

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, M.<sup>a</sup> Rosario DÍAZ ROMERO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, M.<sup>a</sup> Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Patricia MARISCAL GARRIDO-FALLA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Laura ZUMAQUERO GIL.**

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

## DERECHO CIVIL

### DERECHO DE LA PERSONA

**1. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor.**—La distinción entre pensamientos, ideas u opiniones, de un lado, y comunicación informativa, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del

derecho de información. Sin embargo, en los casos reales que la vida ofrece, no es siempre fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos. Por otra parte, la veracidad de la información y la transmisión neutra de manifestaciones permiten resolver otorgando prevalencia a la libertad de expresión y al derecho a la información sobre el derecho al honor. **(STS de 8 de octubre de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—La parte actora interpone demanda sobre intromisión ilegítima en el derecho al honor dado el contenido de una carta dirigida, por un cargo sindical, a los miembros del Consejo de Administración, así como por las manifestaciones vertidas en circulares sindicales difundidas entre los afiliados, en las que se relataban una serie de hechos y se manifestaban determinadas opiniones que el actor consideraba atentaban contra su fama y buen nombre. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial procede a estimar el recurso. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

**NOTA.**—El Tribunal Supremo se apoya en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional en caso de conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión e información, para negar la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor en este caso, en el que se informaba a los afiliados de actuaciones criticables realizadas por el demandante en el desempeño de sus funciones de Caja. El Tribunal Supremo fundamenta su fallo en la veracidad de las manifestaciones vertidas, y en la posibilidad de crítica, siempre y cuando las expresiones no resulten vejatorias o insultantes. A este argumento el Tribunal Supremo une el ejercicio del derecho a la libertad sindical, que permite la crítica por parte de los afiliados siempre que las expresiones no sean ofensivas y el lenguaje se corresponda con el utilizado en el ámbito sindical (*L. Z. G.*)

## **2. Derecho al honor, libertad de expresión y libertad de información. Diferencia entre libertad de expresión y libertad de información.**—

La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizado por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizado por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa (SSTC 29/2009, de 26 de enero, y 77/2009, de 23 de marzo).

**Posición prevalente de la libertad de información sobre el derecho al honor.**—El derecho al honor se encuentra limitado por las libertades de expresión e información, cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 13 de enero de 1999, 2 de septiembre de 2004, 29 de julio de 2005; 21 y 22 de julio, 19 de septiembre y 12 de noviembre de 2008, y 5 y 19 de febrero, 6 de julio y 4 de junio de 2009). En concreto, el derecho a la libertad de información ostenta una posición prevalente sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS de 11 de marzo de 2009), y la protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio, y 29/2009, de 26 de enero). La ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión, y en tal sentido debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general (que constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado) o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008; SSTS de 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, 19 de julio de 2004 y 6 de julio de 2009), pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el 8.2.a) LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor.

**Exigencia de veracidad para que la libertad de información prevalezca sobre el derecho al honor.**—La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007 y 29/2009, de 26 de enero). Para valorar la veracidad de la información debe ponderarse el respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, 28/1996 y 21/2000), a la que no se opone la difusión de una información relativa a la apertura de una investigación policial y judicial contra el autor de un presunto delito que puede afectar al interés público (STC 129/2009, de 1 de junio, y SSTS de 16 de marzo y 31 de mayo de 2001 y 12 de noviembre de 2008). La protección de la libertad de información no resulta condicionada por el resultado del proceso penal, de modo que no es obstáculo que el hecho denunciado no se haya declarado probado en un proceso de esta naturaleza (STC 297/2000 y STS de 24 de octubre de 2008). También cabe el denominado reportaje neutral (STC 76/2002, de 8 de abril), que exige que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se pongan en boca de personas determinadas responsables de ellas y que el medio informativo sea mero transmisor de tales declara-

raciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni reelaborarlas o provocarlas; en este caso, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración. En cualquier caso, la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, porque, como viene reiterando el TC, la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto (SSTC 112/2000, 99/2002, 181/2006, 9/2007, 39/2007 y 56/2008; y SSTs de 18 de febrero y 17 de junio de 2009), sin que el requisito de la proporcionalidad obligue a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en éste se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas (STC 29/2009, de 26 de enero).

**Posición prevalente de la libertad de información sobre el derecho al ejercicio de los cargos públicos.**—El ejercicio del derecho a la libertad de información es también prevalente sobre el libre acceso y ejercicio en condiciones de igualdad de los cargos públicos, para el supuesto de que dicha información pudiera tener alguna influencia en la voluntad del cuerpo electoral, puesto que la libertad de expresión tiene por objeto facilitar la formación de la opinión pública libre y en esta consideración no se excluyen los efectos que esta contribución al proceso de formación de la opinión pública pueda tener en el ámbito electoral. (**STS de 7 de octubre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Genaro, Presidente de la Diputación Provincial de C. y con un relevante peso político dentro de su partido en el ámbito de su Comunidad Autónoma, interpuso demanda en ejercicio de una acción de protección del honor contra P., S. A., la Cadena radiofónica S., doña Violeta y don Hilario, por considerar que desde la Cadena S., y concretamente los periodistas don Hilario y doña Violeta, habían venido desarrollando una campaña periodística destinada a difamarle.

Dicha demanda es desestimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. El demandante interpuso recurso de casación, siendo igualmente desestimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Reitera esta Sentencia la asentada jurisprudencia que afirma la prevalencia sobre el derecho al honor de las libertades de expresión y de información, si bien esta última subordinada a que se cumpla el requisito de la veracidad, y a su relevancia pública o interés general o a que se proyecte sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, y sin que, en cualquier caso, se reconozca un hipotético derecho al insulto, por lo que la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado. Así, entre las más recientes, *vid.* en este mismo tomo las anotaciones a las SSTs de 14 y 15 de octubre de 2009. (*F. J. J. M.*)

**3. Libertad de expresión e información y derecho al honor.**—La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

En concreto, el derecho a la libertad de información ostenta una posición prevalente sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS de 11 de marzo de 2009). La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio, y 29/2009, de 26 de enero).

**Criterios de ponderación en caso de conflicto entre los derechos a la libertad de información y al honor: relevancia pública o interés general de la noticia y veracidad.**—La ponderación de los derechos fundamentales en colisión debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008; SSTS de 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, 19 de julio de 2004 y 6 de julio de 2009), pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen, aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. La relevancia pública o interés general de la noticia constituye así un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado.

La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007 y 29/2009); lo que no empece que la total exactitud de la noticia pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. Para valorar la veracidad de la información debe ponderarse el respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, 28/1996 y 21/2000), a la que no se opone la difusión de una información relativa a la apertura de una investigación policial y judicial contra el autor de un presunto delito que puede afectar al interés público (STC 129/2009, de 1 de junio, y SSTS de 16 de marzo y 31 de mayo de 2001 y 12 de noviembre de 2008). Cabe el denominado reportaje neutral (STC 76/2002, de 8 de abril), el cual exige que las declaraciones recogidas

sean por sí noticia y se pongan en boca de personas determinadas responsables de ellas y que el medio informativo sea mero transmisor de tales declaraciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni reelaborarlas o provocarlas; en este caso la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración. Finalmente, la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, porque la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto. (STS de 14 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Amador asistió el 3 de febrero al programa de televisión D., emitido por la cadena *G.T., S. A.* y, ante su presentadora, procedió a comentar la detención del presunto autor de unas muertes, y en el curso de la conversación, tras proceder a valorar el comportamiento y el perfil psicológico del detenido, procedió, mientras se emitían las imágenes captadas en el momento de la detención, a identificar la figura tomada por las cámaras de don Fabio, el cual había acudido al lugar de la detención en su calidad de miembro del Cuerpo Nacional de Policía, como la perteneciente a la persona autora de las muertes y al individuo a quien se había referido con anterioridad, imágenes que fueron emitidas durante la entrevista en dos ocasiones. Al día siguiente, en el programa C.M., también emitido por *G.T., S. A.* y producido *G.E., S. A.*, e igualmente tras indicar que el autor de las muertes presentaba las características de un asesino en serie, del tipo misógino, que actuaba bajo la ingesta de drogas y alcohol, compararlo con el personaje cinematográfico de «Anibal Lecter», referir que el detenido presentaba graves trastornos psicológicos y que había alternado con prostitutas, identificó otra vez las imágenes captadas del actor como pertenecientes al presunto asesino, procediéndose a dicha identificación mientras las imágenes se repetían en varias ocasiones y ralentizando su emisión con lo que se conseguía una captación por el televidente de una visión más clara de la persona a la que se identificaba como presunto autor de los crímenes. Ese mismo día, *G.T., S. A.* procedió a divulgar a través de su página web los comentarios de don Amador, página en cuyo extremo aparecía una imagen de don Fabio, extraída de las captadas en el momento de la detención del presunto autor de las muertes, bajo la cual se leía «El rostro del presunto asesino». Finalmente, el día 11 de febrero don Amador compareció de nuevo en el programa CM exponiendo que las imágenes de la persona identificada en el programa del día 4 como las correspondientes al autor de las muertes, no correspondía con la del imputado por tales hechos, sino que son de un miembro de la policía.

Don Fabio interpuso demanda contra *G.T., S. A.*, don Amador y *G.E., S. A.*, en ejercicio de la acción de protección del derecho al honor y del derecho a la intimidad. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, al considerar que se habían producido unas intromisiones ilegítimas en el honor y la intimidad del demandante. Interpuestos sendos recursos de apelación por *G.T., S. A.*, don Amador y *G.E., S. A.*, la Audiencia Provincial los esti-

mó parcialmente, revocando la sentencia del Juzgado en cuanto que declaraba la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del actor y fijaba la correspondiente indemnización por ello, y confirmándola en el resto. Contra esa sentencia, los demandados recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso íntegramente por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Reitera esta Sentencia la asentada jurisprudencia que afirma la prevalencia sobre el derecho al honor de las libertades de expresión y de información, si bien esta última subordinada a que se cumpla el requisito de la veracidad, y a su relevancia pública o interés general o a que se proyecte sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, y sin que, en cualquier caso, se reconozca un hipotético derecho al insulto, por lo que la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado. Así, entre las más recientes, *vid.* en este mismo tomo las anotaciones a las SSTS de 7 y 15 de octubre de 2009. (*F. J. J. M.*)

**4. Libertad de expresión e información y derecho al honor. Construcción historiográfica.**—La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo, aunque no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizado por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizado por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa. Reviste caracteres especiales la construcción historiográfica, que se produce cuando no se pretende simplemente narrar unos hechos, sino que se busca también ofrecer una valoración historiográfica de los mismos, pues en tal caso entra también en juego la libertad de producción y creación científica. El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

La ponderación de los derechos fundamentales en conflicto debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS de 11 de marzo de 2009). La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un nivel máximo cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio, y 29/2009, de 26 de enero). La construcción historiográfica, protegida por el derecho a la creación científica, artística o técnica, disfruta en la CE de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información, ya que, aunque participa

también de contenidos propios de éstas, no se refiere a hechos actuales protagonizados por personas del presente, sino a hechos del pasado protagonizados por individuos cuya personalidad, con el paso del tiempo, no puede oponerse como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos (STC 43/2004, de 24 de marzo).

**Criterios de ponderación en caso de conflicto entre los derechos a la libertad de información y al honor: relevancia pública o interés general de la noticia y veracidad.**—La ponderación de los derechos fundamentales en colisión debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008; SSTS de 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, 19 de julio de 2004 y 6 de julio de 2009), pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen, aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. La relevancia pública o interés general de la noticia constituye así un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado.

La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007 y 29/2009); lo que no empece que la total exactitud de la noticia pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. Para valorar la veracidad de la información debe ponderarse el respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, 28/1996 y 21/2000), a la que no se opone la difusión de una información relativa a la apertura de una investigación policial y judicial contra el autor de un presunto delito que puede afectar al interés público (STC 129/2009, de 1 de junio, y SSTS de 16 de marzo y 31 de mayo de 2001 y 12 de noviembre de 2008). Cabe el denominado reportaje neutral (STC 76/2002, de 8 de abril), el cual exige que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se pongan en boca de personas determinadas responsables de ellas y que el medio informativo sea mero transmisor de tales declaraciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni reelaborarlas o provocarlas; en este caso la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración. Finalmente, la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, porque la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto. **(STS de 15 de octubre de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—La editorial *E.B., S. A.* publicó en España un libro escrito por don Celestino, donde se implica a don Ezequiel en actos de corrupción o soborno. Don Ezequiel demandó a don Celes-

tino y *E.B.*, *S. A.*, ejercitando una acción de protección del derecho al honor.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por los code mandados, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, exclusivamente para declarar que las costas de la primera instancia no se imponen expresamente a ninguna de las partes, confirmándose íntegramente los demás extremos de la sentencia apelada. Don Celestino recurrió en casación contra esa sentencia, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo, que casa la sentencia recurrida y en su lugar estima los recursos de apelación.

NOTA.—Reitera esta Sentencia la asentada jurisprudencia que afirma la prevalencia sobre el derecho al honor de las libertades de expresión y de información, si bien esta última subordinada a que se cumpla el requisito de la veracidad, y a su relevancia pública o interés general o a que se proyecte sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, y sin que, en cualquier caso, se reconozca un hipotético derecho al insulto, por lo que la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado. Así, entre las más recientes, *vid.* en este mismo tomo las anotaciones a las SSTS de 7 y 14 de octubre de 2009. (*F. J. J. M.*)

**5. Libertad de información y expresión *versus* derecho al honor.—**«La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, conflicto que debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso [...]. Desde esta perspectiva, la ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general, o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública [...]. En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado» (**STS de 6 de noviembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente:Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—En determinado diario de tirada nacional se publica, por un colaborador del periódico, un artículo de opinión, en el que se relataba lo siguiente: «El Gobierno hizo una obra de caridad denegando el indulto a los Albertos, que ya se habrán echado encima las gabardinas otoñales. Con ellas protegen su capital de 240 millones de euros, conseguidos a fuerza de fraudes sentimentales, amistosos, políticos y económicos. Son los que en otros siglos se llamaron caballeros de industria o de milagro: estos más milagros y menos caballeros. Sólo les queda ya la lejana luz de su recurso de amparo ante el Constitucional. Yo espero que se lo niegue con el fin de ampararnos de ellos a todos los demás. Quienes van de tal manera contra la colectividad no merecen más que ser desarraigados a la vista del público. A pesar de sus intereses creados, lo único que

supieron crear. Ojalá no les sirvan para un posible indulto por los veinticinco años de la Constitución. Sería demasiado risible». Tanto el periodista como el periódico son demandados por los personajes protagonistas del hecho noticiable por vulneración del derecho al honor. El Juzgado de Primera Instancia desestimada la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial procede a desestimar el recurso interpuesto. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—El derecho a la libertad de expresión, reconocido en el art. 20 de la Constitución Española, supone la posibilidad de expresar y difundir libremente pensamientos, ideas u opiniones mediante la palabra o el escrito. Ello comprende la emisión de juicios de valor, creencias o pensamientos de manera personal y subjetiva. El derecho a la libertad de información, igualmente reconocido en el 20 de la Constitución, se traduce en el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste, debiendo reunir las condiciones del llamado reportaje neutral.

El conflicto entre el derecho a la libertad de información y expresión y el derecho al honor suele resolverse a favor de aquéllos derechos, siempre y cuando se den determinadas circunstancias que permiten aceptar dicho sacrificio. En esta ocasión, la relevancia pública de los hechos narrados objeto de crítica, atinentes a personajes de conocida relevancia por su profesión; la veracidad de la noticia y la inexistencia de palabras injuriosas o insultantes hacen vislumbrar una falta clara de intromisión en el derecho al honor. Debe tenerse en cuenta que la utilización de duras expresiones como medio de crítica no es suficiente para considerar que existe una desproporción tal que haga prevalecer el derecho al honor por encima de la libertad de expresión e información. (*L. Z. G.*)

**6. Libertad de expresión e información, derecho al honor y prestigio profesional.**—Cuando se produce una colisión entre el derecho al honor y los derechos a la libertad de expresión e información debe prevalecer la protección de éstos, siempre y cuando el objeto de la noticia tenga interés general y la información sea veraz; y siempre y cuando se emitan juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones que, aunque puedan molestar o disgustar, no sean ofensivos ni insultantes.

El contenido de estos derechos se ve modulado cuando hablamos del prestigio profesional de las personas. La jurisprudencia admite la posibilidad de considerar incluido en el derecho al honor el prestigio profesional. Pero no siempre el ataque al prestigio profesional va a suponer vulneración del derecho al honor. Por otra parte, cualquier manifestación que tenga que ver con la labor profesional no puede ser tachada de ilegítima, sino que es necesaria la descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional de una persona, lo que dependerá de las circunstancias del caso. (**STS de 26 de noviembre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Un prestigioso periodista, Director de un programa de radio, y la propia cadena de radio son demandados por la parte actora por intromisión ilegítima en el derecho al honor, con motivo de las expresiones vertidas en el programa de la emisora, cuyo contenido resultó ser el siguiente: «¿usted recuerda aquel tertuliano mentiroso que teníamos aquí, que era juez, un tal juez ...?», «es un mentiroso y aquí quedó claro que este señor es un peligro. Es un peligro nacional. Se me ponen los pelos de punta al saber que este señor está en ejercicio». El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante por las expresiones vertidas. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de la instancia. Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo estimó sendos recursos.

**NOTA.**—La Sentencia que anotamos plantea un nuevo caso de posible vulneración del derecho al honor, en esta ocasión, al considerar el actor que se habían vertido expresiones que podían calificarse de insultantes, traducándose en una vulneración del honor profesional. En relación a las expresiones vertidas, el Tribunal Supremo considera que no existe en este caso una lesión del derecho al honor, desde el punto de vista del prestigio profesional, puesto que se dan las notas de veracidad, interés general de la noticia y ausencia de manifestaciones insultantes o vejatorias, lo que impide que se pueda afirmar la existencia de un desprestigio profesional. Considera el Tribunal Supremo que el uso del término «mentiroso» no es insultante, puesto que simplemente denuncia a quien incurre en mentira. De hecho, faltar a la verdad por quien ostenta la condición de juez, y la desempeña tanto en el ámbito de la función pública como en su esfera privada, es un asunto de relevancia pública y no es indiferente desde el punto de vista del ejercicio de la función judicial. En este sentido, tal y como establece la sentencia, es lícito relacionar la falta a la verdad con la condición de juez, si efectivamente cuando realizó determinadas manifestaciones no ocultó su condición. (*L. Z. G.*)

**7. Facultades del Tribunal de casación para valorar los hechos.**—Si el recurso de casación afecta a derechos fundamentales el Tribunal Supremo no puede aceptar de forma incondicional las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que ha de asumir una tarea de calificación jurídica y de valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible vulneración de los derechos fundamentales alegados. Pero esta afirmación no puede conducir a una desvirtuación de la naturaleza del recurso de casación y, por tanto, no puede exigirse del Tribunal Supremo que lleve a cabo una nueva valoración de la prueba en su conjunto, por varias razones. Primero, el objeto del recurso de casación se circunscribe al examen de concretas infracciones del ordenamiento jurídico en virtud del llamado principio de especialidad. En segundo lugar, si se solicitara una valoración conjunta de los medios de prueba o un examen exhaustivo de la valoración de los hechos efectuada por el tribunal de instancia, el Tribunal Supremo se convertiría en una tercera instancia, y esta posibilidad ha sido rechazada de forma reiterada por la Sala 1.<sup>a</sup> Por último, el error en la

valoración de la prueba sólo puede alegarse ante el Tribunal Supremo por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.4.º LECiv, cuando la valoración del tribunal de instancia haya sido arbitraria, ilógica o irrazonable y por ello suponga una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

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

La técnica de ponderación requiere valorar, en segundo lugar, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. En este sentido la ponderación exige tener en cuenta varios factores: Primero, hay que constatar si la información tiene relevancia pública o interés general, o afecta a personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública. En este caso el peso de la libertad de información es mucho mayor. Segundo, para que pueda prevalecer la libertad de información sobre el derecho al honor la información ha de cumplir el requisito de la veracidad. Por veracidad ha de entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia, conforme a los criterios profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso. La veracidad de una información va ligada al respeto a la presunción de inocencia: no hay obstáculo para que se difunda una información relativa a la apertura de una investigación policial y judicial contra el autor de un presunto delito que afecte el interés público. Por último, la información que se transmite no puede tener un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, es decir, no se reconoce un derecho al insulto. (STS de 20 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Un famoso político interpone demanda contra *Editorial Prensa Valenciana, S. A.*, contra *Diario Levante* de Castellón (cabecera del diario del que la primera es propietaria) y contra el director del periódico, el delegado del mismo en Castellón y colaboradores de éste. Solicita que se declare lesionado su derecho al honor por los citados demandados y que se les condene al pago de una indemnización en virtud del artículo 18 CE, en virtud de la Ley de Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen y en virtud del artículo 1902 del Código Civil. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestiman la demanda y el demandante interpone recurso de casación. (*Alma R. G.*)

**8. Colisión entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad y a la propia imagen.**—En caso de conflicto entre el derecho a la intimidad y a la propia imagen y el derecho a la libertad de expresión e información, éstos prevalecerán respecto de aquéllos, en términos generales, tal y como ha venido manteniendo reiterada doctrina jurisprudencial, siempre y cuando sean tenidas en cuenta las técnicas de ponderación establecidas por nuestro Tribunal Constitucional [SSTC de 14 de septiembre de 1999 (RTC 154/1999) y 25 de febrero de 2002 (RTC 52/2002)]. Tal ponderación consiste en la necesidad de respeto a la posición prevalente que ostenta el derecho a la información respecto al derecho al honor, intimidad e imagen cuando se cumplan una serie de presupuestos: relevancia de la noticia, interés general de la misma, veracidad de lo relatado, el carácter de personaje público sobre el que se proyecta la información, o, en el caso del derecho a la imagen, el lugar de captación de la mismas, que debe ser abierto al público (**STS de 16 de noviembre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Luis y doña Elena interponen demanda contra determinados periodistas, una cadena de televisión y la productora, por vulneración del derecho a la intimidad, a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio por la difusión, en un programa de televisión de la cadena demandada, de unas imágenes de su persona, en las que se captaban a la pareja en las dependencias de un establecimiento hotelero, en actitud cariñosa, sin que hubiera mediado consentimiento alguno. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y declara la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de los demandantes, por lo que condena a los demandados al pago de una indemnización, así como a la destrucción del reportaje. La Audiencia Provincial confirma el pronunciamiento de la instancia, aunque con algunos matices en cuanto a la cuantía de la indemnización y las personas que debían ser condenadas. Interpuesto recurso de casación por la parte actora y la parte demandada, el Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por los demandados en la instancia.

NOTA.—Ante un conflicto de intereses entre el derecho a la libertad de expresión e información y el derecho al honor, intimidad e imagen es importante atender a determinados aspectos, claramente establecidos por la jurisprudencia, para poder otorgar prevalencia a un derecho respecto de otro. Cuando se trata del análisis de una posible infracción del derecho al honor, nuestra jurisprudencia da prevalencia al derecho a la información siempre y cuando la información sea veraz y de interés general; y si se trata de críticas y opiniones, siempre y cuando dichas manifestaciones no resulten insultantes o lesionen la dignidad de la persona [(SSTS de 18 de febrero de 2004 (RJ 2004/750) y 25 de octubre de 2000 (RJ 2000/8486)]. Cuando la colisión se produce entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad, nuestros tribunales otorgan prevalencia al derecho a la información, siempre y cuando la noticia presente un acusado interés general, tanto por la materia como por la condición de las personas, y no se trate de una mera satisfacción de la curiosidad humana. En el caso del derecho a la imagen esta prevalencia funcionará siempre y cuando la imagen, referida a

un personaje público, se haya captado en un lugar abierto al público [STS de 25 de octubre de 2000 RJ 2000/8486]. Es necesario, por tanto, atender a las circunstancias del caso para poder dar una solución al conflicto. En esta ocasión la veracidad de la noticia difundida, la condición de político del actor y, por ende, de personaje público, así como la captación de las imágenes en lugares abiertos al público conducen a la prevalencia del derecho a la libertad de información respecto al derecho a la intimidad y a la propia imagen. (L. Z. G.)

**9. Expulsión de un menor del colegio privado en el que estaba matriculado por incurrir en una falta grave. Inexistente vulneración del derecho a la educación.**—«[...] Es un deber básico del alumnado, además del estudio, el respeto a las normas de convivencia dentro del centro docente; normas cuyo establecimiento se confía a la autonomía de los centros privados. El incumplimiento de las normas de convivencia puede, por consiguiente, justificar, suficientemente, la expulsión de la escuela, sin que ello suponga en modo alguno la vulneración de derecho fundamental. Sólo en los supuestos en que la sanción se haya impuesto arbitrariamente cabría plantearse la hipotética lesión del derecho en cuestión» (FJ 2.º STS de 13 de octubre de 2009); (STS de 13 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Tras la expulsión de un menor del centro educativo privado en el que estaba matriculado, sus padres interponen demanda contra el centro al considerar que se había vulnerado el derecho a la educación, resultando a su vez dicha medida totalmente contraria al interés del menor. Los padres solicitan al juez que el centro sea condenado al pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial han desestimado la pretensión de los padres.

NOTA.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que una vez que los padres optan por un centro docente es evidente que no pueden pretender modificar o alterar sus métodos o reglas de conducta. En este sentido, siempre y cuando la medida de expulsión de un menor del colegio esté justificada no se habrá producido un atentado a los derechos del menor ni se habrá vulnerado el derecho a la educación. Es claro que el incumplimiento de las normas de convivencia puede justificar suficientemente la expulsión del centro sin que exista vulneración de derechos fundamentales. (L. Z. G.)

**10. Títulos nobiliarios. Sucesión. Igualdad ante la ley.**—El artículo 1 LITN (Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y de la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios) establece que «el hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamientos».

La disposición transitoria única, apartado 3, LITN dispone que, no obstante lo dispuesto en el apartado 1 sobre las transmisiones ya acaecidas, la LITN «se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y

títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso, así como a los expedientes que se hubieran promovido a partir de aquella fecha [...].» Esa fecha es la de la presentación de la Proposición de Ley.

**Aplicación retroactiva de la Ley 33/2006 a los procesos civiles pendientes en el momento de entrada en vigor de la Ley: constitucionalidad de la disposición transitoria.**—La disposición transitoria única, apartado 3 de la LITN ha sido objeto de estudio en la STS de 3 de abril de 2008, que ha fijado la siguiente doctrina jurisprudencial: «la disposición transitoria única, apartado 3, de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y de la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios se refiere no solo a los expedientes administrativos sobre títulos nobiliarios y a los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones dictadas por la Administración, sino también a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil.»

Esta doctrina, ampliamente expuesta en la citada STS implica la aplicación de la disposición transitoria única, apartado 3, de la LITN a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil.

Sobre la constitucionalidad de la disposición transitoria se pronuncia ampliamente la ya mencionada STS de 3 de abril de 2008 [letra *a*) del apartado *b*) del fundamento cuarto], y el criterio allí expuesto ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en el ATC 389/2008, de 17 de diciembre, por el que no se admite la cuestión de constitucionalidad. (**STS de 15 de octubre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rfos.]

HECHOS.—La actora interpone demanda de reconocimiento de Título nobiliario, para que se declarase su mejor y preferente derecho genealógico para poseer, usar y disfrutar de un determinado título nobiliario, como descendiente del único hijo varón de su anterior titular, con sus correspondientes prerrogativas y solicita la consiguiente declaración de nulidad o ineficacia de la sucesión operada a favor de su tía.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Consideró de aplicación la jurisprudencia constitucional sentada en la STC de 3 de julio de 1997, en virtud de la cual se proclamó que la regla de la preferencia del varón sobre la mujer, en igualdad de línea y grado, en el orden regular de las transmisiones *mortis causa* de los títulos nobiliarios, no resultaba contrario al artículo 14 CE.

La Audiencia Provincial confirmó esa sentencia fundándose en el carácter de fuente del Derecho que ostentan las SSTC y de la consiguiente vinculación a las mismas de los órganos jurisdiccionales, por lo que, en consecuencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que invocaba la demandada, que había declarado la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de masculinidad o varonía en el orden sucesorio de los títulos nobiliarios por considerarlo contrario al principio constitucional de igualdad (art. 14 CE) no podía sobreponerse al final pronunciamiento recaído al respecto por el Tribunal Constitucional en la sentencia reseñada de 3 de julio de 1997.

La actora interpone recurso de casación, alegando que siendo la fecha del fallecimiento, conforme a lo dispuesto en el CC (arts. 657 y 661 y disposición transitoria 12.<sup>a</sup>), el momento relevante para determinar el régimen de la sucesión, el principio de masculinidad

o preferencia del hombre sobre la mujer contenido en la legislación nobiliaria declarada en vigor por el artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948, había sido proclamado discriminatorio y, en consecuencia, inconstitucional, por el Tribunal Supremo. Por tanto el título nobiliario controvertido corresponde al hijo/a primogénito/a del anterior titular.

El Tribunal Supremo declara haber lugar, casando las anteriores sentencias. (*M. R. D. R.*)

**11. Sucesión en los títulos nobiliarios. Aplicación de la disposición adicional única 3 de la Ley sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios (LITN) a los procesos entablados.**—De acuerdo con la interpretación del Tribunal Supremo, la disposición adicional única 3 LITN se aplica retroactivamente de forma imperativa no sólo a los expedientes administrativos y a los recursos contencioso-administrativos sobre títulos nobiliarios, sino, igualmente, a todo proceso entablado ante el orden jurisdiccional civil que estuviera pendiente de resolución a fecha de 27 de julio de 2005. Por tanto, en tales procesos se deberá tener en cuenta el artículo 1 LITN que dispone la igualdad entre hombre y mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios. Para hacer efectiva esta mutación del Derecho aplicable producida *ope legis* durante el proceso, señala el Alto Tribunal que es necesario admitir el recurso de casación (STS de 3 de abril de 2008); éste sigue pendiente mientras no haya recaído resolución definitiva.

**Usucapión de títulos nobiliarios. No se produce frente a hermanos de doble vínculo.**—Superado el tradicional dogma de la imprescriptibilidad de los títulos nobiliarios, la jurisprudencia más reciente admite la prescripción adquisitiva de tales títulos (*v. gr.*, SSTS de 30 de diciembre de 2004 y 10 de septiembre de 2008). Para ello se requiere tanto la vacancia del título, como su ulterior consolidación en el seno de una línea o rama diferente a la prellamada, a resultas de la posesión inmemorial continuada. Por este motivo, tal usucapión no puede alegarse frente a un hermano de doble vínculo, por encontrarse éste inserto en la misma línea directa que quien alegue la prescripción y, consiguientemente, por poder alegar éste igualmente la posesión anterior no interrumpida de los antecesores comunes.

**Cuestión de prejudicialidad por interposición de queja ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU.**—Aclara el Tribunal Supremo que no constituye cuestión de prejudicialidad la interposición de una queja ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU denunciando la violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dado que, aun en caso de estimarse la queja, las observaciones que realice el mencionado Comité van dirigidas solamente al Estado parte afectado, para la adopción de medidas de cara al cumplimiento del Pacto (Reglamento del Comité de Derechos Humanos de 24 de abril de 2001, art. 95). Por tanto, la decisión que recaiga no infiere directamente en la resolución de litigios en curso y no supone cuestión prejudicial, ya que, según la jurisprudencia, ésta tiene lugar cuando un pleito interfiere o prejuzga el resultado de otro, con la posibilidad de dos fallos contradictorios que no pueden concurrir en armonía decisoria, al resultar independientes (entre otras, SSTS de 17 de febrero de 2000, 30 de noviembre de 2004, 31 de mayo de 2005 y 18 de junio de 2007). No cabe, por tanto, amparar en la excepción de prejudicialidad la solicitud de suspensión de litigios en curso para prevenir eventuales modificaciones normativas o la adop-

ción de otro tipo de medidas que puedan afectar al Derecho aplicable o a su interpretación. (STS de 19 de octubre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En el año 1900, por Carta de Sucesión otorgada por la entonces Reina Regente, se concedió un título nobiliario a don A, que pasó en 1961 a don E, hijo del anterior. Fallecido éste, su hija primogénita, doña S, pasó a ostentar el título, según Carta de Sucesión expedida en 1996. Tres años después, el hermano de doña S, hijo segundo de don E, interpone demanda para la declaración de su preferente derecho genealógico para usar, poseer y disfrutar del título nobiliario. Doña S se opone, alegando la inconstitucionalidad de la norma que establece la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión de títulos nobiliarios, así como la usucapición del título por su parte, al haberse mantenido la posesión continuada sobre el mismo por más de cuarenta años.

La demanda es estimada en primera instancia, por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de la distinción entre hombre y mujer en la sucesión de títulos nobiliarios (STC de 3 de julio de 1997). Interpuesto recurso de apelación por doña S, en el que se alega la incongruencia de la sentencia de primera instancia, por no haberse resuelto la cuestión sobre la usucapición, el recurso es estimado parcialmente por la Audiencia, quien aprecia la existencia de incongruencia, pero desestima la usucapición alegada, al considerar que la doctrina jurisprudencial al respecto no se aplica entre hermanos. Doña S plantea entonces recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo, por aplicación retroactiva de la disposición adicional única 3 LITN. (A. M. M.)

**12. Sucesión en los títulos nobiliarios. Principio de masculinidad en la sucesión e igualdad del hombre y la mujer.**—Afirma el Alto Tribunal que desde que se dictara la la sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio, la Sala 1.<sup>a</sup> ha declarado (*vid.* STSS de 12 y 13 de diciembre de 1997, 19 de febrero, 26 de marzo y 10 de mayo de 1999, 17 de septiembre de 2002 y 15 de septiembre de 2003) que el principio de masculinidad en la sucesión en los títulos nobiliarios no tiene carácter discriminatorio. Ostentar un título nobiliario no otorga un estatus o condición estamental privilegiada, agotándose su contenido jurídico en el derecho a adquirirlo, usarlo y protegerlo frente a terceros. No siendo discriminatorio el título de nobleza, tampoco puede serlo la preferencia masculina en la sucesión.

**Aplicación retroactiva de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios.**—La disposición transitoria única, apartado 3 LITN, que establece que la Ley «*se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional (...)*» también es de aplicación, según el Tribunal Supremo (STS de 3 de abril de 2008), a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil. (STS de 21 de octubre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La actora, doña C., pretende que se declare su mejor y preferente derecho genealógico sobre su tío, don J., en orden a la adquisición de ciertos títulos nobiliarios, cuyo último poseedor fue don E., tío de la actora y hermano del demandado. El argumento que esgrime doña C. es que, siendo su madre la mayor de los hermanos, le corresponde a ella, por derecho de representación, la sucesión en el título, ya que no es posible la aplicación del criterio de masculinidad en la sucesión por suponer una grave vulneración del principio constitucional de igualdad.

Las pretensiones de la demandante son desestimadas en primera instancia y en apelación. Ambos fallos se pronunciaban en el sentido de considerar que la aplicación del principio de varonía es conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, que es vinculante para todos los órganos de la jurisdicción *ex* artículo 5.1 LOPJ.

Doña C. recurre en casación, añadiendo a lo argumentado en las instancias precedentes la necesaria aplicación al pleito la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y de la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, en la medida en que su disposición transitoria única establece que «*se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional (...)*».

