancias que rodeaban la muerte tenían un interés para la comunidad, por ejemplo cuando hay un importante despliegue de servicios comunitarios para atender a un rescate. Pero en el caso aquí enjuiciado, la fotografía que aparece en portada, ocupando media página, centrada en el cadáver, tiene un interés público escaso dado el carácter de persona privada de la fallecida y la falta de aportación de elementos informativos adicionales a la noticia, pues no aporta datos de interés sobre los datos y el entorno en que se produjo la muerte. Desde esta perspectiva no puede prevalecer el derecho a la libertad de información.

(II) Veracidad. No se ha cuestionado la veracidad, entendida como diligencia por parte del informador para la comprobación de los hechos. En todo caso, su relevancia en la afectación de los derechos fundamentales implicados es mínima, y también es de menor trascendencia cuando se afecta el derecho a la intimidad personal, pues en tal caso el criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad no es el de la veracidad sino el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulta necesaria en función del interés público del asunto, aunque, en ocasiones, la falta de veracidad de lo divulgado puede agravar la ofensa. Este elemento resulta indiferente en la ponderación del caso.

(III) Proporcionalidad de la noticia. No se ha cuestionado el carácter injurioso o desproporcionado de la noticia, pero sí el de la publicación de la fotografía del cadáver. El carácter íntimo de la muerte de una persona ha sido afirmado por la STC 231/1998, de 2 de diciembre (difusión de las imágenes de un famoso torero muerto), al decir que «se trata de imágenes de las que, con seguridad, puede inferirse, dentro de las pautas de nuestra cultura, que inciden negativamente, causando dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido». El examen de las circunstancias de la fotografía publicada en portada, partiendo de su afectación al ámbito familiar, permite afirmar la *non-necesidad* de la misma pues no añade ninguna afirmación adicional al hecho de la muerte. Resulta también desproporcionada para la información, la forma en que se publica, ya que la fotografía se centra exclusivamente en el cadáver que aparece centrado y enfocado. Por otro lado, el hecho de que al lado de la fotografía del cadáver se publique una fotografía en vida de la persona fallecida, resulta también, desproporcionado, pues de esta forma se permite su identificación mediante la asociación directa de sus rasgos físicos con los del cadáver descubierto. Desde esta perspectiva la libertad de información no puede prevalecer sobre el honor y la intimidad de las personas.

(IV) La afectación del derecho a la imagen que se produce con la difusión de la fotografía en vida, queda legitimada por el hecho probado del consentimiento otorgado por su pareja sentimental en la difusión de la fotografía, al hacerle entrega voluntaria de la misma al periodista. Sin embargo, este consentimiento no alcanza a la publicación de la fotografía del cadáver en las circunstancias en que tuvo lugar.

(V) La afectación del derecho a la intimidad familiar producida con la revelación de datos de carácter privado relativos a la enfermedad de la fallecida también queda legitimada con la difusión que de los mismos dio el padre de la fallecida al periodista, conociendo, según hechos probados, esta condición. La divulgación de los datos personales de la fallecida también hay que entender que fueron consentidos por el padre, al conceder una entrevista permitiendo la divulgación de determinados datos, solicitando que otros no lo

fueran, pues razonable entender que si permitía que se hablara de su hija revelando datos íntimos, permitía también su identificación.

En conclusión, la consideración de las circunstancias concurrentes conduce a estimar que la libertad de información no puede, en el caso de la publicación de la fotografía del cadáver, prevalecer sobre el derecho a la intimidad familiar pues el grado de afectación de la primera es muy débil y el grado de afectación de la segunda es de gran intensidad. Al no entenderlo así la sentencia recurrida procede estimar parcialmente el recurso. Debe mantenerse aquélla en cuanto a la publicación de la fotografía de la persona viva y de no vulneración de la intimidad por la divulgación de determinados datos privados que fueron consentidos por un familiar (**STS de 30 de noviembre de 2011**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G. G. C.*)

4. Derecho fundamental de asociación. Expulsión de un socio y exigencia de tipicidad de la conducta sancionada y de los tipos de sanción.— En aplicación de doctrina jurisprudencial consolidada, el Tribunal Supremo destaca que el derecho de asociación no es en ningún caso absoluto, sino que está sujeto a límites, en el sentido de que solamente puede ejercitarse en el marco de la Constitución y de las leyes que lo regulen, respetando su contenido esencial, y que está sujeto al control judicial —entre otras, SSTS de 16 de junio de 2003; 19 de julio de 2004; 7 de noviembre de 2008; y 6 de abril de 2009—. Pues bien, entre estos límites está el artículo 25.1 CE, que establece la necesidad de tipificar las conductas sancionables, como exigencia para la consecución de la necesaria seguridad jurídica que requieren las relaciones asociativas y, concretamente, el libre ejercicio de los derechos del sancionado. Por tanto, parte del núcleo esencial del derecho de asociación es el derecho a que las conductas que pueden ser objeto de sanción y los tipos de sanción aplicables a éstas estén tipificados en los estatutos de la sociedad o asociación. Asimismo, en cita de su STS de 29 de septiembre de 2009, el Tribunal Supremo destaca que la persona física que no ostenta la condición de socio, sino que es un simple representante de una persona jurídica que sí es socia, no puede alegar la vulneración de derechos asociativos. Por ello, entiende el tribunal que la remoción de esta persona física del cargo de miembro de la junta directiva de la asociación empresarial no puede calificarse como lesión del derecho de asociación de este sujeto, persona física. (**STS de 28 de noviembre de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La junta directiva y la asamblea general de la Federación de empresarios de Comercio y Servicios B acordó la sanción de remoción de Don A. de su cargo de tesorero de la federación y la suspensión de su condición de representante de la compañía Textil C frente a la federación y de su pertenencia a título individual a la federación. Estos órganos de la federación entienden que el sancionado llevó a cabo una conducta reprobable y desleal, por haber cometido irregularidades en la llevanza económica y haber invadido competencias que no le eran propias con la finalidad de dañar la imagen de la federación.

Don A. interpuso demanda contra la federación, que es desestimada por la sentencia de primera instancia por falta de legitimación activa. En su sentencia de 13 de mayo de 2009, el Juzgado de Pri-

mera instancia núm. 11 de Zaragoza entiende que el demandante únicamente formaba parte de la federación como representante de una mercantil miembro de ésta, luego no podía alegar la vulneración de derechos asociativos sin ser miembro de la federación, esto es, sin pertenecer a ésta como persona física, como asociado.

Tras la interposición de un recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial, en sentencia de 23 de octubre de 2009, revoca la sentencia de instancia, por entender que sí existe legitimación activa. Estima la demanda al entender que los hechos descritos en el acuerdo sobre la sanción del demandante no se preveían como sancionables en los estatutos de la federación y concede una indemnización por los perjuicios sufridos por el demandante por la cobertura informativa dada a la sanción.

La federación demandada interpone recurso de casación, al entender que la sentencia recurrida infringió el derecho fundamental de asociación previsto en el artículo 22 CE al anular un acuerdo que había sido válidamente adoptado por la federación, con todas las garantías formales para ello. Alega la recurrente que la sentencia de la audiencia provincial se habría extralimitado en la materia que puede ser objeto de control judicial al exigir como plus que las causas de la sanción deban estar tipificadas en los estatutos sociales. El Tribunal Supremo desestima el recurso. Entiende que, dado que la conducta sancionada en el supuesto de hecho no estaba tipificada en los Estatutos como sancionable, ni se determinaba en ellos las conductas sancionables ni los tipos de sanción, el acuerdo infringió el derecho de asociación. (*G. M. A.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

5. Contrato de opción y autonomía de la voluntad.—La doctrina jurisprudencial tiene declarado que la opción de compra es un precontrato en el que el concedente viene obligado a poner en vigor el contrato y el optante tiene el derecho a exigirlo. Es el optante quien decide, dentro del plazo señalado, la puesta en vigor del contrato proyectado (SSTS de 17 de marzo de 2009, 23 de abril de 2010, 7 de mayo de 2010 y 4 de febrero de 2011). Ahora, bien, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar las cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público.

Cláusula que prevé sanciones en caso de desistimiento por cualquiera de las partes del contrato de opción.—A través de una cláusula de este tipo las partes imponen unas arras penitenciales o de desistimiento. No cabe duda de la validez de este tipo de pactos puesto que no desnaturaliza el contenido del contrato de opción aunque modifique su contenido típico. (**STS de 1 de diciembre de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El 24 de febrero de 2003, se celebró un negocio jurídico en virtud del cual la propietaria de varias fincas concedía una opción de compra sobre las mismas a la otra parte contratante (o a la persona jurídica que ésta designase). El precio de la opción

era de 550.000 euros y se entregaron 50.000 euros en ese momento. Más adelante, en un documento privado, se pacta que el plazo de ejercicio de la opción es el 23 de febrero de 2004. En el acuerdo firmado por las partes había una cláusula que contemplaba la facultad de desistir, de tal manera que, si era el optante el que lo hacía, perdía la cantidad que había pagado como precio de la opción (50.000 euros) y, si era el concedente el que desistía, debería entregar el duplo de la cantidad recibida. El 20 de febrero de 2004, el concedente de la opción desistió del contrato y depositó ante notario la cantidad de 100.000 euros a disposición del optante.

La sociedad P (persona jurídica designada por el optante) presentó una demanda solicitando el cumplimiento del la opción de compra y una indemnización de daños y perjuicios. Con posterioridad, amplió la demanda en varias ocasiones y, ejercitando la acción pauliana, solicitó que se declarara la nulidad y resolución de la compraventa de una de las fincas y la rescisión de la compraventa de otra de las fincas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, declaró la validez de la cláusula del contrato de opción que contemplaba una facultad de desistimiento y, en consecuencia, declaró que no había lugar a la acción pauliana. El optante presentó un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que confirmaba la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (*L. P. S. M. P.*)

6. Aplicación del artículo 53 LAU 1964 a los arrendamientos anteriores a 9 de mayo de 1985.—El Tribunal Supremo afirma la vigencia del artículo 53 LAU 1964 (puesto que no se trata de una de las excepciones recogidas en la disposición transitoria segunda LAU, y ello es conforme con los arts. 9.3 CE y 1.7 y 2.2 CC) y reitera su jurisprudencia, recogida entre otras en sendas sentencias de 15 de enero de 2009, conforme a la cual, dicho artículo debe ser aplicado automáticamente cuando se trata de arrendamientos anteriores a 9 de mayo de 1985. Esto es así, en concreto, siempre que, concurriendo los requisitos expresados en el citado precepto, el precio de la transmisión de la vivienda arrendada exceda de la capitalización de la renta anual pagada por el inquilino, a los tipos fijados por el mismo artículo, aun cuando se acredite que no ha existido fraude o maquinación en la compraventa y el precio fijado sea el correspondiente al mercado o inferior a él. Las interpretaciones de la citada norma que llevan a la inaplicación de la misma se oponen a su tenor literal, y se fundan en que su única finalidad es la de garantizar el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por parte del inquilino. Sin embargo, no puede asegurarse que su finalidad no sea también la de evitar que, mediante una transmisión sujeta a un valor de mercado especulativo o correspondiente a un incremento notable de valor de los inmuebles a lo largo del tiempo, se transmita el inmueble a un nuevo propietario, dispuesto —por hallarse en condiciones de denegar el derecho de prórroga por necesidad— a sufragar en todo o en parte la plusvalía de la que resulta privado el propietario durante la vigencia del arrendamiento sometido a prórroga forzosa (*vid.* STS de 25 de octubre de 2006).

