

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: M.^a Carmen CRESPO MORA, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, M.^a Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Gemma MINERO ALEJANDRE, M.^a Isabel MONDÉJAR PEÑA, Alma RODRÍGUEZ GUI TIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Laura ZUMAQUERO GIL.

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Doctrina sobre el retraso desleal. Requisitos y aplicación por la jurisprudencia.—La situación de retraso desleal, relacionada con el principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos subjetivos (art. 7 CC), se caracteriza por tres elementos: el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar un derecho, la omisión del ejercicio y la creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercerá; ninguno de estos concurre en el caso que se juzga en esta sentencia, pues en ningún caso se genera una confianza en los demandados, ni hay inactividad por parte del demandante. En todo caso, admite el Tribunal Supremo que las sentencias que han tenido ocasión de pronunciarse sobre temas relacionados con esta figura han preferido remitirse a la doctrina de los actos propios (*v. gr.*, SSTS de 16 de febrero de 2005 y 8 de marzo y 12 de abril de 2006) o a la del abuso de derecho (*v. gr.*, SSTS de 17 de junio de 1988 y 21 de diciembre de 2000).

Reclamación de los intereses de demora acumulados en el tiempo y abuso de derecho.—Niega el Tribunal Supremo el carácter abusivo de la

reclamación de unos intereses moratorios generados durante largo tiempo, cuando, por un lado, el interés pactado entraba dentro de lo normal en la época en que se concedió el crédito; por otro lado, la acumulación de intereses no se debe a una conducta desleal del acreedor, sino a la falta de pago de los deudores, que dejaron sin hacer efectiva la deuda largo tiempo; y, finalmente, los deudores no han permanecido tampoco inactivos frente a las pretensiones del acreedor. (STS de 3 de diciembre de 2010; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En el año 1992, una entidad mercantil concertó una póliza de crédito en cuenta corriente con un banco. En la mencionada póliza se pactó un interés nominal del 14 % y unos intereses moratorios del 29 %; ambas cantidades resultaban habituales en dicha época. Llegado el vencimiento sin haberse hecho efectivo el pago del principal, el banco procedió al cierre de la cuenta y a su liquidación, resultando un saldo deudor de más de veinte millones de pesetas. El banco reclamó el saldo en un procedimiento ejecutivo en junio de 1993, pero el juicio se declaró nulo, por no poder estimarse líquida la cantidad exigible. En paralelo, la entidad mercantil solicitó la suspensión de pagos, compareciendo el banco en la lista de acreedores. Sin embargo, el procedimiento se sobreseyó en 1994, por no concurrir el quórum exigido para la celebración de la junta en que había de aprobarse el convenio.

El banco intentó entonces un procedimiento de ejecución hipotecaria, que fue declarado nulo. Recaída esta sentencia, la entidad mercantil y los fiadores promovieron demanda en reclamación de indemnización por los daños y perjuicios derivados del proceso hipotecario nulo; la demanda fue estimada en el año 2000 y el banco fue condenado a una indemnización de más de cuatro millones de euros. Esta sentencia, sin embargo, no se ejecutó hasta cinco años después, cuando la entidad mercantil y los fiadores demandantes en el pleito solicitaron la ejecución de la sentencia para evitar la caducidad de la acción ejecutiva. Ante esta entrada de fondos al patrimonio de la entidad mercantil y los fiadores deudores, en ese mismo año 2005, apenas cuatro meses después, el banco interpuso demanda contra esta y contra los que figuraban como fiadores de la póliza, reclamando el abono de la suma correspondiente al principal del préstamo otorgado en 1993 así como los intereses de demora calculados entre 1994 y 2005. Los demandados se opusieron, alegando falta de buena fe y concurrencia de abuso de derecho en la actuación del banco por retraso desleal, así como la prescripción de los intereses moratorios.