El Tribunal Supremo confirma lo dicho por el Juzgado y la Audiencia en cuanto a la constitucionalidad del principio de masculinidad. Sin embargo, afirma haber lugar al recurso debido al carácter retroactivo de la Ley invocada por la recurrente, que determina su aplicación al supuesto de autos. (*P. M. G-F.*)

**13. Sucesión de un título nobiliario entre parientes colaterales del fundador.**—En este supuesto, cuando el último poseedor legítimo del título nobiliario carece de parientes en línea recta descendente, la sucesión del título se rige exclusivamente por el principio de propinuidad (pariente más cercano) y no por el de representación, con independencia del sexo de ese pariente más propinquo al poseedor. (**STS de 22 de octubre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En primer lugar, don J. I. interpuso demanda frente a don E. afirmando su mejor derecho genealógico para ostentar un determinado título nobiliario. En segundo lugar, doña E. demandó a don J. I. y a don E. asegurando su mejor derecho genealógico para ostentar el mismo título.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó ambas demandas. Recurrida en apelación la sentencia recaída respecto de la primera demanda, la Audiencia Provincial declaró el mejor derecho de don E. por ser el pariente más próximo, a falta de descendientes del último poseedor del título.

La sentencia de la Audiencia Provincial se recurrió en casación aunque fue confirmada por el Tribunal Supremo. (*J. D. S. C.*)

**14. Sucesión en los títulos nobiliarios. Prescripción adquisitiva.**  
*Dies a quo.*—En la sucesión de títulos nobiliarios el *dies a quo* para el inicio del plazo prescriptivo es el momento en que se produce la cesión notarial y pública de derechos—renuncia del cedente y aceptación del cesionario, tiempos coincidentes para el inicio de la prescripción adquisitiva y de la correlativa extintiva, pues desde ese momento se facilitó y generó el efectivo traspaso del título (cesión de los derechos a su sucesión).

**Requisitos para la prescripción adquisitiva de títulos nobiliarios.**—Los requisitos estructurales se limitan a la posesión pública, pacífica, continuada y no interrumpida, durante cuarenta años. La jurisprudencia destaca que la posesión se refiere a una situación de hecho, de contacto con la cosa, de posesión real y que no se requiere justo título, ni buena fe. Tampoco es preciso una posesión «a título de dueño» pues no se prescribe un dominio o un derecho real, ya que respecto de los títulos nobiliarios sólo se tiene el uso o posesión y por ello, además, el poseedor legal carece del *ius disponendi* (STS de 3 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—D. Pascual, anterior poseedor del título nobiliario de Marqués falleció el 11 de diciembre de 1960 y tras su fallecimiento accedió a la dignidad nobiliaria su hijo D. Santiago tras haberle cedido los derechos su hermano mayor, D. Carlos, a quien correspondía la sucesión legal por ser el primogénito, en escritura pública otorgada ante notario el 31 de octubre de 1961. La cesión fue reconocida dictándose Orden Ministerial de 12 de febrero de 1962 que ordenó expedir, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, la carta de sucesión, que fue expedida el 26 de octubre de 1962; el cesionario aceptó la cesión en la misma escritura de cesión de los derechos a la sucesión en el título. El 7 de febrero de 2002, D. Roberto, hijo de D. Carlos, promueve demanda reclamando la posesión del título nobiliario alegando su mejor derecho a poseer. Es hecho probado que D. Santiago, desde el momento mismo de la cesión, e incluso antes, vino usando el título nobiliario al ostentar el hermano mayor cedente otro título, siendo conocido desde la cesión en el ámbito familiar y círculo de amistades y socialmente como Marqués. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirma la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—La reimplantación histórica por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la costumbre o prescripción inmemorial en materia de títulos nobiliarios, y por su analogía con los mayorazgos, se produjo con base en la presunción de un privilegio de innovación del título anterior a la posesión de cuya prueba queda dispensado quien acredite la posesión por apreciación de significación de dejación de derechos. Frente al dogma de la imprescriptibilidad, por su incompatibilidad con la Ley 45 de Toro (Ley 1.<sup>a</sup>, Tít. XXIV, Libro XI de la Novísima Recopilación) que recogía la posesión civilísima, la nueva orientación jurisprudencial admite la excepción de la prescripción adquisitiva de los cuarenta años (Ley 41 de las de Toro; 1.<sup>a</sup>, título XVII, libro XI de la Novísima Recopilación), entendiéndose que la dejación de los derechos de prellamadas junto con el transcurso del tiempo es sucedáneo idóneo para la convalidación de

la adquisición de una merced nobiliaria [*vid.* SSTS de 7 (RJ 1985, 1151) y 27 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1215); 14 de julio de 1986 (RJ 1986, 4512); 7 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1041); 30 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 411); 10 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 4645)].

La problemática de la sentencia anotada se centra en el cómputo del plazo de prescripción adquisitiva, y más concretamente, en la determinación del *dies a quo*. Pues si se fija como tal el de la escritura pública de cesión (31 de octubre de 1961) a la fecha del ejercicio de la acción de reclamación (7 de febrero de 2002) había transcurrido el plazo de cuarenta años, y si se fija el de la Orden Ministerial (12 de febrero de 1962) que ordena expedir la Carta de Sucesión o el de la expedición de la última (26 de octubre de 1962) a la fecha de interposición de la demanda no habían transcurrido cuarenta años. Siguiendo las SSTS de 13 de junio de 1996 (RJ 1996, 4766) y 17 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1349), para el Alto Tribunal la fecha desde la que se computa el *dies a quo* es desde la cesión. (M. C. L. J.)

**15. Títulos nobiliarios. Orden regular de sucesión.**—Cuando la carta de concesión de un título nobiliario no dispone un orden especial de sucesión se aplica el llamado orden regular de suceder establecido con arreglo a unos criterios históricos que funcionan con carácter general y supletorio. Estos criterios son, en relación con el fundador o concesionario del título, la preferencia de los descendientes sobre los ascendientes y de éstos sobre los colaterales; la preferencia de línea por primogenitura con anteposición del varón hasta la Ley 33/2006, de 30 de octubre, Ley sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de la sucesión (LITN); en igualdad de línea, la mayor proximidad de grado; en igualdad de grado, la preferencia del varón hasta la LITN; y, en igualdad de las circunstancias anteriores, la mayor edad.

**Principio de propinquidad.**—Agotada la línea regular de sucesión por no existir descendientes directos del fundador o concesionario, la sucesión de los títulos se rige por el principio de propinquidad, en virtud del cual el título se defiende al pariente del último poseedor más próximo en grado a él, sin tener en cuenta la preferencia de líneas ni el derecho de representación derivado de ella (derecho de suceder por parte de aquél a quien no se ha transmitido el título).

**Carácter extraordinario del principio de propinquidad. Usucapición. Línea regular de la sucesión.**—El carácter extraordinario del régimen de propinquidad, justificado históricamente por la necesidad de cubrir con rapidez la vacante real, unido a razones extraordinarias, evitar la proliferación de litigios en torno a los títulos nobiliarios y hacer posible la seguridad jurídica, han justificado que la jurisprudencia, como una excepción al principio general de la sucesión de los títulos nobiliarios, admita la usucapición como forma de sucesión del título. Lo anterior determina que no pueda entenderse que la usucapición por sí misma produce una cesura o ruptura absoluta entre la legitimidad sucesoria de los poseedores del título y la legitimidad sucesoria vinculada al concesionario o fundador, sino sólo la atribución de preferencia a la línea inaugurada por el adquirente en virtud de la usucapición.

El agotamiento de la vía sucesoria del título abierta por usucapición determina la reintegración del título a la vía regular de sucesión si existen descen-

dientes directos del concesionario sin aplicar el principio de propinquidad. La reintegración del título al tronco originario no comporta desconocer la preferencia de la línea favorecida por la usucapión frente a un tercero de mejor derecho, y, consiguientemente, desconocer la legitimidad de la adquisición del título mediante la usucapión, sino aplicar la regla que resulta más acorde con el régimen sucesorio propio de los títulos nobiliarios cuando resulta imposible por falta de descendencia seguir el orden regular de suceder y, con ello, resulta imposible mantener la preferencia de la línea favorecida por la usucapión. (STS de 19 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D. Antonio obtuvo en 1913 por rehabilitación el título de marqués. Mediante escritura de 22 de marzo de 1920, D. Antonio cedió el marquesado a su hija D.<sup>a</sup> Francisca alterando con ello el orden de sucesión regular que habría favorecido al hijo varón segundogénito D. Esteban. Transcurridos cuarenta años a partir de esa fecha, D.<sup>a</sup> Francisca otorgó el 21 de febrero de 1961 escritura de cesión del título a favor de su sobrino, hijo de su hermana D.<sup>a</sup> Sara, D. Federico, a cuyo favor se expidió Carta de sucesión en 1 de diciembre de 1961. El 17 de marzo de 2000, D. Nicolás, hijo del ya citado D. Esteban, interpuso demanda en la que postulaba la declaración de nulidad de la cesión realizada por D.<sup>a</sup> Francisca a favor de D. Federico, por cuanto dicha cesión perjudicaba su mejor derecho.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revocó y estimó la demanda.

NOTA.—En el caso examinado se plantea una situación especial, por cuanto, fallecida sin descendientes directos la poseedora del título adquirido en virtud de usucapión, la descendencia del concesionario no se ha extinguido, ya que existe un descendiente directo de él, el cual invoca su derecho preferente sobre el pariente que sería llamado aplicando el principio de propinquidad.

La cuestión que se plantea en la sentencia anotada es la relativa a si, ganada la posesión de un título nobiliario por usucapión, la sucesión del título, una vez fallecido sin descendencia directa el poseedor legítimo en virtud de la usucapión, pero subsistiendo descendientes en línea directa del fundador o concesionario, debe seguir la línea regular de sucesión a partir de éste (como entiende la sentencia de apelación) o resolverse con arreglo al principio de propinquidad o proximidad parental al fallecido sin descendencia, poseedor legítimo en virtud de la usucapión (como se mantuvo en la sentencia de primera instancia, que fue revocada). Para el Alto Tribunal prevalece la primera opción, ya que consideró que no es aplicable al caso el principio de propinquidad por su carácter extraordinario. En igual sentido se manifestó la STS de 11 de mayo de 2002 (RJ 2002, 4054) (M. C. L. J.)

**16. Principio de propinquidad y principio de representación.**—La sucesión de un título nobiliario entre parientes colaterales del fundador o del último poseedor legítimo (cuando éstos carecen de parientes en línea recta

descendente) ha de regirse exclusivamente por el principio de propinquidad y no por el de representación. Así, ya la STS de 8 de marzo de 1919 reconoce la representación sin límites en la línea descendente y en la colateral siempre que estén en la descendencia del fundador, pero no cuando para llamar a los transversales hay que utilizar otras líneas y representación de ascendentes. El mismo criterio sustenta la STS de 6 de julio de 1961, según la cual el mejor derecho a los títulos nobiliarios debe discernirse por normas de la sucesión a la Corona de Castilla, según las cuales «sucederá el más propincuo pariente del Rey una vez fallecida su descendencia» (Ley 2.<sup>a</sup> del Título XV de la Partida II), criterio ratificado por la Novísima Recopilación al deferir la sucesión a la Corona al «primer y más cercano pariente del último reinante, sea varón o hembra». (STS de 15 de diciembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín García.]

HECHOS.—En virtud de carta de sucesión expedida a su favor tras renuncia o cesión de su hermano mayor, D. Federico, D. Eugenio ostenta el título de Marqués. D. Darío, hijo de Federico, interpone demanda reclamando el mejor derecho genealógico al título de Marqués contra su padre y su tío.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revocó la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—La sentencia anotada, al igual que la dictada por la Audiencia Provincial, sigue la consolidada doctrina jurisprudencial que entiende que «inexistente o extinguida la línea descendente del fundador cesa el principio de representación y será deferida la merced al más propincuo pariente del último poseedor». Por consiguiente, con arreglo al principio de propinquidad, tratándose de parientes colaterales que no entronquen con el fundador, no opera la representación sino la proximidad en el grado, tratándose de línea agnaticia o cognaticia, referida al último poseedor, presupuesto que es suficiente para que el título se transporte a línea secundaria cuando se extinguió o no ha existido la descendencia [(vid. SSTs de 8 de marzo de 1919, 5 de julio de 1960, 16 de noviembre de 1961, 5 de octubre de 1962, 4 de junio de 1963, 31 de diciembre de 1965 (RJ 1965, 6007), 29 de noviembre de 1967 (RJ 1967, 4866), 17 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4895) y 13 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7512), 16 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8839)]. El Tribunal Supremo rechaza así la interpretación de la sentencia de primera instancia que estimó la demanda razonando que el demandante procedía por línea directa del fundador de la merced y aplicando los principios de primogenitura y representación, al tiempo que rechazaba la prescripción adquisitiva (M. C. L. J.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**17. Contrato simulado. Libertad contractual y presunción de licitud de la causa. No operan cuando el negocio celebrado encubre otro real concluido en fraude de ley.**—El respeto al principio de libertad contractual y a la presunción de causa lícita en los contratos no puede legitimar

actuaciones como la presente de flagrante fraude de ley, consistente en la simulación de un contrato de préstamo con anticresis para encubrir otro de compraventa en contravención de una norma prohibitiva, como es la del art. 51 L.A.U. de 1964. Sin que se vulnere la presunción de licitud de la causa de los contratos, pues por el contrario se ha probado la inexistencia de causa en el caso del préstamo y la anticresis y la licitud de la misma en el supuesto de la compraventa efectivamente realizada no hace inatacable este último negocio, pues la propia Ley (art. 51 L.A.U.) y el convenio alcanzado por las partes permitían a los compradores iniciales instar la resolución de la venta efectuada por quien aprovechó su condición de arrendatario para adquirir por tanteo y posteriormente vender a terceros. (STS de 2 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En 1998 los propietarios de un inmueble arrendado comunicaron su propósito de venta a la arrendataria. La sociedad inquilina *IIS, S. A. L.*, ejerció efectivamente el derecho de tanteo y adquirió el inmueble por 75.800.000 pts., en detrimento de don Alejandro y doña Juana, compradores inicialmente interesados. Al mismo tiempo suscribieron un acuerdo con estos últimos por el cual se obligaban a no transmitir la finca por un plazo de cinco años (*ex art. 51 L.A.U. de 1964*). Dos años después, la compradora por vía del tanteo suscribió un contrato de préstamo con don José y doña Carmela, por importe de 121.500.000 pts, a devolver al cabo de seis años; constituyendo en garantía de su pago una anticresis sobre la finca. Pocos días después de finalizar el plazo de cinco años pactado, la sociedad *IIS, S. A. L.* celebró un negocio transaccional con don José y doña Carmela en el que, reconociendo que no podían hacer frente a la devolución del préstamo, acordaban dar en pago la plena propiedad del inmueble a los prestamistas. Don Alfredo y doña Juana demandaron tanto a la sociedad como a los prestamistas alegando la simulación absoluta del contrato de préstamos y consiguiente anticresis, que escondería una verdadera compraventa, con infracción de lo acordado en el contrato por el que se obligaban a no transmitir durante cinco años. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona no acogió el recurso de apelación planteado por los demandados. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

**18. Simulación absoluta. Donación encubierta de bienes inmuebles.**—La doctrina jurisprudencial a partir de la S.T.S. en Pleno de 11 de enero de 2007 (seguida posteriormente por las de 20 de noviembre de 2007, 4 de marzo de 2008 y, 4 y 27 de mayo de 2009, entre otras) ha cambiado de criterio interpretativo en relación con la donación encubierta, al no considerar que bajo la apariencia y la forma de una compraventa pueda ampararse válidamente una donación de bienes inmuebles, sea pura o remuneratoria, siendo solo válida cuando se otorga escritura pública de donación que visualice el «*animus donandi*», con cumplimiento del requisito «*ad solemnitatem*» del art. 633 CC.

**Simulación contractual. Legitimación impugnatoria y actos propios.**—La incidencia de la doctrina de los actos propios en el campo de la nulidad

negocial no impide la legitimación impugnatoria de los simulantes entre sí en el caso de simulación contractual, porque se está atacando un contrato sin realidad ni efecto jurídico alguno (SSTS de 2 de febrero de 1946, 24 de febrero de 1986, 30 de octubre de 1992 y 4 de octubre de 2004, entre otras). (STS de 21 de diciembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Mediante el presente pleito don Nicanor insta la nulidad, por falta de causa, de varias escrituras públicas en las que él mismo intervino como otorgante aduciendo en su demanda que tales negocios jurídicos, cuya principal beneficiaria era doña Elisenda, con la que a la razón mantenía una relación sentimental y que más tarde sería su esposa, son meramente simuladas y se celebraron «con el propósito de crear una aparente insolvencia patrimonial del actor en detrimento de las pensiones alimenticias y compensatoria para su esposa e hijas, y para privarles o disminuirles sus derechos legitimarios». La sentencia del juzgado estima parcialmente la demanda. La audiencia estima en parte el recurso de apelación planteado por la sucesión procesal de la parte actora y el TS admite el recurso de casación interpuesto por la sucesión procesal de la actora al declarar nulas las compraventas documentadas en tres de las distintas escrituras públicas celebradas (*I. D.—L.*)

**19. Condiciones generales de la contratación. Cláusulas bancarias abusivas. Exclusión absoluta de responsabilidad del banco por utilización indebida de la tarjeta o libreta antes de ser comunicado a la entidad. Nulidad de la cláusula que exime de manera indiscriminada a la entidad bancaria.**—Las cláusulas que eximen de total responsabilidad a la entidad bancaria de manera indiscriminada y sin matización o modulación alguna son abusivas, porque contradicen la buena fe objetiva con desequilibrio en el sinalagma contractual en perjuicio del consumidor. Existen situaciones en que, si la entidad actúa con la diligencia necesaria, puede percibirse de utilizaciones indebidas de tarjetas, aun sin la comunicación, o un eventual conocimiento de la sustracción o extravío. Por ello es desproporcionada una cláusula que se limite a la exoneración de responsabilidad en todo caso, por el uso de la tarjeta antes de la notificación de la sustracción o extravío. En este sentido se orienta el derecho comunitario y la Ley 16/2009, de Servicios de Pago, de trasposición de la Directiva 2007/64/CE sobre servicios de pago en el mercado interior.

**Cláusulas sobre vencimiento anticipado del crédito por embargo de bienes del prestatario o disminución de su solvencia.**—No se configura válidamente esta cláusula cuando su efectividad supone atribuir a la entidad bancaria una facultad discrecional de resolución contractual, de manera que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al predisponente para ejercitar la facultad resolutoria.

**Cláusulas que exigen el consentimiento previo de la entidad para que el deudor pueda transmitir el bien o la deuda con efectos liberatorios. Necesidad de distinguir la asunción de deuda de la obligación de no disponer del bien.**—Sin perjuicio de que la transmisión de la deuda por el deudor, con efecto liberatorio, exige el consentimiento de la entidad bancaria,

ello no puede servir para imponer al hipotecante una prohibición de enajenar el bien, sin que quepa confundir la responsabilidad –que no deuda–del que adquiere una finca hipotecada, con la exigencia de consentimiento del acreedor para que tenga lugar la liberación del primitivo deudor por la transmisión de la obligación de devolver la cantidad prestada. (STS de 16 de diciembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.–La OCU demandó a las entidades bancarias *C.M., BBVA, S. A., B., S. A., BSCH, S. A.* sobre declaración del carácter abusivo y consiguiente nulidad de un conjunto de cláusulas utilizadas por aquéllas en sus operaciones mercantiles con los consumidores y usuarios; la mayoría por incurrir en una grave alteración del equilibrio de las prestaciones contractuales, sin venir acompañadas de suficiente causa justificadora para generar tales desequilibrios. El Juzgado de Primera Instancia acogió parcialmente la demanda y declaró la abusividad y subsiguiente nulidad de un amplio espectro de las cláusulas generales impugnadas. La Audiencia Provincial de Madrid estimó tanto el recurso de apelación de la actora como el de las demandadas y, en su virtud, anuló algunas cláusulas y declaró la legalidad de otras en contra de lo fallado en la instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por las demandadas pero, por el contrario, acogió en parte el de la demandante y procedió a declarar el carácter abusivo y la nulidad de algunas otras condiciones generales utilizadas por los bancos demandados. (*L. A. G. D.*)

**20. Contratos. Nulidad de los contratos causalmente vinculados a otro principal y también declarado nulo.**–Los contratos posteriores suponían la validez del primer contrato y la asunción de sus resultados económicos. Sin el primer contrato y las pérdidas que originó quedaría privada de sentido la operación económico-financiera en su totalidad, integrada también por los contratos posteriores, pues éstos estaban causalmente vinculados a aquél en virtud de un nexo funcional. Resulta, pues, aplicable el principio según el cual cuando un acto se ofrece en unidad intencional como causa eficiente del posterior, la nulidad del primero debe trascender a él (STS de 20 de noviembre de 1964), ya que la causa se manifiesta en la intencionalidad conjunta de ambos contratos. De suerte que, desaparecida la causa del primer contrato en virtud de la nulidad declarada, desaparecen los presupuestos sobre los que se funda la causa del contrato vinculado a él por efecto de aquella declaración de nulidad.

**Infracción de normas administrativas que delimitan el contenido de los deberes de información y de claridad y sencillez en la redacción de las cláusulas contractuales.**–La infracción de normas administrativas dará lugar a la nulidad (art. 6.3 CC), cuando analizando la índole y finalidad de la norma contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulte incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico, debiendo aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006), sin que sea obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto. (STS de 22 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La asociación de consumidores ADICAE demandó a la entidad bancaria CRV, S.C.C., solicitando la declaración de nulidad de diversas cláusulas utilizadas por el Banco, así como un conjunto de contratos que éste había celebrado indiscriminadamente con sus clientes sobre imposiciones a plazo atípicas de alta rentabilidad pero también de alto riesgo, en las que los impositores podían incluso sufrir pérdida total o parcial del capital depositado. Asimismo, se pidió la declaración de nulidad de las operaciones y contratos subsiguientes que, a la vista de los malos resultados del producto, se habían concertado entre el Banco y sus clientes afectados con el fin de enjugar las cuantiosas pérdidas generadas a éstos. La base de la demanda estaba en la ausencia de una adecuada información a los perjudicados sobre el producto y riesgos contratados, así como del error que se había provocado en ellos tanto para la suscripción de los primeros contratos, como con los que se intentaba paliar el notable perjuicio económico padecido. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la nulidad de las cláusulas y de los contratos primitivos, pero no así de los posteriores. La Audiencia Provincial de Valencia estimó el recurso de apelación de la actora y anuló igualmente los contratos generados en segundo término. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la demandada. (*L. A. P. M.*)

**21. Contrato de préstamo: aplicación de las reglas de interpretación de las cláusulas contractuales.**—«El punto de partida de la interpretación es la letra del contrato, debiendo estarse al sentido literal de las cláusulas cuando no dejan dudas sobre la intención de los contratantes» (FJ 2.º STS de 3 de diciembre de 2009).

**Imposibilidad de aplicación de la doctrina de los actos propios.**—La doctrina de los actos propios precisa para su aplicación «la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica», «se refiere a actos idóneos para revelar una vinculación jurídica», «en base a la confianza que un acto o conducta de una persona debe producir en otra... lo que significa que en ningún caso pueden contradecir a los anteriores provocando una situación de incertidumbre que desconcierta a terceros afectados por los mismos y que rompe el principio de buena fe determinado en el art. 7.1 CC [...]» (FJ 4.º STS de 3 de diciembre de 2009) (**STS de 3 de diciembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El presente litigio versa sobre un problema de posible impago de los intereses derivados de un contrato de préstamo. La parte actora solicita la condena al pago de los intereses devengados, con fundamento en que la sociedad demandada ha realizado determinados actos de los que se deduce su intención de pagar los intereses del préstamo. La actora considera que debe pagarlos porque de lo contrario la parte demandada estaría actuando contra sus propios actos. La sociedad demandada contesta a la demanda alegando que no se pactaron en el contrato el pago de los intereses reclamados. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, siendo desestimado también el recurso de apelación interpuesto

por la parte actora. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La Sentencia que anotamos aplicar las reglas de interpretación de los contratos, así como la doctrina de los actos propios para llegar a la conclusión de que efectivamente la parte demandada no debía los intereses que la actora alega. Aplicando las reglas de interpretación de los contratos, el Tribunal Supremo considera que, teniendo en cuenta que la primera regla aplicable es la de prevalencia de la interpretación literal de los contratos, siempre que no existan dudas sobre la intención de los contratantes, la parte demandada no debe abonar dicha cuantía, puesto que del contrato no se deduce ser ésta la voluntad de las partes.

Como segundo motivo, la parte actora alega la vulneración de la doctrina de los actos propios. Considera la actora que de los actos de la demandada puede concluirse su conocimiento y admisión de su obligación de pago intereses, puesto que la demandada deposita las cuentas anuales en el Registro Mercantil, recogiendo una previsión de pago de dichos intereses. La parte demandada alega que simplemente se trató de un acto de prudencia, que a su vez responde a los principios de contabilidad generalmente aceptados. A juicio de Tribunal Supremo no puede concluirse en este caso que se esté vulnerando la doctrina de los actos propios, ya que la actuación realizada por la parte demandada no supone en ningún caso reconocimiento de deuda respecto de los intereses del préstamo. (*L. Z. G.*)

**22. Contratos. Solidaridad de deudores: regla general y solidaridad tácita.**—El art. 1.137 CC declara que la solidaridad no se presume, sin embargo, resulta más razonable en relación con las circunstancias la apreciación de solidaridad tomando en cuenta la situación de indivisibilidad de actuación, y práctica confusión económica y jurídica en las relaciones, que permite estimar la concurrencia de una solidaridad tácita (implícita) cuando se deduzca de los antecedentes del negocio o del conjunto de circunstancias que la voluntad de los interesados fue la de establecer la responsabilidad solidaria entre los mismos. (**STS de 22 de octubre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La representación de la entidad T. SL. interpuso demanda contra D. Luis Carlos, D. Argimiro, D. Emilio y las entidades J. S. L. y S. S. L., solicitando condene solidariamente a los demandados por incumplimiento contractual. La parte demandada formuló reconvencción reclamando ciertas cantidades a la entidad actora. El Juzgado de Primera Instancia número diecinueve de Valencia estimó parcialmente ambas reclamaciones. Recurrida en apelación por los demandados, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la entidad T. S. L. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación instada (*N.D.L.*)

**23. Diferencias entre la dación en pago y el pago por cesión de bienes.**—Mientras la dación en pago es un acuerdo mediante el cual se pacta que se cumpla la obligación a través de una prestación distinta de la que era objeto de la misma, transmitiendo el deudor bienes de su propiedad al acreedor para que extinga el crédito del que era titular y actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa; el pago por cesión de bienes supone la celebración de un negocio jurídico, por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de estos bienes al pago de las deudas contraídas por el cedente.

**La falta de configuración de precio cierto en el contrato de dación en pago no conlleva la nulidad del contrato celebrado.**—Las partes contratantes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, pueden acordar una dación en pago, cuya cuantía no esté perfectamente determinada, no debiendo hablarse en este caso de nulidad del contrato por falta de causa. **(STS de 1 de octubre de 2009; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La parte actora interpone demanda solicitando se declare la validez y eficacia del contrato de cesión de bienes *pro soluto* celebrado con la demandada, así como el otorgamiento de escritura pública por el que se transmita a la parte actora la propiedad de una finca, tal y como se preveía en el contrato de cesión. La parte demandada solicita se declare la nulidad del contrato por falta de causa, al no fijarse un precio cierto, y, subsidiariamente, se decrete la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones por la parte actora. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por la demandada en la instancia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—La Sentencia que anotamos se pronuncia, como cuestión principal, si en la cesión de bienes *pro soluto* es necesario la fijación de un precio determinado, tal y como sucede en la compraventa, cuyo régimen es aplicable analógicamente a estos contratos; y si, en caso de no establecerse, podría entenderse el contrato nulo por falta de causa. A juicio del Tribunal Supremo, la aplicación de los artículos de la compraventa por analogía *iuris* no supone la necesidad de aplicar todos y cada uno de los preceptos que integran el régimen de la compraventa. El contrato, en virtud del cual, las partes acuerdan, como pago de honorarios, la transmisión de determinados bienes es perfectamente válido, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, y no supone la inexistencia de causa por falta de precio. (L. Z. G.)

**24. Contrato de compraventa. Incumplimiento doloso: El dolo negativo.**—La actuación dolosa no solo puede manifestarse mediante una actuación positiva, como parece desprenderse de la expresión «*palabras o maquinaciones insidiosas*» que emplea el art. 1.269 CC, sino que también puede apreciarse en relación con una actuación omisiva de ocultación o falta

de información a la otra parte de determinadas circunstancias que hubieran podido llevarle a no celebrar el contrato en caso de haberlas conocido (SSTS de 29 de marzo y 5 de octubre de 1994, 11 de diciembre de 2006 y 26 de marzo de 2009, entre otras muchas), pues resulta incuestionable que la buena fe, lealtad contractual y los usos del tráfico exigían, en el caso, el deber de informar (SSTS de 11 de diciembre de 2006; 3 y 11 de julio de 2007 y 26 de marzo de 2009, entre otras)

**Caso fortuito y fuerza mayor.**—Se darán estos supuestos cuando se trate de un acontecimiento cuyo resultado no puede ser calculado por una conducta prudente a las eventualidades que el curso de la vida puede deparar (SSTS de 9 de noviembre de 1949, 7 de abril de 1965 y 1 de septiembre de 1983, entre otras). (**STS de 30 de diciembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Los demandantes, doce personas físicas, celebraron cada uno de ellos un contrato de compraventa con una entidad mercantil, demandada, referido a viviendas unifamiliares que habían de ser construidas por esta última. Quedó probado que la demandada no informó a los compradores en el momento de celebrar las ventas, de la existencia en el Sector donde habían de ser construidas las viviendas de residuos sólidos urbanos que podían determinar la calificación del suelo como contaminado. La posterior declaración de «suelo contaminado» del referido Sector dio lugar a la imposibilidad de la vendedora de cumplir los contratos. Los actores pidieron el cumplimiento del contrato y la indemnización de daños y perjuicios. El juzgado estimó la demanda y añadió que para el caso de no cumplirse los contratos en el plazo de dos años, se devolviese a cada uno de los demandados la cantidad entregada más una indemnización cuyos parámetros fueron fijados en la sentencia. La Audiencia confirma esta sentencia y el TS no da lugar al recurso de casación (*I. D.—L.*)

**25. Responsabilidad contractual: incumplimiento de las instrucciones remitidas por fax. Buena fe objetiva: la conducta de la demandada implica asunción de dar cumplimiento a la instrucciones remitidas.**—El contrato entre las partes, denominado de agencia de emisión y pago, no se reduce al documento escrito ya que, al tratarse de un contrato de *—tractu sucesivo—* se pueden añadir posteriormente, o surgir por derivación, otras obligaciones. Lo que significa que no cabe reducir el contenido del contrato al contenido del documento. No existe discrepancia trascendente sobre el hecho de que la entidad demandada recibió un fax con instrucciones en el que se le comunicaba la obligación de realizar una obligación de hacer. En concreto, efectuar el anuncio, a los tenedores o titulares de Obligaciones, de la decisión de la entidad emisora de llevar a cabo la amortización anticipada prevista en la emisión y contratos de suscripción de los títulos. El argumento básico en el que se fundamenta la responsabilidad contractual radica en que el demandado recibió el fax de instrucciones y adoptó un comportamiento acorde con su contenido. Esta conclusión se evidencia por la respuesta al fax recibido. No se trata de un mero acuse de recibo. Hay una devolución del fax sellado como confirmación, tal y como se había solicitado en el texto del mismo. En el fax no se inquiría sobre la posibilidad de la gestión, ni la dispo-

sición de hacerla, sino que se recababa y encomendaba una prestación de hacer. Se daba una instrucción, y se solicitaba la conformidad con su realización mediante la devolución del fax, y esto tuvo lugar. Con su devolución, que implica conformidad con el mismo, y, en cualquier caso, con la falta de queja o de manifestación de discrepancia con la realización de la instrucción recibida, resulta incuestionable que se creó en el remitente BDCE la confianza razonable de que se observaría un comportamiento acorde con dicha confianza; es decir, consecuente con la instrucción enviada. De modo que al no cumplirse el encargo en forma adecuada se conculcó la buena fe objetiva plasmada en el art. 1.258 CC. Por otro lado, el demandado no permaneció inactivo en el «*iter*» del cumplimiento de las instrucciones, lo que excluye la defensa construida en torno a la inexistencia de la obligación contractual encargada, o la excusa de incumbirle la tarea controvertida a otra entidad. Es evidente que trató de cumplir el encargo –instrucción–, pero lo hizo defectuosamente (STS de 7 de diciembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.–El BDCE realizó en 1996 una emisión de Obligaciones con previsión de amortización final en el año 2011 y posibilidad de amortizaciones anticipadas en los años 2001 y 2003. Para tal fin concertó un contrato de agencia de emisión y pagos con la entidad mercantil *BU, S. A.* Posteriormente BDCE decide ejercitar la facultad de amortización anticipada, por lo que comunica por fax a *BU, S. A.* que proceda a efectuar el correspondiente anuncio, a los tenedores o titulares de obligaciones, de la decisión que había adoptado sobre la amortización anticipada conforme se establecía en la emisión y contratos de suscripción de los títulos. Sin embargo dicha operación no se pudo llevar a cabo por no haberse realizado las obligatorias publicaciones para ponerlo en conocimiento de los tenedores de los títulos. BDCE imputa a *BU, S. A.* el incumplimiento de la obligación de publicación y solicita que le indemnice los daños y perjuicios sufridos. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia desestiman la demanda. El TS estima el recurso de casación (*C. O. M.*)

**26. Resolución por incumplimiento. Estimación de la acción ejercitada a pesar de no resultar probada la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.**—«La moderna doctrina jurisprudencial no exige para la estimación de una situación de incumplimiento una patente voluntad rebelde. Ni siquiera es exigible una voluntad de incumplir, sino sólo el hecho objetivo del incumplimiento, no justificado, o producido por causa (no) imputable al que pide la resolución [...]». (FJ 4.º STS de 30 de octubre de 2009). (STS de 30 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.–Por la parte actora se celebra contrato de compraventa de un inmueble en documento privado, mediante el cual se acuerda el pago aplazado del precio, coincidiendo en último pago con la elevación a público del contrato celebrado. Por su parte, la vendedora se comprometía a entregar la vivienda a las compradoras en el plazo máximo de dieciséis meses desde la concesión de la

licencia definitiva de construcción. Tras fijarse una fecha para el otorgamiento de la escritura pública, las compradoras no comparecen en la fecha preestablecida. Seguidamente se establece una nueva fecha de comparencia, siendo requeridas ambas compradoras, y poniendo en su conocimiento que, para el caso de que no comparecieran, se procedería a dar por resuelto el contrato, entendiendo perdidas las cantidades percibidas hasta el momento. Llegada la fecha de comparencia, una de las compradoras decide no aparecer al acto de escrituración, por lo que la vendedora decide dar por resuelto el contrato. La compradora que sí comparece interpone demanda contra la vendedora y contra la otra compradora, solicitando la vigencia del contrato de compraventa, a la vez que se declare el incumplimiento por parte de la vendedora, al no entregar la vivienda en el plazo convenido, así como el incumplimiento de contrato por parte de la otra compradora, debiendo ser indemnizada por ambas partes por los daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte actora en la instancia, la Audiencia Provincial procede a estimar el recurso. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—El hecho de que exista una pluralidad de sujetos en la parte compradora debe ser entendido desde el punto de vista de la solidaridad, tanto en el ejercicio de los derechos como en el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato. En este sentido, el incumplimiento de una de las compradoras por su falta de comparencia al acto de otorgamiento de la escritura pública, cuando han sido llamadas a actuar conjuntamente, se traduce en la posibilidad que tiene la contraparte de ejercitar la resolución por incumplimiento, con fundamento en el art. 1124 CC, sin necesidad de probar las causas que motivaron el citado incumplimiento, ni tan siquiera la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento [vid. SSTS de 10 de octubre de 1994 (RJ 1994/7716), 3 de abril de 2000 (RJ 2000/1813), 26 de julio de 2001 (RJ 2001/8423), 13 de febrero de 2003 (RJ 2003/1017), entre otras]. (L. Z. G.)