Interpretación sociológica. Límite en el principio de imperio de la ley.—Declara el Tribunal Supremo que la interpretación de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas no puede con-

ducir a su inaplicación, pues es al legislador a quien incumbe innovar el ordenamiento jurídico introduciendo las políticas que considere oportunas, dentro de su libertad de configuración, en las que caben estrategias de oportunidad vedadas a los tribunales. Una interpretación que deje sin contenido práctico a un artículo, no obstante reconocer que está vigente, equivale a propugnar su inaplicación, y ésta no es admisible por vía de interpretación, de acuerdo con el principio del imperio de la ley, salvo el caso en que se demuestre que el precepto contradice principios o valores constitucionales. En tal caso, si no es posible una interpretación conforme a la Constitución y se trata de normas anteriores a ésta, deben considerarse derogadas por la norma suprema. Esta derogación puede ser declarada por los tribunales ordinarios o dar lugar a una declaración de inconstitucionalidad sobrevenida mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Abuso de derecho.—No existe abuso de derecho cuando la acción que se pretende ejercitar tiene su base en una facultad reconocida legalmente, cuya vigencia no se pone en duda. (**STS de 17 de noviembre de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Tras la venta de un piso arrendado, y ante la imposibilidad de ejercitar tal derecho, por ciertos condicionantes personales y económicos, el arrendatario de la vivienda impugnó la transmisión, en ejercicio de la acción del artículo 53 LAU 1964, ya que el precio de la venta, aun siendo notablemente inferior al precio de mercado de una vivienda de las características y de la situación de la arrendada, excedía de la capitalización de la renta anual pagada por él como inquilino.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda, sobre la idea de que el precio de la venta no era desproporcionado y que el ejercicio de la mencionada acción de impugnación por parte del arrendatario entrañaba abuso de derecho, ya que no se había demostrado que el precio fuera simulado, excesivo o desajustado a las circunstancias del momento para viviendas similares. El arrendatario interpuso entonces recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo apoya en esta sentencia la posición de ciertas Audiencias Provinciales que se pronuncian a favor de la aplicación del artículo 53 LAU 1964 a los arrendamientos aquí vistos (entre otras SAP de Madrid de 20 de junio de 2003 y SSAP de Málaga de 29 de octubre de 2003 y de 5 de julio de 2005). Frente a ésta, existe otra línea en las Audiencias Provinciales (representada, entre otras, por las SSAP de Barcelona de 7 de abril y 8 de noviembre de 1999), conforme a la que se niega tal aplicación, en vista de la evolución socio-económica del mercado de la vivienda y el espíritu y finalidad de la norma, que se dice que consiste en evitar conductas fraudulentas del arrendador. Así, se afirma que el legislador quiso evitar con esta norma transmisiones simuladas o por precios excesivos, que hicieran inoperante el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por el arrendatario, de manera que, en los casos en los que se acredite en el pleito que no ha existido fraude o maquinación en la compraventa, aun cuando el precio de ésta supere el de capitalización de la renta, el ejercicio de la acción de impugnación por el inquilino ha de considerarse abusivo. (A. M. M.)

7. Arrendamientos para uso distinto de vivienda celebrados bajo la vigencia del RDL 2/1985. Régimen de prórroga forzosa.—La entrada en vigor del RDL 2/1985, de 30 de abril, suprimió el régimen obligatorio de prórroga forzosa respecto de la duración de los arrendamientos, imponiéndose la libertad de las partes a la hora de fijar la duración de un contrato de arrendamiento urbano. Ahora bien, como declara al Tribunal Supremo, tal libertad no impedía, dentro de los límites del artículo 1255 CC, que las partes se sometieran de manera expresa o implícita al régimen de prórroga forzosa (SSTS de 7 de julio de 2010 y de 8 de abril de 2011).

Arrendamientos para uso distinto de vivienda celebrados bajo la vigencia del RDL 2/1985. Aplicación de las Disposiciones Transitorias de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 cuando el arrendatario es persona jurídica.—La entrada en vigor de la LAU 1994 provocó que existieran contratos de arrendamientos urbanos sometidos a tres regímenes jurídicos distintos, estableciendo el legislador un complejo sistema de Disposiciones Transitorias para solventar los posibles problemas relativos a la duración de los contratos de arrendamiento de local de negocio, una vez desaparecida la prórroga legal forzosa. Conforme a éstas, en los arrendamientos celebrados a partir de 9 de mayo de 1985 en que no existiera sometimiento a prórroga forzosa alguna, la Disposición Transitoria Primera LAU 1994 se remite con carácter general a la regulación anterior de estos contratos y se prevé la aplicación de la tácita reconducción, a fin de determinar la duración de los arrendamientos para uso distinto de vivienda. Sin embargo, en los casos como el presente, en que las partes decidieron voluntariamente el sometimiento a la prórroga forzosa, hay que remitirse al régimen de la Disposición Transitoria Tercera, que permitía fijar una fecha de finalización y la aplicación posterior del régimen de la tácita reconducción del artículo 1566 CC, no siendo posible el establecimiento por las partes de una duración indefinida del contrato. Si el legislador previó un fin para los contratos de arrendamiento de local de negocio que legalmente debían estar sometidos a prórroga forzosa, por razones de política legislativa, aún más debe estar previsto en los que ésta se fijó convencionalmente, so pena de eliminar la esencia el arrendamiento.

Duración indefinida en los contratos de arrendamiento.—Una de las características del contrato de arrendamiento es la temporalidad. Por ello, declara el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (entre otras, STS de 9 de septiembre de 2009) que una cosa es que el legislador pueda imponer, por razones de política legislativa, la prórroga forzosa para el arrendador (como efectivamente mantuvo para los arrendamientos urbanos desde 1920 hasta 1985) y otra muy distinta es que las partes puedan hacerlo válidamente conforme a los artículos 4 LAU y 1255 CC, sin alterar por ello la propia esencia y naturaleza del contrato de arrendamiento. Éste, de por sí, ha de ser de duración determinada —o, al menos, determinable—, sin que deba aceptarse que una duración fijada de un año prorrogable indefinidamente a voluntad del arrendatario por años sucesivos suponga realmente la fijación de una duración en la forma exigida por la ley. (STS de 17 de noviembre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En un arrendamiento de local comercial suscrito en junio de 1988, con una duración de un año, las partes deciden someterse al régimen de prórroga forzosa previsto en el artículo 57 LAU 1964. El 18 de octubre de 2006, se vende por completo el inmueble en el que está situado el local y siete días después el nuevo

propietario comunica a la arrendataria la rescisión unilateral del contrato. La arrendataria interpone demanda pretendiendo ejercitar su derecho de adquisición preferente sobre la vivienda e instando de forma acumulada acción declarativa por incumplimiento contractual por la rescisión unilateral del contrato por parte del nuevo propietario, al estimar que el contrato estaba sometido, en cuanto a su duración, al régimen de prórroga forzosa. Frente a tales alegaciones, el arrendador responde, por un lado, que, al haberse adquirido el inmueble completo, no coincide lo vendido con lo arrendado y que no procede, por tanto, el ejercicio del derecho de retracto; y, por otro lado, que la arrendataria carece de derecho de prórroga forzosa y que, para la terminación del contrato, es de aplicación la Disposición Transitoria Tercera LAU en su apartado cuarto y, consiguientemente, el artículo 1566 CC, en cuanto a la tácita reconducción, por lo que no hay incumplimiento contractual alguno.

Ambos argumentos son aceptados por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Provincial, que desestiman respectivamente la demanda y el recurso de apelación. La arrendataria interpone entonces recurso de casación, únicamente en relación a la cuestión del incumplimiento contractual y de la prórroga forzosa. (A. M. M.)

8. Arrendamiento de local. Responsabilidad del arrendatario en supuestos de incendio del local arrendado.—El Tribunal Supremo tiene establecida una doctrina acerca del régimen de responsabilidad en supuestos de incendios, según la cual, cuando se produce un incendio en un inmueble, le corresponde al perjudicado probar su existencia y que se produjo en el ámbito de operatividad del demandado, y, a la persona que tiene el control o vigilancia de la cosa, acreditar que existe una actuación intencionada por parte de terceros. Para considerar que un incendio se debe a caso fortuito no basta con que el siniestro se deba a causas desconocidas o que no resulte suficientemente probada la causa del incendio. Con arreglo a esta doctrina, no es preciso acudir a la responsabilidad por riesgo, ni se requiere discurrir acerca de la inversión de la carga de la prueba, pues basta con haberse declarado probado el almacenamiento de los materiales de combustión sin haber adoptado las medidas de seguridad adecuadas. Esta doctrina se aplica a la responsabilidad del empresario en los casos en los que el incendio se produce en un local arrendado, puesto que el artículo 1563 CC establece que el arrendatario responde de la pérdida o deterioro de la cosa arrendada, salvo que se hubiera ocasionado sin culpa suya, estableciendo una regla especial de carga de la prueba.

Responsabilidad por los daños causados al local colindante.—Cuando el incendio se produce en el interior de la nave, sin que hubiese sido intencionado, se entiende que la causa de su origen está dentro de la órbita de la explotación de la nave arrendada, siendo razonable la imputación objetiva al arrendatario de la misma. Hay que tener en cuenta que el almacén era de mobiliario, con abundante acumulación de madera, por lo tanto con material altamente ignífugo y generador de un riesgo elevado potencial que obligaba a extremar las medidas de precaución e instalar un sistema de alarma que no se llegó a colocar. Todo ello permite afirmar que no se actuó con la diligencia esperada.

No existe concurrencia de causas cuando el local colindante no ha efectuado la sectorización en los muros, si queda demostrado que la ausencia de los paneles sectorizadores no es la causa de propagación del fuego al local colindante. Además, quedó demostrado que, gracias a los sistemas de detección y extinción del fuego de dicho local, se facilitó el cese más rápido del incendio.

Sociedad disuelta y liquidada, según consta en el Registro Mercantil.—Según se deduce de lo previsto en los artículos 109 y 123 de la LSRL y en el artículo 228 del CCo, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no concluye con la formalización de las operaciones liquidatorias, sino cuando se agotan todas sus relaciones jurídicas, debiendo responder, hasta entonces, de las obligaciones antiguas no extinguidas y de las sobrevenidas. La cancelación de los asientos registrales de una sociedad no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, que no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que entablara la sociedad. A esta situación se refiere el Tribunal Supremo como de «personalidad controlada» (SSTS de 4 de junio de 2000 y 10 de marzo de 2001). Mientras perdure esta situación, pervive la personalidad jurídica de la sociedad liquidada sólo para atender a las relaciones pendientes. Los liquidadores continuarán como tales y deberán seguir representando a la sociedad mientras surjan obligaciones pendientes o sobrevenidas. (**STS de 27 de diciembre de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La sociedad A tenía arrendada una nave destinada a almacén y venta de muebles. Como consecuencia de un incendio originado en la nave arrendada, dicha nave y la colindante —ambas propiedad del arrendador— resultan gravemente dañadas. La compañía B, aseguradora de la sociedad propietaria de ambas naves, ejerce la acción de repetición contra la sociedad arrendataria, solicitando que se condene solidariamente a las compañías aseguradoras C. y D. a abonar la cantidad de 300.000 euros y, a la entidad C., a abonar la cantidad de 925.000 euros. El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda y la Audiencia Provincial revoca dicha sentencia y dicta una nueva condenando a las demandadas a abonar la cantidad solicitada por B. Contra esta sentencia, la aseguradora C. presenta un recurso extraordinario por infracción procesal, alegando que la sentencia recurrida reconoce personalidad y capacidad para ser demandada a una sociedad que estaba disuelta, liquidada y extinguida en el Registro Mercantil antes de la presentación de la demanda. Además presenta un recurso de casación, por considerar que la sentencia recurrida no respeta el régimen de responsabilidad que habían pactado las partes en el contrato de arrendamiento, y alega que existe una indebida aplicación del artículo 1902 CC, puesto que no considera probada la existencia de negligencia en el arrendatario del local incendiado. (*L. P. S. M. P.*)

9. Notificación de la subrogación que se refiere la DT 3.º LAU.—Según el TS, la falta de notificación de la subrogación arrendaticia producida a raíz de la jubilación del arrendatario conforme a la DT 3.ªB).2 LAU no determina la extinción del contrato ni faculta al arrendador para el ejercicio de la acción de resolución (STS de 13 de enero de 2010). Y ello porque bajo

la regulación de la LAU de 1964, la jurisprudencia no ha considerado necesaria la notificación de la subrogación producida a raíz de fallecimiento del arrendatario de local de negocio –no cabe imponer una sanción tan grave cuando la LAU no la establecía específicamente (STS de 29 de enero de 2009)–.