La demanda fue estimada en parte, al considerar el Juzgado de Primera Instancia que no existía mala fe ni abuso de derecho, pero sí prescripción de los intereses remuneratorios y contrariedad a la buena fe en la reclamación tardía de los intereses moratorios. Interpuesto recurso de apelación por el banco demandante, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso, al entender que se había producido un reconocimiento de deuda por parte de los demandados, pero rechazó la procedencia de los intereses moratorios, por abusivos y desproporcionados, dado el tiempo transcurrido para su reclamación. Frente a esa sentencia interpuso el banco recurso de casación, planteando la doble cuestión de si, por un lado, quien reclama

el pago de un crédito años después de haberse contraído, pero dentro del plazo de prescripción, está actuando de forma leal o está incurriendo en abuso de derecho cuando la deuda está generando intereses; y si, por otro lado, los intereses moratorios acumulados resultan abusivos.

NOTA.—Véase en el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia el uso interpretativo que se hace del *Draft Common Frame of Reference*, en relación a los límites al ejercicio de los derechos subjetivos derivados de la buena fe (art. I-1103 DCFR). (A. M. M.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad: emplazamiento de cámaras de seguridad que controlan el acceso al domicilio familiar.—El derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. El emplazamiento de cualquier aparato de filmación para grabar o reproducir la vida íntima de las personas se considerará intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, siempre y cuando no exista consentimiento del titular del derecho y la medida no resulte proporcional con el fin constitucionalmente legítimo que se pretende.

Indemnización por daño moral.—Se entiende por daño moral aquel que no puede ser evaluado patrimonialmente por consistir en un menoscabo perteneciente al ámbito moral o psicofísico de la persona, y que puede ser traducido en padecimientos, sufrimientos o menoscabos experimentados que no tienen directamente una traducción económica. Estos daños afectan a la integridad, a la dignidad o a la libertad de la persona, entendidos como bienes básicos de la personalidad. (STS de 10 de diciembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Por la parte actora se interpone demanda sobre infracción del derecho a la intimidad frente a su vecino por la grabación de imágenes suyas y de su familia entrando y saliendo del domicilio familiar por las diferentes puertas de acceso a la vivienda. El demandado se opone a la demanda alegando que las cámaras están colocadas en dicho lugar por motivos de seguridad.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al considerar que estas grabaciones no afectan a la vida privada del actor, que no desarrolla en el callejón ninguna actividad relacionada con el ámbito de su vida personal o familiar. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en la instancia al considerar que existe una clara violación del derecho a la intimidad del actor, debiendo el demandado retirar las cámaras de grabación e indemnizar al actor en la cuantía de trescientos euros en concepto de daños y perjuicios. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La doctrina del Tribunal Constitucional es clara en casos de posible intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad por emplazamiento de aparatos de filmación que capten imá-

genes de las personas sin su consentimiento. Para el Tribunal Constitucional en estos casos habrá que ponderar los intereses en conflicto aplicando el principio de proporcionalidad, ya que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte resulte necesario para lograr el fin legítimo previsto y sea proporcional la medida adoptada (STC 2000/186, de 10 de julio). En este sentido, para comprobar si el emplazamiento de aparatos de filmación, en principio medida restrictiva de derechos fundamentales, obedece a un interés superior protegible, en cuyo caso no existirá intromisión ilegítima alguna, es necesario que concurren tres presupuestos: que tal medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto, que la medida sea necesaria y no exista otra más moderada que se pueda adoptar para conseguir el fin propuesto, que la medida sea ponderada por derivarse de ella más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

La aplicación de esta doctrina al caso que nos ocupa ha llevado al Tribunal Supremo a desestimar el recurso de casación interpuesto por la demandada en la instancia, al considerar que el fin perseguido por el demandado no posee la suficiente fuerza o justificación de interés general como para restringir y vulnerar el derecho a la intimidad de la parte actora, lo cual acontece con la captación de sus imágenes y las de su familia entrando y saliendo del domicilio familiar. Pero lo cierto es que las imágenes no son captadas en el domicilio familiar, sino en un callejón que separa las dos viviendas. Si tenemos en cuenta que el derecho a la intimidad tiene por objeto la existencia de un ámbito propio y reservado de la persona frente a la acción de los demás, no parece que sea un callejón, zona de paso para el demandante y su familia, el lugar más apropiado para el ejercicio de este derecho, ni tan siquiera un lugar en el que el propio demandante pueda ejercer este derecho.