**27. Resolución extrajudicial y resolución judicial.**—Una resolución se produce extrajudicialmente por acuerdo de las partes, pero si no hay acuerdo y tanto más si hay oposición, se precisa la declaración judicial (STS de 6 de octubre de 2000) de que está bien hecha y los efectos de la resolución serían *ex tunc* (SSTS de 17 de junio de 1986 y 15 de julio de 2003) para lo cual hace falta el ejercicio de la acción, en demanda o en reconvencción (SSTS de 26 de diciembre de 2001 y 28 de junio de 2002).

**Doble venta. Necesidad de buena fe.**—La doble venta la contempla el artículo 1473 CC, y se da cuando el propietario vende la misma cosa a varios compradores y dispone cuál de ellos tiene la preferencia en la adquisición de la misma, quedando ineficaz la otra. Lo que consiste, si la cosa es inmueble, en que la adquiere el que antes la haya inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que presupone que antes hubo tradición real o instrumental por la escritura pública. Sin embargo, esta preferencia al que ha inscrito tan sólo se produce si ha mediado buena fe por su parte. La compra que prevalece, si hay mala fe, produce la ineficacia de la que se inscribe de mala fe. Aquél que inscribió sin

la concurrencia de la buena fe no deviene propietario y si el que compró anteriormente de buena fe no recibió la entrega de la cosa, tiene derecho a que se le dé la posesión y a la elevación a escritura pública del contrato que celebró en documento privado, con la subsiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad deviniendo así en propietario.

El concepto de buena fe aplicado al caso de la doble venta consiste en ignorar que la cosa había sido vendida a otro. No es un estado de conducta, como ocurre en las obligaciones y contratos, sino de conocimiento: el creer o ignorar si la situación registral es o no exacta, respecto a la titularidad registral (STS de 27 de septiembre de 1996). El concepto de buena fe en materia de propiedad y derechos reales consiste, en su aspecto positivo, en la creencia, por parte de quien pretende ampararse en la protección registral, de que la persona de quien adquirió la finca de que se trate era dueño de ella y podía transmitirle su dominio y, en su sentido negativo, en la ignorancia y desconocimiento de inexactitudes o de vicios invalidatorios que puedan afectar a la titularidad del enajenante, por lo que carecen de tal cualidad quienes tienen noticia perfecta de la situación extratabular o de las posibles causas capaces de enervar el título de su transferente (SSTS de 19 de julio de 1989 y 22 de diciembre de 2000). La exigencia de la buena fe al caso de doble venta de inmuebles se deduce de los principios generales del derecho –ejercicio de los mismos de buena fe– y de relacionar esta norma con el artículo 34 LH, lo cual ha sido mantenido por una jurisprudencia reiteradísima, desde las antiguas SSTS de 13 de mayo de 1908, 29 de noviembre de 1928 y 31 de octubre de 1929 hasta las recientes de 1 de junio de 2000, 24 de julio de 2000 y 11 de junio de 2004, pasando por las de 30 de junio de 1986, 29 de julio de 1991, 24 de noviembre de 1995.

**Artículo 34 LH. Presupuesto de la buena fe. Momento en el que debe concurrir.**–El momento en que debe concurrir la buena fe es el (del) otorgamiento del título público que luego se inscribirá; lo que responde al texto del artículo 34 LH: «... de buena fe adquiriera...». No sin matices, la jurisprudencia ha mantenido esta solución en las SSTS de 22 de junio de 2001, 17 de octubre de 2001 y 23 de septiembre de 2004, aparte de otras muchas anteriores. (STS de 13 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.]

**HECHOS.**–Se concertó un contrato privado de compraventa entre doña Erica, como vendedora, y la entidad mercantil *J., S. L.*, como compradora, sobre dos fincas, por un precio de 50 millones de pesetas, pagándose tres millones a la firma del contrato y para el resto se estipuló su pago en tres tramos a contar desde que se otorgase la correspondiente escritura pública una vez la vendedora entregase determinada documentación, no obstante lo cual la compradora entregó a la vendedora quinientas mil y doscientas mil pesetas, a cuenta del pago pendiente. La sociedad compradora no llegó a tomar posesión de las fincas.

La referida Sra. Erica efectuó a la compradora requerimiento notarial en virtud del cual se exponía que «ante la imposibilidad de cumplir con los requisitos pactados en dicho contrato, el mismo queda rescindido, quedando en consecuencia a su disposición la suma de 3.700.000 ptas.», siendo dicho requerimiento contestado por la compradora rechazando la resolución del contrato. Con posterioridad, doña Erica otorgó escritura pública de compraventa de

las expresadas fincas a favor de *M., S. L.* por precio de setenta millones de pesetas, transmitiendo el pleno dominio de las dos fincas. Se practicó acta de requerimiento contra la entidad actora para que se diera por notificada de la anterior compraventa e insistiendo en la resolución del primer contrato, y dicho requerimiento fue nuevamente contestado por la compradora oponiéndose a la resolución e instando a la vendedora a proceder a la anulación de la compraventa posterior. *J., S. L.* requirió a *M., S. L.*, exponiéndole que era nula de pleno derecho la segunda venta realizada por doña Erica, al estar plenamente vigente el anterior contrato, por lo que la requería para que procediera a la inmediata anulación de la citada escritura, así como a evitar o anular cualquier tipo de inscripción registral. Con posterioridad, se practicó la inscripción registral de las fincas enajenadas a favor de *M., S. L.*

*J., S. L.* interpuso demanda contra doña Erica, *M., S. L.* y Caja de Ahorros de C., solicitando se confirmara la plena validez y eficacia del primer contrato y la nulidad de la segunda compraventa, y que como consecuencia de ello se ordenara la cancelación de la inscripción registral a favor de *M., S. L.*, en relación a las fincas citadas; y con carácter subsidiario, para el caso de que los anteriores pedimentos fueran desestimados, se condenara a doña Erica a devolverle 3.700.000 pesetas y a los codemandados a indemnizarle por los daños y perjuicios causados.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la plena validez y eficacia del contrato celebrado por *J., S. L.* y doña Erica, y la nulidad de la compraventa entre ésta y *M., S. L.*, y consecuentemente ordenó la cancelación de la inscripción registral a favor de *M., S. L.* sobre las fincas, absolviendo en cambio a la Caja de Ahorros de C. Interpuesto recurso de apelación por *M., S. L.*, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, *M., S. L.* recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia de la Audiencia. (*F. J. J. M.*)

**28. Contrato de ruta turística con alquiler de vehículo «quad»:** **Actividad de riesgo aceptada: Accidente con secuelas graves: Ausencia de responsabilidad contractual y extracontractual de la empresa: Falta de prueba.**—Tanto si se invoca la reponsabilidad contractual como la extracontractual, a partir de los hechos probados de la sentencia procede desestimar el recurso pues está acreditado que se pusieron a disposición de los actores todos los medios adecuados para desarrollar la actividad que habían contratado, y si el accidente se produjo no es por un defecto relevante en el diseño y organización de la travesía elegida para la excursión, sino como consecuencia de una actividad de riesgo, asumida y aceptada como objeto del contrato por los recurrentes.

**Doctrina general sobre el riesgo como fuente de responsabilidad.**—Desde la perspectiva de un exclusivo criterio de imputación objetiva, el riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los arts. 1902 y 1903 CC, a no ser que se trate de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está obligado a facilitar la explicación del

mismo por sus circunstancias profesionales o de otra índole (SSTS de 17 de febrero y 4 de marzo de 2009), y es evidente que una actividad reconocida y administrativamente admitida de riesgo no puede convertir a los organizadores en responsables de todo cuanto acaezca en su desarrollo si ésta se cumple en un marco adecuado y previsible en cuanto a los riesgos que pudieran derivarse para el conjunto de las personas que acceden libre y espontáneamente a la misma, cuando la actividad no comporta en sí misma un riesgo anormal o considerable y no se ha producido un incremento inesperado de los riesgos esperados que permita desplazar la responsabilidad hacia quien, aun de forma lícita y permitida, crea y controla la situación de peligro. Y es evidente que, al margen de que no se ha probado la culpa o negligencia de ninguno de los demandados, el riesgo era conocido por los actores y como tal lo aceptaron de una forma voluntaria, como considera probado la sentencia recurrida, y este riesgo podían controlarlo a través de la información que recibieron de los organizadores antes de la prueba y de la tutela específica del guía, como así lo hicieron los demás participantes. La responsabilidad no puede ser calificada por el resultado, sino por la concurrencia de los elementos sobre culpabilidad y relación de causalidad, que configura la responsabilidad por culpa extracontractual, ninguno de los cuales se han dado, especialmente en lo que se refiere a la conducta del guía de la excursión, sobre la que se ha incidido reiteradamente en el recurso, ya que actuó conforme a la *lex artis* propia de sus conocimientos, dando las oportunas instrucciones y controlando el desarrollo de la prueba, por más que en un momento dado, por las características del recorrido, pudiera haber perdido momentáneamente de vista a los actores, cuando eran éstos, y no el guía, los responsables de manejar el mecanismo de dirección de su vehículo, acelerando o disminuyendo la velocidad, teniendo en todo momento la posibilidad de consultar con el guía, en la forma en que habían sido instruidos, siendo así que el accidente se produjo en un tramo que no representaba un peligro especial para la circulación de este tipo de máquinas, como también declara probado la sentencia (STS de 30 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Los hechos que configuran este contrato —ciertamente, atípico— aparecen bien descritos en el FD 1.º, de los que extractamos los siguientes: D.ª Mercedes y D. Jorge contratan con la Agencia de Turismo Europeicos una excursión a realizar en vehículo *quad*, que discurría por la pista Ojedo-San Tirso-Triallo-Castro-Ojedo-Potes, y en el transcurso de la misma sufrieron un accidente del que resultaron lesionados ambos actores, tardando 300 días en curar D.ª Mercedes, con secuelas en menisco, y 597 días D. Jorge, siendo declarada por el INSS su incapacidad permanente de gran invalidez. En su demanda, la primera reclama 21.192 euros, y el segundo 744.401,62 euros, siendo rechazada en ambas instancias con base en los siguientes argumentos: 1.º Europeicos está registrada como empresa de turismo activo, y disponía al contratar de los permisos y autorizaciones administrativas pertinentes, habiendo sido su actividad objeto de inspección sin que conste incidencia alguna. 2.º La ruta contratada es una de las habitualmente utilizadas por las empresas de turismo activo de la zona para realizar excursiones en *quad*; no concurre ningún defecto relevante en el diseño y organización de la travesía; la ruta carece de peligro y

no tiene desniveles o pendientes que resulten arriesgados para ser superados por vehículos del tipo que ocupaban los actores, y tampoco el lugar del accidente representa un peligro para la circulación de este tipo de vehículos. 3.º El *quad* es un vehículo del tipo *todo-terreno*, adaptado especialmente para circular por trazados accidentados y no por vías pavimentadas, siendo tal circunstancia la que atrae a quienes demandan este tipo de actividades comunmente denominadas *de aventura*, los cuales admiten que el trazado tendrá cierta dificultad para el paso con vehículos de tracción normal, y que por lo tanto será en cierta medida sinuoso y accidentado, apto para la circulación con vehículos de tracción total. 4.º Los vehículos estaban debidamente homologados, prácticamente nuevos, con apenas tres meses de antigüedad, sin que en ninguno de ellos se apreciaran defectos de fabricación, mantenimiento y funcionamiento, no existiendo indicio alguno que permita considerar que el accidente se produjo por su mal funcionamiento. 5.º El guía de la excursión reunía la cualificación necesaria dado que ninguna titulación específica se requería y era conocedor de la zona así como de los vehículos propiedad de su padre; las instrucciones impartidas por el guía fueron suficientes para asegurar que los excursionistas fueran capaces de manejar con destreza el vehículo, habiendo recorrido más de ocho kms cuando se produjo el siniestro, circunstancia que les había permitido adquirir cierta destreza en su manejo en un trazado urbano antes de introducirse en la pista. 6.º El guía instruyó a todos los excursionistas para que circularan en grupo, siendo tal instrucción respetada con carácter general salvo en supuestos puntuales en que algún vehículo se rezagaba, —como ocurrió en el accidente—, abriendo la marcha el guía, siendo el penúltimo el de los accidentados, sin que nadie de la comitiva pidió al guía que alterase el orden o redujese la velocidad por dificultades para seguirle. 7.º El tramo del accidente no estaba calificado de peligroso y el baden existente pudo ser librado sorteándolo, como lo hicieron los vehículos que le precedían.

NOTA.—Bajo la perspectiva contractual cabría detenerse en el contenido de las cláusulas que convinieron ambas partes pero no transcritas en la sentencia (se alude a la obligación de transitar en caravana y de seguir en cada momento las instrucciones del guía; pero ¿se comunicaba éste permanentemente con los componentes de la caravana? ¿qué hacer si se cortaba esta última, o si se extraviaba algún vehículo? ¿o en caso de avería del coche, o de colisión con terceros? ¿eran suficientes las instrucciones iniciales para, en poco espacio de tiempo, dominar adecuadamente el manejo del *quad*?). Parece que la *ratio* de la absolución ha sido la falta de prueba que incumbía a los actores que contrasta con la abundante de los demandados. Habrá que esperar a nueva jurisprudencia (*G. G. C.*)

**29. Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento. Lucro cesante.**—El lucro cesante se integra en la indemnización que debe percibir el acreedor de una obligación que ha sido incumplida culpablemente por el deudor, conforme contempla el artículo 1106 CC y ha reiterado con frecuencia la jurisprudencia. Como dice la STS de 5 de noviembre de 1998, «el lucro cesan-

te tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales (así, STS de 10 de mayo de 1993), cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado (así, SSTS de 21 de octubre de 1987 y 28 de septiembre de 1994). El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, esta Sala ha destacado la prudencia rigorista (así, STS de 30 de junio de 1993) o incluso el criterio restrictivo (así, STS de 30 de noviembre de 1993) para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar, como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización; se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir –lucro cesante– y la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión (así, SSTS de 8 de julio y 21 de octubre de 1996). **(STS de 12 de noviembre de 2009; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La sociedad *G., S. L.*, propietaria de un solar, se obligó a edificar sobre él un edificio que será destinado a residencia para personas mayores y una vez construido lo arrendará, como parte arrendadora, por veinticinco años y a un precio señalado, a la otra parte contratante, arrendataria, *Q., S. A.*

Este contrato no llegó a ser cumplido. Ante ello, *Q., S. A.* formuló demanda contra la arrendadora *G., S. L.*, imputándole no haberle entregado la residencia debidamente terminada e interesando la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación por aquélla y una pequeña indemnización. La demandada se opuso a la anterior y formula demanda reconventional interesando, como pedimento principal, la obligación de la futura arrendataria de aceptar la entrega del edificio y comenzar el pago de la renta pactada, y como petición subsidiaria que se declare la resolución del mismo contrato por causa imputable a la futura arrendataria *Q., S. A.* y que ésta debe indemnizarle los daños y perjuicios, por tres conceptos: pérdida de una subvención que le había sido concedida para edificar un hotel y a la que renunció al celebrar aquel contrato y destinar la construcción a una residencia de personas mayores; los mayores costes en la construcción de la residencia, que los que estaban previstos para la construcción del hotel; y pérdida de los alquileres que estaban previstos para veinticinco años.

Las sentencias de primera instancia y de apelación desestimaron la demanda formulada por *Q., S. A.*, por entender que la arrendadora *G., S. L.* no había incumplido las obligaciones derivadas del contrato, y asimismo es desestimado el pedimento principal de la demanda reconventional de *G., S. L.* La sentencia de primera instancia declaró la resolución del contrato por causa imputable a *Q., S. A.* condenando a ésta a indemnizar a *G., S. L.* en los tres conceptos señalados, sentencia que es confirmada en apelación aunque esta indemnización es rebajada drásticamente. Contra la sentencia de apelación, formuló *G., S. L.*, como demandante recon-

vencional, sendos recursos por infracción procesal y de casación por razón de la indemnización que considera insuficiente, siendo desestimado por el Tribunal Supremo el recurso por infracción procesal y estimado el de casación, confirmando la sentencia del Juzgado. (F. J. J. M.)

**30. Contratos. Cláusula penal moratoria. Inaplicación a este tipo de cláusulas de la facultad moderadora prevista en el art. 1.154 CC.**—Es doctrina consolidada de esta Sala (SSTS de 10 de mayo de 2001 y de 20 de diciembre de 2006, entre otras), que a la cláusula penal moratoria estipulada exclusivamente para el supuesto de retraso en que incurra el deudor en cumplimiento de la obligación no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del art. 1.154 CC, ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación. Pero ello no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria, la cual ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora —por así haberlo estipulado libremente las partes— por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación. (STS de 23 de diciembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La mercantil *ESRM, S. L.* había concertado con *SE, S. A.* un negocio de cesión de derecho de superficie con arrendamiento de industria, compra en exclusiva y abanderamiento para la explotación de una estación de servicios cuyo objeto principal era la adquisición y reventa al público de combustible; obligándose la primera a comprar y vender en exclusiva el suministrado por la segunda. Los incumplimientos de *ESRM, S. L.* movieron a la suministradora a declarar resuelto el contrato existente entre ellas y a aplicar las cláusulas penales estipuladas en el mismo: una, por el propio incumplimiento de las obligaciones asumidas y, otra, por el retraso en el desalojo y devolución de la estación de servicio a su propietaria. La concesionaria explotadora de la estación *ESRM, S. L.* demandó a la otra parte pidiendo la declaración de nulidad de la relación contractual mantenida. *SE, S. A.* se opuso y formuló reconvencción pidiendo la declaración de quedar resuelto el contrato y el abono de las cantidades estipuladas en virtud de las cláusulas penales del contrato. El Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda y estimó íntegramente la reconvencción. La Audiencia Provincial de Sevilla mantuvo en lo esencial el pronunciamiento de instancia, pero moduló la penalidad relativa a la demora en la devolución de la estación reduciendo sensiblemente su importe. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la demandada-reconviniente. (L. A. G. D.)

**31. Exigibilidad de la pena moratoria: retraso de la entrega debido a defectos técnicos del proyecto. Modificación del proyecto para que la vivienda se adaptara a lo pactado.**—Los errores y deficiencias técnicas que han motivado el retraso son directamente imputables a las personas que estaban al servicio de la vendedora; en otras palabras, el retraso es imputable a una sociedad por la actuación de los técnicos a su servicio. Evitar la

indemnización por el retraso, sin que aparezca objetivamente un caso fortuito o una fuerza mayor, no tiene apoyo legal ninguno, tanto más cuanto las modificaciones que instaron los compradores venían motivadas por la ejecución no ajustada a lo proyectado inicialmente por parte precisamente de la vendedora.

**Indemnización de los daños ocasionados por la entrega de unas plazas de parking y trastero en una ubicación distinta a la pactada en el contrato.**— Es evidente el daño que le produce al comprador recibir las plazas de parking y trastero en el sótano cuando estaba pactado que se hallarían en la planta baja. El cambio de ubicación es objetivamente peor al pactado y el daño se manifiesta por la mayor facilidad de maniobra en la planta baja, la peor ventilación en la planta sótano, la mayor dilación en el tiempo de aparcamiento en el sótano que en la planta baja y, simplemente, es hecho notorio que las plantas de aparcamiento y los trasteros son de mayor precio cuanto más cerca del nivel de la calle se hallan. Este daño debe ser indemnizado. (STS de 11 de diciembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Los compradores de una vivienda demandan a la vendedora, la constructora *NTC, S. L.*, exigiéndole la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, el cierre de unas ventanas abiertas indebidamente en la fachada principal y el resarcimiento de una serie de daños derivados del retraso en la entrega de la vivienda, de la disminución de cabida de las plazas de parking y trastero así como de su cambio de su ubicación respecto a lo pactado en el contrato. Los demandados reconviene solicitando la resolución del contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestima la reconvencción y estima parcialmente la demanda en lo relativo a elevación del contrato a escritura pública e indemnización por demora y por la reducción de cabida de las plazas de aparcamientos y trastero. La Audiencia revoca la condena de indemnización por demora. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (C. O. M.)

**32. Contratos. Validez *inter partes* del documento privado en el que se modifica lo pactado en escritura pública.**—No es de aplicación al caso lo establecido en el art. 1230 CC, pues lo que veda dicho precepto es que el documento privado en el que se altera lo pactado en escritura pública pueda producir efectos contra terceros que no hubieran intervenido en su otorgamiento; condición que no tienen, precisamente, los contratantes que, habiendo otorgado previamente escritura pública, luego proceden a modificar lo acordado en la misma mediante la conclusión de un acuerdo novatorio documentado privadamente. (STS de 19 de diciembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La actora interpuso demanda de reclamación de cantidad por falta de pago de parte del precio por la venta de un paquete de acciones a la demandada. Esta opuso que no se debía dicha cantidad puesto que a una primera compraventa de acciones siguió otra más, ambas instrumentadas en escritura pública con pocos días de diferencia. Pero un año después, en contrato privado

se modificó el contenido de aquellos acuerdos, mediante un negocio novatorio, con la conformidad de la vendedora. Durante el juicio la actora negó la existencia del documento pese a reconocer como suya la firma que constaba en el mismo. El Juzgado de Primera Instancia, estimó la demanda y condenó al pago de la cuantía solicitada. La Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso de apelación de la demandada y condenó al pago de una cantidad menor. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la actora. (*L. A. G. D.*)

**33. Contrato de cesión de créditos: características.**—La cesión de créditos, como negocio *inter vivos*, consensual y típicamente traslativo, se perfecciona por el acuerdo de voluntades de cedente —antiguo acreedor— y cesionario —nuevo acreedor—, sin necesidad de que preste su consentimiento el deudor cedido o, incluso, de que tenga conocimiento del cambio subjetivo operado en el lado activo de la relación de obligación, salvo a los fines previstos en el artículo 1527 del Código Civil.

**Contrato de cesión de créditos: eficacia.**—La cesión produce el efecto de una inmediata transmisión, a favor del cesionario, del crédito del cedente contra el deudor cedido. No es necesario para ello acto alguno complementario; en particular, un traspaso posesorio a modo que tradición, pese a estar el negocio regulado en el Código Civil en el título de la compraventa.

**Contrato de cesión de créditos: perfección.**—Perfeccionada la cesión por el consentimiento de cedente y cesionario, éste adquiere desde entonces la titularidad del crédito, con el mismo contenido que tenía para aquel, la cesión legítima al cesionario para reclamar a los deudores el pago de lo debitado.

**Contrato de cesión de créditos: posición del deudor cedido.**—La doctrina tradicional al respecto considera que el deudor cedido no es parte del contrato de cesión de crédito, de modo que no se necesita su consentimiento para que quede perfeccionado. La jurisprudencia ha declarado que si el deudor cedido paga la deuda a su acreedor originario antes de haber tenido conocimiento de la cesión, queda libre de la obligación contraída y nada le puede reclamar el nuevo acreedor. (**STS de 3 de noviembre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La sindicatura de la quiebra de *L. S. A.*, interpuso demanda contra la mercantil *A. S. A.* solicitando el reintegro a la masa de la quiebra de determinadas cantidades que había recibido la demandada durante el periodo de retroacción. El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Benidorm desestimó la demanda. La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso interpuesto por la sindicatura actora. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación instada (*N. D. L.*)

**34. Contrato de compraventa. Causa del contrato: Intrascendencia del móvil subjetivo, salvo que sea causalizado integrándose en la función objetiva del negocio jurídico.**—El móvil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición (SSTS de 19 de noviembre de 1990, 4 de enero

de 1991, 28 de abril de 1993 y 11 de abril de 1994). Sin embargo, puede darse el caso que el móvil se incorpore a la causa (es el móvil causalizado) y tenga trascendencia como tal elemento del negocio jurídico. (STS de 21 de diciembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Mediante dos contratos de compraventa la entidad compradora, demandante, compra todas las acciones de una sociedad, demandada, con la intención de explotar un hotel. Resultó que el hotel tenía graves deficiencias estructurales y aluminosis. Por ello, la entidad actora demandó a los titulares de las acciones vendidas, interesando que se declarara que las ventas no se referían a las acciones, sino al propio hotel y, en consecuencia, se declarase que los vendedores habían incumplido el contrato, o subsidiariamente, *actio quanti minoris*, o subsidiariamente, ocultación en el balance del pasivo consistente en la necesidad de reparaciones. El juzgado desestimó la demanda por entender que el objeto de las ventas eran las acciones y que la sociedad compradora pudo conocer, durante el año que duraron las negociaciones, el estado del inmueble. La audiencia revocó el fallo de primera instancia y, al considerar el móvil causalizado, declaró que las ventas tuvieron por objeto la adquisición del hotel, por lo que acogió el incumplimiento de las ventas por las graves deficiencias estructurales. El TS casa esta sentencia y confirma la del juzgado. (I. D.—L.)

**35. Resolución de la compraventa de inmuebles por falta de pago del precio.**—La base esencial para la aplicación del artículo 1504 CC es el incumplimiento de la obligación por parte del comprador. La jurisprudencia había exigido, dando un sentido subjetivo, una «voluntad deliberadamente rebelde frente al cumplimiento de la obligación» o un «propósito deliberado de incumplir», pero abandonó esta línea y pasó a exigir, con un sentido objetivo, el «incumplimiento inequívoco y objetivo» (STS de 24 de febrero de 1990), «frustración de las legítimas aspiraciones de los contratantes y del fin del contrato» (SSTS de 2 de julio de 1992 y 24 de febrero de 1993), «es suficiente que se frustre el fin del contrato» (SSTS de 30 de julio de 1997 y 11 marzo de 2002), «frustrando así el fin específico perseguido por las partes al contratar» (STS de 3 de abril de 2000), «hecho objetivo del incumplimiento no justificado» (SSTS de 15 de julio de 2003 y 18 de octubre de 2004), conceptos que recogen y reiteran las SSTS de 2 de febrero y 9 de marzo de 2005. Producido el incumplimiento y practicado el requerimiento resolutorio, «éste produce efectos resolutivos *ipso iure*, por lo que sólo habrá de acudir a la vía judicial cuando el incumplidor lo desatiende y no se allana al mismo» (STS de 7 de noviembre de 1997), matizando la de 29 de abril de 1998 que la resolución contractual *ex* artículo 1504 CC no tiene carácter bilateral o judicial, sino unilateral, produce sus efectos sin necesidad de contar con el consentimiento de la contraparte, si bien, caso de que ésta no la admita, serán los Tribunales los que declaren que está bien o mal hecha, pero sin que hasta la sentencia deje de producir sus efectos. El vendedor recupera desde luego la plenitud de facultades sobre lo vendido, y si transmite a tercero, éste puede quedar afectado, en su caso, por el fallo de los Tribunales salvo que esté protegido por los efectos de la buena fe.

Los efectos resolutorios se producen «*ex tunc*», por lo que una vez resuelto el derecho, quedan igualmente resueltos los derechos que sobre aquél se hubieran podido constituir, con la excepción de la protección que se dispensa a los adquirentes de buena fe y a los terceros amparados por la fe pública registral, que no impide que se produzca la resolución del contrato sino que limita el alcance restitutorio de la misma, dado que aquel precepto sólo trata de proteger los derechos de terceros adquirentes; en tal caso la obligación de restitución se transforma en una obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados al vendedor, de acuerdo con el último párrafo del artículo 1295 CC (STS de 24 de julio de 1999).

La parte que puede exigir la resolución es únicamente la que ha cumplido su obligación o está dispuesto a cumplirla, es decir, el sujeto «cumplidor», y no puede pretender la resolución si no ha cumplido su recíproca obligación (SSTS de 20 de junio de 1990, 15 de julio y 25 de noviembre de 1991, 30 de noviembre de 1992, 15 de julio de 1999, 29 de enero de 2000 y 14 de marzo de 2003). Si el vendedor no cumple y no va a cumplir, pues no puede entregar la cosa vendida en su integridad por una ocupación de tercero, no puede exigir la resolución a la otra parte.

**Liquidez de la deuda.**—La jurisprudencia había mantenido, un tanto exageradamente, el principio de *iliquidis non fit mora*, pero cambió hace más de una década (SSTS de 2 de abril de 1997 y otras del mismo año, hasta la de 3 de diciembre de 2001), y la reciente de 9 de febrero de 2007 afirma que la función resarcitoria de la tardanza que cumplen las condenas al pago de los intereses moratorios, unida a la natural productividad del dinero (la STS de 5 de marzo de 1992 calificó la condena al abono de intereses producidos por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora y destacó que si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar el suma, y ello no por tratarse de una deuda de valor, sino también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos —léase frutos civiles o intereses— no parece justo que los produzcan a favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor), así como a la existencia de diversidad de grados de indeterminación de las deudas, a la progresiva revisión de los criterios de imputación al deudor del retraso en el cumplimiento, basados tradicionalmente en la idea de culpa (que fue negada respecto de quien ignora lo que realmente debe: *non potest improbus videri, qui ignorat quantum solvere debeat*: Digesto 50.17.99) y a la comprobación empírica de que los relatados criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor, al que le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada (como recuerdan las SSTS de 20 de diciembre de 2005 y 31 de mayo de 2006). (STS de 19 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El 2 de febrero de 2001, la Mutualidad M., como vendedora, y la Unión Temporal de Empresas (UTE) formada por N., S. A. y P., S. A., como compradora, celebraron un contrato de compraventa de tres inmuebles, de cuyo precio se abonó una parte y el resto se pagaría al tiempo de otorgar escritura pública, fijada

para el día 28 de diciembre siguiente, en que la UTE compradora pagaría además una cantidad en concepto de intereses al 7,5% a no ser que se otorgara anteriormente, pactándose también cláusula penal de perder la UTE compradora las cantidades abonadas, si no pagaba el resto del precio. El 30 de noviembre, la Mutualidad vendedora requirió a la UTE compradora para el otorgamiento de escritura pública, acompañando minuta de la misma. El 28 de diciembre, la UTE compradora remitió a la Mutualidad vendedora burofax en el que le comunicaba que no comparecería en la notaría al comprobar que se había producido una ocupación parcial de uno de los inmuebles, y la requería para «previo saneamiento de todos y cada uno de los incumplimientos referidos» y se fijara nueva fecha para el otorgamiento de la escritura, por lo que en la fecha prevista para otorgar la escritura de compraventa no se presentó la UTE ni pagó el precio. El 31 de diciembre, la Mutualidad vendedora notificó a la UTE compradora la resolución del contrato y la aplicación de la cláusula penal. El 26 de marzo de 2002, la Mutualidad celebró nuevo contrato de compraventa de las mismas fincas con *C., S. L.* como compradora, por un precio notablemente superior; contrato que se dejó sin efecto por mutuo disenso; y el 19 de noviembre de 2002 otro en que la compradora es *G., S. L.*

Al año siguiente, 2003, la UTE demandó a la Mutualidad, solicitando la resolución del contrato de compraventa de 2 de febrero de 2001 y la devolución de la cantidad entregada con los intereses del 7,5% desde aquella fecha (o subsidiariamente, al interés legal), y una indemnización por daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La sentencia fue apelada por la UTE demandante y la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocando la sentencia del Juzgado, y, declarando la resolución del contrato, ordenó la devolución a la UTE de la cantidad que había abonado a la firma de aquel contrato, con los intereses al 7,5%, y condenó a la Mutualidad a indemnizarle en un millón de euros. Contra esa sentencia, la Mutualidad recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

**36. Contrato de permuta.**—En el negocio jurídico de entrega de solar a cambio de obra futura la parte contratante que entrega la parcela, generalmente en una posición más débil frente a los eventuales incumplimientos del constructor, se protege en los propios contratos por diversas vías: la principal la conservación de la propiedad de la parcela y, además, la facultad de elección de los propietarios de la parcela, antes de su entrega con efectos traslativos o tradición, de recibir a cambio dinero o parte de la edificación [STS de 27 de abril de 2009 (PROV 2009, 218145)].

La permuta y la compraventa se consideran por el Código Civil como contratos tan próximos entre sí que su art. 1541 CC prevé la aplicación de las disposiciones concernientes a la venta en todo lo no determinado por los artículos que regulan la permuta (**STS de 3 de noviembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El 22 de enero de 1990 se celebra un contrato que fue modificado por otro de 11 de abril de 1992, ambos plasmados por escrito en documento privado. Aunque ambos contratos fueron denominados de «compraventa», lo cierto es que tanto en uno como en otro se facultaba a una de las partes contratantes, dueña de una parcela que la ponía a disposición de la otra, para que ésta edificara sobre la misma hasta un máximo de veinticuatro chalés adosados, dando a la otra parte la posibilidad de optar entre recibir a cambio dinero, 50 millones de ptas., o seis de los chalés totalmente terminados.

La parte vendedora, titular de esa posibilidad de elección, interpuso demanda el 17 de febrero de 2003 para que se declarase ajustada a derecho la resolución de ambos contratos, ya que la parte compradora se había limitado a ejecutar algunas obras de excavación y a iniciar la cimentación de un solo chalé, sin que cupiera ya esperar el cumplimiento del contrato porque la compradora, una sociedad limitada, carecía de actividad y, además, la licencia para la obra había caducado.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y su fallo fue confirmado por la sentencia de apelación que desestimó el recurso interpuesto.

NOTA.—En este caso el Tribunal Supremo entendió que se pactó una clara obligación de la parte compradora de construir sobre la parcela antes de que la parte vendedora manifestase su opción por la entrega de dinero o la entrega de seis de los chalés construidos, como con acierto interpretaron las sentencias de ambas instancias, de forma que, desde la perspectiva del art. 1274 CC, los dos contratos litigiosos integran un negocio jurídico oneroso en el que la edificación de la parcela era causa negocial como contraprestación que en su día había de completarse mediante la entrega de 50 millones de ptas. o de seis chalés.

La doctrina y la jurisprudencia han reconocido desde hace tiempo dada su habitualidad este negocio jurídico atípico de puesta de disposición de solar a cambio de obra futura o dinero, a elección del propietario del solar, garantizado mediante la conservación por éste de la propiedad, la fijación de unos plazos para obtener licencia de obras y la propia facultad de elección, garantía en sí misma frente a retrasos o mala ejecución de los chalés. (*M. C. L. J.*)

**37. Permuta. Adquisición de la propiedad. Sistema del título y modo.**—El art. 609 CC exige para la adquisición de la propiedad, el título y el modo, es decir, la causa de la transmisión, el título, y la entrega. Por ello, el art. 1095 CC dirá que el acreedor «[n]o adquirirá derecho real» sobre la cosa «hasta que le haya sido entregada». Y si bien es cierto que algunas veces el traspaso posesorio por sí solo no tiene el efecto de transmitir la propiedad, sin traspaso posesorio no existe transmisión, aunque haya título.

Para que se produzca la adquisición de la propiedad, el Código civil admite algunos sistemas no materiales de traspaso posesorio, tal como se establece en los arts. 438 y 1462, 163 y 1464 CC, de modo que lo que debe cumplirse es la exigencia del art. 1462 CC de que la cosa «se ponga en poder y posesión del comprador», regla coincidente con la del art. 438 CC, que

admite que se ha adquirido la posesión cuando la cosa o derecho queden sometidos a la acción de la voluntad de quien adquiere la posesión.