No obstante, el principio de buena fe exige que el arrendatario comunique la subrogación producida al arrendador para que tenga conocimiento del cambio subjetivo producido en la relación arrendaticia. La falta de notificación permitirá al arrendador el ejercicio de cualesquiera actos ejecutados sobre la base de la inexistencia de la subrogación y para el ejercicio de las acciones de resarcimiento de los perjuicios que pueda haber sufrido por esta circunstancia. **(STS de 30 de noviembre de 2011; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–El demandante solicita la extinción del contrato de arrendamiento de local de negocio, sometido a la LAU de 1964, por jubilación del arrendatario. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, considerando que tras dicha jubilación, no se comunicó a la parte arrendadora la voluntad de subrogación de una de las personas legitimadas –el hijo del arrendatario– de continuar con el arrendamiento, por lo que se debía acordar su resolución. La Audiencia Provincial, por su parte, desestimó el recurso de apelación. Consideró que, si bien la notificación de la subrogación por persona legitimada para la subrogación en el arrendamiento debía formalizarse por escrito e incluso verbalmente, de la prueba practicada resultaba imposible deducir que la parte arrendadora tuvo conocimiento de la subrogación, por lo que se debía declarar la resolución del contrato. La parte demandada interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo, por el contrario, entiende que la falta de notificación de la subrogación arrendaticia producida a raíz de la jubilación del arrendatario conforme a la DT 3.ªB).3 LAU no determina la extinción del contrato ni faculta al arrendador para el ejercicio de la acción de resolución.

NOTA.–Según la DT 3.ª LAU, si el contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda se celebró antes del 9 de mayo de 1985, dicho contrato se regirá por lo previsto en la LAU de 1964, si bien con algunas reglas especiales respecto a la duración del contrato y a la actualización de la renta. En cuanto a la duración, si el arrendatario fuera persona física, el contrato no se extinguirá por su jubilación o fallecimiento, permitiéndose la subrogación de su cónyuge, para que continúe la misma actividad desarrollada en el local. En defecto de cónyuge que quiera subrogarse o en caso de haber subrogado éste, a su jubilación o fallecimiento, podrá subrogarse un descendiente, que continúe con la actividad, siempre que no hubieran transcurrido más de veinte años desde la aprobación de la LAU. Para que tengan lugar estas dos subrogaciones es un requisito fundamental que, en el momento de entrada en vigor de la LAU, no haya tenido lugar ninguna subrogación al amparo del artículo 60 LAU 1964. Si hubiera tenido ya lugar alguna de tales subrogaciones, entonces se permitirá únicamente la primera subrogación. Y si hubieran tenido lugar ambas subrogaciones permitidas por el artículo 60 señalado, entonces no se permitirá ninguna subrogación

más. El contrato se extinguiría con la jubilación o fallecimiento del arrendatario actual, salvo que el mismo proceda antes de la jubilación o del fallecimiento a traspasar el local. Finalmente, según la LAU de 1964, la falta de notificación no determinaría la ineficacia de la subrogación ni la extinción del contrato. (S. L. M.)

10. Valor jurídico del silencio: en general, en las obligaciones de dar y en la entrega de obras.—La STS 772/2009, de 7 de diciembre, siguiendo a otras muchas, explica cuál es el valor jurídico del silencio en términos generales, indicando cuándo tiene significación jurídica de consentimiento o conformidad: afirma la sentencia citada que tiene dicho significado «cuando se puede y se debe hablar [...] y se debe responder cuando entre las partes existe una relación de negocios [...] y lo mismo cuando es lo normal y natural según los usos generales del tráfico y en aras de la buena fe [...] En tales casos, con la comunicación de la discrepancia se evita que la otra parte se pueda formar una convicción equivocada derivada del silencio con daño para su patrimonio».

En el ámbito de las obligaciones de dar, si ha habido recepción de la cosa sin protesta ni reserva del acreedor, nuestro Ordenamiento en ocasiones positiva la regla *id quos plerumque accidit* (lo que acontece normalmente) y atribuye al silencio de quien recibe el valor de una conformidad, de modo que, de no manifestarse la disconformidad en el momento de la recepción o dentro de un corto plazo, entiende que lo entregado se ajustaba a lo estipulado (*vid.* arts. 60 Ley 15/2009, de 11 de noviembre, de contrato de transporte terrestre de mercancías y 336 CCo en relación con la compraventa de mercancías).

Descendiendo ya al ámbito concreto de la entrega de obras, el silencio de quien las recibe sin protesta puede interpretarse en el sentido de que la contratista queda exenta de responsabilidad (*vid.* art. 6 LOE). Ahora bien, hay que tener en cuenta (1) que dicho efecto aparece referido a la recepción definitiva (STS 93/2003, de 14 de febrero) y (2) que, en el supuesto de que se hubieran pactado de forma expresa los efectos de la recepción, ésta tiene el significado expresamente estipulado (STS 290/2009, de 6 de mayo).

Contrato de obra: compatibilidad de acciones contractuales y acciones al amparo del artículo 1591 CC.—Es jurisprudencia constante la que declara la compatibilidad de la responsabilidad impuesta por el artículo 1591 CC a quienes intervienen en el proceso constructivo con ejercicio de las acciones contractuales en el supuesto en que entre demandante y demandado medie contrato (*vid.* SSTS 896/2003, de 2 de octubre; 134/2008, de 11 de febrero; 119/2011, de 28 de febrero).

Lo anterior significa que la garantía decenal no impide al comitente dirigirse contra quienes con él contrataron a fin de exigir el exacto y fiel cumplimiento de lo estipulado, tanto si los vicios o defectos de la construcción alcanzan tal envergadura que pueden ser incluidos en el concepto de ruina, como si conllevan un cumplimiento defectuoso.

Es destacable que el artículo 17.1 LOE admite de forma expresa la coexistencia de responsabilidad derivada del contrato o contratos que vinculan a las partes y la que impone la ley especial. (STS de 21 de octubre de 2011; ha lugar, en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—El presente litigio tiene su origen en la celebración de tres contratos, todos ellos relacionados con la construcción de

una piscina cubierta climatizada de agua de mar e instalaciones anexas. En los tres contratos el dueño de la obra es Club Náutico de Bajamar.

El primer contrato es un encargo de trabajo profesional a los arquitectos D. Arcadio y D. Ezequías.

El segundo contrato se celebró con el arquitecto técnico don Román para la dirección de la obra de la mencionada piscina.

Finalmente, el tercer contrato se suscribe con Ferrovial Conservación, S.A. para la ejecución de la obra.

La obra fue recibida tácitamente por Club Náutico de Bajamar. En dicha recepción se sitúa la clave del presente litigio. Por ello, es importante destacar algunos aspectos relacionados con ella, y que paso a exponer: (a) en el momento de la entrega la obra presentaba importantes deficiencias, entre las que destaca la falta de estanqueidad del vaso de la piscina; (b) la recepción tácita no tenía el carácter de definitiva; (c) en el contrato no estaba previsto que la recepción produjese el efecto liberatorio de la obligación de responder contractualmente por lo mal hecho; (d) los arquitectos y el propio Club Náutico no dejaron de manifestar su disconformidad con los trabajos efectuados por Ferrovial.

Club Náutico interpone demanda contra D. Arcadio, D. Ezequías, D. Román y Ferrovial Conservación. Esta última presenta demanda reconventional, referida a una reclamación de cantidad.

Tanto en Primera Instancia como en apelación se estima la demanda interpuesta frente a D. Arcadio y D. Ezequías, así como la demanda reconventional de Ferrovial Conservación.

Recurren en casación el demandante, Club Náutico, y los demandados D. Arcadio y D. Ezequiel.

Se considera probado (1) que las deficiencias son atribuibles a la defectuosa ejecución de la obra y la mala calidad de los materiales empleados, imputables a Ferrovial; (2) que la falta de estanqueidad del vaso de la piscina es debida exclusivamente al proyecto confeccionado por los arquitectos D. Arcadio y D. Ezequiel; y (3) que la incidencia de la actuación de D. Román en las deficiencias constructivas y en la calidad del material empleado es irrelevante.

El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por los arquitectos demandados y estima en parte el recurso interpuesto por el dueño de la obra en el sentido de estimar la demanda en relación con Ferrovial Conservación. En concreto, el Alto Tribunal declara (1) que la recepción tácita de las obras no pudo suponer exoneración de responsabilidad del contratista, por no cumplirse los requisitos exigidos para ello; (2) que algunos de los defectos de la obra son imputables a Ferrovial; y (3) que cabe declarar la responsabilidad de Ferrovial a través del ejercicio de acciones contractuales dirigidas a la reparación de las deficiencias de las obras tácitamente recibidas, al amparo de lo dispuesto en los artículos 1091 y 1096 CC.

NOTA.—En la argumentación del Tribunal Supremo destacan las referencias a la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación publicada por el Ministerio de Justicia en enero

de 2009; y a los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (*vid. epigrafe 35 de la sentencia*). (B. G. F.)

11. Contrato de obra: Normas de la LOE: Recepción de la obra.—El artículo 6 de la LOE se ocupa, de una forma novedosa, al menos para las obras privadas, de la fase de la recepción de la obra, considerando como tal *el acto por el cual el constructor, una vez concluida ésta, hace entrega de la misma al promotor y es aceptado por éste*, con la previsión de que no distingue entre recepción provisional y definitiva, como era la práctica habitual, al objeto de facilitar con la primera su comprobación.

Certificado final y recepción son dos fases distintas del mismo proceso constructivo, con significación jurídica diferente; aquél se expide por el director de la obra y el de la ejecución y en él se verifica si se ha construido conforme a sus especificaciones, poniendo de manifiesto los vicios y defectos que aprecie. Sirve, además, de punto de partida de la llamada *recepción tácita*, del artículo 6.4, entendiéndose por tal aquella que se produce treinta días desde que se expide sin que el promotor ponga de manifiesto reservas o rechace motivadamente la entrega. La recepción tiene carácter necesario, supone que la obra ha sido ejecutada correctamente, y se documenta en la forma que la citada previene, con la incorporación del certificado final de obra, y con la intervención, al menos del promotor y el constructor. El certificado final se configura, además, como el último instrumento de control de la obra por parte de los técnicos. Su expedición incondicional no hace sino avalar la correcta ejecución de las medidas relacionadas con el proyecto, la dirección y vigilancia o inspección, haciéndoles responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento (art. 17.7).

Es un hecho probado que la promotora no recibió definitivamente las obras porque no se cumplimentó lo dispuesto en la cláusula 10.^a del contrato.

Recepción tácita.—Los hechos que la sentencia declara probados ponen de manifiesto que se produjo la recepción tácita en los términos que refiere la norma. Lo contrario supondría una evidente distorsión del régimen legal establecido para el cómputo de los plazos de responsabilidad y garantía establecidos en el artículo 6.5; haría necesaria también una certificación que permitiera establecer un punto de partida distinto en orden al inicio de los plazos, lo que no es posible ni razonable cuando el objeto de la primera es facilitar el cumplimiento de las obligaciones asumida por la promotora con los compradores.

Efectos.—Ahora bien, la recepción definitiva no funciona como sistema de cobertura de los daños, sino como señalamiento de la terminación de las obras y de la fecha a partir de la cual el dueño de la obra se reserva el derecho de examinarla y de poner de manifiesto sus reservas o el rechazo motivado por escrito. Este derecho del dueño de la obra no dura indefinidamente sino que tiene que ejercitarse dentro de los treinta días para evitar que la recepción se produzca y el momento de la recepción funcione como punto de partida de las garantías establecidas por la ley, sin perjuicio de las relaciones que en otro orden de cosas pueden hacerse efectivas entre la promotora y la constructora con relación al contrato de arrendamiento de obra. La tesis de que las personas o entidades que intervinieron en la ejecución quedan liberados de responsabilidad con la entrega y recepción de la obra puede ser admisible respecto de los vicios manifiestos o aparentes aceptados por el interesado, pero no respecto de aquellos que no pudieron tenerse en cuenta en dicho momento o que al cabo de un tiempo se ponen de manifiesto; como tampoco implica

conformidad a posibles incrementos o disminuciones de obra no susceptibles de conocerse a simple vista, como corolario lógico al deber de realizar un cumplimiento exacto de la prestación que incumbe a quienes la hicieron posible en virtud del contrato y en función de la propia naturaleza de las obras, lo que no sucede en este caso.

Intereses moratorios.—La sentencia atiende a los intereses del artículo 1108 CC, que, como los de la Ley 3/2004, de 19 diciembre, tienen en común dar una mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva a la plenitud de la tutela judicial, dentro del sistema general de responsabilidad que, en materia de obligaciones, establecen los artículos 1101 y ss. CC, con el fin de evitar que el deudor se vea favorecido por el hecho de mantener en su patrimonio la cantidad adeudada para obtener de ella los correspondientes frutos o intereses, en perjuicio del acreedor que se vería perjudicado por la tardía satisfacción de su crédito.