El artículo 7.1 de la Ley de Protección del Derecho al honor, a la intimidad y a la imagen se refiere, como supuesto configurador de una vulneración del derecho al honor, intimidad o imagen, al emplazamiento de cualquier aparato de filmación apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas. Ello no acontece en el caso que nos ocupa, en el que en ningún momento puede hablarse de reproducción de la vida íntima del demandante y su familia. No se comprende cómo el Tribunal Supremo puede considerar que la medida utilizada de filmación para garantizar la seguridad de su vivienda e incluso la de su vecino, es desproporcionada respecto al fin perseguido y la supuesta infracción de derechos acontecida. Por otra parte, tampoco se comprende cómo se puede alegar una vulneración del derecho a la intimidad, cuando lo que verdaderamente debe discutirse es la posible intromisión ilegítima en el derecho a la imagen del demandante y su familia, siendo así que tanto la ley como la jurisprudencia consideran infracción ilegítima del derecho a la imagen la mera obtención o captación de imágenes de la persona sin su consentimiento (SSTC 81/2001, de 26 de marzo; 114/2003, de 28 de enero; 127/2003, de 30 de junio), que es lo que verdaderamente aquí acontece. (*L. Z. G.*)

3. Inexistente intromisión ilegítima del derecho al honor de personaje público.—«*La crítica de las posibles irregularidades habidas en la adjudicación del concurso resulta amparada en alto grado por el derecho a la libertad de expresión, el cual, a juicio de esta Sala, resultaría restringido en términos incompatibles, con el núcleo del derecho fundamental, si se antepusiera el derecho al honor del recurrido como obstáculo para el ejercicio del derecho a la crítica, pues la carga de asumir la crítica severa, dura e incluso inconveniente, se impone en una sociedad democrática a quienes se ven involucrados en actividades económicas que fueron objeto de una investigación a través de un comisión sobre su posible carácter perjudicial para los intereses de la sociedad y del conjunto de los ciudadanos» (STS de 25 de enero de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]*

HECHOS.—La parte actora formula demanda sobre intromisión ilegítima en el derecho al honor por lesión de su prestigio profesional, contra la empresa editora de un periódico local, contra su director y contra los redactores de la noticia, por la información publicada en varios ejemplares del mes de julio, agosto y septiembre de 2002, relativa a la supuesta obtención de una adjudicación en concurso público como consecuencia de la relación de amistad que existía entre el actor y la Presidenta del Consejo Insular.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al considerar que la información transmitida es veraz y de interés general. La Audiencia Provincial estima parcialmente la demanda al entender que existía falsedad en la noticia relacionada con la adjudicación de un concurso público a dedo, a favor del demandante por mera amistad, regalándole dinero a cambio de su apoyo mediático, excediendo todo ello de una mera exposición crítica de los hechos. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso interpuesto por la sociedad demandada en la instancia.

NOTA.—En caso de colisión entre el derecho a la libertad de información o expresión y el derecho al honor, la doctrina jurisprudencial es clara al respecto, exigiendo para la prevalencia de aquellos derechos respecto de estos el cumplimiento de determinados presupuestos. Estos requisitos están relacionados con la veracidad de la noticia, el interés general que presenta o la inexistencia de vejaciones o insultos hacia la persona afectada por las manifestaciones vertidas, de tal modo que atente contra su fama o estimación.

El Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos considera que no existe intromisión ilegítima en el derecho al honor profesional del demandante, en el sentido de haber existido infamias que pongan en duda o menosprecien la ética en el desempeño de su actividad, y ello por el carácter de personaje público del actor, político de profesión, lo que le da cierto interés general a los hechos narrados, así como por la veracidad de la noticia relatada. El interés general de la noticia reside en el hecho de que se difundan por partidos políticos de la oposición las irregularidades reales producidas en la adjudicación de determinado concurso y que dio lugar a la constitución de una comisión de investigación, lo que viene a ser considerado por el Tribunal Supremo una cuestión de gran relevancia política, social y económica, al tener el deber, los partidos polí-

ticos y cualquier empresa que participa en una licitación pública, de respetar los pliegos de condiciones y de la adecuación de la contratación administrativa a los principios de buen gobierno. En este caso, considera el Supremo que la crítica política, aun resultando dura en determinados momentos, pudiendo incluso resultar ofensivas algunas expresiones vistas de manera aislada, no solo resulta lícita, y, por tanto, amparada en la libertad de expresión, sino que es necesaria para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a conocer cómo se gobiernan los asuntos públicos. (L. Z. G.)

4. Colisión entre los derechos a la libertad de información y expresión y los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen.—*«La limitación del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por la libertad de expresión o de información, tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso [...]. Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella» (STS de 30 de diciembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]*

HECHOS.—La parte actora interpone demanda sobre intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen frente a determinada cadena de televisión, por la emisión de cierta información gráfica sobre su persona en momentos de su vida privada, así como por los comentarios vertidos en un programa de la cadena relacionados todos ellos con su vida sentimental, y que a juicio del actor resultan deshonrosos hacia su persona. Estos comentarios estaban relacionados con la vida amorosa del actor, periodista de profesión, a sus infidelidades, paternidades no conocidas, acoso sexual en el trabajo y amenazas de despido con la emisión de imágenes del demandante en distintos escenarios de su vida privada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró que la conducta de la entidad demandada constituía intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen del actor, condenando a la cadena al pago de una indemnización por daño moral cuya cuantía asciende a 270.000 euros. La Audiencia Provincial confirma la sentencia de la instancia, argumentando que hay intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen porque se divulgan hechos de la vida personal del demandante, que no tienen encaje en la teoría del reportaje neutral y porque las imágenes del actor se captan en momentos relacionados con su vida íntima, existiendo una intención de desacreditar al actor con dichos comentarios. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La Sentencia que anotamos se pronuncia sobre un nuevo caso de intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de determinado personaje público.

En esta ocasión se trata de un caso de emisión, en un programa de televisión, de un amplio reportaje gráfico de la persona del actor en momentos de su vida privada, lo que sirvió como punto de partida para, posteriormente, verter todo tipo de comentarios relacionados con la vida íntima del actor, comentarios que el demandante consideraba de todo punto deshonrosos hacia su persona.

El Tribunal Supremo resuelve el caso planteado en aplicación de la doctrina constitucional, que exige en estos casos la ponderación de los derechos en conflicto, pues tan derecho fundamental es el derecho a la información o el derecho a la libertad de expresión como los derechos al honor, a la intimidad o a la imagen, todo ello sin perder de vista que es doctrina jurisprudencial reiterada que el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información ostentan una posición prevalente frente a aquellos derechos por ser garantes para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático. No obstante, para que exista esa prevalencia es necesario que se cumplan determinados requisitos. Por lo que respecta al derecho al honor, la información vertida nunca deberá atentar contra la dignidad de la persona, contra su honra o estimación; y si se tratan de opiniones o críticas, estas en ningún caso deberán resultar ofensivas o injuriosas.