Este esquema inicial debe completarse con otro elemento: deben coincidir la voluntad de quien entrega y la de quien recibe, de modo que el efecto traslativo de la entrega solamente tiene lugar cuando ambas concuerdan. Aunque no sea necesaria una declaración especial del adquirente para conseguir la propiedad, lo que sí resulta cierto es que cuando hay una negativa expresa a aceptar lo que el *tradens* le ofrece, no se va a producir la adquisición (STS de 13 de noviembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—D.<sup>a</sup> Ana acordó con los hermanos Andrés, Jaime y Fernando la cesión de la parte de una finca, adquirida en copropiedad por herencia, a cambio del 23% de las viviendas que iban a construir los promotores. El contrato se otorgó en documento privado el 10 de febrero de 1969, acordándose que se otorgaría la escritura pública cuando las viviendas estuviesen en condiciones de ser entregadas. El 15 de noviembre de 1971, el hermano de D.<sup>a</sup> Ana, D. Luis otorgó otro contrato de similares características con los mismos promotores, a cambio del 27% de las viviendas construidas en relación a su cuota en el terreno en copropiedad con D.<sup>a</sup> Ana. Las viviendas construidas en las dos parcelas fueron 118. De acuerdo con los porcentajes establecidos en los respectivos contratos, correspondía repartir a los diferentes vendedores un total de 30 viviendas: a D.<sup>a</sup> Ana correspondían 14 viviendas, de las que se le entregaron 7, y a su hermano D. Luis, 16. En la realidad, y habiendo ya fallecido sus titulares, los herederos de D. Luis recibieron 23 pisos y los de D.<sup>a</sup> Ana, 7, faltando otros tantos por recibir. El 19 diciembre 1974, D. Luis y D.<sup>a</sup> Ana otorgaron a favor de los hermanos Andrés, Jaime y Fernando una escritura por la que los hermanos Ana y Luis vendían dicha finca a *Hermanos A., S. A.* Debido a una serie de desavenencias en la ejecución del contrato, D. Desiderio intentó en 1982 un acto de conciliación con los herederos de D.<sup>a</sup> Ana, sobre cumplimiento de obligaciones y ofreció la entrega de las llaves de los 7 pisos que aun faltaba por adjudicar. La parte demandada se opuso al acto de conciliación. Los herederos de D.<sup>a</sup> Ana interpusieron demanda sobre acción declarativa de dominio. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. *Hermanos A.* interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia apelada.

NOTA.—Aplicando la teoría del título y del modo al supuesto en cuestión, el Tribunal Supremo llega a las siguientes conclusiones en este caso: 1.<sup>a</sup> La cesión de solar a cambio de unos pisos o locales en los inmuebles a edificar se realizó en documento privado; este contrato constituye el título para la adquisición de la propiedad de los pisos, físicamente inexistentes en el momento del otorgamiento del contrato. 2.<sup>a</sup> Los constructores entregaron a los herederos de D.<sup>a</sup> Ana siete de los catorce pisos que les correspondían, de acuerdo con los porcentajes pactados en el contrato privado. Sobre estos pisos los herederos de D.<sup>a</sup> Ana adquirieron la propiedad. 3.<sup>a</sup> Los constructores ofrecieron en el acto de conciliación celebrado en 1982, las llaves de los siete pisos restantes, que fueron

rechazadas. Para el Alto Tribunal, no puede deducirse de estos hechos que se hubiera producido una entrega traslativa y que, en consecuencia los herederos de D.<sup>a</sup> Ana hubiesen adquirido la propiedad, porque rechazaron la oferta hecha. En consecuencia, los herederos de D.<sup>a</sup> Ana tenían el título a su favor, el contrato de permuta de solar por obra nueva, pero carecían de modo, al no haberse efectuado la tradición, ya que rechazaron la entrega de las llaves. Como consecuencia de todo ello los herederos de D.<sup>a</sup> Ana no adquirieron nunca la propiedad de los siete pisos que reclamaban. Por ello, no podían ejercitar ninguna acción declarativa de dominio, porque ésta tiene como finalidad la declaración de que el demandante es el propietario de la cosa frente a quien le discute este derecho o se lo atribuye [SSTS de 14 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2046), 10 de julio de 1992 (RJ 1992, 6277), 19 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1166) y 2 de julio de 2009 (PROV 2009, 327931) y según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se exigen para ella los mismos requisitos que la acción reivindicatoria, es decir, según la sentencia de 14 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2046), la presentación de un título que acredite la adquisición de la propiedad de la cosa y la perfecta identificación de la misma, aunque no es necesario que el demandado esté poseyéndola (asimismo, SSTS de 23 marzo 2001 (RJ 2001, 4759)]. En definitiva, para el Tribunal Supremo en esta sentencia no se cumplían los requisitos de la acción declarativa, al no haber adquirido los demandantes la propiedad de los pisos que se reclaman. El Alto Tribunal reconoce que es posible que los demandantes tuvieran la intención de interponer una acción por incumplimiento de contrato, más ajustada a la finalidad perseguida para exigir el cumplimiento de lo pactado, pero ejercitaron una acción real. Sin embargo, los Tribunales no pueden alterar las peticiones de las partes, que serán estimadas o no de acuerdo con la correcta aplicación de las reglas jurídicas que regulen la situación de hecho. (M. C. L. J.)

**38. Contrato de permuta sobre obra futura. Determinación del objeto del contrato.**—La STS de 23 de febrero de 2007 considera el concepto de determinabilidad en estos términos: el artículo 1271, párrafo primero, CC admite la posibilidad de que el objeto del contrato sea una cosa futura; no importa que la cosa no tenga existencia real en el momento de celebrar el contrato, sino basta una razonable probabilidad de existencia. Ello no es incompatible con la certeza, la cual se refiere a la determinación o identificabilidad, no a la existencia (artículos 1273, 1445, 1447 CC). La falta de determinación deja el contrato al arbitrio de cada uno de los contratantes, por lo que afecta al principio de la «*necessitas*» que es esencia de la obligación. El objeto está determinado cuando consta individualizado o existen elementos suficientes para conocer su identidad de modo que no hay duda sobre la realidad objetiva sobre las que las partes quisieron contratar. La determinación supone que hay identificabilidad, de modo que el objeto no puede confundirse con otros distintos, el acreedor conoce lo que puede exigir y el deudor lo que tiene que entregar para cumplir su obligación. La jurisprudencia admite que es suficiente la «determinabilidad», situación en que no hay determinación inicial, en el momento de perfeccionarse el vínculo, pero sí cabe la

determinación posterior, siempre que no sea necesario un nuevo convenio o acuerdo entre los contratantes para su fijación. Para ello es preciso que el contrato contenga en sus disposiciones previsiones, criterios o pautas que permitan la determinación (entre otras, SSTS de 12 de abril de 1971, 16 de octubre de 1982, 9 de enero de 1995, 10 de octubre de 1997, 3 de marzo de 2000, 8 de marzo de 2002, 25 de abril de 2003 y 12 de noviembre de 2004). Cuando se trata de una cosa genérica —cosa determinada por su género (STS de 21 de octubre de 2003)—, cuya calidad y circunstancias no se hubieran expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior (artículo 1167 CC). Se trata de un supuesto de relativa indeterminación del objeto que no es obstáculo para la existencia del contrato (SSTS de 21 de octubre 1992 y 16 de marzo de 1998).

**Cláusula *rebus sic stantibus*.**—La doctrina y la jurisprudencia han aceptado la posibilidad de revisión de un contrato con aplicación del principio general de la cláusula *rebus sic stantibus*, que exige los requisitos de alteración de las circunstancias entre el momento de la perfección del contrato y el de consumación, desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, lo que se ha de haber producido por un riesgo imprevisible, y, por último, la subsidiariedad por no haber otro remedio. Lo cual puede dar lugar no a la extinción del contrato sino a su modificación y revisión. Así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia, desde las SSTS de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941 y 17 de mayo de 1957, recogidas, entre otras muchas posteriores, por la de 17 de noviembre de 2000 y la de 1 de marzo de 2007. (STS de 20 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don Belarmino y su esposa por una parte, y don Héctor y don Sabino (que cedió el contrato a V, S. A.) por otra, realizaron en 1976 un contrato de permuta de cosa futura. Los primeros eran propietarios de unos terrenos, y don Belarmino se obligaba a redactar el correspondiente plan parcial para la conversión de los terrenos en solares edificables, y una vez convertidos los recibirían don Héctor y don Sabino y construirían un edificio en el que entregarían a aquéllos el 11,50% de viviendas y locales. El plan parcial se aprobó con mucho retraso, en 2001, y el contrato quedó sin cumplirse.

Doña Fátima, doña Rosario, don Benjamín, doña Carmen y doña Mariana, como causahabientes del indicado matrimonio propietario de los terrenos, interpusieron demanda de juicio ordinario contra don Héctor, herencia yacente o herederos de don Sabino y V, S. A., en la que solicitaba la declaración de inexistencia de derecho alguno en relación con el contrato o la nulidad del mismo; es decir, la declaración de que están absolutamente liberados de toda obligación.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, haciendo constar explícitamente la eficacia del contrato. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia. Contra esa sentencia, aquéllos recurrieron por infracción procesal y en casación, siendo desestimados ambos recursos por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia de la Audiencia. (F. J. J. M.)

**39. Donación de inmueble bajo condición: Cumplimiento: Donación de fundación a fundación.**—En la donación de un inmueble, vendido luego por importe de 534 millones de las antiguas pts. se establece que la donataria no podrá enajenar por ningún título el inmueble referido mientras viva la persona que comparece en nombre de la fundación donante en calidad de administrador mancomunado, salvo que dicha transmisión sea aceptada previamente y de forma expresa por el mismo. Pero de los hechos probados en la sentencia recurrida se infiere que la persona a cuya autorización se vinculaba la facultad de enajenar el inmueble intervino activamente en la enajenación del mismo, que tuvo lugar mediante subasta y adjudicación al mejor postor, ya que actuó como enlace de la fundación donataria para su preparación, permitió que se iniciaran las negociaciones para la compraventa, actuó como destinatario de posturas en la subasta organizada y se involucró en el procedimiento de enajenación, de donde cabe presuponer que prestó su consentimiento a la enajenación efectuada a quien efectuase la mejor oferta. En suma, la entidad donataria cumplió la limitación impuesta en el título cuya inscripción se había omitido en el asiento registral.

**Responsabilidad del Registrador que omite en la inscripción la prohibición de enajenar la donataria: Nexo de causalidad:** El art. 296 LH establece la responsabilidad civil de los Registradores de la propiedad de los daños y perjuicios que ocasionen por la falta de inscripción de los títulos, por error o inexactitud cometido en los asientos, por falta de cancelación o cancelación indebida y por error u omisión en las certificaciones. Con carácter general el art. 300 párr. 1.º LH dispone asimismo que el que por error, malicia o negligencia del Registrador perdiere un derecho real o la acción para reclamarlo podrá exigir del mismo Registrador lo que hubiere perdido. La jurisprudencia interpreta estos preceptos con arreglo al principio de resarcimiento universal del daño causado mediante culpa o negligencia, cuya aplicación debe hacerse al amparo del art. 1902 CC, examinando si concurren los presupuestos de un daño o un interés protegido por el Derecho, de culpa o negligencia del agente, y de un nexo de causalidad entre la conducta de éste y el daño producido que permita su imputación (SSTS de 15 de marzo y 18 de mayo 2006, entre otras). En el presente caso no se aprecia la existencia del nexo de causalidad entre el daño que puede haber sufrido el demandante y la omisión en el asiento registral de la cláusula en que se contenía la limitación de la disposición del bien donado, pues la persona designada para ello prestó el consentimiento para su enajenación en la forma en que fue llevada a cabo, siendo innecesario examinar la cuestión relativa a la procedencia o no de inscribir la cláusula controvertida, sobre la que ha versado gran parte de la controversia procesal (**STS de 2 de diciembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Caso interesante por estar involucradas en el mismo dos Fundaciones que persiguen similares objetivos, así como por la notable valoración que alcanzó la finca donada al ser enajenada por 534 millones de antiguas pts equivalente a 3.209.404,64 euros. Ninguna duda de la capacidad de las fundaciones para donar, siendo el negocio jurídico que habitualmente realizan en el tráfico; ni de la validez de una donación condicional en general, en virtud de la remisión del art. 621 CC. En ambas instancias se entiende cumplida la condición impuesta a la Fundación donataria, de aprobación del acto dispositivo que la Fundación donante

especificó que fuera expresa y previa al acto dispositivo. Creo que, además, se hubiera podido invocar por la demandada la doctrina de los actos propios o, en último caso, la manifestación del consentimiento a través de actos concluyentes (que también son expresos). Creo defendible la opinión de tratarse de una prohibición de enajenar inscribible en el RP (conforme al art. 26-3.<sup>a</sup> LH), si bien en el caso parece que los interesados no recurrieron de la calificación negativa del Registrador, aunque se trate de una cuestión, en realidad, ajena al debate como dice la sentencia anotada. *Vide* últimamente, sobre el tema en general, Cano Martínez de Velasco, *Las prohibiciones de disponer o la fuerza constitutiva del Registro* (Madrid 2006). (G. G. C.)

**40. Arrendamientos urbanos sometidos a la LAU de 1964 y al RDL 2/1985, sobre exclusión del régimen legal de prórroga forzosa del artículo 57. Para que el sistema de prórroga forzosa rija en el contrato es necesario que así se haga constar por acuerdo expreso.**—Nada impide que, si las partes lo acuerdan, los arrendamientos posteriores a la entrada en vigor del RDL 2/1985 puedan someterse al régimen de prórroga forzosa establecido en el art. 57 LAU de 1964. Pero en tal caso es necesario que exista un acuerdo expreso de sometimiento, ya que en caso contrario hay que estar a la norma general, a saber, la duración del contrato por el tiempo convenido. La existencia de tal acuerdo puede inferirse de modo implícito —que no tácito— de los propios términos del contrato. Pero, en estos casos, la deducción de duración indefinida debe ser clara y terminante. No concurre este efecto cuando la cláusula es dudosa y permite justificar tanto la inclusión como la exclusión de la prórroga forzosa. La oscuridad de la estipulación impide, a partir de la vigencia del RDL 2/1985, entender que el contrato está sometido al régimen legal de prórroga forzosa. (STS de 29 de diciembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr D. Román García Varela.]

HECHOS.—En 1991 se concertó un contrato de arrendamiento de local de negocio entre *DIGG, S. L.* —como arrendadora— y don Santiago —como arrendatario—, sometido a la LAU de 1964 y acogido al RDL 2/1985, de exclusión de la prórroga forzosa. En el contrato se preveía, no obstante la aplicación del mencionado Real Decreto-ley, que a la extinción del plazo pactado podían celebrarse nuevas prórrogas trianuales. Prorrogado tácitamente en dos ocasiones, la arrendadora requirió al inquilino para manifestarle su voluntad de no continuar con el contrato. El arrendatario demandó la declaración de estar sujeto el arrendamiento al régimen de prórroga forzosa. La arrendadora se opuso y reconvino la declaración de haber quedado resuelto. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Barcelona dieron la razón al actor arrendatario. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la arrendadora. (L. A. P. M.)

**41. Segunda enervación del desahucio.**—Queda excluida terminantemente por el párrafo segundo del apdo. 4 del art. 22 LEC de 2000 la posibilidad de una segunda enervación del desahucio. El pago de la renta del arren-

damiento de un local de negocio, fuera de plazo y después de presentada la demanda de desahucio, no excluye la aplicabilidad de la resolución arrendaticia, y ello aunque la demanda se funde en el impago de una sola mensualidad de renta, sin que el arrendador venga obligado a soportar que el arrendatario se retrase de ordinario en el abono de las rentas periódicas.

**Resolución del contrato por el arrendador. Abuso de derecho.**—Al arrendador no le es indiferente el momento en que se le pague la renta estipulada, y el abuso de derecho estará no tanto en el arrendador que pretenda resolver el contrato por impago puntual de la renta cuanto en el arrendatario que persista en su impuntualidad. Por eso la enervación del desahucio no puede entenderse ya como un «derecho procesal» que menoscabe el derecho sustantivo del arrendador a que se le pague la renta puntualmente, sino como una oportunidad que la propia ley administra cuidadosamente atendiendo a razones sociales de cada momento histórico, y de ahí que no quepa obligar al arrendador a interponer una demanda tras otra cuando resulta que no depende de él el momento en que sus reclamaciones vayan a ser conocidas por el inquilino y, en cambio, sí depende de éste el pago puntual de la renta (STS de 26 de marzo de 2009). (**Sentencia de 30 de octubre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Con fecha 10 de abril de 1985, D. Agustín (arrendatario) suscribió con D. Antonio (arrendador) un contrato de arrendamiento sobre local de negocio siendo la renta correspondiente para el año 2002 la de 48.984,24 euros anuales, IVA incluido (4.082,02 euros al mes), que debía ser satisfecha por meses adelantados. Según la cláusula segunda, incluida en las condiciones del contrato, al dorso, «el atraso de quince días en el pago de alquileres se estima como causa suficiente para incoar el desahucio».

El 5 de julio de 1998, el Juzgado en proceso de desahucio seguido entre las mismas partes, dictó sentencia declarando enervada la acción. El 2 de julio de 2002 la arrendadora presentó demanda de reclamación de rentas y de desahucio por falta de pago frente al arrendatario, por adeudar la renta correspondiente al mes de junio de ese mismo año. En la demanda se indicaba que no cabía ya enervar la acción por haberse hecho en otra ocasión anterior, aunque el Juzgado no lo mencionó en el auto de 30 de julio. El 9 de septiembre el arrendador advirtió al Juzgado que la renta ya había sido satisfecha, por lo que solicitaba se siguiera el juicio sólo para resolver sobre el desahucio, lo que así se acordó por providencia de 15 de octubre de 2002, aunque indicándose que podía enervarse la renta pese a que la demanda indicaba lo contrario, celebrándose la vista el 25 de febrero de 2003, y acreditándose que el importe de la deuda arrendaticia había sido remitido a la arrendadora por giro urgente el 10 de julio de 2002. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta por el arrendador. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la confirmó.

NOTA.—La controversia gira en torno a si, en un proceso de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas, promovido después de otro en el que ya se había declarado enervada la acción conforme al párrafo primero del apdo. 4 del art. 22 LEC de 2000 procede o no decretar el desahucio a pesar de que el demandado pague o consigne la renta debida sólo con unos días de retraso

respecto del plazo estipulado en el contrato y antes de haber sido citado para la vista del juicio verbal. La sentencia dictada por la Audiencia, confirmatoria de la dictada en primer grado, sigue el criterio de considerar el mero retraso como un verdadero incumplimiento por lo que estima la demanda y la acción de desahucio en ella ejercitada. La Audiencia valora la conducta de la parte arrendataria de no pagar en el plazo contractualmente estipulado como un auténtico incumplimiento resolutorio y no como simple retraso o cumplimiento tardío, y ello por cuanto el contrato señalaba con claridad que la renta debía abonarse por meses anticipados y que el mero atraso de quince días en el pago era causa suficiente para incoar el desahucio.

La sentencia anotada sigue la doctrina de las SSTS de 24 de julio de 2008 (RJ 2008, 4625) y 26 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1750) (en este caso, como en los analizados por estas sentencias, había mediado una anterior enervación de la acción y se había impagado la renta que se abonó después de interpuesta la demanda) y considera la existencia de un verdadero incumplimiento resolutorio, referidas al rigor de la obligación de pagar la renta según el art. 114.1.ª LAU de 1964, –que hace que el impago de una sola mensualidad se contemple como causa de resolución del contrato y no como mero retraso en el cumplimiento–, y sobre la inexistencia de abuso de derecho por parte del arrendador que, en caso de impago, ejercita la acción de desahucio (*M. C. L. J.*)

**42. Cesión del contrato de arrendamiento de vivienda. Legislación aplicable.**–El artículo 115.5.ª de la LAU de 1964 autorizaba al arrendador a resolver el contrato de arrendamiento urbano, sea de vivienda o de local, de negocio, por «*La cesión de vivienda o el traspaso de local de negocio realizado de modo distinto del autorizado en el cap. IV de esta ley*», entre cuyos requisitos está el consentimiento del arrendador como esencial para la eficacia jurídica del negocio de cesión. La norma es similar al artículo 8 de la LAU de 1994, que supedita la validez de la cesión al consentimiento del arrendador, con la diferencia de que el consentimiento tiene que ser escrito, sin lo cual se confiere al arrendador la facultad de promover la resolución de pleno derecho del contrato de arrendamiento, al amparo del artículo 27.2 c), que contempla como causa de resolución la cesión inconsentida.

**Resolución del contrato de arrendamiento por cesión inconstituida.**–No se considera como causa resolutoria del contrato de arrendamiento por cesión de una vivienda la mera designación en la vivienda de un domicilio social, sin ocupación o aprovechamiento real. (**STS de 16 de octubre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijás Quintana.]

**HECHOS.**–La parte arrendadora interesó la resolución del contrato de arrendamiento de vivienda, que había celebrado con el arrendatario en el año 1996, al considerar que concurrían dos causas de resolución atendido el contenido del artículo 114 de la LAU: 1.ª cesión de vivienda no consentida por el propietario en cuanto el hijo del arrendatario, junto con tres personas ajenas a la familia, había constituido la sociedad A.C. SL, fijando su domicilio social en la vivienda arrendada y 2.ª transformación de la vivienda en

local de negocio por cuanto en la vivienda se venía desarrollando una actividad mercantil.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revoca declarando resuelto el contrato de arrendamiento y condenando al arrendatario a desalojar la vivienda.

NOTA.—El caso resuelto por la sentencia anotada se dirige a dirimir la controversia y fijar como doctrina si es o no necesario para estimar la causa resolutoria que se produzca la ocupación y posesión del bien arrendado, una ocupación material o física de la finca arrendada, o si, por el contrario, aquella alcanza a la meramente jurídica que, sin implicar una inmediata relación material, produce el consiguiente reproche jurídico para el cesionario, bastando por tanto la mera presunción de introducción de un tercero, como la designación domiciliaria, aunque esta sea meramente nominativa, y sin otra actividad reconocida jurídicamente valorable.

Para el Tribunal Supremo, al igual que para el Juzgado de Primera Instancia, existe jurisprudencia contradictoria y consideran que para resolver el contrato por cesión incontestada, conforme al artículo 114.2 y 5 de la LAU de 1964, debía acreditarse una domiciliación social acompañada de una ocupación real de la finca, o lo que es lo mismo, un uso efectivo, lo que no concurría en el caso enjuiciado en la medida en que se había acreditado que la sociedad desarrollaba su actividad didáctica en la localidad de Cartagena y que la vivienda litigiosa no se había transformado en local de negocio constituyendo el domicilio del demandado y su esposa. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial revoca la del Juzgado declarando resuelto el contrato de arrendamiento y condenando al demandado a desalojar la vivienda.

En esta materia existe jurisprudencia contradictoria, como sentencias que mantienen el criterio de que no es necesaria una ocupación efectiva de la vivienda para apreciar la causa de resolución: *vid.* SSTs de 3 de julio de 1956; 18 y 21 de enero, 8 y 19 de junio, 2 de julio de 1957; 31 de junio de 1961; 28 de febrero de 1986 (RJ 1986, 864); 6 de abril de 1987 (RJ 1987, 2491); 25 de enero de 1988 (RJ 1988, 141) y 10 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9892). Esta corriente jurisprudencial entiende que la cesión es independiente de la ocupación material del inmueble, de tal forma que basta con la domiciliación de una persona jurídica distinta de la arrendataria en el inmueble arrendado, sin necesidad de uso efectivo u ocupación de la vivienda, para apreciar la causa de resolución por cuanto se trata de una figura que se caracteriza por el goce o uso del objeto arrendado en cualquiera de las formas que sea susceptible. El hecho de establecer una sociedad en la escritura constitutiva su domicilio social en el local arrendado, con su correspondiente inscripción en el Registro Mercantil, se considera suficiente.

La postura contraria, parte de la consideración de que resulta necesaria la ocupación efectiva de la vivienda por un tercero para apreciar una cesión no consentida por lo que de no existir aquella, no procede la resolución del contrato: *vid.* SSTs de 7 de enero de 1954; 10 y 19 de febrero, 7 de abril, 10 de junio de 1958; 17 de

febrero y 7 de octubre de 1958; 18 de abril y 15 de octubre de 1960; 13 de enero de 1962; 26 de febrero, 7 de abril y 23 de junio de 1965; 17 de mayo y 5 de julio de 1967; 30 de abril, 2 y 19 de junio, 10, 24 y 29 de noviembre de 1969; 14 de marzo de 1970; 4 y 12 de noviembre de 1971; 29 de febrero de 1972 y 13 de enero y 14 de junio de 1974; 6 de abril (RJ 1987, 2491) y 8 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3388); 16 de marzo (RJ 1988, 1971) y 20 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4320); 5 de abril de 1989 (RJ 1989, 2993); 10 (RJ 1993, 9892) y 20 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 10091); 2 de junio de 1994 (RJ 1994, 4572); 1 de julio de 1996 (RJ 1996, 5546) y 20 de enero (RJ 1997, 116). (M. C. L. J.)

**43. Acción de retracto. *Dies a quo*.**—El art. 88 de la Ley de Arrendamientos Rústicos (LAR) de 1980 impone claramente como *dies a quo* para ejercitar la acción de retracto la notificación al arrendatario que exige el artículo 87 de la misma ley y si el arrendador no cumple el deber que le impone la ley, el plazo es de sesenta días hábiles a partir de la fecha en que, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión.

La buena fe precontractual exige que el arrendador que enajena la finca informe puntualmente al arrendatario de su propósito de enajenar y no puede pensarse que el incumplimiento de tal deber le resulte beneficioso. No pueden las partes que realizaron la transmisión de la finca y que no cumplieron el deber que impone el artículo 87 de la LAR de 1980, faltando así a la buena fe precontractual, pretender aprovecharse y beneficiarse de ello y buscando una interpretación que les es favorable de la norma, burlar el derecho de retracto que la ley reconoce al arrendatario, como expresión de la función social del derecho de propiedad. En el retracto arrendaticio rústico, la inscripción en el Registro de la Propiedad no supone el conocimiento cabal, preciso y exacto, ni es presunción *iuris et de iure* del mismo, que constituya el *dies a quo* del plazo de caducidad que impone la ley.

**Diferencia entre artículo 1524 CC y artículo 88 LAR de 1980. *Dies a quo*.**—El plazo de ejercicio de la acción del retracto de comuneros se halla previsto en el artículo 1524 del CC que dispone expresamente que el *dies a quo* es la inscripción en el Registro de la Propiedad y sólo, en su defecto, el conocimiento por el retrayente y respecto al mismo. Es lo contrario al artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Rústicos que exige la notificación de la transmisión y, en su defecto, el conocimiento. (STS de 14 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

**HECHOS.**—Los arrendatarios de una finca rústica interponen demanda de retracto frente a los adquirentes de la misma y frente a su arrendador en la que solicitan que se declare resuelta la transmisión efectuada de un predio, se les reconozca el derecho a subrogarse en la posición del adquirente y se condene al arrendador a otorgar escritura de compraventa a favor de los arrendatarios y a entregarles la finca.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la caducidad alegada por los adquirentes frente a los arrendatarios y desestimó la demanda de retracto. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto.

NOTA.—Pese a que el arrendador no realizó la notificación, el Juzgado de Primera Instancia apreció la caducidad al entender cumplimentado el conocimiento de la transmisión por la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de compraventa ya que, según afirma literalmente, «la inscripción de la misma en el Registro aludido supone una presunción *iuris et de iure* de posibilidad de conocimiento por parte del retrayente, con lo que el plazo ha de contarse desde el día siguiente a realizarse la inscripción».

No obstante apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revocó y entendió que «no es de aplicación la presunción de conocimiento establecida para los asientos del Registro de la Propiedad y tampoco es suficiente cualquier tipo de conocimiento», sino que, recogiendo reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo destacó que se exige que «el retrayente no sólo tenga conocimiento de que la venta se ha efectuado e incluso de la identificación de los adquirentes, sino que su saber al respecto ha de abarcar los detalles completos, precisos y exactos de la transmisión, tanto esenciales como no esenciales». Por lo cual, declaró que se había formulado en el plazo legal la acción de retracto.

La jurisprudencia ha reiterado que este conocimiento de la transmisión debe haberse producido «*con los detalles precisos y exactos de la misma*», [(*vid.* entre otras, STS de 20 de mayo de 1981 (RJ 1981, 2083) que cita numerosas anteriores), y «exigen que el retrayente no sólo tenga conocimiento de que la venta se ha efectuado e incluso de la identificación de los adquirentes, sino que su saber al respecto ha de abarcar los detalles completos, precisos y exactos de la transmisión, tanto esenciales como no esenciales» [SSTS de 6 de febrero de 1992 (RJ 1992, 834) y 25 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3382)]. (*M. C. L. J.*)

**44. Contrato de obra. Acción directa. Reclamación de un segundo subcontratista contra el contratista. La entrega de pagarés o letras de cambio no equivale al pago a efectos de liberar al dueño de la obra frente a la reclamación del subcontratista, ni al contratista frente a la reclamación del segundo subcontratista.**—En relación con la acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra, la entrega de letras por el deudor no equivale al pago según el artículo 1170 CC, y el artículo 1597 del mismo Código sólo libera de responsabilidad al comitente cuando no deba nada al contratista al hacer éste la reclamación contra el primero; la aceptación de las letras no extinguió la obligación de pago, hasta el momento de que, vencidas, fuesen satisfechas. Ciertamente que el aceptante corre el riesgo de pagar dos veces (al tercero que acciona alegando el artículo 1597 y al tenedor de la cambial), pero tal riesgo, aparte de que se debe a una conducta personal y voluntaria del aceptante y de nadie más, se corrige con la acción de enriquecimiento injusto que después del pago puede ejercitar contra el contratista (STS de 11 de diciembre de 1992). Se plantea si al hacerse la reclamación por el subcontratista al comitente de lo que le adeuda al contratista, dicho comitente es deudor de este último, pese a que le haya aceptado una letra de cambio con anterioridad, que paga después de la reclamación, y la contestación debe ser la de que la mera aceptación de la cambial no libera de su obligación al comitente, hasta su pago sigue siendo deudor del precio de la obra. Es claro en

este sentido el artículo 1170, párrafo 2.º, CC, al disponer que la entrega de letras de cambio, entre otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o se hubiesen perjudicado por culpa de acreedor. Este precepto posee naturaleza dispositiva, porque nada se opone a que las partes puedan dar a la entrega misma los efectos jurídicos del pago. Este mismo criterio de la no oponibilidad al subcontratista que reclama del comitente con fundamento en el artículo 1597 CC la obligación de pago de cambiales que le había aceptado antes al contratista para pago de la obra, lo mantuvo la STS de 11 de diciembre de 1992 (STS de 28 de enero de 1998). No obstante, aunque pueda pactarse que la entrega de unos pagarés equivalga al pago y extinga la obligación, tal pacto no menoscaba la acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra, por ser aquélla ajena al mismo y serle aplicable, por tanto, el régimen legal del artículo 1170 CC, cuya naturaleza meramente dispositiva sólo podía invocarse frente a ésta si hubiera sido parte en el contrato celebrado entre el comitente y el contratista (STS de 11 de junio de 1928).

En cambio, si un subcontratista descontara las letras de cambio recibidas del contratista y así cobra su crédito, no será acreedor del contratista, razonamiento que debe entenderse igualmente poniendo al subcontratista en el lugar del contratista y a éste en el del comitente, cuando la reclamación se dirija contra el contratista por otro subcontratista que ocupe un lugar posterior en la cadena de subcontratas (STS de 10 de marzo de 2005).

**No equivalencia al pago de la entrega de pagarés no a la orden descontados y aún no vencidos en el momento de la reclamación del subcontratista, si queda la posibilidad de retorno al contratista.**—Al versar la acción directa del artículo 1597 CC sobre la cantidad que el comitente o dueño de la obra «adeude» al contratista cuando el subcontratista hace su reclamación, es claro que se excluye todo lo que el comitente ya no «adeude» de ningún modo, cual sucede con los pagarés que el comitente hubiera hecho efectivos a su vencimiento a la contratista o las entidades de crédito que las recibieron de ésta antes de la reclamación de la subcontratista. Sin embargo, es dudoso si la cantidad representada por los pagarés no a la orden recibidos del comitente por el contratista, entregados por éste a entidades bancarias a cambio de un anticipo de su importe y no vencidos aún al tiempo de la reclamación del subcontratista, se adeuda o no por el comitente al contratista. Si se considera que sí, deberá prosperar la acción directa del subcontratista contra el comitente; si no, la acción carecerá de uno de los presupuestos para su viabilidad y deberá ser desestimada. La cantidad adeudada por el comitente al contratista comprende no sólo la representada por los pagarés aún no vencidos en poder del contratista sino también la representada por los que este último hubiera entregado a entidades de crédito pero quedando latente la posibilidad de retorno al contratista para que éste reclame el pago de su importe al comitente. En definitiva, será la naturaleza del contrato entre contratista y entidades de crédito lo que determine la solución aplicable en cada caso.

Este criterio es el que mejor permite conjugar la protección excepcional de los subcontratistas por el artículo 1597 CC con el párrafo segundo del artículo 1170 del mismo Cuerpo legal y con el régimen de la cesión de créditos de los artículos 347 y 348 C.Com. y 1526 a 1530 CC, pues si en cualquier caso de pago del comitente al contratista mediante letras o pagarés, y subsiguiente anticipo de su importe al contratista por entidades de crédito, se entendiera que el comitente ya no adeuda nada al contratista sino a las entida-

des receptoras de los efectos, entonces la protección del subcontratista por el artículo 1597 CC sería ilusoria en la mayoría de los casos y, sobre todo, se sometería al subcontratista a la suerte de otro contrato al que también fue totalmente ajeno, el celebrado entre el contratista y las entidades bancarias, pudiendo sólo recuperar de un modo poco explicable jurídicamente, en caso de devolución de los efectos por el Banco al contratista tras su impago por el comitente, una acción que en puridad ya se habría extinguido anteriormente, en el momento de entrega de los efectos al Banco con anticipo de su importe. (STS de 20 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—A., S. A. y V., S. A., que integraban una Unión Temporal de Empresas, resultaron adjudicatarias de las obras para acondicionamiento de una carretera. Ambas contrataron la ejecución de una parte de las obras (excavación de túneles y traslado de material sobrante) a M., S. A. y ésta, a su vez, subcontrató a H., S. A. para la excavación de túneles. El pago a M., S. A. por A., S. A. y V., S. A. se hacía mediante la entrega de pagarés que aquélla entregaba a su vez al Banco S. y a la Caja de Ahorros M.

H., S. A. interpuso demanda contra M., S. A., A., S. A. y V., S. A., solicitando se les condenara solidariamente al pago de 84.390.098 pesetas, más los intereses legales correspondientes.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a M., S. A. al pago de la cantidad solicitada y absolviendo a A., S. A. y V., S. A. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo estimó en parte, condenando igualmente a las otras codemandadas al pago de la cantidad solicitada. Contra esa sentencia, A., S. A. y V., S. A. interpusieron recurso de casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia impugnada. (F. J. J.M.)

**45. Préstamos usurarios. No basta para la apreciación de usura la existencia de un interés superior al normal y de una garantía hipotecaria.**—Para apreciar la usura, no basta un interés superior al normal (habitual) del dinero al tiempo de la operación jurídica, unida a la prestación de una garantía hipotecaria que evita el riesgo para el acreedor, porque la «desproporcionalidad» del interés, además de ostensible, debe contrastarse con las demás circunstancias y con la tasa del interés, con lo que se quiere significar la disimilitud de supuestos según las diversas circunstancias concurrentes en la operación crediticia y la cuantía del interés concreto a abonar. Por ello, mientras que en la STS de 7 de mayo de 2002 el interés pactado era del 29% y se había constituido una hipoteca para asegurar la devolución de la cantidad prestada sobre un inmueble de valor muy superior a aquella cantidad, lo que explica que se apreciara en el contrato la calificación de usurario, esto no coincide con el caso en que el interés es el del 19% —diez puntos menos— y la garantía hipotecaria no consta que sea de valor muy superior. Por consiguiente, si la tasa del interés tachado de usurario aunque superior a la normal del dinero no tiene una gran entidad, no cabe entender que sea usuraria.