No toma, por tanto, en consideración el artículo 6 de la Ley 3/2004, que de forma similar al artículo 1100 CC subordina el derecho a obtener un interés especial de demora a que el acreedor haya cumplido sus obligaciones contractuales y a que no haya recibido a tiempo la cantidad debida a menos de que no sea responsable del retraso.

In illiquidis non fit mora: Doctrina jurisprudencial sobre el «canon de la razonabilidad en la oposición».—Estamos ante un caso que la jurisprudencia califica de criterio de la racionalidad en la oposición como pauta para resolver los supuestos de desarmonía entre lo reclamado y lo concedido, que la sentencia de instancia ha aplicado con criterio absolutamente correcto pues no sólo tiene que ver con una notable discordancia cuantitativa entre lo interesado y lo concedido, sino con una previa liquidación por inexistencia de un precio cierto sobre numerosas partidas de especial fundamento o determinación compleja por aplicación de la cláusula penal y existencia de defectos que deja sin contenido la idea de mora o retraso en el cumplimiento de las obligaciones convenidas (**STS de 5 de diciembre de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (*G. G. C.*)

12. Extinción de la fianza.—El artículo 1852 CC prevé un supuesto de liberación del fiador solidario cuando el acreedor perjudica, con su conducta, los derechos de reintegro y subrogación de aquel. Así, si desaparecen las garantías, el fiador queda liberado (SSTS de 8 de mayo de 2002 y de 20 de octubre de 1993). Según el Tribunal Supremo, el acreedor tiene la carga de preservar plenamente el derecho de subrogación del fiador, extendiéndose a todas las garantías y privilegios del crédito. Por tanto, si la conducta del acreedor hace desaparecer las garantías de la obligación objeto de la fianza, el fiador quedará liberado. Caso distinto es el supuesto en que el acreedor se limita a ejecutar la garantía en forma legal para que cumpla la finalidad para la que fue constituida. (**STS de 15 de noviembre de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El 28 de febrero de 1992 la sociedad X., como deudora principal, y Z., como prestamista, firmaron un contrato de préstamo que fue avalado por don V en calidad de fiador solidario. Este préstamo resultó impagado y la acreedora interpuso en mayo de 1993 un procedimiento ejecutivo contra los deudores. El 17 de diciembre de 1999, se otorgó un convenio de acreedores de la que-

brada X. Z. se abstuvo por ser titular de un crédito con derecho de abstención. Los acreedores aprobaron por unanimidad la graduación de los créditos y los demandantes, en representación de X. —también eran herederos de V.—, de la que eran accionistas principales, propusieron dicha graduación y el convenio. En dicho convenio figuraba la siguiente cláusula: «los acreedores de la quebrada, que tuvieran a su favor avales u otras garantías de terceras personas, podrán libremente ejercitar sus derechos frente a los terceros garantes y avalistas». El 26 de marzo de 2001, W., ahora demandada, adquirió el crédito por cesión de Z., subrogándose en todos los derechos y acciones derivados del crédito. En cumplimiento del convenio, se procedió a la cancelación de las cargas que gravaban los bienes de X y a su venta, para proceder al pago de las deudas. W., cobró el 24 de abril de 2001 la cantidad de quince millones de pesetas, aprobada en el convenio, declarando expresamente que se reservaba las acciones para reclamar el resto frente al avalista solidario. Posteriormente, W., solicitó que se prosiguiera contra la herencia de V., para cobrar el resto del crédito, como así sucedió.

L., F y H., en nombre de la comunidad hereditaria de su padre V., aceptada a beneficio de inventario, demandaron a W., considerando que Z., había consentido el levantamiento de los embargos y cargas que gravaban los bienes de la quebrada X., por lo que se produjo un perjuicio del fiador solidario, en la actualidad, la herencia de V., y pidieron en virtud del artículo 1852 CC que: *a)* se declarara extinguido el contrato de afianzamiento; *b)* se declarara la nulidad de la ejecución en relación al patrimonio hereditario del fiador solidario impulsada por el acreedor cesionario W.; *c)* se cancelaran y levantarán los embargos relacionados con la ejecución instada por W.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, señalando: *a)* el convenio fue aprobado por los acreedores, entre los que se encuentra la propia herencia de V.; *b)* Z., se abstuvo en la aprobación, ya que no tenía otra opción ante la situación en que se había colocado la deudora al presentar la quiebra; *c)* el levantamiento de los embargos fue propuesto por la deudora X., que era propiedad de los actores, de forma que ellos mismos propusieron el convenio y consecuentemente el levantamiento de las cargas y trabas, de modo que este vino determinado por otras circunstancias al margen del propio acreedor e independientes de su actuación.

Los demandantes apelaron la sentencia, que desestima el recurso con una argumentación muy similar a la del Juzgado de Primera Instancia. Así, L., F y H., interponen recurso de casación alegando la infracción del artículo 1852 CC. Argumentos que utilizan: *a)* el levantamiento de los embargos por Z., perjudicó al fiador solidario; *b)* al ser Z., el único acreedor con derecho de abstención, no debería haber consentido la cancelación y el levantamiento de los embargos pese a tener acción contra el fiador; *c)* Z., tenía el deber de conservar todos los embargos establecidos a su favor sobre las fincas propiedad de X., por lo que al no hacerlo, es nula la ejecución efectuada sobre el patrimonio de la herencia de don V., impulsada por el cesionario del crédito, W. El Tribunal Supremo desesti-

ma el recurso de casación. A su juicio, no concurre acto propio de la acreedora/cesionaria Z., puesto que ésta al abstenerse en el convenio de la quiebra de la deudora X., ni consintió la purificación de los embargos y demás cargas que gravaban los bienes del activo, ni perjudicó el crédito al cederlo a un tercero. Quienes consintieron fueron los propios recurrentes, que ahora, en aplicación del principio de la buena fe, no pueden pretender que se elimine la fianza.

NOTA.—Según el artículo 1852 CC, la fianza queda extinguida por algún hecho del acreedor que impida al fiador quedar subrogado en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo. La jurisprudencia ha señalado que debe tratarse de hechos positivos, no de omisiones (SSTS de 21 de febrero de 1997 o de 25 de octubre de 1999). Además, se entiende también que el acto o la omisión del acreedor debe serle imputable y determinante de la imposibilidad de subrogación. Será necesario en estos casos que el fiador haya sufrido realmente algún daño por esta pérdida, de forma que no pueda recuperar su pago de otra forma —por tanto, no sería aplicable esta norma cuando el propio fiador hubiera debido protegerse de su daño en circunstancias en las que al acreedor no le es exigible una diligencia mayor que al propio fiador—. Además, la liberación del fiador sólo se producirá en la medida del perjuicio efectivo y de que éste se conecte causalmente con la conducta del acreedor. No obstante, entiendo que el acreedor no está obligado, a tenor de este precepto, a tomar medidas activas que persigan favorecer la posición del fiador. (*S. L. M.*)

13. Accidente de circulación: Condena en juicio de faltas: Revisión de la responsabilidad civil declarada en juicio penal: Agravamiento de lesiones: Secuelas: Indemnización complementaria: Responsabilidad de Aseguradora: Cosa juzgada civil de sentencia penal: Improcedencia de cuestiones nuevas.—Constituye doctrina constante (así, por todas, STS de 21 de marzo de 2011) que la finalidad de la cosa juzgada es impedir que un mismo litigio se reproduzca indefinidamente y que sobre una misma cuestión que afecte a unas mismas partes, recaigan sentencias contradictorias, o bien se reiteren sin razón sentencias en el mismo sentido. La cosa juzgada material crea una situación de plena estabilidad que no solo permite actuar en consonancia con lo resuelto, sino que trasciende con eficacia al futuro, impidiendo reproducir la misma cuestión y volver sobre lo resuelto en firme.

Cuando se trata de la vinculación del juez civil a lo resuelto de modo firme en el orden jurisdiccional penal, la jurisprudencia constitucional viene declarando (STC 17/2008, de 31 de enero), de un lado, que en nuestro ordenamiento el legislador ha querido que la sentencia penal decida definitivamente todas las consecuencias penales y civiles derivadas del hecho delictivo, salvo el supuesto de renuncia o de reserva de las acciones civiles por parte del perjudicado, y, de otro, que el derecho a la tutela judicial efectiva protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material, tanto en su aspecto negativo y excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal ya resuelto en sentencia firme, como en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una sentencia que haya adquirido firmeza.

No obstante lo anterior, también constituye jurisprudencia de esta Sala, compatible con la autoridad de cosa juzgada en los términos expuestos, que sí cabe solicitar en vía civil una indemnización complementaria cuando concurren hechos o supuestos distintos de los que fueron tomados en consideración por la precedente sentencia firme. Así, por resultados no previstos cuando tras la sentencia condenatoria son descubiertas consecuencias dañosas del ilícito punible acaecidas en tiempo posterior al proceso penal (nuevas lesiones o agravación del daño anteriormente apreciado, nuevas consecuencias ulteriores del hecho delictivo, hechos sobrevenidos nuevos y distintos. Doctrina sintetizada en STS de 11 de septiembre de 2006.

Sentados los principios a partir de los que debe apreciarse la concurrencia de cosa juzgada entre dos litigios, procede confirmar la sentencia de la Audiencia puesto que los argumentos aducidos por la aseguradora no tienen entidad suficiente para desvirtuar sus argumentos sobre la distinta entidad de las cuestiones dirimidas en el proceso penal y en el civil. En efecto, el Juzgado fijó las secuelas aparecidas con posterioridad a la sentencia penal, en atención a las conclusiones contenidas en el informe pericial de la actora, con las que la parte demandada, y en especial su perito, se habían mostrados conformes; indicando como lesiones nuevas una disfagia neurógena, una disartria severa o anartria, una hidrocefalia derivada de complicaciones valvulares, una incontinencia de esfínteres y un perjuicio estético considerable; y como secuelas que suponían agravamiento, el incremento de un 50 % respecto al deterioro cognitivo que presentaba el paciente cuando se enjuiciaron penalmente las consecuencias del siniestro, y una mayor disminución de la agudeza visual. La Audiencia Provincial, respetó estas conclusiones y confirmó el derecho de la víctima a ser indemnizado por unos daños que ni fueron contemplados ni eran previsibles en el momento de recaer sentencia firme penal, apartándose de la decisión de primera instancia tan solo en lo relativo a la procedencia de conceder los perjuicios correctores de perjuicios morales a los familiares, y de daños morales complementarios. La parte recurrida se ha limitado a mostrar su discrepancia con argumentos excesivamente genéricos o ambiguos que no presentan la necesaria claridad, ni expresan los motivos fácticos o jurídicos que secundan su tesis, obviando además gran parte de los hechos declarados probados.

Incongruencia.—Para determinar si una sentencia es incongruente se ha de acudir al examen comparativo de lo postulado en el suplico de la demanda y los términos en que se expresa el fallo combatido, estando autorizado el órgano judicial para hacer el referido ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que litigan, con límite del respeto a la causa de pedir, que no puede alterarse, ni cabe la sustitución de unas cuestiones por otras.

En el presente caso, la sentencia recurrida no margina o se aparta del objeto del proceso, integrado por las pretensiones indemnizatorias deducidas de la demanda y sostenidas en apelación. En la indemnización total que se reclamaba (559.552,16 euros en concepto de indemnización, y la actualización a la cuantía de 7.693,41 euros, de la pensión reconocida en la sentencia penal) incluyó una cantidad dirigida a resarcir la situación sobrevenida de gran invalidez, si bien optó, para su abono, por la modalidad de la pensión mensual vitalicia, a cuyo efecto interesó en ambas instancias la elevación de la cuantía de la pensión que venía percibiendo por la menor incapacidad reconocida en el pleito penal. Tampoco se aprecia una alteración de la causa de pedir, pues la indemnización solicitada se sostiene, como título, en la responsabilidad extracontractual derivada del accidente de circulación, y, desde

el punto de vista fáctico, en la realidad de un empeoramiento respecto del estado personal por el que había sido ya indemnizado en vía penal, cuestiones que no resultan afectadas por la forma en que proceda abonar la nueva indemnización concedida.