Para que esta información no vulnere el derecho a la intimidad, deberá ser veraz, entendida la veracidad como el resultado de una información contrastada, así como de interés general o no tratar aspectos de la vida privada de las personas que únicamente satisfagan la curiosidad humana. En el caso de personajes públicos, su ámbito de privacidad se verá reducido. No obstante, ello no significa que no sean titulares del derecho a la intimidad, sino que simplemente verán limitado su derecho en aras del interés general, teniendo en cuenta que igualmente se vulnerará su derecho a la intimidad si la información o las imágenes que se publican están relacionadas con su vida íntima y no con el ejercicio de su profesión, teniendo como finalidad satisfacer la curiosidad humana. Distinta será la cuestión si dicha información aparece justificada por los usos sociales, en el sentido de que el personaje público se comporte o actúe en relación a su vida íntima de tal forma que la despoje de su carácter privado. Si se trata de un «reportaje neutral», caracterizado por una mera narración de una noticia publicada por otra persona, no existirá vulneración al derecho al honor o a la intimidad.

El derecho a la imagen, entendido como un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana, será vulnerado siempre y cuando se capten o difundan imágenes de una persona, sin su consentimiento, sea cual sea la finalidad de su captación o reproducción. En el caso de personajes públicos, no existirá intromisión ilegítima en este derecho, según dispone el artículo 8.2 a), cuando las imágenes hayan sido captadas en lugares abiertos al público o durante un acto público.

En esta ocasión, y a pesar de tratarse de un personaje de proyección pública, el Tribunal Supremo, con buen criterio, condena a la cadena televisiva por intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen, en atención al contenido de la información vertida, claramente atentatoria contra el derecho a la

intimidad, por tratarse de hechos relacionados con su vida sentimental, y del derecho al honor, al pretender desacreditar al personaje. El acompañamiento de información gráfica del demandante en momentos de su vida íntima, cuya captación y reproducción no ha sido en ningún caso consentida, suponen una vulneración del derecho a la imagen del personaje. (L. Z. G.)

5. Intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad de la demandante y sus padres.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que en caso de colisión entre el derecho a la libertad de expresión e información y los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen, aquellos deberán prevalecer frente a estos, siempre y cuando la información que se publique tenga relevancia pública o sea de interés general, resulte veraz, esté justificada por los usos sociales o exista base suficiente para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación a su vida privada, que permitan entender, que con sus propios actos, la ha despojado del carácter íntimo que poseen; y, en caso de meras manifestaciones, que éstas resulten ser simples críticas u opiniones que carezcan de carácter vejatorio o injurioso.

Fijación del *quantum* indemnizatorio por daño moral.—«Para la determinación del importe de la indemnización se tiene en cuenta la importancia objetiva de la difusión de la noticia, deducida, entre otras posibles circunstancias, de «la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido» (STS de 31 de enero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La parte actora formula demanda contra la productora de un programa televisivo, la cadena de televisión en la que se emitió dicho programa, y contra la persona entrevistada, por intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad de la demandante y sus padres ya fallecidos, como consecuencia de las manifestaciones vertidas por la demandada en el citado programa de televisión. La demandada relató que el padre de la demandante había mantenido una relación sentimental con una conocida artista, siendo esta la causa de la ruptura del matrimonio de los padres.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena a los demandados, de forma solidaria, al pago de una indemnización por intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad de la actora y de sus padres fallecidos. En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial, aunque en esta ocasión se procede a rebajar la cuantía indemnizatoria al considerarla excesiva. Interpuesto recurso de casación por la productora y la cadena de televisión, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—La sentencia que tenemos el placer de anotar se pronuncia sobre un nuevo caso de colisión entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar. En esta ocasión, el hecho noticiable versa sobre la vida sentimental de los padres de la demandante, personajes que carecen de proyección pública alguna, aunque, teniendo en cuenta que, según se relata, el padre de la demandante había mantenido una relación extramatrimonial con una conocida *vedette*, la noticia parece despertar la curiosidad humana.