**No existe necesariamente aprovechamiento de una situación angustiosa, a efectos de usura, por operaciones de refinanciación para tratar de superar dificultades de liquidez.**—No cabe entender que la operación se

realizó con aprovechamiento de la situación angustiosa en orden a calificarla como usuraria cuando nos hallamos ante una operación de refinanciación que daba a la entidad deudora la oportunidad de tratar de superar las dificultades económicas de liquidez; sin que baste la declaración poco tiempo después del estado de suspensión de pagos (así, en la STS de 5 de julio de 1982 junto a las circunstancias de la suspensión se toman en cuenta otras más que sí revelan lo desesperado de la situación). (**STS de 23 de noviembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—*I., S. A.* suscribió con el Banco P., a fin de refinar operaciones crediticias anteriores con el mismo, una cuenta de crédito en cuenta corriente con una garantía hipotecaria otorgada por doña Zulima sobre determinadas fincas de su propiedad, siendo inscrita registralmente dicha hipoteca. Al poco tiempo, *I., S. A.*, ante las dificultades de tipo económico que venía arrastrando, solicitó el inicio de expediente de suspensión de pagos. El Banco P., en cumplimiento de lo pactado, vino cargando en la indicada cuenta especial el saldo deudor de las operaciones de crédito, y girando al importe correspondiente los intereses ordinarios al tipo del 19% pactado hasta que, ante la falta de pago de las cantidades resultantes, se procedió a dar por vencida la cuenta y a cerrar y liquidar la misma, formulando después la correspondiente demanda de procedimiento de ejecución sobre los bienes hipotecados, contra *I., S. A.* y doña Zulima.

*I., S. A.* y doña Zulima interpusieron demanda contra el Banco P., solicitando se declarara la nulidad de pleno derecho, por usurario, del contrato principal de cuenta de crédito en cuenta corriente; la de la obligación accesoria de garantía hipotecaria, con la consiguiente cancelación de la inscripción de la hipoteca; y la de todo el procedimiento de ejecución hipotecario, así como que se declarara que el importe que *I., S. A.* debe devolver al Banco P., conforme establece el artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura, asciende a la cantidad de 648.260,31 euros.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo al Banco P. de todos los pedimentos promovidos contra ella. Interpuesto recurso de apelación por las demandantes, la Audiencia Provincial lo desestimó. Contra esa sentencia, *I., S. A.* y doña Zulima interpusieron recurso de casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia impugnada. (*F. J. J. M.*)

**46. Crédito al consumo. Vinculación funcional con otro contrato para cuyo cumplimiento se concierne el de crédito. Tratamiento jurídico unitario.**—La naturaleza unitaria de la operación económica característica del crédito al consumo se traduce, pese a la pluralidad de contratos, en la afirmación de una conexión funcional, por la interacción de fines, entre las distintas relaciones jurídicas, nacidas de los contratos de arrendamiento de servicios de enseñanza y de financiación, que excluye la posibilidad de dar un tratamiento autónomo a cada una de las conexas, cual si se tratara de una realidad aislada del conjunto.

**Exclusión de su ámbito de los créditos concedidos gratuitamente o sin intereses. No procede cuando, pese a la estipulación, el prestamista**

**ha convenido con el prestador de servicios una retribución a cargo de éste.**—La interpretación de las exclusiones contenidas en el art. 2 de la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo, debe ajustarse al criterio teleológico, no pudiéndose alejar de la finalidad protectora de la norma; de manera que bastará con que el prestamista convenga con el proveedor de servicios una retribución a su cargo, para que la gratuidad respecto al consumidor, aunque aparezca formalmente pactada entre aquéllos, deba considerarse excluida en el conjunto de la operación; máxime cuando resulta la realidad de la repercusión en el patrimonio del consumidor de la retribución debida por las proveedoras. (**STS de 25 de noviembre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—La asociación para la defensa de los consumidores AICAR demandó a las mercantiles *OZ, S. L.* —prestadora del servicio de enseñanza—, y *PSFE, S. A. U.*, *BSCH, S. A.* y *BBVA, S. A.* —entidades que financiaban los créditos contra los alumnos para el pago del precio de la enseñanza a cargo de la primera—, debido a que la suministradora del servicio, pese a cobrar desde el inicio el importe íntegro de los cursos, había suspendido repentinamente sus actividades, quedando los alumnos obligados frente a las compañías financieras a continuar pagando el importe de los cursos financiados. Se solicitó no sólo la resolución de los contratos de enseñanza sino también la ineficacia de los de préstamo y cesión de créditos concertados para su pago, por estimarse inseparablemente vinculados a los primeros, y en los que los alumnos no habían tenido oportunidad de intervenir tanto para la elección de la entidad como para la fijación del contenido de dichos contratos. Igualmente se pidió la devolución de las cantidades abonadas como pago de la financiación por el tiempo que no se hubiera recibido el servicio contratado. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza estimó parcialmente el recurso de las entidades financieras, liberándole de la obligación del pago de intereses por las cantidades a restituir, a la vista de la gratuidad de las operaciones de crédito concertadas. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la actora. (*L. A. G. D.*)

**47. Pago de parte de la deuda por uno de los cofiadores solidarios. Posibilidad de reclamar al resto su parte alícuota correspondiente.**—«El cofiador que paga, no por propia voluntad, sino compelido a ello tiene derecho de repetición contra los restantes cofiadores, tanto por razón de justicia intrínseca pues de lo contrario habría asumido, no por propia voluntad, una deuda que sólo en parte le corresponde [...]; también por razón de que la finalidad de aquella norma es evitar un pago imprudente, prematuro o malicioso por parte del fiador que ha pagado [...]. El cofiador que paga tiene el derecho a reclamar a los demás su parte, aunque no haya cubierto la totalidad de la deuda y aunque no haya alcanzado la totalidad de su cuota [...]» (FJ 3.º STS de 13 de octubre de 2009) (**STS de 13 de octubre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La parte actora ejercita demanda solicitando la condena a los demandados cofiadores al pago de la parte que les corres-

pondría como tales en sendos contratos de préstamo. El Juzgado de Primera Instancia condena a los demandados al pago de las cantidades debidas. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estima en parte la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

NOTA.—La Sentencia que anotamos se pronuncia sobre la posibilidad de que un cofiador, que ha pagado parte de la deuda, y no la totalidad, pueda exigir a los demás su parte alícuota, tratándose de una deuda cuya reclamación se efectuó antes del vencimiento.

El art. 1844 CC permite a los cofiadores, constituidos en régimen de solidaridad, que hayan pagado la deuda, total o parcialmente, reclamar al resto la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer. Lo contrario supondría, a juicio del Tribunal Supremo, un perjuicio para el cofiador que paga, ya que tendría que esperar a que el pago fuera completo. Este cofiador podrá reclamar a los demás su cuota parte, aunque no haya cubierto la totalidad de la deuda y aunque no haya alcanzado la totalidad de su cuota. Este derecho de repetición frente a los otros tendrá lugar aunque el pago no consentido por el resto sea anterior al vencimiento del crédito, siempre y cuando el cofiador fuera compelido al pago. La repetición siempre cabrá cuando el pago hecho por el cofiador beneficie al resto (*L. Z. G.*)

**48. Culpa extracontractual: Accidente laboral: Tendido de líneas telefónicas y caída del obrero por quebrarse el poste a nivel del suelo: Competencia civil: Evitar peregrinaje de jurisdicciones.**—Según sentencia del Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup>, de 11 septiembre 2009, la jurisdicción es un presupuesto procesal absoluto para el válido desarrollo de la relación jurídico procesal y, como tal, de obligada observancia por su naturaleza de orden público, por lo que su control en modo alguno puede negarse al Tribunal superior que tiene la competencia para conocer y resolver los recursos que ante el mismo se interpongan cuando consta claramente la falta de la misma. En el presente caso la incompetencia jurisdiccional se plantea de oficio, entendiendo la Sala que el accidente podía enmarcarse en una relación laboral existente entre el trabajador y la empresa demandada, propia de la jurisdicción laboral. Lo que se plantea es la oportunidad de aplicar esta doctrina a procesos iniciados al amparo de una normativa orgánica, sustantiva y procesal interpretada de forma distinta en los que en ninguna instancia ha sido alegada la posible incompetencia de la jurisdicción civil. Por ello no puede negarse la legitimidad del orden jurisdiccional civil para conocer de un asunto que se inicia con la cobertura que le proporcionaba una reiterada jurisprudencia al respecto. Lo contrario contradice la misma esencia del derecho a la tutela judicial efectiva, pues contrario a esta tutela es que, a partir de una interpretación posterior de la normativa, y después de que han pasado más de diez años desde que se interpuso la demanda, se inadmita a trámite en la jurisdicción en la que había sido planteada, pasando absolutamente por alto que este mismo Tribunal, en ocasiones, y precisamente, tras ponderar las circunstancias del caso, acuñó la doctrina del *peregrinaje* enraizando principios procesales con los constitucionalmente protegidos —la tutela judicial efectiva sin indefensión, y la evitación de dilaciones indebidas—.

**Reclamación de daños y perjuicios: Prescripción: *Dies a quo*.**—En el recurso interpuesto por el accidentado se sostiene que el plazo prescriptivo anual debe contarse, no desde el 6 junio 2000, fecha de la notificación de la resolución del INSS, que declaró al actor en situación de invalidez permanente para su profesión habitual, sino desde el 31 octubre 2001, en el que el INSS emite un informe en respuesta a la solicitud del actor de revisión de su situación de invalidez, o, en su caso, desde el 16 julio 2001, fecha del informe médico donde se detallan las secuelas y el momento a partir del cual el demandante estaba ya en condiciones de valorar el alcance efectivo y total del daño causado, así como el importe de la indemnización. Es doctrina jurisprudencial reiterada que tratándose de daños corporales el plazo de prescripción no puede contarse desde la fecha de la producción de la lesión, sino desde aquel en que el perjudicado tuvo un conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad del mismo. Es lo que se conoce como determinación invalidante de las secuelas que sitúa el *dies a quo* no a partir de la fecha en que el perjudicado tiene constancia del alta médica definitiva sino del momento en que queda determinada la incapacidad o defectos permanentes originados cuando tras el alta médica se mantienen secuelas residuales que precisan un tratamiento posterior, o, como sucede en el caso de autos, cuando se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador pues sólo entonces se dispone de un dato —incapacidad— que afecta esencialmente a la determinación del daño padecido (SSTS de 22 de noviembre y 21 de diciembre de 1999, 22 de enero y 13 de febrero de 2003, 1 de febrero de 2006). En este caso, el problema debe resolverse en la misma forma en que se hizo en ambas instancias, coincidente con la fecha en que al trabajador se le valoró, tanto las lesiones, como su definitiva situación laboral, o lo que es lo mismo, desde que tiene constancia del alta médica definitiva y queda determinada la incapacidad o defectos permanentes originados con ocasión del accidente, ya que con posterioridad no variaron; plazo que fue interrumpido por la remisión de un telegrama, con fecha 16 de mayo de 2001, habiéndose formulado la demanda el 27 de mayo de 2002, es decir fuera del término que establece el art. 1969 e impone para las obligaciones extracontractuales.

El momento inicial es una cuestión de hecho que debe determinar el juzgador con arreglo a las reglas de la sana crítica; es evidente que la sentencia omite la fecha del 16 de julio de 2001, e ignora la del 31 de octubre de 2001, que se produce más de un año después de la primera calificación, y que no añade nada nuevo puesto que el perjudicado sabía con carácter definitivo cual era el alcance de las secuelas y el tiempo a partir del cual pudo ejercitar la acción, que no es el que resulta de este segundo plazo, sino el que se produce tras la calificación laboral de las secuelas, que es el que se cuida de interrumpir el actor mediante telegrama. En definitiva, la situación que se constata en la demanda viene expresamente referida a las consecuencias que se derivan de las lesiones hasta el 30 de mayo de 2000, coincidente con el momento en que se encuentran totalmente valoradas y adecuadamente determinadas por la resolución del INSS. Lo contrario dejaría al arbitrio y voluntad del perjudicado el tiempo de ejercicio de la acción, con evidente vulneración de elementales principios de seguridad jurídica, e indefensión al demandado, incompatible, además, con la finalidad de la prescripción que existe y se configura en nuestro derecho para reconducir las reclamaciones dentro de un tiempo determinado más o menos amplio, según los casos. (STS de 15 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

**49. Culpa extracontractual: Accidente laboral: Muerte por electrocución de obrero de la construcción: Competencia jurisdicción civil.**

Conviene puntualizar que en el presente caso, la indemnización de daños y perjuicios por la muerte de un trabajador mientras desempeñaba sus tareas laborales para la empresa empleadora, ninguna de las partes ha cuestionado la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer del asunto, ni tampoco cabe que esta Sala se la cuestione de oficio, pues la demanda se dirigió no sólo contra dicha empresa y su administrador sino también contra el dueño de la casa en construcción y contra los técnicos de la obra, no vinculados contractualmente con el trabajador fallecido, por lo que ha de estarse a la doctrina sentada por la sentencia del Pleno de 19 de mayo de 2008 y otras posteriores.

**Responsabilidad del Arquitecto superior.**—La s. recurrida no atribuye al Arquitecto superior las funciones de Aparejador o Arquitecto técnico sino que, partiendo de una valoración probatoria diferente de la plasmada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, considera que en el caso enjuiciado, en el que el primero era director de obra y la visitaba periódicamente, necesariamente tuvo que advertir el uso de herramientas o maquinaria eléctrica no prevista en su proyecto y, entonces, ordenar las medidas oportunas que habrían podido evitar el peligro y la muerte del trabajador.

**Valoración de la prueba en segunda instancia.**—La jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal Constitucional vienen declarando constantemente que la apelación constituye un nuevo juicio en el que el tribunal goza de plena jurisdicción para conocer de todas las cuestiones de hecho y de derecho objeto de debate, con los únicos límites representados por la prohibición de la reforma peyorativa en contra del apelante y la sujeción a los términos de la impugnación o respeto al principio *tantum devolutum quantum appellatum*, ya que la apelación, a diferencia de la casación, sí es una instancia (SSTS de 28 de mayo de 1998, 6 de noviembre de 1999, 11 de marzo de 2000, 15 y 21 de marzo de 2002 y 28 de octubre de 2008; y SSTC 274/94, 37/95, 125/97, 101/98, 206/99 y 21/03, entre otras muchas).

**Medidas de seguridad y prevención de riesgos laborales: Deber de diligencia del Director de obra.**—La jurisprudencia, en general, exime al Arquitecto superior de velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo o de las normas sobre la prevención de riesgos laborales, pero ello no equivale a exonerarle de responsabilidad cuando el Arquitecto superior, además de autor del proyecto, sea Director de la obra y el incumplimiento en ésta de las más elementales medidas de seguridad resulte tan patente que necesariamente hubiera tenido que advertirlo en sus visitas periódicas a la obra, y, en consecuencia, dar las órdenes oportunas para evitarlo en lo sucesivo. En efecto, de haberse conducido, en este caso, con la diligencia que le era exigible habría dado las órdenes oportunas para que, comprobada la existencia en la obra de herramientas o maquinaria eléctrica no previstas en su proyecto, o bien dejaran de utilizarse o bien su uso por los trabajadores no comportara el peligro evidente generado por una indebida toma de corriente de una casa próxima mediante un cable que atravesaba la calle. Doctrina aplicada por STS de 20 mayo 2008 en un supuesto igual.

**Obligaciones de la Aseguradora; Pago de intereses moratorios del 20%: Procedimiento penal seguido de sobreseimiento libre.**—En el caso examinado resulta que en la causa penal precedente, la citación como imputado del Arquitecto superior, ya de por sí tardía en relación con la fecha del siniestro, fue seguida de un sobreseimiento provisional luego elevado a libre, equivalente a sentencia penal absolutoria, de suerte que no fue hasta más de nueve años

después del siniestro cuando se formuló una reclamación contra las aseguradoras posterior a la total exculpación de su asegurado. Lo procedente es que el incremento del 20 por cien anual sólo se aplique cargo de la aseguradora del Arquitecto superior desde la fecha de la propia sentencia recurrida, pues hasta entonces no se declaró judicialmente la responsabilidad de su asegurado.

«*In illiquidis non fit mora*».—Si bien es cierto que esta Sala en su sentencia de 13 de octubre de 1997 dio por definitivamente abandonada la prevalencia de la regla *in illiquidis non fit mora*, no lo es menos que, en casos muy particulares como el aquí examinado, de fundada incertidumbre sobre si se debe y cuánto se debe hasta el momento mismo de la sentencia de apelación, sigue aplicándose la citada regla para aplazar hasta tal momento la fecha inicial de devengo de los intereses moratorios (SSTS de 10 de diciembre de 2003, 5 de mayo de 2004, 31 de marzo de 2005, 12 de diciembre de 2007 y 27 de marzo de 2008, entre otras) (**STS de 16 de octubre de 2009**; ha lugar en parte). [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El accidente ocurre el 21 de diciembre de 1993 y la apertura de diligencias penales ocasiona un retraso de diez años en la interposición de la demanda por parte de la madre del trabajador fallecido y de una hermana suya, reclamando un total de 210.354,24 euros. La pluralidad de demandados (empresa constructora, dueño del edificio, Arquitectos superior y técnico, aseguradoras) origina diversidad de sentencias de instancia, si bien sólo recurren en casación el Arquitecto superior y la aseguradora del Arquitecto técnico. Las actoras se aquietaron con la reducción de la cuantía de la indemnización en apelación, recibiendo en torno a un total de 150.000 euros. (G. G. C.)

**50. Responsabilidad civil de contratistas de obras públicas: Competencia de la Jurisdicción civil.**—Aun cuando dialécticamente se aceptase la tesis de que el demandado actuaba como contratista de una obra pública, este hecho no determinaría la incompetencia de la jurisdicción civil, puesto que la demanda se dirige contra el supuesto contratista por entender que ha incurrido en negligencia con independencia del actuar de la Administración y con ello ha causado el daño. De la prueba practicada no se infiere que el daño sea debido a la actuación de la Administración, al cumplimiento de una orden emanada por ella, ni tampoco a los vicios del proyecto por ella elaborado. En la sentencia de primera instancia se afirma que cabe apreciar sin género de dudas una conducta negligente imputable a Construcciones y Transportes Andrés S. L., y que no ha resultado acreditado que el proyecto elaborado en su momento por la Consejería de Agricultura y que no se llevó a cabo por falta de presupuesto, fuera seguido para la construcción del camino; en la sentencia de apelación se afirma que de los informes periciales emitidos y obrantes en los autos se deriva claramente una actuación negligente y falta de cuidado en las obras que se realizaban, y que el proyecto redactado por la Junta de Galicia quedó sin efecto alguno, lo que hace innecesaria, por inútil, la traída al proceso de persona alguna perteneciente a tales organismos. No obstante lo dispuesto en el art. 9.4 LOPJ, de los arts. 97.3 y 4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se deduce de modo patente que la reclamación de daños pueda dirigirse, cuando proceda, ante la jurisdicción civil.

**Motivación suficiente de las sentencias.**—Tiene como finalidad exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permitir así su eventual control jurisdiccional, así como la crítica de la decisión y su asimilación por quienes integran el sistema jurídico interno y externo, garantizando el cumplimiento del principio de proscripción de la arbitrariedad que se proyecta sobre todos los poderes públicos y también sobre el poder judicial. Concorre siempre que la argumentación de la sentencia sea racional y no arbitraria y no incurra en error patente (pues entonces no cabe decir que se halla fundada en derecho: STC de 20 de diciembre de 2005), aun cuando la fundamentación jurídica pueda calificarse de discutible (SSTS de 20 de diciembre de 2000 y 12 de febrero de 2001). No impone el deber de realizar una argumentación extensa ni de dar una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que basta que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y ofrezca un enlace lógico con los extremos sometidos a debate.

En el presente caso, la motivación utilizada por la sentencia de apelación, aun cuando sea discutible el argumento formal utilizado sobre la firmeza de la resolución adoptada, cumple debidamente la finalidad del deber de motivación pues la competencia de la jurisdicción civil, acertada en el fondo, aparece implícitamente fundada en las razones utilizadas en el auto al que la sentencia se remite y permite a la parte comprender los motivos por los cuales se ha aceptado la competencia del orden jurisdiccional civil y proceder a su crítica e impugnación (**STS de 2 de octubre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rius.]

NOTA.—En último término, la suficiente motivación de las resoluciones judiciales garantiza el derecho constitucional a la protección judicial de derechos e intereses del art. 24 CE. La doctrina jurisprudencial se orienta hacia una interpretación razonable y flexible cuyo límite mínimo estaría representado por la ausencia total de justificación del fallo (en cuyo caso no habría motivación suficiente) y su límite máximo requeriría una respuesta puntual a todas y cada una de las alegaciones de las partes (que la sentencia considera inexigible) (*G. G. C.*)

### **51. Culpa extracontractual: Caída en interior de templo: Prueba.**—

El recurso extraordinario por infracción procesal se basa en que la lesionada se precipitó, dentro del templo, desde una escalera que conducía al coro y que se encontraba sin barandilla y en mal estado de uso, causándose lesiones graves con secuelas, concurriendo los requisitos para apreciar responsabilidad extracontractual de la archidiócesis de Madrid, propietaria del mismo, por aplicación del art. 1902 CC. Pero tal supuesto de hecho contradice la sentencia de apelación cuyos pronunciamientos sobre la valoración de la prueba no han sido desvirtuados. La sentencia razona de manera exhaustiva acerca de las circunstancias en virtud de las cuales considera no probado que el accidente se produjo por una caída desde la escalera que da acceso al coro de la Iglesia; resulta irrelevante el hecho de que no se mencionase el reconocimiento judicial efectuado en la primera instancia, del cual se desprenden las condiciones en que se hallaba la escalera y el coro, pero no las circunstancias concretas en que el accidente se produjo; la Audiencia Provincial examina estas circunstancias teniendo en cuenta los testimonios inmediatos, los mediatos y los datos sobre la posición en que fue hallada la víctima en el momento del accidente,

sobre el lugar en que se encontraba su nieta y sobre las características irregulares de la escalera, que aparecen recogidas en el acta de reconocimiento judicial. No puede considerarse que la conclusión formulada sea arbitraria o ilógica sino que se apoya en detenidos razonamientos fundados en reglas de experiencia ajustadas a los datos suministrados por la prueba.

**Carga de la prueba.**—En el caso examinado correspondía a la parte demandante, sobre la que correctamente se han hecho recaer las consecuencias de la falta de prueba con arreglo al art. 217.2 LEC (corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda). (STS de 17 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Doña Micaela, de 60 años de edad, con su nieta de 4 años, el 1 de abril del 2000, sobre las 20h. 40 m. se encontraba en el interior de la Iglesia de N.<sup>a</sup> Sr.<sup>a</sup> del Pinar de Madrid, y por circunstancias no determinadas sufrió una caída que le causó graves lesiones con secuelas. El JP estimó parcialmente la demanda por estimar que la caída se había producido desde una escalera muy peligrosa por la que se accede al altillo o coro situada en el techo del atrio, el cual no es idóneo para que puedan acceder al mismo personas ajenas al cuidado de la limpieza. La Audiencia Provincial revocó esta sentencia y desestimó la demanda. La lesionada interpone recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, que son desestimados. En el momento del accidente habían salido del templo todos los asistentes a una celebración litúrgica, por lo cual no hubo testigos presenciales del mismo, y éste es advertido por las personas que se encuentran en la sacristía, al oír los sollozos de la niña, pues la víctima había quedado inconsciente en el suelo. Es, por tanto, un caso de falta directa de prueba, cabiendo únicamente conjeturas sobre el modo de producirse el accidente. (G. G. C.)

**52. Culpa extracontractual: Actividades deportivas: Accidente en prueba ciclista: Lesiones con secuela de coma vegetativo irreversible: No responde la entidad organizadora: Asunción de riesgos normales por los participantes.**—El riesgo por sí sólo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los arts. 1902 y 1903 CC, a no ser que se trate de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está obligado a facilitar la explicación del mismo por sus circunstancias profesionales o de otra índole (SSTS de 16 de febrero y 4 de marzo de 2009). El ciclismo deportivo no es una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal, antes al contrario se trata de una actividad reconocida y practicada por numerosos deportistas con los requisitos que reglamentariamente se establece, incluido el de la adecuación de la carretera a la prueba. Como tal no es posible convertir a los organizadores en responsables de todo cuanto acaezca en su desarrollo si ésta se cumplimenta en un marco adecuado y previsible en cuanto a los riesgos que pueden derivarse para los que acuden a practicarla de una forma libre y espontánea. Es cierto que la norma reglamentaria exige al organizador tomar todas las medidas de seguridad que la prudencia imponga para salvaguardar la integridad de los participantes en la prueba, evitando en el recorrido o en el

sitio de la competición, lugares o situaciones que presenten un riesgo particular para la seguridad de las personas (corredores, acompañantes, oficiales, espectadores etc). Ahora bien, cumplidos tales presupuestos, compete a los corredores estudiar con anticipación el recorrido y analizar las situaciones de riesgo que la carrera implica, a partir de los datos que se les proporciona y que en el caso venían referidos, entre otros, a una bajada *peligrosa* en el trazado del itinerario a recorrer. El dato de la *gravilla* suelta en la calzada por donde circulaba el ciclista lesionado (con una absoluta imprecisión causal, pues la sentencia no acaba de concretar si estaba en la esplanada o en la carretera: *el ciclista salió de la esplanada de gravilla por donde aparcan los coches para ver la nieve*) es un dato perceptible para quien está capacitado para acometer la prueba y apto para razonar una previsibilidad de riesgo portencial de caída y eventual salida de la calzada bajando el Puerto con la bicicleta, como también lo es, en mayor medida, la existencia del barranco por el que cayó, de tal forma que aunque la caída fuera motivada por la citada gravilla, no cabe ignorar la realidad de la pérdida del control de la bicicleta, circunstancias todas ellas que impiden poner el daño a cargo de quienes preparan la prueba y advierten previamente a los corredores del peligro normal, típico y previsible que resulta de la actividad dejando a los ciclistas el control de su desarrollo: la mayor o menor velocidad, el sprint, el estado de las bicicletas, el contacto con los demás ciclistas, la lluvia etc. Los riesgos relativos a la seguridad de la carrera que corresponden a la organizadora son distintos de los que la propia competición genera. Son riesgos que, a diferencia de aquella, los ciclistas conocen y asumen voluntariamente como parte de su actividad (STS de 31 de mayo de 2006), lo que impide trasladar a la organización las consecuencias que resultan de una caída sufrida en el curso de la prueba, puesto que el daño se produce como consecuencia del peligro inherente a una actividad bajo el control de la víctima al que se exponía bajando el Puerto, y no a resultados del comportamiento de quienes la organizaban ajeno a los cánones o estándares establecidos de previsión y diligencia, identificados –como dice la sentencia de 6 de septiembre de 2005 –«con un cuidado normal y no con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto», puesto que no crearon más riesgos que el de preparar la prueba por una carretera apta para el curso de la misma, que el ciclista asume, adoptando la diligencia exigida a la naturaleza de la actividad y a la pericia de los participantes, ninguno de los cuales, salvo la víctima, se vio afectado por la gravilla; razón por la cual no es posible afirmar que, pese al grave y desgraciado accidente sufrido por un joven ciclista aficionado, concurren los requisitos previstos en el art. 1902 CC, para el nacimiento de la obligación de reparar por parte de quienes nada pudieron hacer por evitar la caída, salvo no celebrar la carrera (STS de 11 de diciembre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.–Se describen en el FD1.º en los siguientes términos:  
*a)* La Asociación Deportivo Cultural de Torrelaguna organizó la X Vuelta Ciclista a la Sierra Norte de Madrid, categoría junior, a disputar los días 19 al 22 de agosto de 1998 con carácter nacional, estando dividida la prueba en cuatro etapas. Dicha Asociación forma parte de la Federación Madrileña de Ciclismo, la cual tiene un seguro obligatorio deportivo con la Mutulidad General Deportiva y seguro de responsabilidad civil con Aurora Polar S. A., con un máximo de garantía de 25 millones de pesetas; *b)* En la carrera participaba Juan Ramón, de 17 años, en posesión de licencia federativa en vigor y apta para hacer-

lo en la prueba, formando parte de un equipo de Segovia, perteneciente a la Federación Castellano Leonesa de Ciclismo que había suscrito póliza de accidentes con un límite máximo de dos millones de pesetas por siniestro. Al no cubrir dicha cantidad el mínimo legalmente establecido por RD 849/1993, el Presidente de la Federación citada acuerda complementarlo, comprometiéndose a hacerse cargo de los gastos de asistencia médico-quirúrgica y sanatorial y farmacéutica en régimen hospitalario que superen los dos millones de pesetas; *c*) La Jefatura de Tráfico concedió autorización para celebrar la prueba, y la carrera iba acompañada de nueve guardias civiles; la D.G. de Carreteras de la Comunidad de Madrid manifiesta que no existe inconveniente para su celebración; la Demarcación de Carreteras del Estado en Madrid, del Ministerio de Fomento, informa que ha carecido de tiempo para informar la solicitud presentada con cuatro días de antelación a la prueba; *d*) La carrera se realiza en una carretera pública de puerto de montaña, cortada al tráfico y vigilada por personal de la organización y de la Guardia civil. La etapa del día 20 de agosto discurre entre Buitrago y San Agustín de Guadalix, en cuyo itinerario se cruza el Alto de la Morcuera, señalado en el libro de ruta como *peligrosa* por tratarse de una bajada de Puerto. Al comienzo del descenso, Juan Ramón, que en ese momento circulaba sólo por la carretera, protegida con quitamiedos de hormigón, se salió en una curva del trayecto, precipitándose por un barranco desde 5-6 metros, siendo encontrada la bicicleta en la cuneta por un motorista de la Guardia civil; *e*) el ciclista fue trasladado en helicóptero y trasladado a diversos centros sanitarios hasta que pasó a su domicilio, sufriendo politraumatismo encontrándose en estado vegetativo permanente, necesitando asistencia continua de tercera persona para realizar todas las funciones vitales y prestarle cuidados especiales. El Juzgado de Primera Instancia condenó solidariamente al abono de 55.559.005 pesetas a diversas entidades (entre ellas, a la Asociación Deportivo Cultural de Torrelaguna). La Audiencia Provincial diversifica las sumas a abonar, condenando a esta última Asociación, a título personal, al pago de la mayor suma que asciende a setenta millones de pesetas. El recurso de casación se interpone exclusivamente por la Asociación Deportivo Cultural, siendo estimado por las razones que se extractan.

NOTA.—Se hace aplicación de una doctrina establecida desde hace algunos años por la Sala 1.<sup>a</sup> en relación con la asunción de riesgos normales por el deportista, y reiterada ulteriormente (Vide en general, ORTÍ VALLEJO, *Responsabilidad en la explotación y práctica de actividades de riesgo*, en «Tratado de responsabilidad civil» (Coord. Reglero Campos) (Cizur Menor 2002) pp. 1360 y ss. (G. G. C.)

**53. Responsabilidad civil de centros docentes: Actividades de naturaleza especial: Daños por caída inesperada de alumna con disminución psíquica del 34 por cien, de pretil de puente: Lesiones con graves secuelas: Exoneración de los profesores del centro especial: Relación de causalidad: Imputación de la monitora del centro de naturaleza: Responsabilidad solidaria: Suma indemnizatoria: Intereses.**—El litigio versa sobre la posible responsabilidad civil de dos sociedades cooperativas andaluzas respectivamente titulares de un colegio de educación especial y de un centro

de la naturaleza, dos profesores del primero y una monitora del segundo, con obligación de indemnizar en su caso a cargo de la aseguradora de cada uno de los centros, por las lesiones y secuelas de una joven de 16 años, que padecía una disminución psíquica del 34 por cien (de leve a moderada) sin limitación física alguna, sufridas a consecuencia de una caída de espaldas desde el pretil de un puente a un pequeño arroyo en la finca donde el centro de la naturaleza desarrollaba su actividad, caída que le produjo un traumatismo craneoencefálico, con fractura de vértebra cervical 7.<sup>a</sup> que invadió el canal raquídeo, con secuela de tetraplejía de nivel C6 C7, con material de osteosíntesis en la columna y perjuicio estético muy importante.

En relación con los dos profesores del Colegio especial esta Sala no advierte culpa o negligencia alguna en su actuación porque, de un lado, un grupo de alumnos emprendió la marcha hacia el establo por iniciativa de la monitora del centro de la naturaleza en un momento en que ambos se encontraban ausentes, esto es, sin su conocimiento; y, de otro, su ausencia estaba justificada, ya que uno de los profesores había acompañado a uno de los alumnos a llamar por teléfono, cumpliendo el deber de vigilancia que le correspondía dadas las especiales características de los alumnos del grupo, y la otra había ido al cuarto de baño; no consta que la monitora les anunciara su propósito de adelantarse con el grupo y, en cambio, sí consta que en cuanto advirtieron su marcha hicieron todo lo posible para alcanzarlos, de suerte que razonablemente no tenían por que pensar que la monitora iba a tomar esa iniciativa por sí sola; desde el punto de vista de la imputación objetiva su exoneración se fundaría en el principio de confianza, en este caso, la razonable creencia de que la monitora no emprendería la marcha con el grupo sin su presencia. Descartada la responsabilidad de los profesores queda igualmente descartada la de la cooperativa titular del Colegio.

Diferente juicio merece la actuación de la monitora del centro de la naturaleza. Es imprudente emprender la marcha con un grupo de alumnos de características especiales, que se encuentran siempre a cargo de dos profesores de su colegio, sin esperar a éstos, lo que supuso que la marcha se inicia sin conocimiento de aquéllos, lo que dificultó sobremanera el control y vigilancia del grupo. Hubo relación de causalidad entre la conducta de la monitora y el hecho dañoso, pues si bien es cierta la imposibilidad de afirmar con absoluta certeza que la presencia de los dos profesores habría impedido que la joven se sentara en el pretil del puente, y con ello se cayera de espaldas, también lo es la imposibilidad de afirmar con absoluta certeza que la presencia de esos profesores no habría impedido aquel hecho, por ejemplo siguiendo con el grupo de alumnos hacia el establo mientras la monitora se detenía para hablar con otro monitor o indicando al grupo que no se detuviera precisamente sobre el puente. Se trata de un problema siempre difícil de cursos causales hipotéticos que debe resolverse conforme a criterios de imputación objetiva entre los que resulta aplicable al caso el del incremento del riesgo, indudable en este caso al emprender la marcha el grupo de alumnos bajo la dirección de una sola persona, cuando debían ser tres, y al detenerse el grupo precisamente sobre el puente, cuando no había necesidad de hacerlo y el haberlo hecho antes o después de pasar el puente no entrañaba peligro alguna. El resultado dañoso, sí que fue causado por la conducta negligente de la monitora al no poder descartarse con seguridad, o probabilidad rayana en la certeza, que la presencia de los dos profesores del colegio con el grupo no habría impedido el daño. La responsabilidad de la monitora determina la del centro, a tenor del pár. 4.º del art. 1903 CC, aunque también cabe declarar la responsabilidad del centro conforme al art. 1902 CC, pues tampoco se com-

parte el juicio del tribunal sentenciador sobre la falta de peligro del paso del puente, pues pese a la escasa longitud del mismo y a su anchura normal, sus pretilos eran excesivamente bajos (65 cms) y estrechos (25 cms), sobre todo si se tiene en cuenta que el centro era visitado por alumnos con disminución psíquica cuyo comportamiento es más imprevisible, lo que exigía, en previsión de riesgos innecesarios, la sustitución por otros de mayor altura que, sin romper la armonía natural del entorno, redujeran lo más posible el riesgo de caídas al arroyo. La estimación parcial del recurso determina la casación parcial de la sentencia recurrida, para declarar la responsabilidad civil solidaria, frente a la demandante, de la monitora del centro de la naturaleza, de la sociedad cooperativa andaluza titular del mismo y de su aseguradora. La suma indemnizatoria reclamada de 1.010.832,21 euros, aplicándose el baremo establecido para las lesiones causadas en accidentes de circulación, se reduce a 899.721,45 euros, por no aplicar el factor corrector del 10 por cien sobre las secuelas, por no estar la víctima en edad laboral, pero tampoco la reducción por la disminución psíquica de la víctima, porque no le supone ninguna limitación física y su grado de leve a moderado no constituye un grave impedimento para encontrar trabajo al amparo de las normas protectoras de personas en esta situación. La determinación de los intereses a cargo de la aseguradora por tramos responde a la doctrina sentada por el pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> en sentencia de 1 de marzo de 2007, aplicada en fallos posteriores. (**STS de 5 de noviembre de 2009**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Análisis detallado, minucioso y pormenorizado de los hechos, que se presenta estrechamente conectado con la *ratio decidendi*, lo que ha obligado a una fina matización de la argumentación jurídica de la sentencia. La notable cuantía de la suma indemnizatoria, próxima a los 150 millones de las antiguas pesetas, nos hace ver la singular dificultad de prestar servicios en esta clase de centros, así como la necesidad de extremar el celo de los responsables para eliminar toda clase de riesgos en la disposición, interna y externa, de las instalaciones que acogen las actividades institucionalizadas de los discapacitados. No dejan de suscitarse algunos interrogantes, de difícil respuesta: ¿qué pudo motivar a la monitora a emprender, como única responsable, la ruta hacia el establo —lugar de realización de la práctica— acompañando ella sólo al grupo de alumnos? ¿advirtió, efectivamente, que los dos profesores se habían momentáneamente ausentado? ¿habían anunciado aquéllos la ausencia a su compañera? ¿a qué distancia del puente se encontraba el final de la ruta? ¿hubo en el momento alguna protesta o reticencia por parte de cualquiera de ellos? Por otra parte, no parece que la valoración de la conducta de la monitora sea idéntica en el caso de que los hechos ocurrieran estrictamente *uno actu*, sin tiempo ni ocasión de reflexionar, o si medió un lapso suficiente para poder advertir la situación y calcular sus eventuales consecuencias (G. G. C.)