En esta tesitura, la concesión de una indemnización en capital, en pago único y no por mensualidades, resulta compatible con la necesaria congruencia, valorando los argumentos siguientes: 1) la suma reconocida, cualquiera que sea la modalidad de pago, no supera lo solicitado; 2) porque los hipotéticos perjuicios que se dicen ligados a una muerte temprana de la víctima se ven sobradamente compensados con los beneficios que reporta a la aseguradora esta modalidad (reclamada una pensión mensual por importe de 92.320,92 euros anuales, sólo en cuatro años siguientes a la demanda se habría devengado en su favor la cantidad aproximadas de 370.000 euros, superior al capital fijado en la sentencia), y 3) fundamentalmente, porque la decisión de la Audiencia Provincial es consecuencia directa de la aplicación del sistema de la valoración vigente a partir del año 1995 –factor corrector de grandes inválidos, tabla IV–, con el que se mostraron conformes ambas partes.

Intereses moratorios impuestos a la aseguradora.–La imposición se basa en la inexistencia de razones que permitan reputar justificada la negativa de la aseguradora a cumplir su deber de satisfacer la prestación en plazo. Así, debe descartarse que el pleito haya sido imprescindible para eliminar una incertidumbre racional sobre la determinación de los nuevos daños por los que se reclamaba, pues, como constata la Audiencia Provincial, la aseguradora tuvo perfecto conocimiento, a través de su perito, del informe elaborado por el perito de la parte actora, de fecha 28 de marzo de 2005, comunicado el 5 de julio del mismo año, en el que se detallaban las nuevas secuelas. Por tanto, desde varios meses antes de judicializarse la reclamación, la aseguradora tuvo en su poder datos médicos suficientes acreditativos del empeoramiento de la salud del accidentado, que, razonablemente, deberían haber llevado a no negar al menos el pago del importe mínimo, sin necesidad de agotar la vía judicial; sobre todo si se tiene en cuenta que no cuestionó la realidad del empeoramiento físico-psíquico y de las nuevas secuelas, ni negó su vinculación causal con el siniestro, y que tampoco cuestionó el régimen empleado para su valoración. Todo permite concluir que la negativa se fundó únicamente en una discrepancia respecto de la cuantía de la indemnización, por considerar excesiva la suma solicitada, circunstancia, ni siquiera tras la menor cantidad concedida, que la doctrina jurisprudencial no valora como razón bastante para no apreciar mora, ni para exonerar del consiguiente recargo, dado el carácter meramente declarativo del derecho del perjudicado que tiene la sentencia que la concreta (**STS de 7 de noviembre de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–El accidente de circulación origen de la acción ejercitada ocurrió el 20 de octubre de 1989, ejercitándose la acción en juicio de faltas, recayendo sentencia condenatoria resuelta en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 31 de enero de 1994, que fue ejecutada. Aparecidas nuevas lesiones y agravadas las secuelas apreciadas inicialmente, se interpone otra reclamación civil, que se estima parcialmente por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Granollers el 9 de mayo de 2006, siendo recurrida ante la sección 13 de la Audiencia Provincial de Barcelona, que en sentencia de 5 de diciembre de 2007, eleva las cuantías solicita-

das, aunque rechaza algunos conceptos indemnizatorios. La Catalana de Occidente interpone el recurso de casación, que es rechazado por la sentencia extractada. Los hechos muestran la sucesivamente agravada tragedia humana que está viviendo la víctima desde hace más de 22 años, sin que la prolongación de las actuaciones judiciales supongan de hecho, en este caso, mayor dilación que la habitual. La doctrina jurisprudencial mantenida resulta convincente. (G. G. C.)

14. Culpa médica: Responsabilidad del anestesista y de la Clínica: Intervención correctora de anterior operación en la rodilla: daño moral: aplicación del baremo.—Ha sido conforme a Derecho, la decisión de la Audiencia Provincial de no conceder una indemnización complementaria (que el Juzgado de Primera Instancia sí concedió, en cuantía de 100.000 euros), por los daños morales reclamados porque, aceptada la aplicación del sistema legal de valoración previsto en el ámbito de la circulación, no cabe acoger una indemnización al margen del mismo, y con menor motivo, cuando el sistema ha demostrado contar con instrumentos suficientes para dar satisfacción al perjuicio moral acreditado. En el caso enjuiciado, como afirma la sentencia recurrida, la indemnización de los padecimientos por los que se reclama en concepto de daño moral —que tanto el actor como el Juzgado ligaron a su incapacidad física, y consiguientes limitaciones para su vida profesional y para su vida de ocio y relación social—, recibió adecuada respuesta en el sistema, de una parte, a través de las indemnizaciones básicas percibidas por los conceptos de incapacidad temporal (tabla V) y permanente (tabla III) (dado que la propia Ley las declara expresamente comprensivas del daño moral), y de otra, mediante los factores correctores de la tabla IV (específico de invalidez, en el grado que corresponde, y por perjuicios morales complementarios), en tanto que, según la doctrina jurisprudencial expuesta, los de incapacidad permanente resarcen específicamente los padecimientos morales ligados a los impedimentos para cualesquiera ocupaciones o actividades habituales, y el de perjuicios morales complementarios, como su propia denominación indica, satisface el incremento de daño que comporta la grave entidad de las secuelas sufridas (**STS de 30 de noviembre de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

15. Culpa extracontractual: accidente de circulación: choque múltiple: indemnización por la necesidad de ayuda de otra persona, necesidad de instalar ascensor, gastos justificados posteriores a la fecha de estabilización de la lesión.—a) La recurrente alega que la «necesidad de ayuda de otra persona» es un factor sólo predicable de los Grandes Inválidos, pero la recurrida alegó que se trataba de cuestión nueva. En efecto, no puede debatirse en sede de casación, dado que no fue objeto de resolución por la sentencia de la Audiencia Provincial. Es doctrina reiterada, mantenida en SSTs de 18 de febrero de 2010 y 6 de mayo de 2011, que produciría indefensión en la parte contraria, que no ha dispuesto en la instancia de los argumentos y medios de prueba adecuados para combatir la cuestión que se plantea por primera vez en casación.

Entrando en lo relativo a la necesidad, es un ámbito excluido de la casación pues obedece a un juicio ponderado de la sentencia recurrida, en la que se considera probada la imperiosidad de la colaboración de una tercera persona, si bien la Audiencia la modula en dos puntos sobre 50, con lo que concede la prudente cantidad de 12.000 euros, en proporción a la minusvalía reconocida.

b) No habiéndose impugnado la valoración de la prueba, debemos aceptar el criterio expresado en la sentencia recurrida, en cuanto considera acreditada la necesidad de la instalación de un ascensor, no siendo de recibo que la recurrente pretenda hacer supuesto de la cuestión.

c) La total indemnidad del perjudicado debe conllevar la indemnización por los gastos médicos, farmacéuticos y de ortopedia invertidos en la curación o rehabilitación de las heridas y secuelas derivadas del siniestro (STS de 8 de junio de 2011), dado que, por la fecha de los hechos, estaba vigente el RDL 8/2004, de 29 octubre, en cuyo anexo 1.º se dispone que «además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán, en todo caso, los gastos de asistencia médica, y hospitalaria y, además, en las indemnizaciones por muerte, los gastos de entierro y funeral».

Pérdida de feto a consecuencia del accidente, siendo primer hijo y hasta el tercer mes de embarazo.—El propio recurrido reconoce que el baremo está mal aplicado en este caso y se muestra conforme con la cantidad fijada por el recurrente de 11.284,75 euros, si bien entiende que se trata de un mero error material no rectificable en casación. Pero esta Sala entiende que no se trata de un error material sino de una aplicación incorrecta de la tabla que debe corregirse en esta sede (**STS de 29 de diciembre de 2011**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—En un choque en cadena, la actora incurre en negligencia aunque no sea correcto atribuirle en exclusividad la responsabilidad del mismo (detiene su vehículo próximo al arcén e intenta la apertura de la puerta trasera para colocar las señales de avería). Arrollada por un coche que circula en la misma dirección, sufre cuantiosas lesiones y amputaciones de extremidades, además de pérdida de un feto de dos meses y medio. Tiene reconocido por el INSS una incapacidad permanente total desde el 19 de marzo de 2004, y por el servicio de la Diputación Foral de Álava una minusvalía del 50%. El Juzgado Primera rechaza su demanda de indemnización de daños, pero la Audiencia Provincial se la concede en un porcentaje del 35% del baremo. El recurso interpuesto por la aseguradora sólo se acepta en la valoración de la pérdida del embarazo, al parecer, excesiva según aquél. (*G. G. C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

16. Mayoría necesaria para los acuerdos relativos a la modificación de la participación en los gastos para el establecimiento de un servicio común.—Señala el Tribunal Supremo que, una vez acreditada la presencia de vecinos minusválidos en la finca, para la instalación de un ascensor *ex novo*, a tenor del artículo 17.1 LPH será suficiente la mayoría simple. La Comunidad puede imponer esta servidumbre —ocupación de parte de un local privativo para la instalación del ascensor— para la creación de servicios de interés general y cuando el acuerdo de la Junta reúna los presupuestos legales, con el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios (SSTS de 18 de diciembre de 2008 y de 13 de septiembre de 2010).

Además, la adopción de acuerdos que se hallen directamente asociados al acuerdo de instalación del ascensor, aunque impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirán la misma mayoría que la LPH exige para tal acuerdo. Ahora bien, la aplicación de esta norma no permite que los acuerdos adoptados en esta materia puedan ser alterados con posterioridad, cuando se vea afectado el título constitutivo o estatutos de la comunidad, por mayoría. Será necesaria entonces la unanimidad. **(STS de 8 de noviembre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor trata de impugnar un acuerdo adoptado por la Comunidad de propietarios demandada en Junta general extraordinaria, de 8 de noviembre de 2005, acuerdo que vino a modificar un acuerdo previo, adoptado en Junta general extraordinaria celebrada el 26 de junio de 2002, por el que se acordaba la instalación de un ascensor con exención del abono de los gastos que ocasionase a determinados copropietarios que previamente habían votado contrariamente a la instalación de aquél. El demandante alega que el acuerdo objeto de impugnación, por el cual se impone a los demandantes la obligación de contribuir al pago de la instalación del ascensor y gastos accesorios, se adoptó con la mayoría prevista en el artículo 17.1 LPH, y no por unanimidad, requisito imprescindible para su validez al afectar su contenido al título constitutivo y concretamente a las cuotas de participación en relación con la exención del abono de los gastos de instalación y uso del ascensor.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al entender que el acuerdo impugnado era válido, ya que el artículo 17.1 LPH establece que en caso de existir minusválidos o personas mayores de setenta años, basta con el voto de la mayoría aun cuando implique modificación del título constitutivo o de los estatutos. Dicho régimen se ha de extender a aquellos acuerdos adoptados con anterioridad por la Junta de propietarios y que implicaron una modificación de los estatutos o del título constitutivo, como ocurre aquí.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, declarando la nulidad del acuerdo adoptado en 2005. Entendió que el régimen de mayorías previsto en el artículo 17.1 LPH únicamente es aplicable a los acuerdos en los cuales se adopte la decisión de realización de obras o establecimiento de nuevos servicios, no así para el resto de acuerdos adoptados en la misma Junta de propietarios (ej.: alteración de cuotas de participación o exenciones estatutarias respecto de determinados gastos), que requerirán la unanimidad (art. 17.1.1 LPH).

En casación, alega el recurrente que no cabe diferenciar entre el acuerdo para la instalación de un servicio común que elimine las barreras arquitectónicas y el resto de acuerdos adoptados como accesorios de éste. El Tribunal Supremo desestima el recurso al entender que el acuerdo adoptado en 2005 decide no sólo sobre la efectiva instalación del ascensor, sino que, a su vez, modifica un acuerdo previo, adoptado en Junta celebrada en el 2002, dejando sin efecto la exoneración en el pago de los gastos de instalación y uso del ascensor que este acuerdo concedía en beneficio de la ahora

parte recurrida, y establece la obligatoriedad para los copropietarios, antes exentos, de contribuir a los gastos de instalación y uso del ascensor.

NOTA.—La realización de obras o el establecimiento de servicios que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, requerirán la mayoría simple de votos de los propietarios totales, que a su vez representen la mayoría de las cuotas, incluso si tales obras o servicios implicaran la modificación del título constitutivo o de los estatutos. Esta mayoría se extiende también a la aprobación del régimen de gastos y eventuales exenciones para sufragar la correspondiente instalación, cualquiera que sea la repercusión económica en las cuotas ordinarias. 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. No obstante, se exige el consentimiento expreso del propietario afectado (art. 11.4 LPH), que si se negase a prestarlo, podrá 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.)