Con buen criterio, el Tribunal Supremo procede a valorar los derechos en conflicto siguiendo las pautas marcadas por la jurisprudencia de esta misma Sala, sin perder de vista que, en principio, se debe otorgar prevalencia al derecho a la información, por su carácter de derecho fundamental tan importante en un Estado plural y democrático de Derecho.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como del Tribunal Constitucional, hace hincapié en la importancia de valorar el carácter o no de personaje público de la persona ofendida, puesto que tal carácter limita en cierta medida el derecho a la intimidad del personaje.

En esta ocasión, ni los demandados son personajes de proyección pública, ni el hecho noticiable es de interés general al afectar a la esfera privada de las personas. A ello se une la falta de prueba por parte de la demandada de la veracidad de los hechos en caso de conflicto, circunstancia que no permite otorgar protección al derecho a la información, constituyendo, por tanto, un supuesto claro de intromisión en el derecho al honor y a la intimidad (STC 2003/160, de 15 de septiembre; SSTs de 11 de febrero de 2004 [RJ 2004/1125], 13 de febrero de 2004 [RJ 2004/1131], 25 de febrero de 2009 [RJ 2009/1515]).

El Tribunal Supremo, en aplicación de doctrina jurisprudencial señalada, considera que en este caso existe intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la imagen de la demandante y su familia puesto que la información vertida afecta a su reputación y buen nombre, perteneciendo a su esfera privada, y no existiendo consentimiento para su divulgación. Para el Tribunal Supremo, la mera curiosidad ajena no es digna de protección en ningún caso. (*L. Z. G.*)

6. Sucesión de títulos nobiliarios. Requisitos de la distribución.—El artículo 13 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912 establece que «[e]l poseedor de dos o más grandezas de España o Títulos del Reino podrá distribuirlos entre sus hijos o descendientes directos con la aprobación de Su Majestad».

La razón por la cual se exige la aprobación de Su Majestad radica en que el acto de distribución conlleva una alteración del orden sucesorio del título nobiliario. De esto se sigue que no estamos ante un acto de libre disposición realizado por el titular, sino ante un acto delegado, el cual precisa para su validez la aprobación de Su Majestad, por comportar una alteración del estatuto fundador. Esta autorización, sin embargo, se produce a posteriori.

Perjuicio del primogénito.—En el caso de cesión el perjuicio de quien tiene derecho a suceder con preferencia solo queda eliminado si presta su aprobación expresa (artículo 12 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912), mientras que, en el caso de distribución, el primogénito no resulta perjudicado, según la doctrina más autorizada, si se le asigna el título principal. (**STS de 25 de noviembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D.^a Fernanda formuló demanda contra D. Federico, Duque, en reclamación del mejor y preferente de derecho genealógico a poseer el título nobiliario de vizconde. La demanda se fundaba en la eficacia de la distribución de sus títulos nobilia-

rios efectuada por D. Octavio, Duque, mediante testamento de 18 de noviembre de 1920, la cual determinaba que, en cuanto al título en litigio, hubiera de partirse de D.^a Gabriela como nueva cabeza de línea para determinar el mejor derecho a suceder. La oposición de la parte demandada se fundó en que lo realmente sucedido es que el referido título fue concedido a D.^a Gabriela por vía de cesión, y no de distribución, sin abrir, en consecuencia, nueva línea de sucesión.

El Juzgado desestimó la demanda, por entender que, al haber existido una cesión del título, mediante ella no se había creado nueva línea ni alterado la sucesión. La Audiencia Provincial revocó esta sentencia y estimó la demanda por considerar que había existido una distribución de los títulos y no una mera cesión. El TS considera que la sucesión de hechos impide reconocer, como afirma la sentencia recurrida, un valor independiente a la cesión del título, aislándola del conjunto de la distribución realizada con arreglo a la inequívoca voluntad del causante. Como consecuencia de ello, debe entenderse que la operación de distribución en su conjunto goza del requisito de la aprobación real, pues la aprobación de la cesión del título se integra en aquella y no altera su significado ni la voluntad del distribuidor sobre la que debe recaer a posteriori aquella aprobación. (M. C. L. J.)