**54. Culpa extracontractual: Accidente de circulación: Prescripción.**—Ambas instancias declararon prescrita la acción ejercitada contra la entidad aseguradora en reclamación de los daños y perjuicios sufridos en accidente de tráfico ocurrido el 12 diciembre 1996, al considerar que los actores realizaron una última reclamación extrajudicial a la demandada que fue contesta-

da en 23 septiembre 2001, habiendo interpuesto la demanda el 12 de noviembre de 2002, fuera del término que fija el art. 1969 CC. Se rechaza una ampliación de plazo a partir de *a)* un tratamiento posterior, *b)* unas conversaciones entre las partes que indicaban que la reclamación estaba subsistente, y *c)* negando efectos prescriptivos a la notificación personal del sobreseimiento de la causa penal previa.

**Interpretación restrictiva de la prescripción.**—Es cierto que la prescripción es un instrumento establecido por el legislador para dotar de seguridad jurídica a las obligaciones, que esta Sala ha venido aplicando con cautela (SSTS de 2 de noviembre de 2005 y 21 de julio de 2008), pero también lo es que ninguna duda suscita la interpretación de la norma que deba de ser resuelta en beneficio de un mayor plazo para el ejercicio de la acción, cuando lo que se pretende es prolongar el plazo para hacer efectivo el ejercicio de la acción a partir de tratamientos y documentos posteriores que la sentencia recurrida rechaza de forma expresa.

**Efecto interruptivo del proceso penal.**—La presentación y ulterior tramitación de la denuncia produce, conforme al art. 114 LEC, el efecto de prohibir la iniciación o, en su caso, la continuación de un proceso civil que verse sobre el mismo hecho integrante del proceso penal pendiente. Tal prohibición subsiste hasta que no se dicte resolución de sobreseimiento, libre o provisional y, por tanto, de archivo; para que deje expedita la vía civil debe notificarse al perjudicado, aunque no se encuentre personado en las actuaciones, independientemente de que no se hubiera notificado el *ofrecimiento de acciones*. El plazo de prescripción en tal caso no comienza a correr sino desde que se produzca la expresada notificación (SSTS de 30 de junio de 1993, 25 de marzo de 1996, 3 de octubre de 2006 y 11 de octubre de 2007, entre otras). Ahora bien, con independencia de que nunca el excesivo formalismo puede condicionar el éxito de una pretensión jurídica, de tal suerte que si se logra probar que el interesado conoció por otras vías el contenido de la resolución judicial de archivo, la ausencia de notificación en forma no será óbice para que el plazo de prescripción discurra, a contar, desde luego, desde el día que se justifique que se tuvo el referido conocimiento (STS 9 de diciembre de 1999); en el caso resulta irrelevante que no se notificase personalmente a los interesados el archivo (sólo a los Procuradores), pues con posterioridad se dictó auto ejecutivo en base a que los demandantes promovieron los correspondientes juicios ejecutivos, lo que prueba su conocimiento.

**Dies a quo del plazo prescriptivo.**—La determinación del día inicial para el cómputo del plazo de la prescripción es una cuestión de hecho, para lo que es competente la Sala sentenciadora en el ejercicio de su función de valoración de las pruebas practicadas, y este día coincide con aquel que los interesados ponen fin a las conversaciones mantenidas con la demandada, puesto que, en orden a las actuaciones médicas posteriores, carecen de relevancia alguna cuando los actores cuantificaron sus respectivas reclamaciones con base en la estabilización lesional que resulta de los informes y pericias médicas, y estos —los más tardíos— datan del año 2000.

**Falta de prueba de la interrupción de la prescripción.**—Es jurisprudencia reiterada que la interrupción de la prescripción es una cuestión de hecho. La sentencia recurrida pone de manifiesto que a partir del día 23 de septiembre de 2001 no consta que se hubieran mantenido conversaciones entre las partes, ni que formularan reclamación judicial o extrajudicial, hasta que el 12 de noviembre de 2002 presentaron la demanda; se ha intentado acreditar la interrupción extrajudicial mediante determinados testimonios

que se rechazan expresamente, previa valoración lógica y coherente de la prueba, por cuanto el plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (SSTS 27 de septiembre de 2005, y 3 de mayo de 2007, entre otras).

**Oferta de acuerdo amistoso, no aceptada: Actos propios.**—Se alega que la aseguradora realizó un ofrecimiento de 12.500.000 pesetas, por lo que ha de considerarse como acto propio de la misma que reconoce una deuda por dicho importe; pero como señala la STS de 13 de marzo de 2008, no puede atribuirse a una oferta de acuerdo amistoso, no aceptada, ninguno de los caracteres que la jurisprudencia predica del acto básico cuya contradicción con la conducta posterior daría pie a la aplicación de la doctrina de los actos propios (STS de 19 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

**55. Culpa extracontractual: Accidente laboral: Lesiones con amputación de pierna: Prescripción extintiva: Dies a quo.**—La cuestión jurídica que plantea el único motivo del presente recurso de casación consiste en si el momento inicial para computar el plazo anual de prescripción establecido en el art. 1968-2.º CC para las acciones fundadas en el art. 1902, en un caso de lesiones con secuelas físicas y psíquicas que afectaron a la aptitud laboral del perjudicado, debe ser la fecha de la resolución de la Dirección Provincial del INSS por la que se declaró su incapacidad permanente total y se describieron las secuelas de sus lesiones, como entendieron las sentencias de ambas instancias, o, como se pretende en el recurso, la fecha en que se notificó al perjudicado la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ competente desestimando su recurso de suplicación contra la sentencia desestimatoria de su demanda contra el INSS pretendiendo que, mediante la revisión jurisdiccional de la citada resolución, se declarase su incapacidad permanente absoluta o invalidez permanente total. No se discute por ninguna de las partes la importancia del daño, amputación de la pierna derecha por debajo de la rodilla tras complicarse una fractura de tobillo sufrida por el demandante el 16 de mayo de 1996 al caer a una zanja mientras trabajaba en las obras de ensanche de una carretera, ni tampoco la sucesión de ingresos hospitalarios, intervenciones quirúrgicas y cambios de prótesis a los que tuvo que someterse aquél.

Aunque una lectura de las sentencias de esta Sala, poco atenta a las circunstancias de cada uno de los casos litigiosos, permitiría en éste fijar el día inicial del cómputo en la fecha de la resolución de la Dirección Provincial del INSS, e, incluso, adelantarlo a la fecha en que se hace tal propuesta de resolución o a la del dictamen médico precedente (así SSTS de 10 de octubre de 1995, 12 de febrero y 4 de abril de 2000, 6 de febrero de 2002, 22 de enero de 2003, 3 de octubre de 2006 y 3 de diciembre de 2007), lo cierto es que cuando, como en este caso, el demandante no se hubiera conformado en su día con la resolución administrativa correspondiente sobre el grado de su incapacidad, la jurisprudencia, sin dejar de aplicar la misma doctrina de la que parten las anteriormente citadas, toma como día inicial del cómputo aquél en que se resuelva definitivamente la reclamación del perjudicado contra la decisión administrativa sobre el grado de su incapacidad, pues sólo entonces podrá detallar en su demanda civil el definitivo quebranto sufrido y cuantificar con claridad y precisión, como exigen los arts. 253 y 254.4 LEC, y resulta del art. 219 al tratar de las sentencias con reserva de liquidación, la indemnización pretendida, ya que el daño es mayor si se incapacita para todo tipo de trabajo que si sólo se incapacita para determinados trabajos. Así ocurre en las SSTS de 1 de febrero y 20 de septiembre de 2006, y 22 de julio

de 2008. (STS de 7 de octubre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—La sentencia extractada se relaciona asimismo con la establecida por SSTs de 15 y 19 de octubre de 2009 (relativas, respectivamente, al accidente laboral ocurrido en el tendido de una línea eléctrica, y en una colisión de vehículos). Por otra parte, invocando la sentencia del Pleno de Magistrados de esta Sala de 29 de abril de 2009 (REC. 325/06) en un caso de apreciación de caducidad por el Tribunal de segunda instancia, acuerda devolver las actuaciones a la AP para que resuelva sobre el fondo, una vez rechazada la prescripción. Cabe preguntar si, ocurrido el accidente en 1996, y tras un *calvario hospitalario* padecido por el accidentado al que alude la sentencia y después de otro *peregrinaje jurídico* de ocho años, parece razonable devolver los autos al Tribunal inferior para que se cumpla una solución jurisdiccional cuya bases firmes están ya puestas. ¿No sería más equitativo que la Sala resolviera ya sobre el fondo? (G. G. C.)

**56. Culpa extracontractual: Responsabilidad médica y sanitaria: Transporte de enfermo en ambulancia medicalizada: Daño desproporcionado: No hubo demora: Necesidad de tratamiento neuroquirúrgico inmediato, conocida «in itinere»: Fallecimiento del enfermo: Irresponsabilidad.**—El caso, tal y como se relata por el recurrente, puede ser inicialmente alarmante para quien, sin más datos, advierte un retraso no justificado en términos médico legales y clínico asistenciales, en cuanto existe, en apariencia, una demora considerable en la prestación de un servicio sanitario a un paciente, consistente en el traslado en ambulancia de un Hospital a otro por razón de las lesiones sufridas a consecuencia de una caída. Ocurre, sin embargo, que al someterlos a la necesaria contradicción y prueba se advierte en qué circunstancias y en qué tiempo ocurrieron, y esto es suficiente para descartar tanto la consideración del daño como desproporcionado como para no apreciar la concurrencia de los requisitos del art. 1902 CC.

El daño desproporcionado no es un criterio de imputación vinculado, sin más, a un resultado generado en la esfera de acción del demandado, de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente; obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando, o haciendo surgir una deducción de negligencia; explicación que en el caso ha dado de forma suficiente y motivada la sentencia. Estamos ante los riesgos que comporta un sistema que no ha permitido hacer efectiva una atención sanitaria en el tiempo exigido por las circunstancias del paciente, debido a las lógicas limitaciones o a la escasez de recursos que se han puesto en evidencia, al impedir acometer la solución en origen y trasladarla a un centro hospitalario distinto, retrasando la asistencia médica que precisaba tras sufrir una caída. Ahora bien, estas carencias no permiten poner a cargo de los demandados el daño sufrido.

No se cuestiona que pudiera haberse adoptado una solución médico asistencial distinta, como tampoco la actuación del Hospital de Calella o la prestación de un servicio médico inadecuado. Lo que se ha cuestionado es la tar-

danza en el traslado del paciente por parte de los demandados y es evidente que, con los datos de prueba de la sentencia, no es posible exigir responsabilidad alguna a quienes pusieron a su alcance los medios necesarios para hacer efectiva la prestación interesada, en un tiempo y en unas circunstancias razonables. En efecto, la conducta de los demandados comienza a valorarse no a partir del momento en que se produjo la caída, sino desde que el Hospital en que ingresa toma conocimiento de la necesidad del traslado en ambulancia medicalizada hasta que se produce, teniendo en cuenta la disponibilidad de una ambulancia de estas características y el tiempo que se tarda en recorrer el trayecto desde Calella a Barcelona. Dice la sentencia recurrida: 1.º) La decisión de que el traslado fuera medicalizado fue prudente; 2.º) no fue un traslado urgente sino un traslado medicalizado en atención a los antecedentes patológicos del paciente y al criterio preponderante de hacerlo en condiciones de seguridad y no de rapidez, que se cumplimentó en un tiempo que no se estima excesivo ni desproporcionado; 3.º) que en ningún momento se cuestionó la actuación del facultativo que recogió al paciente del hospital, o que el Hospital de Calella preguntara en múltiples ocasiones por el traslado.

La necesidad de tratamiento neuroquirúrgico inmediato no era conocida cuando se le recoge en la ambulancia, pues este conocimiento se alcanza con el TAC que se practica posteriormente, por lo que no es posible apreciar una responsabilidad derivada de unos actos médicos-asistenciales cuando no podía preverse racionalmente el resultado final acontecido, como tampoco es posible cuestionar el diagnóstico inicial a partir de la evolución posterior del paciente con evidente infracción de la prohibición de regreso que pudiera servir como causa (SSTS de 14 y 15 de febrero y 7 de mayo de 2007, y 10 de junio de 2008).

No existe, por tanto, un hecho que pueda reprocharse a los facultativos o al personal integrante del Hospital demandado, ni esta responsabilidad puede trasladarse a la entidad Asistencia Sanitaria Colegial, vinculada con los referidos agentes sanitarios, en la medida en que la sentencia también descarta que pueda serle exigida por hechos que no son directamente imputables a la organización o al desarrollo de su actividad, ya con base en el art. 1903.4 o en el 1902, ambos del CC. (STS de 18 diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Se acepta en casación la relación de hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial que se inserta con precisión cronológica en el FD1.º; a) El 21 de abril de 2002, con ocasión de encontrarse D. Rómulo en un acto político de la localidad de Santa Susana, sufrió una caída, siendo trasladado al Hospital de Calella en donde ingresó a las 18,33 horas; b) Tras las primeras exploraciones se diagnostica traumatismo casual, sin lesiones traumáticas y con un Glasgow 15; c) Según los informes médicos el paciente tenía los siguientes antecedentes: hipertensión arterial, dos episodios de isquemia cerebral transitoria, astrocima cerebral grado II estirpado hace 13 años, con tratamiento posterior de radioterapia con secuelas de hemiplejia izquierda, con dificultades motoras que le ocasionaban frecuentes caídas, seguía tratamiento con *doxazosina*, *ciopidogrel*, *carbamacepina* y *fenitoína*; d) Al parecer, y al no conseguir una ambulancia medicalizada por parte del SEM, el Hospital de Calella se dirigió al Hospital de Barcelona, recibíendose llamada en tal sentido a las 20,30 horas, asumiendo este último la

tarea de coordinar el servicio de ambulancia en los términos solicitados (UCI móvil); *e*) El Hospital de Barcelona se dirigió a la entidad «Ambulancias de Barcelona», manifestando ésta que el facultativo no estaría disponible hasta las 21,30, recibiendo orden de continuar con la preparación del servicio; *f*) El paciente a las 20,15 inició vómito, descendiendo a un *Glasgow* 14, a las 20,30 se mareó mientras se le practicaba un electroencefalograma, y a las 21 horas ingresó en box para control con monitor; *g*) La ambulancia recogió al paciente a las 23,15 iniciando el viaje a Barcelona, deteniéndose en la Clínica de Remei para la práctica del TAC, dado que el de Barcelona estaba averiado, ingresando en el último Hospital con un *Glasgow* 4; *h*) El TAC reveló que el paciente había sufrido un extenso hematoma subdural agudo del hemisferio derecho, procediéndose a practicar una craneotomía, sin conseguir la recuperación del latido cerebral ni la reexpansión encefálica, falleciendo a las 12 horas del 7 de mayo siguiente. La demanda se interpone contra el Hospital de Barcelona y la Cooperativa a la que pertenece, así como contra la Asistencia Sanitaria Colegial de la que dependen los médicos de Calella, la empresa de Ambulancias y las respectivas entidades aseguradoras. El Juzgado de Primera Instancia condena a todos los demandados a abonar la suma de 153.249,75 euros. Pero la Audiencia Provincial estima la apelación y los absuelve. La familia interpone el recurso de casación.

NOTA.—Sorprende en esta sentencia esa singular «concesión a la galería» con que se inicia la argumentación desestimatoria del recurso. ¿Hubo algún *clamor social* sobre el mal funcionamiento de la sanidad en Cataluña con ocasión de este hecho luctuoso? La sentencia pronunciada varios años después no parece que estuviera obligada a hacerse eco del mismo. También extraña que se haga, *obiter dicta*, una apreciación culpabilista del funcionamiento del sistema sanitario en el caso (de carácter, en apariencia, privado), admitiendo que se da un resultado desproporcionado, para, a continuación, declarar la irresponsabilidad de los demandados, evidentemente, por haber planteado la parte actora con desacierto la legitimación pasiva del proceso. ¿Quiere decir que si la demanda se hubiera dirigido debidamente, *esta Sala* hubiera declarado su culpabilidad? ¿Habría por tanto, en cierto modo, alguna responsabilidad por parte de la dirección letrada? (*G. G. C.*)

**57. Culpa del personal sanitario: Graves secuelas padecidas por un bebé tras ser intervenido quirúrgicamente de estenosis pilórica: Inexistencia de caso fortuito o fuerza mayor: Responsabilidad de ATS por omisión de vigilancia en el posoperatorio.**—El caso fortuito o la fuerza mayor, entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencia que la determinan, servirán, en principio, para excluir la responsabilidad; pero estas excepciones deben oponerse y probarse por los proponentes lo que no se da en la presente situación. En ningún caso se aplica contra la ATS la responsabilidad objetiva, ni se la condena por el simple resultado; se la responsabiliza porque omitió la vigilancia que era necesaria en la atención del menor, a partir de una situación que conocía y asumía puesto que en un proceso de extravasación del suero que se produce

en un lapso de tiempo entre media hora y tres horas, fue incapaz de percibirse de la sintomatología clínica, conforme resulta de la prueba; omisión que se vincula fatalmente con el grave resultado lesivo.

**Irresponsabilidad de la médico de guardia.**—En el ámbito de la prestación sanitaria, de cuidado al enfermo en centros hospitalarios, los Ayudantes Técnicos Sanitarios son responsables de sus propias acciones, en función de su actividad profesional y de su experiencia entre las cuales está la de dirigir y evaluar los cuidados propios de su competencia controlando y observando a cada paciente bajo su cuidado, identificando, en suma, las necesidades de cada uno de ellos, y adoptando las medidas pertinentes hasta poner en conocimiento del médico las anomalías o deficiencias que observe en el desarrollo de la asistencia. La desatención de dichas obligaciones es lo que sirve a la sentencia para establecer la responsabilidad de la ATS y negar la que se exige a la médico, desde el momento en que pone a su cargo el riesgo que para el bebé instalado en un nido supuso la desatención de la vigilancia directa y continuada y la consecuente omisión de las incidencias que se produjeron en el posoperatorio por no advertir a tiempo el inadecuado proceso de extravasación del suero, que duró varias horas, las suficientes para advertir la existencia de obligaciones que no son del médico cuya responsabilidad empieza y acaba en funciones distintas de la cuestionada.

**Prescripción de la acción: *Dies a quo*: Doctrina constitucional.**—Según reiterada jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> TS el plazo de prescripción de un derecho a exigir responsabilidad civil no comienza a correr sino desde que se produzca la notificación del archivo de la causa penal ( SSTS de 30 de junio de 1993, 25 de marzo de 1996, y 11 de octubre de 2007, entre otras muchas). El Tribunal Constitucional en sentencias 89/99 y 298/00 se funda, principalmente, en la relevancia el art. 270 LOPJ en relación con los arts. 108, 109 y 114 Lecrim que puede resumirse en dos argumentos esenciales: 1.º el conocimiento de la fecha en que han terminado dichas actuaciones penales constituye un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional; y 2.º, que en tanto se sigan las actuaciones penales el Ministerio Fiscal está obligado al mantenimiento de las acciones penales y civiles. (STS de 1 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

**58. Culpa médica: La esterilidad femenina como enfermedad crónica: Responsabilidad de medios: Doctrina general sobre medicina satisfactiva: Tratamiento de infertilidad seguida de infarto.**—En principio, y sin perjuicio de las características de cada caso, la persona que se somete a una determinada intervención o manipulación médica, sea de la naturaleza que sea, lo hace impulsada por un estado patológico que pretende corregir en cuyo tratamiento puede verse afectada la salud, pero sin que el resultado sea una consecuencia necesaria del mismo. La realidad social y médica de la ginecología y de la medicina, en general, imponen soluciones distintas de tal forma que con independencia de que pueda existir una clara actividad médica tendente a subsanar unas patologías concretas, de evidente carácter curativo—azoospermia y déficit de maduración ovular—ambas generadoras de incapacidad de reproducción, no es posible mantener la distinción entre obligación de medios y de resultados, salvo que el resultado se pacte o de garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos psíquico y social, y no sólo físico,

en la que se incluye el desarrollo de capacidades como la de tener un hijo, previniendo y solucionando problemas de salud reproductiva. La OMS definió la esterilidad como una enfermedad crónica, que configura el derecho fundamental de hombres y mujeres de estar informados y tener acceso a métodos de regulación de la fertilidad con arreglo a los medios disponibles actualmente en Medicina reproductiva, que permitan a la mujer llevar a término su embarazo y dar a luz de forma segura.

**La responsabilidad del profesional médico por lo general es de medios.**—Como tal no puede garantizar un resultado concreto; obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no sólo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteración de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuando en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propio de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS de 12 de marzo de 2008 y 30 de junio de 2009).

**Relación de causalidad.**—No se llegó a determinar en la instancia que la causa del infarto isquémico fuera un síndrome de hiperestimulación ovárica. La única imputación significada resulta ajena a la actividad médica asistencial y se vincula a una reacción farmacológica adversa, resultado de la medicina administrada para la estimulación de los ovarios, cuya aparición desconocían los propios facultativos que cumplimentaron la información en los términos en que era conocido el riesgo, en el que no estaba el ictus, como declara probado la sentencia de instancia, lo que impide que pueda atribuírsele un resultado distinto del esperado, fuera de su campo de actuación.

**Información adecuada de la paciente.**—La paciente fue debidamente informada, y si no lo fue del posible ictus ello fue debido a que su aparición, como efecto secundario de los medicamentos suministrados, la desconocían los propios facultativos, dado que la información suministrada en el prospecto español del preparado farmacéutico *Neo-fertinon* carecía de la exhaustividad de la suministrada en el prospecto americano, omitiendo entre los posibles efectos secundarios los graves problemas cardiovasculares, como el ictus, siendo suficiente la proporcionada sobre los efectos adversos del tratamiento y de la propia hiperestimulación provocada.

**LGDCU.**—Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, la responsabilidad fundada en la LGDCU no afecta a los actos médicos propiamente dichos, sino únicamente en relación con los actos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, aspectos que no han

sido cuestionados en la sentencia recurrida (SSTS de 5 de febrero de 2001, 26 de marzo y 17 de noviembre de 2004, 5 de enero de 2007 y 4 de junio de 2009). (STS de 20 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—El tratamiento de fertilidad se inicia por la actora en marzo de 1977 y el infarto se produce el 25 julio del mismo año. Desde entonces la enferma está sometida a un tratamiento de rehabilitación que, al parecer, todavía continúa. No se plantea el tema prescriptivo porque todavía no está dada de alta definitiva. En su demanda aquélla reclama una indemnización de 80 millones de pesetas adicionados con los gastos originados por la rehabilitación que está realizando en Barcelona, debiendo trasladarse cuatro veces al año desde su domicilio de Zaragoza. La demanda es desestimada en ambas instancias. Entre los hechos probados sorprende esa falta de concordancia entre las instrucciones redactadas en inglés y en español del medicamento, que se le administró y que parece desencadenó el *ictus*. Pero la reclamación contra el expendedor y el fabricante, con base en la deficiente información española del producto farmacéutico norteamericano vendido aquí, estaría probablemente prescrita, para ejercitar en su contra, las acciones con base en la legislación consumerista. Las sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial se dictan, respectivamente, en 2004 y 2005. (G. G. C.)

**59. Culpa extracontractual: Accidente de circulación: Lesiones corporales con secuelas: Fallecimiento prematuro de la víctima: Cuantía de la indemnización.**—El Juez, en el momento de fijar la cuantía de la indemnización, debe tener en cuenta el fallecimiento prematuro de la víctima como una de las circunstancias que influyen en la valoración, criterio que debe entenderse aplicable en el caso de indemnizaciones concedidas por la ley como finalistas (en caso de gran invalidez, necesidad de ayuda de otra persona, perjuicios morales a familiares, adecuación de la casa y vehículo). El fallecimiento prematuro del perjudicado no es suficiente para excluir la indemnización en el momento de su fijación por el hecho de no haberse podido disponer de ella con la finalidad prevista, salvo que se pruebe que dicho fallecimiento determinó su carencia absoluta de objeto. En efecto, el carácter finalista de las indemnizaciones no impone, según el Texto Refundido de 2004, limitaciones sobre su empleo en beneficio del perjudicado ni permite control alguno sobre su destino, y, en términos generales, la falta de empleo de una indemnización por daños en la reparación de éstos no altera su fundamento causal como instrumento de compensación de los daños padecidos y, en consecuencia, no puede dar lugar por sí misma a enriquecimiento injusto si no se prevé expresamente en la ley o concurren circunstancias excepcionales.

La aplicación de esta doctrina conduce a las siguientes consecuencias: a) Las indemnizaciones concedidas por secuelas, por perjuicios económicos y por daños morales complementarios no resultan afectadas por el fallecimiento posterior de la víctima; b) En cuanto a la indemnización por perjuicios morales a familiares, la sentencia recurrida extiende la fijación de la indemnización al hecho de no haberse prolongado mucho tiempo la situación especialmente gravosa que para los familiares derivaba de la prestación de

los cuidados especialmente intensos, por lo que la solución aplicada es conforme con la doctrina anteriormente fijada, y lo mismo debe entenderse con la necesidad de ayuda de terceras personas, pues la sentencia recurrida, para fijar la cuantía de la indemnización, tiene en cuenta que la víctima falleció a los dos años del siniestro; c) En cuanto a las indemnizaciones por adecuación de la vivienda y del vehículo, se tiene en cuenta la relevancia de la no-prolongación de la situación de minusvalía de la lesionada, aunque valora que se ocupó otra vivienda especialmente adaptada para minusválidos.

**Intereses del artículo 20.8.º LCS.**—El recargo de los intereses por mora del asegurador tiene lugar cuando no se produce el pago de la indemnización por causa no justificada o imputable a la aseguradora. Según jurisprudencia reiterada hay causa justificada por discrepancia razonable en torno a la procedencia o no de la cobertura del siniestro o del importe de la indemnización que debe satisfacerse, siempre que se haya consignado o abonado el importe mínimo. El recargo se aplica cuando carece de justificación la oposición al pago frente a la reclamación del asegurado o perjudicado aunque se formule en un proceso judicial pues la razón del mandato legal radica en evitar el perjuicio para el asegurado o perjudicado que deriva del retraso en el abono de la indemnización y en impedir que se utilice el proceso como instrumento falaz para dificultar o retrasar el cumplimiento de la expresada obligación (SSTS de 17 y 18 de octubre de 2007, y 6 de noviembre de 2008). En el presente caso no constituye causa justificada para la falta de consignación el hecho de que pudieran existir dudas en cuanto a la concurrencia de culpa entre los conductores.

**Tipo de intereses por mora de la aseguradora.**—Esta Sala 1.ª del TS en pleno, en sentencia de 1 de marzo de 2007, ha sentado por razones de interés casacional a efectos de unificación de jurisprudencia, la siguiente doctrina: Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal de dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50 por cien. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma siempre que supere el 20 por cien, con un tipo mínimo de 20 por cien, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento. Esta jurisprudencia ha sido aplicada en sentencias posteriores (entre las que pueden citarse sentencias de 11 de diciembre de 2007, 1 de julio y 26 de noviembre de 2008, y 6 de febrero y 19 de mayo de 2009) (**STS de 10 de diciembre de 2009**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

NOTA.—Es sabido que conforme al baremo de daños corporales en materia de accidentes de circulación, es menos gravoso para la aseguradora indemnizar un fallecimiento que lesiones con secuelas graves derivadas del accidente. En el presente caso no se discute el supuesto académico sobre la relación de causalidad entre el daño y la muerte posterior del perjudicado, sino que la lesionada, de 61 años, en un accidente de circulación, fallece dos años más tarde por causas ajenas al mismo. El TS maneja el extraño concepto de *fallecimiento prematuro* de la víctima, excluyendo la existencia de enriquecimiento injusto de los familiares, debido a que la muerte había ocurrido ya al dictar sentencia fijando las cuantías indemnizatorias y al carácter finalista de las mismas (*G. G. C.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**60. Interrupción de la posesión por citación judicial: Efectos.**—El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos de buena fe (art. 451 CC), pero «el que siga o no haciéndolos suyos, tras la interrupción de la posesión por su citación judicial (art. 1945 CC), dependerá del resultado del proceso», ya que si pierde la posesión como consecuencia del mismo «no podrá hacer suyos los frutos producidos tras la citación judicial, sin que por ese mero hecho pueda ser considerado poseedor de mala fe». El acto de conciliación previo no seguido de la interposición de la demanda en un espacio de dos meses no surte los efectos de la interrupción civil de la posesión, sino el efectivo emplazamiento posterior (artículo 1947 del Código Civil). (STS de 15 de octubre de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La entidad demandante ejercitó acción declarativa del dominio, acción reivindicatoria y acción de rectificación registral frente a varias comunidades de propietarios de fincas colindantes edificadas junto a la que es objeto del litigio. Se ejercitó además una acción de restitución de los frutos y rendimientos obtenidos por las demandadas, como poseedoras de mala fe. En Primera Instancia, se desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Vizcaya estimó parcialmente el recurso interpuesto: declaró la propiedad de la demandante, su derecho a recuperar la posesión y a la rectificación registral, pero rechazó la pretensión de restitución de los frutos por considerar que no existió mala fe en la posesión por las demandadas. En casación, hubo lugar a la revocación de la sentencia anterior en este último punto. (C. J. D.)

**61. Actio communi dividundo y Registro de la propiedad.**—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que afirma que los principios de legitimación registral y de fe pública registral «no alcanzan a las situaciones de hecho». La acción de división recae sobre la cosa real objeto de propiedad, coincida no la finca con la superficie inscrita en el Registro de la propiedad: Éste podrá rectificarse mediante el correspondiente procedimiento, «pero no a través de la acción de división». (STS de 2 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El origen del conflicto que da lugar al recurso de casación surge cuando el demandado por una acción de división de la cosa común, ni se allanó ni formuló reconvencción, sino que —aceptando la división—introdujo «una serie de confrontaciones fácticas» que llevaron a la Audiencia Provincial a confirmar la sentencia de instancia matizando «que la finca objeto de la acción de división de cosa común deducida en esta litis, es la existente en la realidad física, con independencia por ello del dato que referido a su superficie figura en su inscripción en el Registro». Entiende la parte recurrente en casación que esta afirmación es contraria a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley hipotecaria, motivo que es desestimado por el Tribunal Supremo. (C. J. D.)

**62. Acción de división de la cosa común.**—Está contemplada en el artículo 400 CC como una facultad que se integra en el derecho de propiedad, cuando éste tiene pluralidad de sujetos. Como recuerdan las SSTS de 7 de julio de 2006 y de 27 de marzo de 2009, nadie puede ser forzado a mantenerse en situación de copropiedad que es contemplada con disfavor por el ordenamiento español y concebida como un estado transitorio. El ejercicio de esta acción va dirigido a que, cuando no se llega a un acuerdo entre los copropietarios para proceder a la división, por vía judicial se resuelva, no ya la división, que es indiscutible, sino el modo de practicarse. La *actio communi dividundo* tiene la función de cesar la comunidad y no cabe que se divida una parte y se mantenga la indivisión en otra; no es admisible una división parcial (SSTS de 26 de septiembre de 1990 y 17 de noviembre de 2003).

**Indivisibilidad de la cosa común.**—La indivisibilidad de la cosa puede ser física o jurídica o por resultar inservible para el uso al que se la destina o por desmerecer su valor. Existe indivisibilidad jurídica cuando por la normativa vigente no se pueda dividir la cosa o ésta pierda todo o parte sustancial de su valor.

**División de la cosa común en caso de indivisibilidad.**—Tal como dice la sentencia de 10 de enero de 2008 y reproduce la de 27 de marzo 2009, para el Código Civil la división comprende la división material y la división en sentido jurídico. La acción de división es única, la indivisibilidad de la cosa no excluye la división, ya que esta puede ser material (adjudicándose cada parte una porción de la misma) o económica (mediante la venta y reparto del precio), lo que prevé tanto el artículo 404 como el 1062 CC (STS de 7 de julio de 2007). (STS de 15 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

**HECHOS.**—Las demandantes, copropietarias de una finca urbana, piden la división económica de la cosa común por considerar que ésta es indivisible. La copropietaria demandada sostiene que el inmueble es divisible. La sentencia de Primera Instancia acepta la propuesta de la demandada y acuerda la división de la finca en cuatro parcelas. Tres de ellas, con una cabida de 172 m<sup>2</sup>, se adjudican a cada una de las tres actoras y una cuarta parcela, con una cabida de 100 m<sup>2</sup> cuadrados, se atribuye a la demandada debiendo compensar ésta a las actoras por los 31.25 m<sup>2</sup> que exceden de la proporción que le corresponde. La Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia recurrida y considera que existe indivisibilidad jurídica de la cosa común, puesto que las normas urbanísticas municipales no permiten una edificación inferior a los 100 m<sup>2</sup> que es superior a la proporción que le corresponde a la demandada en la cosa común. Afirma la Audiencia que no es posible que judicialmente se le atribuya a una de las copropietarias una porción mayor a la que le corresponde conforme a su cuota, aunque se establezca una compensación económica. La sentencia de la Audiencia decreta la división del inmueble mediante venta en pública subasta y consiguiente reparto del producto entre los condueños, en proporción a sus respectivas cuotas. La copropietaria demandada presenta un recurso de casación. (L. P. sentencia M.)