17. El carácter forzoso de la servidumbre de paso.—Según el artículo 536 CC, son voluntarias las servidumbres que se establecen por voluntad de los propietarios. Por pertenecer al ámbito de la libre autonomía de la voluntad, a los titulares del inmueble dominante y del sirviente incumbe su constitución, la libre determinación de los derechos y obligaciones de cada uno de ellos, y las causas de extinción del gravamen (art. 598 CC).

Entiende el Tribunal Supremo que las normas del Código civil que regulan las servidumbres legales o forzosas, entre las que se encuentra el artículo 568 CC, no son aplicables a las voluntarias, a las que sería de aplicación el artículo 546 CC. El artículo 568 CC dispone la extinción de la servidumbre legal de paso si el paso concedido a una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño a otra que esté contigua al camino público —en definitiva, por desaparecer la situación de necesidad del predio dominante que justificó en origen que se constituyera tal derecho en su favor—. Desaparecida ésta, la servidumbre carece de justificación, por lo que se puede exigir su extinción (SSTS de 23 de marzo de 2001, de 26 de febrero de 1927 y de 17 de noviembre de 1930). La necesidad es la característica fundamental de las servidumbres forzosas. En cambio, en las servidumbres voluntarias basta la utilidad, entendida en el sentido amplio de beneficio, comodidad o conveniencia.

No obstante, el Tribunal Supremo ha declarado que la forma de constituirse la servidumbre no es siempre determinante de la naturaleza del gravamen. Así, aunque las voluntarias se constituyan comúnmente mediante título voluntario, también las servidumbres forzosas pueden tener ese mismo origen, sin perder su naturaleza forzosa (SSTS de 19 de julio de 2002 y de 23 de marzo de 2001). De esta manera, según el Alto Tribunal, la existencia de contrato o escritura pública no presupone el carácter voluntario de la servidumbre creada mediante dichos títulos. (STS de 17 de noviembre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La dueña de dos locales ubicados en planta baja y entreplanta de un edificio en régimen de propiedad horizontal demandó a la comunidad y mancomunidad de propietarios, en ejercicio de acción confesoria de servidumbre de acceso, luces y vistas, y de acción de indemnización de daños y perjuicios. La demandante interesó el reconocimiento del derecho de servidumbre constituido a favor del local sito en la entreplanta —a fin de disfrutar de acceso o paso a través de la zona común del porche y de poder subir huecos para escaparates— y la condena a los demandados a retirar los elementos que impedían su ejercicio.

El Juzgado Primera Instancia desestimó la demanda al entender que ni la escritura de obra nueva y división horizontal ni la de compraventa reconocían al local de la entreplanta el derecho a abrir huecos con salida al porche, zona común recreativa y deportiva, siendo por ello conforme a Derecho la negativa de la Comunidad, en la medida en que cualquier obra dirigida a facilitar dicho acceso constituiría una alteración de un elemento común, sujeta a previa autorización de la Junta.

La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de la actora. Consideró extinguido el derecho de servidumbre de acceso o paso, y únicamente declaró el derecho de servidumbre de luces del local de la entreplanta, que le permitía abrir escaparates en la fachada adyacente a la zona de porche. También condenó a los demandados a retirar los elementos que impedían ejercitar tal derecho. Según la Audiencia, la servidumbre de vistas se constituyó como voluntaria, mientras que la de paso o acceso fue concebida como forzosa, para satisfacer una situación de necesidad, sin que sea impedimento para considerarla como forzosa que no nazca de ley ni de decisión judicial o administrativa, sino de un título voluntario. Como el derecho de paso y uso de la zona común ya viene siendo realizado a través de la puerta de acceso a la vía pública adyacente a la puerta del local de la planta baja desde el momento que la demandante procedió a agrupar ambos locales en un solo inmueble, debe entenderse desaparecida la situación de necesidad y extinguida la servidumbre forzosa de paso en aplicación del artículo 568 CC. Por el contrario, la servidumbre de luces y vistas que posibilita la apertura de escaparates, al tener carácter voluntario, no resulta afectada el artículo 568 CC y ha de reputarse subsistente.

En casación, el único motivo es la incorrecta aplicación del artículo 568 CC al supuesto enjuiciado. La parte actora combate la decisión de la Audiencia Provincial de reputar como forzosa la servidumbre voluntaria de paso que en su día constituyó el inicial propietario de todo el inmueble a favor del local de la entreplanta en escritura de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal, y, consecuentemente, la decisión de declararla extinguida con fundamento en el artículo 568 CC.

El recurso giró en torno a determinar la naturaleza de dicho gravamen, por las consecuencias que derivan de su consideración como voluntaria o como forzosa en orden a considerar o no aplicable el artículo 568 CC, y, en particular, a si fue correcta su calificación como forzosa a fin de poder declararla extinguida por desaparición de la situación de necesidad. Según el Tribunal Supremo, las servi-

dumbres voluntarias responden a la idea de utilidad y no de necesidad. Además, por pertenecer al campo de la autonomía de la voluntad, no les resultan de aplicación las normas que regulan las legales o forzosas. No es que la Audiencia Provincial decidiera aplicar el artículo 568 CC a una servidumbre voluntaria, sino que si aplicó dicho precepto fue precisamente por considerar que el origen voluntario de la servidumbre litigiosa no era óbice para calificarla como forzosa. Algunas consideraciones que tiene en cuenta el Tribunal Supremo son: *a)* cuando la escritura de obra nueva alude a los locales de la planta baja en general, está comprendido tanto el de la planta baja en sentido estricto como el de la entreplanta; *b)* estos locales se concibieron como entidades registrales independientes, pero sin entrada o acceso a través de zona común, circunstancia que iba en contra de su propia naturaleza y disfrute; *c)* fue esa situación de necesidad la que llevó al titular único de la finca a constituir a favor de dichos locales una servidumbre de paso por zona común; *d)* la situación de necesidad de acceder al de la entreplanta por la zona común desapareció una vez que la demandante agrupó ambos locales por contar el de la planta baja con acceso a la vía pública.

NOTA.—Conforme al artículo 568 CC, la servidumbre deberá extinguirse cuando el paso deja de ser necesario por haberse reunido la propiedad del fundo dominante con la de otra finca que sí tiene acceso al camino público, o cuando se abre un nuevo camino público hasta la finca previamente enclavada. Lo mismo ocurrirá cuando el paso deje de ser necesario por otras causas, aunque hasta que no se haya construido efectivamente un paso alternativo, no cesará la servidumbre. Esta servidumbre de paso constituye una servidumbre forzosa, por lo que se regirá por las normas contenidas en los artículos 549 a 593 CC. Ahora bien, si la servidumbre es voluntaria, porque ha sido creada por la voluntad de las partes, la extinción de la servidumbre se regirá por el artículo 546 CC. Sin embargo, no se trata de un listado exhaustivo, sino que cabe añadir otras causas de extinción, como la nulidad o anulación del negocio constitutivo de la servidumbre o la desaparición de la necesidad que motivó la creación de la servidumbre (art. 568 CC). Si bien las servidumbres voluntarias se regirán, en primer lugar, por lo acordado por las partes, se les aplicará subsidiariamente las normas relativas a las servidumbres forzosas. Pero es que, además, el artículo 568 CC se aplicará a las servidumbres voluntarias si en el momento de constitución concurrían las circunstancias habilitantes para su imposición forzosa. (*S. L. M.*)

DERECHO DE FAMILIA

18. Alimentos entre cónyuges separados y divorciados: pacto en convenio regulador.—La cláusula 4.^a del convenio regulador, bajo el epígrafe de *alimentos a favor de la esposa* establece: «La esposa a partir de la focalización del presente convenio será contratada por el esposo en los negocios que éste desarrolle en concepto de colaboradora-asociada, con una percepción mensual equivalente seis mil (6.000) euros de salario contraprestación neta,

en el establecimiento denominado XX. Si por cualquier causa el esposo cambiara de explotación o de negocio, la obligación del mantenimiento del contrato de la esposa en calidad de colaboradora asociada quedará subsistente, si bien podrá celebrarse sobre la nueva explotación de la que aquél fuera titular. Si el esposo incumpliera esta obligación o se produjera, a instancia de éste, la resolución o cancelación antes mencionada, cualquiera que fuere la causa para ello, incluso el incumplimiento de las obligaciones contractuales, desde este mismo momento el esposo queda obligado a satisfacer una cantidad equivalente de seis mil (6.000) euros en concepto de alimentos a favor de la esposa, garantizando a ésta, en todo momento, una prestación mensual equivalente. En todo caso la contratación de la esposa y su derecho al percibo de la cantidad establecida como prestación alimenticia, se configura como personal e intransferible, como derecho inherente a la persona de la esposa, sin que ésta pueda cederlo a tercero». Esta cláusula fue aprobada con el convenio en la sentencia de separación de junio 2003; la esposa nunca llegó a trabajar en la empresa de su marido, aunque éste le abonó la pensión alimenticia. Un año después de la separación, la esposa demanda el divorcio y solicita la ratificación de las medidas definitivas aprobadas en la separación, entre ellas la cláusula de alimentos. El marido solicita la exclusión de la transcrita cláusula.

Pacto de alimentos y divorcio posterior.—El convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que se otorga con ocasión de la crisis matrimonial y que puede presentar un contenido atípico. La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue reconocida por STC de 22 de abril de 1999; además, pueden existir pactos referidos a las consecuencias del matrimonio fuera del propio convenio, ya sea en capitulaciones matrimoniales (STS de 17 de octubre de 2007), ya sea en documentos complementarios (STS de 31 de marzo de 2011). De aquí se deduce que los cónyuges pueden pactar un contrato de alimentos en el convenio regulador, que tendrá las características del artículo 153 CC, es decir, se tratará de alimentos voluntarios, que pueden ser onerosos, en cuyo caso se regirán por el artículo 1791 CC, o gratuitos, como ocurre en este caso. Nada obsta a que el convenio regulador de separación regule de forma voluntaria los efectos económicos del divorcio, siempre y cuando las circunstancias lo permitan.

La sentencia recurrida califica correctamente el acuerdo entre los cónyuges como un pacto que contenía *una verdadera prestación alimenticia*, lo que aparece confirmado por la conducta posterior de las partes. Sin embargo no tiene en cuenta que dicha prestación debe mantenerse en el procedimiento de divorcio, dada su naturaleza de contrato. En efecto, el divorcio no puede constituir una causa de cese de los efectos del contrato sobre los alimentos porque: *a)* hay que reconocer la validez del pacto en virtud de la autonomía de la voluntad de los cónyuges; *b)* de acuerdo con las cláusulas del propio convenio, la prestación de alimentos pactada en realidad viene a constituir una forma de compensar a la esposa, que era propietaria del 50% del negocio en el que el marido decía contratar sus servicios, de modo que en el caso de incumplimiento del contrato o de cesación en la actividad por cualquier causa, se establecían estos llamados *alimentos* que, en realidad, no constituyeron una consecuencia de la crisis matrimonial, sino de las relaciones económicas, no claramente explicadas, que mantenían los cónyuges, *c)* en el propio convenio no se determinó la forma o causa de cesación del derecho voluntariamente establecido.