7. Títulos nobiliarios. *Dies a quo* de la usucapión en caso de vencimiento en juicio del rehabilitador del título.—En los casos de rehabilitación del título, la jurisprudencia computa el plazo de los cuarenta años desde la fecha de la rehabilitación, porque hasta entonces no hay posibilidad de posesión material del título al hallarse «caducado», que no extinguido. La posesión civilísima no puede, por sí sola, desplegar virtualidad legitimadora alguna en cuanto a la posesión real y efectiva del título cuestionado, hasta que aquella (la posesión civilísima y su consecuente «mejor derecho») sea declarada por resolución judicial firme. (STS de 3 de noviembre de 2009) (STS de 15 de diciembre de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El título en disputa, que es el de Marqués, fue pasando de generación en generación hasta llegar a D. Ignacio, VIII Marqués. Fallecido D. Ignacio sin descendencia y sin que nadie solicitara la sucesión, la merced caducó hasta que, con fecha 31 de marzo de 1930, fue rehabilitada por D.^a Adela, IX Marquesa.

En 1961, D. Bartolomé, padre del demandado, promovió juicio declarativo de menor cuantía contra D.^a Adela reclamando su mejor derecho genealógico a usar y poseer el título, y el 13 de abril de 1962 se dictó sentencia estimando su demanda por ser descendiente directo del primer Marqués y, al propio tiempo, pariente colateral en quinto grado del último poseedor legítimo, D. Ignacio, en tanto la demandada tenía con el primer Marqués un parentesco de grado 23 y con el último de grado 29.

Los recursos de apelación y de casación interpuestos fueron desestimados.

Interesada la ejecución de la sentencia por el demandante, el 28 de diciembre de 1967 se dictó Decreto, por el que se había rehabilitado el título a favor de D.^a Adela y acordando la expedición de carta de rehabilitación en el título a favor de D. Bartolomé para sí, sus hijos y sucesores legítimos. El 17 de diciembre de 1968 se expidió por el Jefe del Estado la referida carta o despacho de rehabilitación a favor de D. Bartolomé, por tanto X Marqués. El 7 de noviembre de 1989 D. Diego, demandado en el presente litigio, sucedió en el título a su padre, por cesión de éste, pasando a poseerlo como XI Marqués.

El 12 de julio de 2005 D.^a Beatriz interpuso demanda contra D. Diego reclamando su mejor derecho a poseer el título de Marqués por descender del segundo hijo de D. Sergio, habiendo muerto el primero sin descendencia, en tanto el demandado descendía de su cuarto hijo.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda tanto por considerar prescrita la acción, aplicando para ello el plazo de quince años del artículo 1964 CC, como por entender que el demandado había adquirido el título por usucapión mediante su posesión quieta, pacífica e ininterrumpida durante más de cuarenta años, situando el día inicial del cómputo en la fecha de la sentencia del juicio precedente. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, el tribunal de segunda instancia confirmó el fallo de la sentencia apelada por compartir sus fundamentos sobre la adquisición del título por usucapión, aunque no los relativos a la prescripción de la acción.

El Tribunal Supremo estima el recurso y casa la sentencia recurrida, dejándola sin efecto, y en su lugar revoca la sentencia de primera instancia para estimar la demanda. Además, declara como doctrina jurisprudencial que en los casos de vencimiento en juicio del rehabilitador de un título nobiliario el tiempo para la usucapión del título por el vencedor en juicio no comenzará a correr desde la sentencia firme del litigio sino desde que dicho vencedor obtenga el Real despacho correspondiente a que se refiere el artículo 37 de la Real Orden de 21 de octubre de 1922.

NOTA.—La cuestión jurídica que plantea el presente recurso de casación por interés casacional es la del término inicial del plazo para adquirir un título nobiliario por usucapión, no en caso de cesión ni de distribución, sino en el de vencimiento en juicio del rehabilitador del título por el causante del poseedor que alega haberlo adquirido por usucapión.