**63. Doble inmatriculación. Adjudicación de la misma finca a diferentes rematantes en procedimientos judiciales distintos. Adquisición de la propiedad. Aplicación de la teoría del título y del modo del artículo 609 CC.**—La cuestión a decidir no consiste en la aptitud de la subasta judicial como título traslativo del dominio, sino en si ese título es suficiente por sí solo para entender adquirida la propiedad o si, por el contrario, es necesario además un modo o tradición para dar cumplimiento a lo exigido en el art. 609 C.C. En los casos como el planteado la jurisprudencia de esta Sala mantiene toda la virtualidad del referido precepto, exigiendo algo más que la mera aprobación del remate para la adquisición de la propiedad de la finca subastada por el rematante o cesionario del remate (SSTS 29 de julio de 1999, 1 de septiembre de 1997 y 10 de diciembre de 1991). Y así, después de la reforma operada por la Ley 10/1992, el testimonio del auto de aprobación del remate conforma la operación del acto procesal enajenatorio; de suerte que la entrega de este testimonio es el acto verdaderamente constitutivo de la tradición. **(STS de 2 de diciembre de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—D. Julián interpuso acción reivindicatoria contra D.<sup>a</sup> Silvia y D. Iñigo, reclamando la declaración de propietario de la finca rústica objeto del pleito y su entrega al actor. La finca litigiosa había sufrido una doble inmatriculación registral, originándose el litigio porque el actor resultó adjudicatario en un juicio ejecutivo, mientras que los demandados también habían sido cesionarios del remate pero en un juicio hipotecario. El demandante había obtenido el título de adjudicación antes que los demandados, pero el auto de aprobación del remate se había producido con posterioridad a los de éstos. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Lleida desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación del actor. (*L. A. G. D.*)

**64. Propiedad horizontal. Modificación del título constitutivo de la división horizontal. Teoría del título y del modo.**—Citando doctrina jurisprudencial consolidada (en este sentido, entre otras, SSTS de 3 de febrero de 1975, 27 de febrero de 1987, 30 de marzo de 1999, 25 de marzo de 2004 y 23 de marzo de 2004), el Tribunal Supremo declara que, en virtud de la teoría del título y del modo, para adquirir el dominio no es suficiente la perfección de un contrato transmisivo, sino que también se precisa la concurrencia de la tradición (arts 609 y 1095, inciso segundo, CC). Dado que la mera formalización en documento privado de un contrato de compraventa de un inmueble no genera tradición instrumental, tampoco implica, por sí sola, la efectiva transmisión patrimonial. De la letra de los párrafos 2.º y último del artículo 5 LPH se deduce que la propiedad horizontal —en orden a la fijación de las cuotas de participación y en caso de modificación del título— se constituye o bien por el propietario único o bien por los copropietarios; pero no por aquel sujeto que haya comprado pero no haya adquirido el derecho de propiedad, al haber obtenido título (contrato) pero no modo (tradición simbólica o real). De esta manera, al seguir siendo el vendedor —y no los compradores— el único propietario del inmueble, será exclusivamente éste quien pueda llevar a cabo el otorgamiento de la escritura pública de constitución o la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal. **(STS de 11 de diciembre de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El litigio causante de la presente sentencia fue promovido por el presidente de una comunidad de propietarios, contra la promotora inmobiliaria vendedora de los inmuebles. Se pretende la nulidad de la cláusula contractual por la que los compradores autorizan a la vendedora a otorgar y modificar la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal del edificio y la división de las correspondientes cuotas de participación.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda, por considerar abusiva dicha cláusula contractual.

La demandada interpone recurso de apelación, que es estimado parcialmente, dado que la Audiencia Provincial reconoce la facultad de la vendedora para modificar los Estatutos en tanto no haya operado la tradición.

Interpuesto recurso de casación por parte del demandante, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a éste y confirmó en todos sus pronunciamientos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. (G. M. A.)

**65. Propiedad horizontal. Atribución del uso exclusivo de un elemento común a uno de los miembros de la comunidad de propietarios.**—Dado que la superficie de los bajo cubierta constituye un elemento común, puesto que no se individualizó en el título constitutivo de la propiedad horizontal, y teniéndose en cuenta que el vendedor ya había celebrado diversos contratos de compraventa con anterioridad al otorgamiento de escritura de división horizontal, la cesión del uso de tal elemento común, para ser válida, debió haber sido autorizada por acuerdo adoptado por la junta de propietarios —y no por el vendedor—, sin que en modo alguno pueda considerarse equivalente a dicha decisión conjunta la aceptación tácita individual que realizase el comprador al celebrar un contrato de compraventa en el que se hacía referencia a la reserva a favor de la constructora de la facultad de atribuir el uso de este elemento común y de transmitir dicha reserva. Las personas a quienes la constructora transmitió tal elemento común no están amparadas en el artículo 34 LH, puesto que la constructora no disponía de facultades para realizar dicha transmisión.

**Prescripción de la acción: ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe. Artículo 7.1 CC.**—Según doctrina jurisprudencial consolidada (entre otras, SSTs de 17 de febrero y 11 de marzo de 1999), quien puede ejercitar una pretensión es dueño de hacerlo o no mientras la acción se mantenga viva, sin que se le pueda obligar a hacerlo ni imponersele el cuándo. No se contravienen las normas de la buena fe ni la prohibición de ir contra los actos propios cuando la acción es esgrimida transcurridos unos pocos meses desde la realización de la obra en el elemento común por los codemandados.

**Incongruencia por alteración de la causa petendi. Artículo 218.1.2.º LEC.**—La incongruencia de una sentencia únicamente se producirá cuando su fallo conceda algo distinto de lo pedido, cuando recaiga sobre un debate diferente del promovido por los litigantes o cuando contenga contradicciones en los fundamentos de derecho constitutivos de su ratio. Por tanto, no cabe denunciar la incongruencia respecto de aquellos fundamentos dictados con carácter de *obiter dicta* (entre otras, STS de 2 de febrero de 1998). (STS de 23 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El litigio causante de la presente sentencia fue promovido por el presidente de una comunidad de propietarios, contra la entidad constructora, vendedora de los inmuebles, y contra una serie de usufructuarios de los bajo cubiertas del conjunto residencial. En la demanda se solicita la nulidad de la cláusula de la escritura constitutiva de la propiedad horizontal en la que la constructora se reserva la facultad de atribuir el uso de esta superficie y de transmitir dicha reserva.

Tras la desestimación de la demanda, la actora recurre en apelación. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso, declarando la nulidad de tal cláusula.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada, confirmando así la sentencia recurrida. (*G. M. A.*)

**66. Propiedad Horizontal. Título constitutivo. Estatutos de la Comunidad. Elementos comunes. Alteraciones en la fachada.**— En la aplicación del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, no cabe idéntica interpretación entre locales de negocio y pisos, con fundamento en que los primeros se ubican generalmente en las plantas bajas y los segundos en las siguientes, y aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, donde cualquier modificación puede romper la armonía del conjunto, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, tanto en su inicial construcción y acabado, a veces elemental, rudimentario y sin división alguna, como en cualquier cambio de su configuración o aspecto externo, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales, siempre mudable, y susceptible de notables transformaciones de destino surgidas por iniciativa de los iniciales titulares, o de sus sucesores, pues, como ejemplo, es distinta su conformación, entre otras, para una cafetería, un supermercado o una oficina bancaria, de manera que la realidad operativa exige alteraciones esenciales para el fin perseguido, que a veces afectarán a la fachada, siempre que no perjudique a otros copropietarios y que la porción utilizada de la misma no sea susceptible de uso o aprovechamiento por el resto de los comuneros.

**Propiedad Horizontal. Modificación de Estatutos. Unanimidad.** — Cuando el acuerdo para la modificación de Estatutos de la Comunidad no ha sido tomado por unanimidad, tales Estatutos carecen de validez jurídica en virtud de la unanimidad exigida por el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal. (**STS de 28 de octubre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal interpuso demanda contra el propietario de un local comercial del edificio, solicitando que se declarase la ilicitud de las obras hechas por el demandado en su local comercial por ser contrarias a los Estatutos de la Comunidad de Propietarios y la Ley de Propiedad Horizontal, y se le condenara a la restauración a su estado original de todos los elementos comunes afectados por las labores verificadas en el establecimiento, y, en el supuesto de que pretenda realizarlas, lo ponga previamente en

conocimiento de la Comunidad para su aprobación, más el apercibimiento de que, en caso de no retirar las obras efectuadas, ello podrá ser efectuado por la demandante a costa del demandado.

El Juzgado rechazó la demanda con base en que la Comunidad actora no puede prohibir la realización de las obras, al ser conformes con lo establecido en el Título Constitutivo, entendiendo que los Estatutos han de interpretarse en el sentido de completar, suplir o desarrollar lo recogido en dicho Título sin contradecirlo, y la añadidura de que es contrario a la buena fe y constituye abuso de derecho que una serie de propietarios, por razones de mera conveniencia, obligaran a otro a destinar el local de negocios adquirido con unas determinadas expectativas comerciales, concretamente un Bar-Cafetería, a la actividad que les pueda resultar más cómoda a aquéllos; y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la de la Audiencia, que reiteró los argumentos de la de primera instancia y señaló que el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal no tiene carácter imperativo.

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

**67. Propiedad Horizontal. Estatutos de la Comunidad. Elementos comunes. Diferencia entre locales de negocio y pisos.**—En la aplicación del artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, no cabe idéntica interpretación entre locales de negocio y pisos, con fundamento en que los primeros se ubican generalmente en las plantas bajas y los segundos en las siguientes, y aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, donde cualquier modificación puede romper la armonía del conjunto, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, tanto en su inicial construcción y acabado, a veces elemental, rudimentario y sin división alguna, como en cualquier cambio de su configuración o aspecto externo, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales, siempre mudable, y susceptible de notables transformaciones de destino surgidas por iniciativa de los iniciales titulares, o de sus sucesores, pues, como ejemplo, es distinta su conformación, entre otras, para una cafetería, un supermercado o una oficina bancaria, de manera que la realidad operativa exige alteraciones esenciales para el fin perseguido, que a veces afectarán a la fachada, siempre que no perjudique a otros copropietarios y que la porción utilizada de la misma no sea susceptible de uso o aprovechamiento por el resto de los comuneros.

Por otra parte, es lógica la pretensión de que los locales guarden relación con el edificio en que se ubican, pero no es posible impedir sin más por la comunidad que los dueños coloquen letreros o carteles en su propio negocio.

Es evidente la necesidad de emplazar letreros en los establecimientos comerciales; si se instalan en la parte del propio local, en los huecos de los escaparates, en las ventanas, etc., no cabe la prohibición, pues la explotación comercial, con el consiguiente reclamo, llamamiento al público y publicidad, es inherente al propio negocio; la salvedad a esta posición puede tener lugar cuando los letreros atenten contra la estética del edificio o perjudiquen a otro propietario, así sucede, por ejemplo, en el supuesto de que en un inmueble

clásico se coloque un letrero voluminoso con signos orientales u otros similares, lo que, en definitiva, supondría un cambio significativo.

Igualmente ocurre con la apertura de huecos, puertas, modificaciones y embellecimientos en la fachada

Es perfectamente posible establecer en los Estatutos comunitarios normas que permitan la libre modificación de los locales, siempre que no perjudiquen a otros propietarios o alteren los elementos comunes cuyo uso, provecho o afección abarque al conjunto de la comunidad.

**Propiedad Horizontal. Normas imperativas. Modificación de cuotas.**—La facultad de modificación de cuotas de propietarios en régimen de propiedad horizontal no compete al propietario del local que haya efectuado la segregación o agrupación, sino a la Junta de Propietarios, por imposición del artículo 8.2 de la Ley de Propiedad Horizontal.

**Modificación de elementos privativos.**—El artículo 7.1 de la Ley de Propiedad Horizontal establece que «el propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quién represente a la Comunidad»; de este precepto se deduce que todo el espacio que se encuentre en el interior de la superficie asignada a cada propietario se considera como privativo, con la limitación de respetar los servicios comunes del inmueble; aparte de esta salvedad, no hay inconveniente en que se derriben tabiques de separación, se efectúe una redistribución interior, se decore interiormente como mejor parezca al titular y se utilice la zona particular para instalaciones que no perjudiquen a otros; amén de lo hasta ahora manifestado, el artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal dispone que « en el régimen de propiedad establecido en el artículo 396 del Código Civil corresponde al dueño de cada piso o local: a) el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, con los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, así como el de los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado» (STS de 15 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

**HECHOS.**—La comunidad de propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal interpone demanda contra la constructora, solicitando: La nulidad de pleno derecho del artículo 11 de los Estatutos de la Comunidad, según el cual, «(...) De acuerdo con lo establecido en la escritura pública de constitución de la propiedad horizontal de esta comunidad, los propietarios de los locales de uso comercial, podrán, en aplicación del estatuto jurídico escriturado, por sí solo, en cualquier momento, presente o futuro, realizar lo siguiente: 1.º Segregar los locales para formar fincas independientes, así como hacer agrupaciones y agregaciones entre ellos y entre los que resulten de las segregaciones, distribuyendo la cuota asignada a los mismos entre los resultantes de dichas operaciones en proporción a su superficie, sin que en ningún caso altere la estructura externa del edificio ni se disminuya la seguridad del mismo, ni se alteren por ello las cuotas de los restantes propieta-

rios. 2.º Abrir huecos, modificar y embellecer la fachada de la parte correspondiente a su local cuantas veces lo consideren oportuno. 3.º Abrir huecos en la fachada a fin de dar acceso independiente a los que resultan de las operaciones anteriormente expresadas. 4.º Establecer en la parte de fachada que les corresponda, marcos, anuncios luminosos o no, reclamos y letreros en la forma y medida que autoricen las ordenanzas municipales, en horizontal o vertical, pero cuya altura no exceda ni rebase el suelo de la primera planta alta del edificio; igualmente podrán establecer tuberías, torres de recuperación y en general todo tipo de instalaciones precisas para la calefacción, ventilación y acondicionamiento de aire de sus locales por los conductos verticales reservados al efecto, cuyos elementos y conductos podrán conservar, reparar y renovar en cuantas ocasiones consideren convenientes. 5.º Todas las obras anteriormente citadas habrán de ser supervisadas por personal técnico, no afectarán a la seguridad del edificio y se realizarán a costa de los titulares de los locales, debiendo notificarse aquellas previamente a la Junta de la Comunidad. 6.º Los propietarios de los locales y los futuros propietarios de los mismos, sitos en la planta baja, podrán dedicar estos a la actividad que libremente determinen y sea aprobada por el organismo competente. Queda sin embargo prohibido desarrollar en los locales actividades no permitidas por las leyes, dañosas para la finca, peligrosas, incómodas o insalubres según se establece con carácter general en estos estatutos».

Asimismo, la Comunidad de propietarios ejerció acción de cesación respecto a la instalación de aire acondicionado en la cubierta del edificio, más el abono de daños y perjuicios, por entender que la citada norma contradice las reglas imperativas contempladas en la Ley de Propiedad Horizontal, en especial del artículo 7.1, según el cual está prohibida la alteración de los elementos comunes de la Comunidad.

El Juzgado de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda, al considerar que la pauta estatutaria contradice la norma imperativa de la indicada Ley, y afecta a los elementos comunes, lo que requiere la autorización de la Comunidad de Propietarios; y su sentencia fue revocada parcialmente en grado de apelación por la de la Audiencia, en relación al pedimento primero, con la declaración de nulidad de la parte de la regla referida a la distribución de cuotas asignadas a los locales, tras la segregación y adjudicación, con el mantenimiento de la condena a retirar la instalación de aire acondicionado.

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

**68. Propiedad horizontal. Elementos comunes y privativos. Obras en fachadas en locales comerciales.**—Como sentaron las SSTs de 15 y 21 de octubre de 2009, en la aplicación del artículo 7 LPH no cabe idéntica interpretación entre locales de negocio y pisos, pues los primeros se ubican generalmente en las plantas bajas y los segundos en las siguientes, y aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica

más rígida, donde cualquier modificación puede romper la armonía del conjunto, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, tanto en su inicial construcción y acabado, a veces elemental, rudimentario y sin división alguna, como en cualquier cambio de su configuración o aspecto externo, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales, siempre mudable, y susceptible de notables transformaciones de destino surgidas por iniciativa de los iniciales titulares, o de sus sucesores, de manera que la realidad operativa exige alteraciones esenciales para el fin perseguido, que a veces afectarán a la fachada, siempre que no perjudique a otros copropietarios y que la porción utilizada de la misma no sea susceptible de uso o aprovechamiento por el resto de los comuneros. Ninguna norma de la Ley de Propiedad Horizontal establece, como derecho necesario, la prohibición de que los locales de un complejo residencial no puedan tener accesos a la calle, bien directos o por medio de las zonas comunes.

**Obras en terrazas a nivel. Admisibilidad.**—En principio, todo aquello que se encuentre en el interior de la superficie que cada titular tiene asignada se considera como privativo, con la limitación de respetar los servicios comunes del inmueble; fuera de esta salvedad no hay inconveniente en que se derriben tabiques de separación, y que se utilice la zona particular para instalaciones que no perjudiquen a otros.

Se denominan terrazas «a nivel» aquellas que son continuación de los pisos y locales, singularmente de los primeros, y que forman parte de las viviendas; en términos generales, están consideradas de propiedad privada. (STS de 11 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios del Complejo Residencial D. interpuso demanda contra V., *sentencia A.*, propietaria de más de la cuarta parte de las fincas del Complejo así como su promotora inmobiliaria, solicitando se declarara que había invadido y convertido en espacios privativos, sin autorización de la Comunidad, tres superficies comunitarias para incorporarlas al Auditorium y al gimnasio de la demandada, y se la condenara a derruir dichas obras; o que subsidiariamente se declarara la modificación de los coeficientes de participación en gastos generales y particulares del Auditorium, locales del sótano y garajes; se le condenara a la retirada de diversos accesorios (entre ellos un cartel comercial) y al cese de las obras en la fachada y a la restauración de las terrazas y ventanas que pudiera haber modificado.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando haber lugar a la modificación de los coeficientes de participación en gastos y condenando a V., *sentencia A.* a la restitución de la fachada del jardín del salón del aparthotel, la retirada del letrero comercial, y el cese de las obras en la fachada y restauración a su estado original de las terrazas y ventanas que pudiera haber modificado, y absolviéndole de los demás pedimentos en su contra. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial desestimó el de la demandante y estimó parcialmente el de la demandada, revocando parte de la condena de la sentencia de instancia. Contra esa sentencia, la Comunidad de Propietarios interpuso recurso de casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

**69. Responsabilidad civil del propietario del piso o local por actos de sus ocupantes.**—No cabe en absoluto entender que, tras los cambios introducidos en la Ley de Propiedad Horizontal en el año 1999, los propietarios de los pisos, locales u otras divisiones de una finca constituida en régimen de propiedad horizontal ya no responden de los actos de aquellos que ocupan su propiedad. Desde luego no equivale a una supresión de la responsabilidad de los propietarios por los actos dañosos de sus ocupantes el cambio experimentado por el artículo 9.1.g) LPH, que ha pasado de establecer una responsabilidad del propietario «por las infracciones cometidas por el que ocupe su piso», a una responsabilidad ante los demás titulares «por las infracciones cometidas y los daños causados». La eliminación en dicha letra g) de la referencia al ocupante de la vivienda o local simplemente supone adaptar dicho apartado al contenido global del citado artículo 9, ya que este precepto se refiere a las obligaciones de cada propietario y no a las obligaciones de terceros ocupantes del piso, a quienes no alcanza la responsabilidad por hechos contemplados en la norma, salvo en sus relaciones con el titular del piso o local. De este modo, las consecuencias de los actos de los inquilinos u ocupantes pueden hacerse repercutir en los dueños en virtud del carácter real o *propter rem* que poseen todas las obligaciones del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, y no en el infractor. El sujeto responsable frente a la comunidad del cumplimiento de tales obligaciones es siempre el dueño del piso o local, aunque la relación jurídico-procesal pueda integrarse también con el autor material de las obras, por ser a aquel y no a éste último a quien corresponde llevar a cabo las obras de reposición, si el infractor no lo hace o deja de ocupar el piso o local. (STS de 18 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El Presidente de la Comunidad de Propietarios de un determinado edificio interpone demanda de juicio de menor cuantía contra dos hermanos copropietarios y contra una compañía mercantil, suplicando se dicte sentencia por la que se condene a todos los codemandados a realizar, a su costa y cargo, las obras necesarias para suprimir las tres chimeneas que han sido instaladas en la fachada posterior del edificio, con la pretensión de unir las al motor o motores que se proyectan instalar en un local comercial de dicha finca. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando la demanda, que es confirmada por la sentencia de Apelación. Los dos hermanos copropietarios interponen recurso de casación. (*Alma R. G.*)

**70. Propiedad horizontal: legitimación para la representación en juicio de la Comunidad de propietarios.**—Señala el Tribunal Supremo, en aplicación del artículo 7.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, que la única persona legitimada para representar en juicio a una Comunidad de Propietarios es aquella a quien la Ley conceda representación. Cuando, conforme a los Estatutos de una Comunidad de Propietarios o su Reglamento de Régimen Interior, sólo el presidente ostente la representación legal de la Comunidad, habrá de rechazarse la legitimación activa o *ad causam* de cualquier otro comunero. (STS de 30 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios *SF* demandó a dos de los propietarios, don *H.* y doña *V.*, por la realización de obras ilegales en la fachada del edificio. El Juzgado de Primera Instancia declaró la ilegalidad de tales obras y condenó a los demandados a la reposición de la terraza y elementos comunes situados en la vivienda de su propiedad al ser y estado que tenían con anterioridad a las obras.

Los demandados recurrieron en apelación, y la Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia. El argumento de la Audiencia hacía referencia a que teniendo la parte actora la condición de «subcomunidad» únicamente ostentaba la legitimación que corresponde a cualquier comunero para defender los intereses de la Comunidad general. Dado que no parece justificado que la acción ejercitada por la «subcomunidad» se realizara en interés de la Comunidad general, pues no se había acreditado que las obras en cuestión supusieran un perjuicio para la «subcomunidad», ni existía acuerdo de la Comunidad general para prohibir tales obras de cerramiento, entiende la Audiencia que la acción ejercitada por la «subcomunidad» es abusiva (*ex* artículo 7.1 y 7.2 CC), y que en ningún caso redunda en el beneficio de la Comunidad general.

La «subcomunidad» interpone recurso de casación alegando infracción por aplicación indebida de los artículos 7.1 y 7.2 CC y de la doctrina jurisprudencial del TS que los interpreta, la cual pone de manifiesto que es difícil apreciar la existencia del ejercicio abusivo de un derecho cuando el mismo se ampara en un precepto estatutario. El Tribunal Supremo desestima el motivo debido a la falta de legitimación activa de la «subcomunidad» para ejercitar acciones legales en representación de la Comunidad general. Una interpretación conjunta del artículo 7.6 LEC, —que sólo permite comparecer en juicio a quien la Ley conceda representación—, y de los Estatutos, —que únicamente otorgan la representación legal de la Comunidad a su Presidente, o al Vicepresidente, en su caso—, conduce a la apreciación de oficio de la falta de legitimación activa o *ad causam* de la «subcomunidad». (*P. M. G-F.*)

**71. Propiedad Horizontal. Acta de la junta de propietarios: firma del Presidente y del secretario para su validez.**—La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que para la validez de las actas de las juntas de propietarios, conforme a lo dispuesto en el artículo 19.3 LPH, únicamente se requiere que firmen el presidente y secretario al terminar la reunión o en el plazo de los diez días naturales siguientes, no siendo necesario que firmen todos los copropietarios que asisten a la reunión. (**STS de 22 de diciembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Los copropietarios don *G.* y don *H.* interponen una demanda contra la comunidad de propietarios, solicitando se dicte sentencia por la que se declare, entre otras cosas, la nulidad de un acuerdo adoptado por la junta general extraordinaria de propietarios por el que se acordaba ratificar y aprobar determinadas decisiones, acciones y reclamaciones judiciales ejercitadas por el presidente de la comunidad de propiedad en representación de ésta.

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

**72. Propiedad horizontal. Cláusulas de exoneración de gastos.**—El Tribunal Supremo acepta la doctrina de que, en el régimen de propiedad horizontal, se puede eximir a algunas viviendas o locales de la obligación de contribuir a determinados gastos de la comunidad. Se trata de un acuerdo válido, adoptado conforme a lo dispuesto por los artículos 9 LPH y 396 CC y al principio de la autonomía de la voluntad imperante en las relaciones privadas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que estas exenciones de pago de gastos, cuando son globales o genéricas, se han de interpretar sin hacer distinción entre unos u otros conceptos —ordinarios o extraordinarios—, incluyéndose, por tanto, también los supuestos de sustitución de elementos comunes (SSTS de 3 de julio de 1984, 3 de febrero de 1994 y 19 de julio de 2000); donde la regla no distingue, no existe, por tanto, justificación para interpretar lo contrario.

**Instalación de ascensor. Régimen de adopción del acuerdo.**—Señala el Tribunal Supremo que, ya con antelación a la reforma de 1999 de la Ley de Propiedad Horizontal, la jurisprudencia se inclinaba por considerar la instalación de ascensor como servicio o mejora exigible y, por tanto, requerido para la adecuada habitabilidad del inmueble (SSTS de 13 de julio de 1994 o 22 de septiembre de 1997). La reforma de 1999 se limitó a plasmar con claridad esta doctrina, al flexibilizar en este punto el rígido criterio de la unanimidad exigido para la modificación del título constitutivo o de los estatutos. (**STS de 18 de noviembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Adoptado por la Junta de Propietarios acuerdo sobre contribución por todos los copropietarios a los gastos derivados de la obra de sustitución del ascensor de la finca, los propietarios de los locales del sótano, la planta baja y el entresuelo se oponen a la validez del mismo, alegando la existencia en dicha Comunidad de una cláusula estatutaria exonerativa de la obligación de pago que les exime de tales gastos. Concretamente, la cláusula dispone que ni los locales del sótano ni los de las entreplantas o entresuelos participan en los «gastos» —sin mayor especificación— de la escalera, ni en los del ascensor.

La demanda es estimada, por entender el Juzgado de primera instancia que la cláusula de exoneración de gastos contemplada en las normas de la comunidad ha de extenderse a cualquier gasto derivado del ascensor, inclusive los de sustitución. Frente a este fallo recurre en apelación la comunidad de propietarios. Desestimado el recurso sobre iguales razonamientos, plantea la comunidad recurso de casación, alegando la necesaria interpretación restrictiva de las cláusulas exonerativas de gasto como limitadas a los gastos de uso y mantenimiento periódicos, pero no a los de sustitución. El recurso es igualmente desestimado por el Tribunal Supremo. (*A. M. M.*)

**73. Propiedad horizontal. Acuerdos nulos y anulables.**—La moderna jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS

de 5 de mayo de 2000, 7 de marzo de 2002, 25 de enero de 2005 y 18 de abril de 2007) mantiene que los acuerdos que vulneren algún precepto de la Ley de la Propiedad Horizontal o de los estatutos de la comunidad de propietarios son anulables; por el contrario, los acuerdos que sean contrarios a la moral, al orden público, que impliquen un fraude de ley o que vulneren cualquier otra norma imperativa que no tenga prevista otra sanción, son nulos de pleno derecho y son insubsanables por el transcurso del tiempo.

**Propiedad horizontal. Convalidación de los acuerdos anulables por su ratificación posterior o por la falta de impugnación judicial.**—La Sala Primera de nuestro Alto Tribunal en reiterada jurisprudencia (SSTS de 5 de mayo de 2000, 28 de febrero de 2005 y 18 de abril de 2007, entre otras) afirma que los acuerdos anulables adoptados por la junta de propietarios se convalidan si se ratifican posteriormente o si no se impugnan judicialmente en el plazo legalmente establecido. (**STS de 17 de diciembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios interpone una demanda contra los copropietarios don sentencia y doña F. por el impago de la cuota de instalación de un ascensor en el edificio, solicitando se dicte sentencia que condene a los demandados a abonar determinada cantidad de dinero.

Los demandados contestan a la demanda y formulan demanda reconvenicional solicitando se dicte sentencia que declare que no deben cantidad alguna a la comunidad de propietarios por el concepto de gastos de instalación del ascensor, pues el acuerdo de distribución de cuotas carece de existencia al realizarse sin unanimidad en la junta de propietarios.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la demanda reconvenicional. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia de primera instancia, estimando la demanda y desestimando la demanda reconvenicional. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (*M. J. P. G.*)

**74. Retransmisión por establecimiento hotelero de obras y grabaciones audiovisuales a través de aparatos de televisión: calificación de la actividad como comunicación pública.**—La Sala Primera del Tribunal Supremo, desde que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se pronunciara sobre esta cuestión en sentencia de 7 de diciembre de 2006, viene sosteniendo (*vid.* SSTS de 16 de abril y 6 de julio de 2007, 15 de enero y 10 de julio de 2008, 2 y 26 de enero y 25 de marzo de 2009) que la instalación de aparatos de televisión en las habitaciones de los hoteles constituye un acto de comunicación pública a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual y genera, por ello, un derecho a favor de los titulares de los derechos sobre los contenidos audiovisuales protegidos a percibir la remuneración que corresponda según las tarifas generales.

**Cálculo de las tarifas generales por comunicación pública de obras y grabaciones audiovisuales en establecimientos hoteleros.**—El Tribunal Supremo afirma que las tarifas concretas que han de abonar a las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual los establecimientos hoteleros

que comuniquen obras y grabaciones audiovisuales a través de aparatos de televisión instalados en las habitaciones y en zonas comunes han de calcularse conforme al número de habitaciones/apartamentos ocupados, para cuya estimación se tomará como referencia las estadísticas publicadas por el Instituto Nacional de Estadística del año en cuestión. (*vid.* STSS de 15 de enero de 2008 y de 18 de mayo de 2009). (**STS de 28 de octubre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La sociedad mercantil *ETS*, titular de un complejo hotelero, fue demandada en primera instancia por las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual EGEDA, AIE y AISGE al entender éstas que la demandada llevaba a cabo en el hotel, desde el año 1994, actos de comunicación pública sin haber obtenido la autorización pertinente y sin haber pagado la remuneración correspondiente.

El hotel contaba con 60 habitaciones en las que tenía instalados aparatos de televisión a través de los cuales se emitían y retransmitían obras y grabaciones audiovisuales protegidas por derechos de propiedad intelectual.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia Como la Audiencia Provincial desestimaron las pretensiones de las entidades de gestión al entender que tal actividad no constituía una comunicación pública a efectos de lo establecido en el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Frente a ello, las entidades de gestión presentan recurso de casación ante la Sala 1.ª del TS con el único motivo de existencia de interés casacional en la modalidad de oposición a la jurisprudencia de la Sala 1.ª en relación a la posibilidad de valorar como acto de comunicación pública a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual la retransmisión de la señal televisiva en las habitaciones de los hoteles. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto y anula la sentencia de la Audiencia provincial, de modo que se suspenden las actividades de retransmisión de las obras y grabaciones audiovisuales, se prohíbe su reanudación, y se condena a la recurrida a indemnizar a las entidades de gestión mediante la aplicación de las tarifas generales al número de habitaciones del hotel. (*P. M. G-F.*)

**75. Propiedad intelectual. Interpretación de las excepciones a la obligación de pago de la compensación equitativa por copia privada.**—Siguiendo la doctrina jurisprudencial anteriormente sentada en las SSTS de 25 de octubre de 2005 y de 3 de septiembre de 2008, el Tribunal Supremo aboga por una interpretación literal de las excepciones a la obligación de pago de la remuneración compensatoria por copia privada contemplada en el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, excepciones que han sido desarrolladas reglamentariamente, en función de la evolución tecnológica y las exigencias del mercado en el sector. Desde la entrada en vigor del Real Decreto 325/1994, el 16 de marzo de 1994, los únicos soportes utilizables para la fijación de obras y de grabaciones audiovisuales que van a quedar exentos de la obligación de pago de la remuneración compensatoria prevista en el artículo 25 LPI son las cintas de paso superior a 12,7 mm —además de las cintas para uso en videocámaras—. No quedan exceptuadas de dicho pago

las cintas de paso igual a 12,7 mm –también llamadas cintas de vídeo doméstico o cintas de vídeo VHS–, que sí estaban exentas de la obligación de pago atendiendo al tenor literal del artículo 15.2 del Real Decreto 1434/1992. Precisamente, el motivo que explica que las cintas de vídeo doméstico deban gravarse es el destino habitual que éstas tienen entre el público: la reproducción de obras y grabaciones audiovisuales para el uso privado. Por ello, éstas quedarán sujetas al mandato de pago a partir de la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 325/1994, pero sin que tal obligación de pago pueda extenderse retroactivamente a aquellas cintas VHS vendidas en el ejercicio de 1993, para las cuales regía la excepción contenida en la norma reglamentaria derogada por este nuevo Reglamento. (**STS de 17 de diciembre de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–El litigio causante de la presente sentencia fue promovido por la mercantil *MM, sentencia A.* y dirigido contra *SGAE, EGEDA, AISGE, AIE, CEDRO, AGEDI* y *VEGAP*. La actora comercializa cintas de vídeo doméstico. La parte demandante solicita la devolución de la compensación equitativa por copia privada abonada a las citadas entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual, correspondiente a las cintas de VHS vendidas en el ejercicio de 1993, pues considera que durante tal ejercicio, al estar vigente la regulación dada por el Real Decreto 1434/1992, las cintas de vídeo doméstico estaban exentas de la obligación de pago.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, denegando el derecho a las devoluciones solicitadas. Considera que el criterio seguido por el legislador al imponer la obligación de remuneración compensatoria es el de la idoneidad, de manera que todo soporte que sea idóneo para la reproducción para uso privado estará sujeto a esta obligación de pago. Las cintas VHS cumplen el requisito de la idoneidad, luego deberán estar sujetas a la obligación de pago.

La Audiencia Provincial confirma la resolución de primera instancia.

Contra esta sentencia interpone recurso de casación la parte actora. El Tribunal Supremo estima el recurso, casa y anula la sentencia recurrida y, estimando sustancialmente la demanda, declara la improcedencia de la sujeción en el año 1993 de las comercializaciones de las cintas de paso igual a 12,7 mm –además, claro está, de las cintas de paso superior– a la obligación de remuneración compensatoria y, por ello, declara la devolución de la cantidad pagada por la actora, devolución a la que quedan obligadas solidariamente las entidades de gestión demandadas, con los intereses legales desde la fecha en que se hizo el pago.

NOTA.–Téngase en cuenta que el artículo 15.2 del Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, de desarrollo de los artículos 24, 25 y 140 de la LPI, fue modificado por el Real Decreto 325/1994, de 25 de febrero. El Real Decreto 1434/1992 estuvo vigente desde el 17 de diciembre de 1992 hasta el 16 de marzo de 1994, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 325/1994. La Exposición de Motivos de este último Reglamento justificaba la modificación introducida, al entender que las cintas de vídeo doméstico eran las más utilizadas para realizar copias privadas, y debía gravarse, mientras las cintas de mayor medida del paso no solían ser utilizados

para realizar copias privadas, luego habrían de quedar exentos de la obligación de pago establecida en el artículo 25 de la LPI.

Asimismo, esta sentencia hace referencia a la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, que fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual. La actual redacción del artículo 25 de la LPI proviene de la Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica este texto refundido. Las normas reglamentarias anteriormente citadas completan esta regulación legal. (G. M. A.)

**76. Condiciones necesarias para obtener la protección de la fe pública registral.**—Si el acto o contrato realizado por el tercero es inexistente, nulo o anulable, la inscripción registral no realizará ninguna función convalidante o sanatoria (art. 33 LH). En estos casos, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no es aplicable, dado que este precepto sólo protege al adquirente de la posible nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio. En este sentido, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria se entiende como una excepción al artículo 33 del mismo cuerpo legal. (STS de 16 de noviembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don C. F. interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia de Marbella contra varias personas físicas y una entidad bancaria. En ella solicitó, por una parte, la nulidad de las actuaciones en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH que se había seguido con anterioridad en el mismo Juzgado y, por otra, que se declarase que la finca descrita en la demanda era de su propiedad. Dado que la vivienda había sido enajenada a un tercero protegido por la fe pública registral, se añadió una petición adicional en la demanda para solicitar a los demandados una indemnización sustitutiva a la restitución *in natura* de la vivienda litigiosa equivalente al valor que la misma tuviera en ejecución de sentencia.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. En grado de apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso y condenó a los demandados a abonar al actor, con carácter solidario, una indemnización equivalente al valor de la vivienda litigiosa cuyo valor habría de determinarse en ejecución de sentencia conforme a su precio de mercado.

Finalmente, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia del Tribunal Provincial desestimando los recursos extraordinarios presentados por los demandados. (J. D. sentencia C.)