Esta Sala fija la siguiente doctrina: *El convenio de separación y el de divorcio pueden contener pactos voluntarios estableciendo alimentos entre*

los ex cónyuges. El pacto sobre alimentos tiene naturaleza contractual y, a no ser que se limite de forma expresa a la separación, mantiene su eficacia a pesar del divorcio posterior, por lo que el alimentista deberá seguir prestándolos. (STS de 4 de noviembre de 2011; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Supuesto de hecho un tanto sorprendente en sus términos, por lo cual el texto de la cláusula alimenticia del Convenio regulador homologado se ha transcrito literalmente en el extracto. Tal tipo de prestaciones alimenticias a favor de uno cualquiera de los cónyuges en casos de crisis matrimonial, resulta muy rara con tal formulación en la práctica, tanto bajo la óptica del contrato de colaboración de los cónyuges, una vez estallada la crisis, como en la modalidad alimenticia. La ponente deja entrever en el 4.º FD, un trasfondo fáctico que las partes no han querido desvelar, a pesar de que el matrimonio duraba desde 1981; por su parte, la Audiencia Provincial afirma que la esposa nunca trabajó en los negocios que los cónyuges mantenían al 50%. Ello impide afirmar rotundamente que tal cláusula 4.ª constituyera realmente un supuesto (insólito) *pro-esposa*. Mientras tanto, y al margen de estas consideraciones laterales, la Sala 1.ª, paso a paso, sigue elaborando una doctrina favorable a los anglosajones *agreements marriage*, que poco a poco se difunden entre nosotros. Sobre la STS de 31 de marzo de 2011, extractada en ADC, 2012, pp. 962 y ss. véase mi anotación en p. 964 s. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

19. Legítima del cónyuge viudo: cualidad del viudo como heredero voluntario y legitimario: donaciones inoficiosas a sobrinos: prueba.—El viudo, en este caso casado en segundas nupcias con hijos de matrimonio anterior, tiene la condición de heredero forzoso según el artículo 807.3 CC. El artículo 838 CC le atribuye el derecho de usufructo de los tercios de la herencia en el caso de que no existan descendientes, ni ascendientes, que es el actual. Este derecho no ha sido negado en ningún momento al cónyuge viudo. Las sentencias de instancia han dicho que, no habiéndose determinado la cuantía de la legítima, ni tan solo las bases para su cálculo, no puede procederse a la declaración de la inoficiosidad de las donaciones y su reducción, si a ello hubiere lugar. Además, la ley no permite la declaración de nulidad de donaciones válidas, sino que sólo autoriza su ajuste a las cuantías de la legítima. No es cierto que se hayan vulnerado, sino que se ha puesto de relieve la falta de prueba sobre la pretendida vulneración de la legítima correspondiente al viudo, lo que impide declarar la inoficiosidad de las donaciones efectuadas por la causante su posterior reducción (STS de 23 de diciembre de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Se trata de un matrimonio entre dos personas que ya habían estado casadas. La esposa parece que no tuvo hijos de su primera unión, y tampoco los tiene del segundo matrimonio. En cambio, su segundo marido llevaba varios hijos del anterior que van

a tener protagonismo procesal en este proceso. En 2002 la esposa otorga testamento en el que instituye heredero universal a su segundo esposo, y manifiesta que con las donaciones efectuadas a sus sobrinos ha quedado sin contenido el testamento que tenía otorgado con anterioridad, y revoca cualquier disposición anterior. En 2000 había otorgado a favor de sobrinos, diversas donaciones de fincas de su propiedad. Fallecida la esposa, el viudo representado por su tutor (uno de sus hijos) pide se declare la nulidad de las donaciones y, subsidiariamente, su inoficiosidad. La demanda es desestimada en ambas instancias, argumentándose que el cónyuge viudo no tiene la condición de heredero forzoso en sentido estricto y la falta de prueba del *relictum*. (G. G. C.)

20. Legítima de descendientes: cautela socini.—Como dice la STS de 27 mayo 2010, es llamada comúnmente *cláusula o cautela Socini*, así como *Gualdense* (por apoyarse en un dictamen emitido por el jurisconsulto italiano del siglo XVI Mariano Socini Gualdense), o *cláusula angélica* (por atribuirse dicha fórmula a Angelo Ubaldi), y es la que puede emplear el testador para, dejando al legitimario una mayor parte de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiendo que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta. Ciertamente, el artículo 820, n.º 3, CC, único que la contempla, se refiere sólo al usufructo o renta vitalicia, pero doctrina y jurisprudencia, como la indicada sentencia, la aplican a toda carga o limitación que se establezca con tal previsión. La norma del CC impone la cautela al caso que contempla; cualquier otra carga o limitación la impone el testador (así las SSTs de 3 de diciembre de 2001 y 10 de julio de 2003, si bien no plantean, por ser obvio, que no pueda alcanzar a la legítima estricta).

Concepto de legítima en el Código civil.—Es una limitación de derechos sucesorios a la facultad de disponer del causante, o, como dice la STS de 28 de septiembre de 2005, un sistema de reglamentación negativa, que se caracteriza como tal dado que la ley deja al causante disponer de sus bienes en la confianza de que va a cumplir voluntariamente, y por cualquier título, el deber de atribución, y confiere al legitimario (art. 763.2 CC), para el caso de que se superen en su perjuicio los límites establecidos, la facultad de ejercitar las acciones de defensa cuantitativa de su legítima, con la reclamación de complemento (art. 815 CC), la reducción de legados excesivos (arts. 817 y 820 CC y STS de 24 de julio de 1986) o, en su caso, de las donaciones inoficiosas (arts. 634, 651, 819 y 820 CC), aunque estén ocultas bajo negocios aparentemente onerosos (STS de 14 de noviembre de 1986). De la legítima se predica, la intangibilidad cuantitativa (art. 813 CC) y cualitativa (art. 815 CC) y esta última debe ser respetada en todo caso por el causante. Como dice la STS de 8 de junio de 1999, si la partición lesionara los derechos de los legitimarios, puede ser impugnada, pues lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio.

Alcance de la cautela socini.—Poniendo en relación ambos conceptos, es claro que la *cautela socini* no puede alcanzar a la legítima estricta; es decir, el causante puede poner limitaciones o prohibiciones y dar la opción al legitimario de aceptarlas o verse reducido a percibir la legítima estricta; pero ésta es intocable, intangible. Por tanto, no cabe una prohibición que la afecte y si se trata de prohibir la intervención judicial, nunca podrá impedir que la per-

sona legitimaria acuda a los Tribunales en protección de la legítima estricta. En todo caso, *el testador no puede evitar, ni sancionar, el que acuda a la vía judicial el legitimario que se ve perjudicado en su legítima estricta.*

La doctrina jurisprudencial arranca de la STS de 19 de noviembre de 1901, y reiterada posteriormente, se culmina en las SSTS de 8 de noviembre de 1967 y 8 de junio de 1999, en el sentido de que no puede impedirse la reclamación judicial frente a una posible lesión en los derechos legitimarios. Por tanto, la cláusula de la testadora que prohíbe la intervención judicial y que sanciona el quebrantamiento de la misma con la percepción exclusiva de la *proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la ley*, carece de eficacia cuando las legitimarias, en un proceso anterior, reclamaron exclusivamente su legítima estricta y los demás pronunciamientos venían referidos al cálculo de la misma.

Al no entenderlo así y estimar la demanda aplicando la *cautela socini*, la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido las normas sobre intangibilidad absoluta de la legítima estricta al calificar y aplicar la cláusula de aquella cautela erróneamente, infringiendo el artículo 675 CC al calificar como válida y eficaz la impuesta en el testamento, y el artículo 743 CC al no declararla ineficaz, procediendo la desestimación de la demanda (**STS de 21 de noviembre de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Desde 1972 una familia compuesta por los padres y cinco hijos (2 varones y 3 mujeres) se ven implicados en una pluralidad de negocios y relaciones jurídicas, de índole varia, que culminan en dos sentencias de la Sala 1.^a, de contenido sustancialmente idéntico, aunque con suficientes diferencias que impiden en la segunda, aquí extractada, estimar la excepción de cosa juzgada, permitiendo, en todo caso, que el Tribunal Supremo perfile con claridad el alcance de la llamada *Cautela Socini*. Un importante promotor inmobiliario funda una sociedad anónima familiar, en la que, al parecer, trabajaban los dos hijos varones. En 1972 ambos padres transmiten gratuitamente, por escritura pública, la mitad de las acciones de aquélla a éstos que ya eran titulares de una parte de acciones, no precisada, del resto. Al día siguiente, en documentos privados, los dos hijos se comprometen a abonar mancomunadamente a sus padres, para que puedan mantener su nivel de vida, una pensión vitalicia equivalente al 40% del rendimiento de las acciones que recibieron de sus padres. Al mismo tiempo, en documento privado aparte, con la finalidad de paliar los perjuicios que se podían haber irrogado a sus tres hermanas con la primera transmisión, se comprometen a entregar a éstas la suma de 50 millones a cada una mediante anualidades de 1500000 pts. En 1973 la madre hace testamento estableciendo las siguientes cláusulas, origen del conflicto: «Octava. *Prohíbe absolutamente la intervención judicial y cualquier otra en su testamentaria, aún cuando en ella hubiese interesados menores de edad, ausentes o incapacitados, pues quiere que todas sus operaciones se ejecuten extrajudicialmente por su comisario contador partidario.* Novena. *Si por uno o varios de los herederos se incumpliere cualquiera de las prohibiciones contenidas en las cláusulas octava y décima, quedarán automáticamente instituidos herederos en la proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la ley, acreciendo la parte en que*

habían sido mejorados los restantes. Décima. Quiere expresamente la testadora que se respeten totalmente y con estricta fidelidad las donaciones y legados, cualquiera que fuese su importancia y cuantía, que en vida haya hecho a cualquier persona y muy especialmente a su esposo e hijos, por lo que no tendrán tales liberalidades el carácter de colacionables, prohibiéndolo así a sus herederos. El padre fallece en julio de 1980, practicándose la partición en noviembre del mismo año. La madre en 1988 dona inmuebles, por partes iguales a todos los hijos, y pacta con los varones la sustitución de la renta vitalicia por un fondo de cien millones de pts, asumiendo en todo caso la obligación de mantenerla en el mismo rango social. La madre fallece en agosto de 1992, practicándose la partición en junio de 1993. En 1996, dos de las hijas por separado impugnan las operaciones particionales, ejercitando la *actio ad supplendam legitimam*, declarándose en ambas instancias que se había producido una lesión de la legítima estricta, lo que se confirmó por STS de 15 de junio de 2007, que matiza que la donación de 1972 a los varones fue de carácter modal o con carga.

El presente recurso resuelve la demanda por parte de ambos varones (uno de ellos fallece y es sustituido por sus herederos), presentada el año 2000 contra las hermanas por haber infringido la cláusula *Socini*. Tanto el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Madrid, en 2006, como la Sección 20 de la Audiencia Provincial en 2008, estiman la demanda y declaran haberse incumplido tal cláusula, aunque sólo frente a dos de ellas por defectos procesales. La sentencia extractada estima el recurso interpuesto por las hijas, aclarando que la demanda de éstas sólo se refería a sus derechos legitimarios en sentido estricto, respecto de la cual las eventuales restricciones de acceso a los tribunales derivadas de la cláusula, carecen de eficacia. El efecto de la estimación del recurso beneficia a también a la hija que no intervino en el proceso.

NOTA.—Cuando alcanza cierto predicamento entre nosotros una doctrina que postula la abolición, o, al menos, reducción de las legítimas en el Derecho del Código civil, no sería correcto aducir este caso como claro apoyo a aquélla. No parece, inicialmente, que haya habido clara intención de perjudicar a las tres hijas y hermanas —marginadas, según las apariencias, de la gestión de la empresa familiar—, sino todo lo contrario. Posteriormente aparece la fuerte personalidad de la madre, no acertadamente asesorada, quizá, en el ámbito jurídico, y, posiblemente cabría valorar hasta la intervención de la segunda y tercera generación de familiares interesados en los efectos económicos del temprano *boom inmobiliario* español. Sobre la *cautela socini* últimamente RAMS ALBESA, en LACRUZ, *Elementos*, V (Madrid 2007). (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

21. Ratificación tácita de los contratos.—Según establece el artículo 1259 CC no es que los contratos celebrados por quien no ostenta la representación con la que dice actuar sean radicalmente nulos e inexistentes

en todo caso, sino única y exclusivamente cuando no sean posteriormente ratificadas por la persona a cuyo nombre se otorgó. Ratificación que podrá realizarse de manera expresa, pero también tácitamente.

Representación orgánica versus representación voluntaria.—El Tribunal Supremo viene distinguiendo de manera nítida entre la representación orgánica, que es aquella que corresponde por imperio de la ley al administrador o administradores de la sociedad, de la representación voluntaria, que es aquella que se otorga a otras personas por los órganos de administración mediante apoderamientos concretos parciales o generales, es decir, mediante figuras tales como los comisionistas o los factores mercantiles. Pues bien, solamente en el primer tipo de representación —la representación orgánica— es la propia sociedad la que actúan, la que ejecuta sus actos a través del sistema de administración legal y estatutariamente establecido —entre otras, SSTs de 12 de septiembre de 1994; 14 de marzo y 30 de diciembre de 1996; y 27 de julio de 2007—. Por tanto, dado que a la representación orgánica no se le aplicarán las reglas de la representación voluntaria, para la primera no será necesaria la ratificación de lo estipulado por los administradores en nombre de la sociedad.

Acumulación de acciones.—Siguiendo la doctrina contenida, entre otras, en las SSTs de 14 de mayo y 3 y 10 de julio de 2008, el Tribunal Supremo declara que las acciones contra los administradores sociales previstas en los artículos 135 —responsabilidad por daño directo a socios y terceros, sean o no acreedores— y 262.5 —responsabilidad común por deuda— de la Ley de Sociedades Anónimas son compatibles porque su naturaleza es distinta. La segunda tiene un carácter objetivo, dado que solamente exige la imputabilidad al administrador de la conducta omisiva de convocar una junta general para la adopción de acuerdos de disolución o de remoción cuando existe una causa de disolución de la sociedad. Por el contrario, la responsabilidad prevista en el artículo 135 exige que exista una acción u omisión antijurídica del administrador que cause un daño directo al socio o tercero que demanda. Por ello, aún cuando no sea común, ambas responsabilidades podrán solicitarse de manera acumulada. En este sentido, aunque el impago del crédito al acreedor no se califica sin más como un daño directo a éste, el daño directo podrá existir cuando la conducta del administrador no tiene la buena fe que resulta exigible tanto en el ejercicio de los derechos como en el desarrollo de las relaciones jurídicas en general —SSTs de 22 de diciembre de 2005; 23 de junio de 2006; y 29 de julio y 11 de noviembre de 2008—. **(STS de 23 de diciembre de 2011; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—A lo largo de 1989, las mercantiles A. y B. y el sujeto, persona física, C., emitieron obligaciones hipotecarias, buena parte de las cuales fueron adquiridas por la mercantil E. Llegado el vencimiento e impagadas las obligaciones, las mercantiles A. y B., asumieron el pago diferido de sus obligaciones con aval solidario y los sujetos C. y D., por su parte, prestaron, con carácter mancomunado, un aval solidario personal sin limitación de los pagarés emitidos por A., C. y D., eran titulares de la práctica totalidad de las acciones de A. y formaban parte de su consejo de administración.

La mercantil E. ejercita de manera acumulada un acción declarativa del crédito en favor de A., B., C. y D., una acción declarativa de responsabilidad de A., por un lado, y de C. y D., por otro, como

consecuencia de la asunción de deuda y como avalistas solidarios respectivamente y, finalmente, una acción de declaración de responsabilidad de C., como administrador de A. y B.

Las sentencias de primera instancia y apelación estimaron íntegramente la demanda. A., B. y C., interponen sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal, por entender que la sentencia de instancia no daba una respuesta judicial razonada y motivada. Sin embargo, desestima el recurso de casación.

NOTA.—Las referencias al artículo 135 LSA deben entenderse realizadas al actual artículo 241 de del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, entrado en vigor el 1 de septiembre de 2010. El texto contenido en la norma de 2010 es una reproducción del contenido del antiguo artículo 135 LSA. Tanto el anterior como el actual precepto se refieren únicamente a las «*acciones de indemnización que pueda corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos*». Por tanto, parece considerarse que solamente el daño producido a consecuencia de una actuación positiva del administrador puede perseguirse mediante este tipo de acción. Sin embargo, la sentencia comentada habla en este sentido tanto de acción como de omisión antijurídica, luego contempla, asimismo, la actuación negativa del administrador como supuesto de hecho que permite su persecución individual por el sujeto perjudicado, siempre y cuando se cumpla la relación de causalidad entre el actuar —o no haber actuado— y el daño directo. Sobre esta cuestión se aconseja la lectura de Julio José Ubeda de los Cobos, «Aspectos sustantivos de la acción individual de responsabilidad del artículo 135 de la Ley de sociedades anónimas», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1999, núm. 5 (número dedicado a la responsabilidad civil derivada de los procesos concursales), pp. 285-348; y Jesús Alfaro Águila-Real, «La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales», *Revista de Derecho de Sociedades*, 2002, núm. 18, pp. 45-76. (G. M. A.)

22. Contenido de la sentencia de calificación de un concurso como culpable. Determinación de los administradores como personas afectadas por la calificación.—Las causas de declaración del concurso culpable previstas en los apartados primero y segundo del artículo 164 LC son alternativas y no acumulativas, lo que significa que el cumplimiento de cualquiera de las conductas descritas en el apartado segundo de este precepto determina irremediamente la calificación de culpable para el concurso, sin que quepa exigir además los requisitos de dolo o culpa grave y la generación o agravación del estado de insolvencia previstos en el apartado primero de este artículo. El momento para determinar el carácter retroactivo o no de la aplicación de la Ley Concursal no es el del inicio del concurso, sino que habrá de tenerse en cuenta el factor de la continuidad de la situación de insolvencia de la sociedad, de manera que no será una aplicación retroactiva —prohibida por el artículo 9.3 CE y el artículo 2.3 CC— la que se realice ante el incumplimiento de la obligación de solicitar la declaración de concurso

cuando la situación de insolvencia nacida con anterioridad al momento de la entrada en vigor de la Ley Concursal se prolongue en el tiempo, con posterioridad a esta fecha de entrada en vigor. En cita de la STS de 6 de octubre de 2011, el Tribunal Supremo entiende que la condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa prevista en el artículo 172.3 LC no es una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que es uno de los posibles pronunciamientos de la sentencia de calificación. Para pronunciarse sobre esta condena, el juez debe valorar expresamente los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada administrador en relación con la actuación que, imputada a la administración social en su conjunto, determinó la calificación del concurso como culpable y que debe ser, por tanto, alguna de las descritas en los apartados primero y/o segundo del artículo 164 LC –y no otras distintas–. En concreto, respecto de la causa de dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia, el Tribunal Supremo señala que la existencia del factor del dolo o culpa puede darse tanto positivamente como negativamente o por omisión y que, en todo caso, la mera existencia de dolo o culpa no excluye del examen del segundo requisito del artículo 164.1 LC, relativo a la incidencia o agravación de la insolvencia. Entre las posibles formas de cumplimiento negativo del requisito del dolo o la culpa grave en la creación o agravación de la insolvencia, el Tribunal Supremo entiende que se encuentra la falta de solicitud voluntaria del concurso por los administradores sociales cuando existía un conocimiento previo y efectivo de éstos acerca de la situación de insolvencia y durante este período de conocimiento sin solicitud de concurso se hubiera aumentado la cuantía de la deuda social. **(STS de 17 de noviembre de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.–La administración concursal de la Sociedad Limitada, A, interpone una demanda contra la sociedad concursada y sus dos administradores sociales solidarios. En ella se solicita la declaración de concurso culpable de esta sociedad, la declaración de los dos administradores solidarios como personas afectadas y la sanción de la inhabilitación de estos dos últimos para la administración de bienes ajenos, la pérdida de cualquier derecho que los afectados pudieran tener como acreedores concursales o contra la masa, la devolución a la masa concursal de una cierta cuantía que había sido obtenida por éstos en concepto de préstamos del patrimonio de la sociedad concursada y la condena al pago de los acreedores del importe que no percibirán de sus créditos en la liquidación. La administración concursal demandante entiende que los administradores sociales demandados, por un lado, incumplieron su deber de solicitud de concurso y, por otro lado, cometieron importantes irregularidades en la llevanza de la contabilidad social, así como un alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores concursales al no devolver los supuestos préstamos que en su beneficio les habría otorgado la sociedad.

La sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Pontevedra de 30 de octubre de 2007 estima la demanda. Ésta es recurrida por los tres demandados. La sentencia dictada por la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 13 de marzo de 2008 esti-

ma parcialmente el recurso, en el sentido de limitar la condena de los administradores de la sociedad concursada a abonar a los acreedores concursales el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa únicamente a aquellos créditos nacidos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal.

Contra esta sentencia interponen recurso de casación los dos administradores sociales demandados, alegando un interés casacional ante la existencia de jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales. El Tribunal Supremo desestima el recurso y condena en costas a la parte recurrente.

NOTA.—Publicada en el *BOE* el 10 de julio de 2003, la Ley Concursal tuvo una *vacatio legis* superior al año. Salvo en relación a la modificación de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevista en la disposición final tercera (vigente desde el día siguiente de su publicación en el *BOE*), la Ley entró en vigor el 1 de septiembre de 2004 (disposición final trigésima quinta). Acerca del sentido de las presunciones *iuris tantum* (como la de la existencia de dolo o culpa grave regulada en el artículo 165, sobre la que trata la sentencia comentada) en la Ley Concursal y sobre el sentido de la irretroactividad de las normas sobre calificación del concurso, se recomienda la lectura de la obra de Esperanza Gallego Sánchez, «La culpabilidad y la inhabilitación en el concurso de sociedades. La aplicación retroactiva de la Ley Concursal (comentario a la sentencia del Juzgado de lo mercantil número 7 de Madrid de 11 de abril de 2008)», *Anuario de Derecho Concursal*, 2009, núm. 16, pp. 299-353. Algunos autores han destacado la compatibilidad de la responsabilidad concursal de los administradores sociales que pueda derivarse del artículo 172.3 de la Ley Concursal y la responsabilidad regulada en los antiguos artículos 133-135 LSA y el artículo 69 LSRL (actuales arts. 236-241 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), dado que la naturaleza y finalidad de ambos tipos de responsabilidad son distintas, siempre y cuando no se produzca una doble condena de los administradores sociales. Por tanto, cuando el acreedor ha conseguido el resarcimiento mediante una de estas dos vías de responsabilidad no podrá acudir paralelamente a la otra y cuando este resarcimiento solamente sea parcial no podrá ejercitar la otra acción para resarcirse en una cuantía mayor al total de la responsabilidad. En este sentido, se han pronunciado, entre otros, José Antonio García-Cruces González, «La responsabilidad contractual», en Luis Ángel Rojo Duque y Emilio M. Beltrán Sánchez, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, 2008, Valencia, pp. 281-336; Jaime Mairata Laviña, «Responsabilidad de los administradores y situaciones concursales», en AA.VV., *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pp. 1388-1410; y José María Muñoz Planas y José María Muñoz Paredes, «Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores», en AA.VV. *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 2, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 1352. (G. M. A.)

23. Concurso de acreedores: Aval de un acreedor principal: Calificación del crédito principal como subordinado: Interpretación de la primitiva redacción del inciso segundo, ap. 6, del artículo 87 LC.—La redacción originaria del inciso segundo del artículo 87.6 LC, es confusa, y no permite extraer una conclusión unívoca, y aun cuando es cierto que, desde el punto de vista de la interpretación gramatical podría deducirse una solución más favorable a la tesis literalista, sin embargo la propia falta de claridad conduce a la necesidad de acudir a otros elementos interpretativos, y, al respecto, de la interpretación sistemática y teleológica resulta como criterio más razonable el que se mantiene en el recurso, consistente en limitar el alcance de la existencia de la relación que *degrada* la calificación del crédito a sólo cuando éste lo ostenta el fiador, y no cuando lo hace valer el acreedor (afianzado) frente al deudor concursado. No tiene sentido que la condición del crédito del acreedor principal dependa de que el crédito esté, o no, afianzado, haciendo de peor condición al que tiene la garantía respecto del que no la tiene, cuando la relación especial que inficiona el crédito es ajena a dicho acreedor principal.

Valor interpretativo de norma posterior, no aplicable al caso.—El legislador a través del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 marzo, ha optado por dar una nueva redacción al precepto en el sentido de limitar el alcance de la norma controvertida al supuesto de que se produzca la subrogación por pago por el fiador, y aunque no cabe otorgar a la nueva norma un simple valor interpretativo o aclaratorio que permitiría darle un simple valor interpretativo o aclaratorio, que permitiría darle carácter retroactivo, sin embargo es un elemento importante de valoración discursiva, que además permite unificar las situaciones anteriores pendientes con las nuevas que se produzcan a partir de la entrada en vigor de aquella norma (**STS de 22 de diciembre de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—En el concurso de una Sociedad de responsabilidad limitada, el Instituto Catalán de Crédito Agrario plantea incidente contra la calificación de su crédito principal de 1.317.001,4 euros como subordinado, frente a la Administración concursal y el concursado. La demanda es rechazada en ambas instancias, interponiendo recurso de casación el actor, sin que comparecieran los demandados. La s. estimatoria hace un planteamiento pedagógico del tema al estimarlo, sentando una razonable doctrina que debe ser plenamente aprobada con relación al Derecho transitoriamente en vigor. (G. G. C.)