## DERECHO DE FAMILIA

**77. Capitulaciones matrimoniales: Simulación absoluta: Prueba por indicios: Modificación del régimen económico para dificultar actuación de Agencia Tributaria: Nulidad absoluta.**—Por propia declaración de la esposa se simularon una serie de negocios jurídicos relacionados con el régimen de bienes para dificultar las reclamaciones de Hacienda por unas

deudas contraídas por la sociedad anónima de la que eran Consejeras la esposa y su hermana. No es necesario invocar la aplicación del art. 1317 CC que declara la inoponibilidad de los capítulos matrimoniales a terceros, porque tal precepto parte de la validez de los capítulos y de los pactos en ellos contenidos, y por ello requiere otra figura jurídica. En este pleito se ha probado mediante indicios la nulidad absoluta por lo que no es necesario utilizar aquel precepto para evitar dicho perjuicio.

**Forma.**—En el presente caso los cónyuges firman un documento privado el mismo día de convenir la separación de bienes en sustitución del de gananciales, estableciendo que en el futuro sigue rigiendo entre ellos el régimen de gananciales, con lo cual no se trataba de restaurar el régimen que se había solemnemente extinguido, sino de evitar entre los cónyuges la apariencia de cambio de régimen creado con las capitulaciones nulas. Por ello es innecesario citar como infringido el art. 1327 CC. (STS de 21 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don Felipe y D.<sup>a</sup> Santiago estaban casadas bajo el régimen de gananciales. D.<sup>a</sup> Santiago y su hermana D.<sup>a</sup> Micaela forman parte del Consejo de Administración de una empresa a la que la Agencia Tributaria había reclamado infructuosamente una deuda, acordando ésta derivar la responsabilidad a los administradores, resolución notificada el 3 de mayo de 1996. Santiago y Micaela acuerdan llevar a cabo una serie de operaciones jurídicas para evitar el embargo de inmuebles pertenecientes a las respectivas sociedades de gananciales. A tal efecto: a) D.<sup>a</sup> Santiago y su esposo el 4 de junio de 1996 pactan el sistema de separación de bienes, liquidando la sociedad de gananciales con inventario de los bienes; se adjudica al marido una finca gravada con una deuda de seis millones pts, no se incluyen los planes de pensiones del marido, y se adjudica a la esposa una vivienda familiar. D.<sup>a</sup> Micaela pacta igualmente la separación de bienes con su esposo. b) El 6 de junio de 1996 D.<sup>a</sup> Santiago donó a sus hijos menores la nuda propiedad de la vivienda familiar que se le adjudicó en la partición, nombrando usufructuario a su esposo. c) El mismo 6 de junio de 1996, D.<sup>a</sup> Santiago y D. Felipe firman un documento privado en el que expresan que, no obstante haber pactado la separación de bienes, expresan su deseo de seguir rigiéndose entre ellos por el régimen de gananciales, bastando que uno cualquiera requiera al otro para restablecerlo oficialmente. d) Las mismas o parecidas operaciones efectuaron otros hermanos de D.<sup>a</sup> Santiago. Al producirse la crisis matrimonial D.<sup>a</sup> Santiago demanda a su esposo pidiendo la nulidad por simulación absoluta tanto de la escritura de separación, como la de donación a los hijos y esposo; asimismo, que todos los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges después de la escritura de separación eran gananciales.

Hay una curiosa incidencia procesal pues el Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 27 de octubre de 2003 desestima la demanda, pero la actora insta la nulidad de actuaciones en base a no haber podido hacer las alegaciones y valoraciones oportunas para fundamentar el recurso de apelación, por carecer de sonido en la grabación de la cita. Por Auto de 9 de marzo de 2004 la Audiencia Provincial acuerda declarar la nulidad del juicio oral, debiendo proceder a su repetición. El Juzgado de Primera Instancia por senten-

cia de 15 de julio de 2004 estima ahora íntegramente la demanda. No consta si había identidad con el Juez que dictó la sentencia anterior. La Audiencia Provincial por sentencia de 2 de marzo de 2005 rechaza el recurso de apelación.

NOTA.—Son vehementes los indicios en favor de la simulación absoluta del pacto modificativo del régimen económico del matrimonio vigente entre las partes. Intento defraudatorio que, probablemente, no hubiera salido a la superficie ni se hubiera probado judicialmente de no haber mediado una crisis matrimonial entre los interesados. Una empresa familiar en la que interviene activamente la esposa y cuya situación económica pertenece al régimen que puede calificarse de *normal*, anterior a la actual crisis que padecemos. La doctrina, por otro lado, diferencia radicalmente los supuestos de nulidad absoluta del negocio y los de mera inoponibilidad que la sentencia acertadamente descarta (G. G. C.)

**78. Patria potestad sobre hijos no matrimoniales: Separación de los progenitores: Atribución de la custodia compartida: Recurso extraordinario por infracción procesal: Falta de motivación suficiente.**—Según la STC 77/2000 la motivación ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la *ratio decidendi* de las resoluciones. Esta Sala 1.<sup>a</sup> ha aplicado esta norma exigiendo la motivación suficiente sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos. Esta obligación está recogida en el art. 218 LEC, cuyo pár. 2.º establece que las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho y todo ello ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón. La falta de motivación de la sentencia constituye un motivo de recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469.1, 2.º LEC), y su concurrencia da lugar a la nulidad, con reposición de actuaciones (art. 476.2,4 LEC).

La sentencia recurrida resume así para justificar la revocación y negar la guarda y custodia compartida: *a)* que las circunstancias existentes al inicio del pleito para acordarla habían desaparecido, sin especificar más; *b)* que aun cuando los miembros de la pareja se habían trasladado a Bruselas por razones laborales, su domicilio resulta desconocido; *c)* se desconoce asimismo la proximidad de los domicilios; y, finalmente, que todo ello hace sumamente dificultoso el tener un desarrollo armónico de aquel sistema, y en el que las funciones de custodia sobre los hijos menores, y por las edades con que cuentan, no iban a serlo con la permanencia de éstos en un domicilio estable, sino alternando su estancia en el domicilio del padre o de la madre por periodos semanales.

Esta argumentación no es suficiente para justificar la revocación de la guarda y custodia compartida acordada en la sentencia de primera instancia, y ello por las siguientes razones: *a)* porque el cambio de las circunstancias no resulta justificado, no se dice cuáles son ni en qué pueden afectar al interés de los menores; *b)* porque el domicilio de los progenitores no es desconocido, y

c) finalmente, pero no de menor importancia, porque la guarda y custodia compartida se funda básicamente en la no estabilidad del domicilio de los hijos, por lo que no es razón fundamental ni decisiva para negar que concurra el interés del menor su no permanencia en un domicilio estable.

Es cierto que el CC en materia de guarda y custodia compartida contiene en el art. 92.8 una cláusula abierta que obliga al Juez a proteger adecuadamente el interés superior del menor, resultando muy difícil concretar en qué consiste este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican. Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores; algunos lo reservan únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al Juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia, así como los arts. 76.1. b y 139 del Código de familia de Cataluña). A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (art. 373.2.11 *Code civil*, modificado por Ley 2002-305, de 4 marzo 2002) o en la *Children Act* inglesa, el CC español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los *American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution* los han fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor, o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión de que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquiera otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

La sentencia recurrida hace alusión a una lista de criterios que la propia Sala había utilizado en una sentencia anterior, pero que no usó en la sentencia recurrida para revocar la de 1.ª instancia que sí acordó la guarda y custodia compartida. Por tanto, al no basar la argumentación en ningún criterio fiable, ni los propios, ni los que a título de ejemplo se han especificado anteriormente, debe concluirse que falta motivación procediendo la anulación de la sentencia, reponiendo las actuaciones de segunda instancia al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia que en cualquier caso argumente sobre el interés de los menores en relación a la guarda y custodia compartida pedida. **(STS de 8 de octubre de 2009; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—D. Argimiro y D.<sup>a</sup> Sofía conviven sin estar casados, y cuando se separan en 2004 tienen tres hijos de edades comprendidas entre seis años y dos meses. D.<sup>a</sup> Sofía demanda a su compañero, ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Alicante, en juicio verbal sobre guarda, custodia y alimentos a hijos no matrimoniales. Se dictaron diversas medidas provisionales, entre las que se acordó la guarda y custodia compartida por periodos semanales, pudiendo visitar a los menores el progenitor que no los tuviera bajo su guarda. La sentencia de 15 noviembre 2005 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Alicante ratifica aquéllas, basándose en argumentos de derecho comparado, y en que, a falta de acuerdo en aquel punto, hay que favorecer la necesaria relación del menor, en su interés, con cada uno de sus progenitores. D.<sup>a</sup> Sofía apeló la sentencia de primera instancia y la Sec. 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Alicante en sentencia de 8 mayo 2006 acordó que los hijos menores quedaran bajo la guarda y custodia de la madre, con derecho de visita del padre, argumentando que los padres en julio de 2005 se iban a trasladar a Bruselas, por razón de incorporarse la madre a su trabajo en la UE, ignorándose el domicilio de cada uno de los padres, lo que imposibilita la guarda compartida. Don Argimiro interpone recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, siendo estimado el primero por las razones extractadas.

NOTA.—Sin duda una de las primeras sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> sobre la novedosa figura de la guarda compartida, muy combatida por razones en las que parecen prevalecer motivaciones extrajurídicas; institución escasamente aplicada todavía por los tribunales inferiores, y que la sentencia extractada sitúa en un superior plano comparativo con reformas legales muy recientes de países de nuestro entorno. Creo que es un acierto metodológico si se aspira a obtener el mayor rendimiento práctico a las recientes reformas matrimoniales. La experiencia demuestra que, en general y en cualquier lugar y época, la crisis de convivencia entre los padres afecta necesariamente a la situación formativa y afectiva de los hijos, aunque el art. 92.1 CC proclama con cierta solemnidad que la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a sus padres de sus obligaciones para con sus hijos, norma también aplicable a los padres no casados (art. 108.2 CC). En la práctica, la guarda compartida o conjunta supone una especial voluntad—expresa o implícita—de colaboración por parte de ambos progenitores que no siempre concurre *in factis* en la medida indispensable. Es de alabar el punto 5.º del fallo de la sentencia extractada: «Si contra la nueva sentencia volviera a interponerse cualquiera de los dos recursos, o ambos simultáneamente, se advierta de esta circunstancia al remitir las actuaciones a esta Sala para acordar su tramitación preferente a fin de evitar más dilaciones en la resolución del litigio». Medida prudente para lograr la eficacia en el tiempo de los fallos del TS (en el presente caso el mayor de los hijos de esta pareja de hecho alcanzará la mayoría de edad en 2016) (G. G. C.)

**79. Cesión de uso en precario de una vivienda con ocasión del matrimonio de un hijo. Separación matrimonial y atribución del uso de la vivienda a la esposa. Inexistencia de interés casacional.**—La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 declaró que sobre esta cuestión

se ha sentado doctrina a partir de la sentencia de 26 de diciembre de 2005, continuada por numerosas sentencias posteriores, en el sentido de que la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio familiar es propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el uso y disfrute de la vivienda por resolución judicial. (STS de 22 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—D. Doroteo y su esposa ceden a su hijo D. Juan Enrique y a D.<sup>a</sup> Loreto el uso gratuito de un piso y de una plaza de garaje de su propiedad desde que estos últimos contrajeron matrimonio. En la sentencia de separación de D. Juan Enrique y D.<sup>a</sup> Loreto, se atribuyó el uso y disfrute de dicho piso a D.<sup>a</sup> Loreto y a la hija de ambos. D. Doroteo demandó a D.<sup>a</sup> Loreto ejercitando la acción de desahucio por precario al considerar que no existía un título que justificara la posesión de la demandada.

El Juzgado de Primera instancia estimó la demanda por considerar que la vivienda se había cedido en precario y que la sentencia de separación no constituye un título posesorio válido y suficiente para enervar la acción de precario. D.<sup>a</sup> Loreto interpuso un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que confirmaba la dictada en la Primera Instancia. En dicho recurso alega que concurre interés casacional al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias provinciales. (*L. P. sentencia M.*)

## DERECHO DE SUCESIONES

**80. Testamento en peligro inminente de muerte otorgado ante testigos: Requisitos.**—El testamento otorgado ante testigos cuando el testador se hallare en peligro de muerte, previsto en el art. 700 CC, constituye una modalidad del testamento abierto, en el que se sustituye la presencia del Notario por la de cinco testigos. A tal efecto, el art. 679 CC define este testamento de la siguiente manera: «Es abierto el testamento siempre que el testador manifieste su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone». Y el art. 700 CC dispone que cuando el testador se hallare en inminente peligro de muerte «puede otorgar testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario». Al tratarse de un testamento abierto, debe cumplirse lo establecido en el art. 695 CC, que exige que el testador manifieste oralmente o por escrito su voluntad ante el Notario, sustituido en este caso por los cinco testigos, que de hecho cumplen el mismo rol. Esta manifestación constituye la declaración de voluntad precisa para la existencia de testamento según STS de 27 junio 2000.

**Remisión del testador a un documento informático.**—En el caso actual el difunto declaró que quería valiera el pretendido borrador, que ni tan sólo había escrito, sino que constituía un simple resumen de lo que había manifestado a la oficial de Notaría, a la espera de otorgar testamento. Sentencias antiguas de esta Sala dicen que si no se había probado el propósito serio y deliberado que tuviera el causante de otorgar su voluntad, ni que los testigos oyeran simultáneamente todas las disposiciones que quería que tuviesen

como expresivas de aquélla, carece de los requisitos necesarios para ser testamento (STS de 6 de noviembre de 1929). A ello se añade el argumento de que los testamentos *per relationem*, en los que se oculta la voluntad testamentaria con referencia a papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo, de modo que sólo la existencia de forma permitiría la validez de este tipo de disposiciones testamentarias. El testador declaró que quería que se cumpliese lo que aparecía en un documento depositado en la Notaría, y para que esta voluntad valiese como testamento se requeriría que hubiese quedado cubierta con la forma de testamento ológrafo, lo que no ocurre aquí por estar conservado en un documento informático que no cumple ninguna de las formas requeridas en el Código para la validez del testamento. En consecuencia no procede considerar que nos hallemos ante un testamento válido porque carece de expresión de la voluntad testamentaria y la pretendida voluntad no reúne los requisitos de forma necesarios para su validez como tal testamento (**STS de 4 de noviembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—No parece que en este caso puedan aplicarse las sospechas que recaen sobre el testamento *per relationem* de ocultamiento de la voluntad testamentaria hasta después de la muerte, con invocación —innecesaria— del art. 672 CC, sino más bien el relato fáctico describe la impotencia de un ciudadano que, presintiendo su muerte, hace gestiones infructuosamente para otorgar, de alguna manera, testamento válido. Unos días antes de intentar otorgar el testamento en cuestión, logra que una oficial de una Notaría acuda a su domicilio y recoja informalmente sus previsiones sucesorias, cuando probablemente ya se encontraba mal de salud. Pero ¡ha de esperar su turno para testar ante Notario!, y antes de que se le llame a otorgar testamento abierto, su enfermedad se agrava y es ingresado en la UCI del Hospital de la Cruz Roja, en Murcia. Sigue en pie su personal preocupación por testar, que comunica a quienes le asisten, y alguien sugiere, en atención al estado del enfermo, la modalidad del testamento *in articulo mortis*. Aparte aquella demostrada obsesión por morir testado, no consta el efectivo estado físico y mental de D. Dámaso. Pero, al menos, tuvo la lucidez de recordar que *ya había manifestado su última voluntad*, que la Oficial de Notaría insertó informalmente en el ordenador de la misma en espera de que le llegara su turno. Y lo expresó así a los cinco testigos según resulta del documento que el art. 702, cuya redacción no se eleva a requisito formal. En trámite de protocolización, el Juzgado de Primera Instancia lo revalidó, pero la Audiencia Provincial revocó el auto. Todas las instancias judiciales han desestimado luego la pretensión de la persona interesada (se supone que el heredero tan trabajosamente designado), y el TS rechaza el recurso de casación. La solución es fiel a una doctrina reiterada (en general, recaída antes de la utilización de la informática: así SSTS de 8 de noviembre de 1907, 6 de noviembre de 1929, 4 de febrero de 1943, 3 de febrero de 1951, 24 de octubre de 1958, 22 de marzo de 1983. Más recientemente, el extraño supuesto de STS de 27 junio 2000, en que el Notario se niega a otorgar testamento abierto pero interviene como testigo en la

forma excepcional. Por último, resumiendo la doctrina general restrictiva la STS de 10 de julio de 2005). Pero imaginemos que los cinco testigos, inmediatamente después del otorgamiento, acuden a la Notaría para conocer el contenido de las previsiones sucesorias, quedando impuestos de las mismas. ¿Cabría, en atención a las circunstancias concurrentes, entender que, en este caso, se ha cumplido el requisito de expresar la voluntad testamentaria? ¿sería posible interpretar con cierta holgura el requisito de la unidad de acto? Por lo demás, parece aquí fuera de lugar invocar el régimen del testamento ológrafo que nunca quiso otorgar el enfermo (G. G. C.)

**81. Interpretación de testamento: Institución de heredero.**—La cuestión que se plantea en casación es muy concreta ya que la demandante D.<sup>a</sup> Adelaida, viuda de D. Leovigildo, como heredera del mismo, ejerció la *actio communi dividundo* respecto a unas fincas cuya propiedad era de éste y de tres hermanos suyos, los codemandados en la inicial demanda. La postura de los demandados no era de oposición a la acción de división sino la alegación en demanda reconvenional de que la actora no era heredera del causante, su esposo, sino que los herederos del mismo eran sus hermanos, demandados y recurrentes en casación (ellos o sus respectivos herederos). La cuestión es, por tanto, la interpretación del testamento notarial otorgado por D. Leovigildo en 1985, en el que lega a su esposa el usufructo universal de sus bienes con aplicación de la *cautela socini*. En aquel momento, ni tampoco después, tenían descendencia. Hace la institución de heredero en la cláusula cuarta que provoca el litigio, cuyo tenor literal establece que instituye y nombra por sus únicos y universales herederos, por partes iguales, a los hijos que pueda tener, con sustitución —para caso de premoriencia o incapacidad— por sus respectivos descendientes; y a falta de éstos y para caso de conmoriencia instituye por sus únicos y universales herederos, a partes iguales, a sus hermanos: Carla, Candelaria y Sebastián, con sustitución, igualmente para caso de premoriencia o incapacidad, por sus respectivos descendientes; y si no hubiera descendientes, instituye heredera universal, en pleno dominio, a su citada esposa D.<sup>a</sup> Adelaida.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora de 24 de septiembre de 2004, confirmando la de primera instancia, estima la demanda interpuesta por D.<sup>a</sup> Adelaida y declara que, según la interpretación lógica del testamento, la heredera es la esposa del causante, concluyendo que el testamento no permite, en su tenor literal, conocer la voluntad del testador y se debe acudir a una interpretación lógica y finalista. Entre los cinco motivos del recurso de casación el fundamental es el primero relativo a la cuestión crucial de la interpretación del testamento.

**Doctrina general sobre la interpretación del testamento.**—La doctrina sobre la interpretación del testamento como proceso de averiguación del sentido y alcance de la voluntad del testador que pretende la reconstrucción de la misma, aparece recogida últimamente en SSTS de 18 de julio y 20 de diciembre de 2005, 29 de septiembre de 2006 y 20 de noviembre de 2007, aparece recogida en los siguientes términos: a) Debe buscarse la verdadera voluntad del testador; b) Es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria, y sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado sean ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley; y c) que debe primar

el sentido literal de los términos empleados por el testador y que sólo cuando aparezca que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distintos (como ya anunciaban las SSTs de 9 de junio de 1962 y 23 de septiembre de 1971, que continúan las de 18 de julio de 1991, 18 de julio de 1998 y 23 de febrero de 2002, entre otras). Así siguiendo el art. 675 CC, el primer criterio de interpretación del testamento es el gramatical; el segundo es la interpretación subjetiva que busca la verdadera voluntad del testador cuando quiebra el primer criterio; el tercero, criterio de la duda, en cuyo caso se observará lo que aparezca más conforme con la intención del testador.

**Cláusulas testamentarias contradictorias: Facultades interpretativas de los Tribunales de instancia: Voluntad del testador.**—La interpretación del negocio jurídico tanto *inter vivos* como *mortis causa* corresponde a los Tribunales de instancia, a no ser que sea ilógica, absurda, contraria a la Ley o, en el caso del testamento, disconforme claramente con la voluntad del testador. No es el caso presente. La sentencia de la Audiencia Provincial expone los argumentos para mantener que la heredera es la viuda demandante, basándose en la expresión *conmoriencia* que no tendría sentido si no se le da esta interpretación, y lo mismo la expresión *si no hubiera descendientes*, por lo que tal falta de claridad impide la interpretación literal y, por la interpretación lógica llega a la conclusión aludida. Esta Sala, no sólo no la considera ilógica o absurda, sino que la comparte.

La interpretación literal es inviable por la contradicción entre la primera disposición (*instituye herederos ... a sus hermanos*), y la última instituye heredera universal, en pleno dominio, a su esposa, en ambos casos, a falta de descendientes, que efectivamente no los hubo; la expresión *conmoriencia* no tiene sentido, pues no es posible entender a quién se refiere.

La interpretación lógica, aplicable en defecto de literal, lleva a entender que lo único claramente decisivo es el último inciso: Y si no hubiera descendientes, instituye heredera universal, en pleno dominio, a su citada esposa, Adelaida.

En caso de duda —que la hay en realidad— debe observarse lo que aparezca más conforme a la intención del testador; en autos, como declara probado la sentencia de instancia, consta que la voluntad del testador, al tiempo de hacer testamento, momento al que debe referirse la interpretación, era la de favorecer, si no tenía descendencia, que no la tuvo, a su esposa, en ningún caso a sus hermanos antes que a ella. (STS 14 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

NOTA.—Aclarados suficientemente en la sentencia extractada los hechos, la primera pregunta que se suscita no puede ser otra que la siguiente: ¿en que pensaba el fedatario que otorgó este testamento? A mi juicio, cabría entender que la transcrita cláusula 4.ª del testamento de D. Leovigildo contiene, en realidad, dos disposiciones testamentarias independientes y contradictorias, aunque desafortunadamente incluidas en el mismo instrumento (de figurar en distintos testamentos, la posterior hubiera derogado a la anterior), una en que instituye heredera universal a su esposa en ausencia de descendientes, y otra para idéntico supuesto en que instituye herederos a sus tres hermanos; obsérvese que en el último supuesto encajaría plenamente el legado del usufructo universal de todos sus bienes a favor de su esposa que también contiene el testamento,

disposición que explica el empleo de la locución *en pleno dominio* que se utiliza en la institución que ha prevalecido. Cabría interrogarse además sobre la motivación que mueve a D. Leovigildo a testar en 1985 (la sentencia no dice en qué fecha falleció, en todo caso será anterior a 25 de septiembre de 2002), pues según el art. 944 D.<sup>a</sup> Adelaida le sucede abintestato con preferencia a los hermanos de su esposo. ¿O es que el testador, en el único testamento que otorgó, trató de contentar a las dos *partes* que se disputaban su sucesión? ¿se trataría de un caso en el que el testador *imponer* estrictamente al Notario el texto de una determinada disposición testamentaria, sin autorizarle ningún desvío a su voluntad? La lógica, por otra parte, parece conducir, en mi opinión, a una interpretación contraria a la aquí aceptada unánimemente por todas las instancias judiciales: en efecto, D. Leovigildo, ejerciendo su libertad de testar trataba de beneficiar a sus hermanos y por ello les nombra herederos. Lo que ocurre es que no constan en el texto de la sentencia del TS las pruebas, indicios o pruebas extrínsecas que han conducido a los Tribunales de instancia y al TS a fallar unánimemente a favor de la esposa (G. G. C.)

**82. Colación: Naturaleza voluntaria de sus normas.**—La naturaleza de las normas sobre colación establecidas en el art. 1.045 CC después de la reforma de 1981, ha originado la siguiente doctrina jurisprudencial: 1.º) La valoración de los bienes colacionables debe efectuarse al tiempo de su evaluación, pues al tratarse de una prestación de valor había que tener, en principio, en cuenta, el importe de la donación cuando se hizo, pero debidamente actualizado, por mor, esencialmente, del fenómeno económico de la inflación y el de la devaluación monetaria; el pár. 1.º del art. 1.045, significa que en circunstancias normales los bienes colacionables se habrán de valorar al surgir el dato de la partición, pero si por cualquier evento dicha partición —como es el caso— no ha podido ser hecha efectiva, la evaluación deberá realizarse en el momento de practicar dicha partición (la STS de 20 de junio de 2005 aplica dicha regla a la colación de una suma de dinero). 2.º) Los aumentos de valor no físicos han de correr a cargo y beneficio de la masa partible y, asimismo, cuando se produce la alteración del valor, como en el caso de autos, por consecuencia de una actuación administrativa y no de forma constatada por la propia actividad, decisiva, exclusiva y determinante del recurrente. 3.º) A diferencia de las normas sobre imputación legitimaria, que son imperativas con la finalidad de proteger al legitimario, las normas de colación son voluntarias participando de la naturaleza de la institución de heredero, de modo que si el testador puede hacer la institución de la forma que considere más conveniente, también resulta voluntaria la fijación de normas sobre colación o no de los bienes donados, sobre determinada valoración, distinta de la establecida en el CC o cualquier norma sobre institución de heredero que el testador crea conveniente en relación a los intereses buscados. Todo ello sin perjuicios de las legítimas que correspondan.

**Colación de donaciones de bienes gananciales hechas a hijos.**—Las cláusulas de las donaciones establecían que los bienes colacionables deben valorarse en el momento del fallecimiento de los respectivos otorgantes de la donación y, por tanto, debían colacionarse por el valor que tuvieran en ese momento. Y ello porque la colación es institución voluntaria y los testadores

pueden fijar el momento de la valoración de los bienes donados, de la misma forma de como pueden excluirla. De aquí la corrección de la sentencia recurrida que lleva a fijar momentos distintos para la valoración de cada una de las mitades de la finca, atendiendo al hecho de que el dinero para su adquisición fue facilitado por el padre y por la madre, al tratarse de bienes gananciales y obedecer estos momentos al fallecimiento de cada uno de los progenitores (**STS de 10 de diciembre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (*G. G. C.*)

## DERECHO MERCANTIL

**83. Contratos civiles y mercantiles: reconocimiento de las peculiaridades mercantiles.**—Sea por la mayor agilidad del tráfico mercantil, sea por razones históricas, lo cierto es que el Código de Comercio de 1885 tiene un régimen con sus propias peculiaridades en relación con el Código Civil de 1889; que la remisión del art. 943 CCom. a las disposiciones del Derecho común debe entenderse sólo al plazo de ejercicio de las acciones; y que el art. 4.3 CC dispone su aplicación a las materias regidas por otras leyes sólo como supletoria. Además, el argumento del art. 14 de la Constitución conduciría a dar por suprimidas todas las peculiaridades de los contratos mercantiles que tuvieran sus correlativos regulados en el Código Civil; en cambio el art. 9 de la Constitución, en cuanto garantiza la seguridad jurídica, fundamento a su vez de la prescripción extintiva, sí es un argumento de peso para atenerse escrupulosamente a lo que dispongan las normas más específicas sobre cada materia.

**Prescripción de acciones. Vigencia del artículo 944.2 CCom.**—La jurisprudencia sostiene la vigencia y plena aplicabilidad del párrafo segundo del art. 944 CCom., sin que exista ninguna razón de peso para considerar derogado el párrafo segundo, como tampoco el tercero, del art. 944 CCom. (**STS de 8 de octubre de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La representación de la entidad B., S. A. interpuso demanda contra D.<sup>a</sup> Adelina solicitando el abono de determinadas cantidades, a lo que opuso la demandada alegando entre otros motivos la prescripción de la acción ejercitada. El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Murcia desestimó la demanda. La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia desestimó el recurso interpuesto. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (*N. D. L.*)

**84. Contrato de agencia. Prescripción de acciones: régimen jurídico.**—El régimen de prescripción de las acciones derivadas del contrato de agencia, con la excepción de las previstas en el artículo 31, se contiene, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 12/1992, en las reglas del Código de Comercio y, al fin —por ser aplicable el artículo 943 del mismo—, en las del Código Civil.

**Contrato de agencia. Prescripción de acciones: reclamación por clientela.**—El art. 31 de la Ley 12/1992 —de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17, apartado 5, de la Directiva 86/653/CEE, de 18 de diciembre

de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes –establece un plazo anual de prescripción extintiva– de la acción de reclamación de la indemnización por clientela –y por daños y perjuicios–. Dicho plazo se cuenta desde que la extinción de la relación contractual se produjo.

**Contrato de agencia. Prescripción de acciones: retribuciones debidas al agente.**–La jurisprudencia ha sostenido que las acciones de reclamación de las retribuciones debidas al agente, como efecto del contrato de agencia, prescriben en el plazo trienal que establece el artículo 1.967 del Código Civil, por ser aplicable su regla 1.<sup>a</sup>

**Contrato de agencia. Prescripción de acciones: día inicial del cómputo.**–Debe decidirse mediante la aplicación de la regla contenida en el último párrafo del artículo 1.967 del Código Civil.

**Contrato de agencia. Prescripción de acciones: ausencia de preaviso.**–La ausencia de preaviso puede producir consecuencias jurídicas, pero no la de prorrogar la vigencia del contrato mas allá de la fecha fijada para su extinción. (STS de 15 de octubre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.–La representación de la entidad C., S. A. interpuso demanda contra S. S.A. solicitando resolución de la relación contractual que la unía. La demandada formuló reconvencción en igual sentido. Ambas partes se reclaman diversas indemnizaciones derivadas de sus vínculos contractuales. El Juzgado de Primera Instancia número 79 de Madrid desestimó ambas pretensiones. La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso interpuesto por la actora C., S. A. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (N. D. L.)

**85. Garantías. Aval a primer requerimiento. Concepto y características.**–El aval a primer requerimiento es una modalidad especial de garantía de los derechos de crédito, de naturaleza personal, y atípica, aunque con pleno reconocimiento por la doctrina jurisprudencial con base en el principio de autonomía contractual (art. 1.255 CC), que se caracteriza por su autonomía e independencia –no accesoriedad, que le diferencia de la fianza– de la obligación garantizada y del contrato inicial, de modo que su nota más característica es que el garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma.

**Garantías. Aval a primer requerimiento. Obligación del garante.**–El garante está obligado al pago por el simple requerimiento o solicitud del beneficiario.

**Garantías. Aval a primer requerimiento. Excepciones del avalista: posición jurisprudencial.**–La doctrina jurisprudencial para evitar una ejecución de la garantía abusiva o fraudulenta ha admitido la posibilidad de paralizar la reclamación del beneficiario mediante la alegación por el garante de la *exceptio doli*. El avalista puede oponer las excepciones derivadas de la propia garantía, pues la obligación del garante no puede extenderse más allá de lo que constituye el objeto de la garantía, así como las que se fundan en una clara inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada, dado que de no ser así se produciría una situación de enriquecimiento.

**Garantías. Aval a primer requerimiento. Diferencia con fianza.**—Es nota característica de esta garantía personal, que la diferencia de la fianza regulada en el Código Civil, su no accesoriedad, ya que supera la rigidez de la absoluta dependencia de la obligación garantizada para la existencia y la misma supervivencia. Es más, toda interpretación que se trate de dar a la palabra garantía en el sentido de la obligación accesoria de fianza o de aplicar la excusión que le es característica, desvirtúa la naturaleza de la obligación compleja que es el aval a primer requerimiento.

**Garantías. Aval a primer requerimiento. Inexistencia o cumplimiento de la obligación garantizada: carga de la prueba.**—La carga de la prueba de la inexistencia o del cumplimiento de la obligación garantizada incumbe al garante, sin que pueda exigirse al beneficiario que acredite el incumplimiento del obligado principal.

**Garantías. Aval a primer requerimiento. No exigencia de liquidación de la cantidad adeudada.**—En cualquier caso en modo alguno se acomoda la exigencia de una liquidación de la cantidad adeudada de la fianza, pues en virtud de la función garantizadora y operatividad independiente del contrato garantizado resulta suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante dentro de la cantidad máxima garantizada, la que obviamente no se puede rebasar por la sencilla razón de que constituye el límite de la garantía pactada y la obligación del garante no puede extenderse más allá de lo que constituye su objeto. (STS de 4 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La entidad financiera A., S. A. formuló demanda por reclamación de cantidad contra la también entidad bancaria C. R. de N. con base en un aval a primer requerimiento o primera demanda prestado por la entidad demandada a solicitud de la compañía L., S.A. El Juzgado de Primera Instancia Número 6 de Pamplona estimó la demanda. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra desestimó el recurso con imposición de costas al apelante. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (*N. D. L.*)

**86. Garantía sobre acciones comprendida en resolución judicial extranjera: lugar de ejecución.**—Comprendida la garantía sobre las acciones en la resolución judicial inglesa que homologó el acuerdo transaccional entre las partes y limitada la solicitud de ejecución a la realización de esa garantía, no cabe duda de que una interpretación del art. 22.5 del Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, acorde con sus Considerandos 16.º (confianza recíproca en la justicia dentro de la Comunidad a efectos del reconocimiento de las resoluciones) y 17.º (eficacia y rapidez del procedimiento para hacer ejecutoria la resolución), así como adecuada al principio de efectividad afirmado por la STJCE 16 de marzo de 2006 (C-234/2004), determina que por «lugar de ejecución» deba entenderse en este caso España por tener aquí su domicilio las sociedades anónimas emisoras de las acciones y encontrarse los tribunales españoles en mejor disposición que los ingleses para cumplir todos los trámites que comporta la enajenación forzosa de tales acciones, estatutariamente sometidas al derecho de adquisición preferente por los demás socios

que a su vez se contempla, junto con las demás previsiones estatutarias, en el art. 635.2 de la Ley procesal civil española. (STS de 18 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—D. Mateo presentó solicitud de reconocimiento y ejecución de resolución extranjera siendo la ejecutada D.<sup>a</sup> Rosalía, al mismo tiempo se solicita embargo de acciones. El Juzgado de Primera Instancia n.º 72 de Madrid dictó Auto despachando la ejecución. La Sección Undécima de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (N. D. L.)

**87. Contrato de seguro. Participación de Administraciones públicas: naturaleza jurídica.**—El contrato de seguro de responsabilidad civil de las administraciones públicas no tiene la calificación de contrato administrativo, sino que expresamente nuestro ordenamiento lo califica de seguro privado, sujeto por consiguiente al régimen de la LCS.

**Contrato de seguro. Participación de Administraciones públicas: alcance pactos con aseguradora.**—La intervención en el contrato de seguro de una Administración pública, y los pactos entre la Administración asegurada y la aseguradora no pueden impedir el cumplimiento de las normas sobre fijación de intereses legales por mora en cuanto afectan al tercero perjudicado.

**Contrato de seguro. Grandes riesgos.**—El hecho de que pueda tratarse de un seguro de grandes riesgos significa la no sujeción a las normas de la LCS como normas imperativas (artículo 44 LCS ), pero, dado que el principio a que responde esta excepción sólo tiene sentido entre las partes contratantes, no exime a éstas del cumplimiento de las normas imperativas que rigen respecto de los terceros perjudicados, como ocurre respecto de la acción directa que corresponde a éstos y el régimen de intereses por mora de la aseguradora respecto de ellos. (STS de 2 de diciembre de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D. Landelino y D. Rodolfo, D.<sup>a</sup> María Dolores y D. Virgilio interpusieron demanda contra la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno de Cantabria, Servicio Cántabro de Salud el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) y frente a M., S.A. ejercitando una acción de reclamación de cantidad derivada de la existencia de culpa extracontractual de los demandados. El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Santander estimó parcialmente la demanda absolviendo a la Consejería de Sanidad y Consumo del Gobierno de Cantabria, Servicio Cántabro de Salud. Recurrida en apelación por los demandados, la Audiencia Provincial de Cantabria desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (N. D. L.)