En la sentencia anotada no se discuten los hechos ni el mejor derecho genealógico de la demandante sobre el demandado ni tampoco el plazo de cuarenta años aplicable para la adquisición del título por usucapión. La controversia se centra, única y exclusivamente, en si el plazo para la usucapión comenzaba a correr en la fecha de la sentencia firme del juicio precedente o en la fecha bastante posterior de la obtención por su causante del Real despacho previsto en las disposiciones 33 a 37 de la Real Orden de 21 de octubre de 1922 dictada en desarrollo del Real Decreto de 8 de julio del mismo año relativo a la rehabilitación de Grandezas de España y Títulos del Reino.

La jurisprudencia distingue los casos de cesión y sucesión de los de rehabilitación, y resulta que el caso examinado, según el artículo 12 de Real Decreto de 1922, es de rehabilitación, pues el litigante vencedor del rehabilitador tiene a su vez que «solicitar de la Corona la efectividad de la sentencia ejecutoria dictada obteniendo la rehabilitación en su favor», por lo que para el Tribunal Supremo en la sentencia anotada el día inicial del plazo para la usucapión será la fecha de la rehabilitación, es decir, la de la obtención del Real despacho por el litigante vencedor, dándose así entre la fecha de firmeza de la sentencia y la fecha de este Real despacho una situación interina sin ningún poseedor real y efectivo del título. (*M. C. L. J.*)

8. Asociación. Libertad de autoorganización.—En materia de organización interna a excepción de los partidos políticos, sindicatos, asociaciones empresariales, colegios profesionales y organizaciones profesionales la Constitución no establece ningún requerimiento en lo que atañe a la organización interna de las asociaciones. El Tribunal Constitucional en esta materia ha declarado en sentencia 218/1998 de 22 de noviembre, que «la libertad de autoorganización forma parte del contenido propio del artículo 22 de la Constitución, de manera que las intromisiones indebidas de los poderes públicos en la vida interna de las asociaciones constituye una violación del derecho de asociación».

«Nada impide que los estatutos establezcan que un socio puede perder la calidad de tal en virtud de un acuerdo de los órganos competentes de la asociación basado en que a juicio de estos órganos, el socio ha tenido una determinada conducta que vaya en contra del buen nombre de la asociación o que sea contraria a los fines que ésta persigue». (**STS de 20 de diciembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Varios socios y compromisarios de socios activos de una central lechera promueven demanda contra esta entidad, sobre tutela judicial civil de derechos fundamentales de impugnación de los acuerdos sociales de expulsión adoptados por la Asamblea General de 3 de junio de 2005.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la pretensión deducida y declara que la actuación desarrollada por los demandados expulsados tiene el carácter de retención coactiva a los miembros de la directiva y por tanto se trata de una conducta sancionable por los estatutos sociales. Tampoco supone una vulneración del derecho a la libertad sindical, pues la entidad no tiene naturaleza sindical sino asociativa, siendo la nulidad pretendida derivada de su condición de socios y no en ejercicio de un acto o acción sindical. Por lo que no procede declarar la nulidad del acuerdo de expulsión, ni tampoco de la norma contenida en los estatutos sociales.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación formulado. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto.

NOTA.—En la sentencia anotada el Tribunal Supremo reitera que los límites propios del derecho de reunión y manifestación, como todo derecho fundamental no es ilimitado y no son otros que la necesidad de celebrar pacíficamente la reunión y el respeto al orden público que se altera cuando se pongan en peligro los bienes o las personas.

El Tribunal Supremo entiende que el acuerdo de expulsión cuya nulidad se postula no se sustenta en el ejercicio por los actores del derecho de reunión y manifestación, sino en que la Junta en la Asamblea celebrada consideró que la expulsión procedía por haber impedido los expulsados de forma coactiva la salida de la empresa al Sr. Presidente de la misma, así como del resto de miembros de la Junta Rectora. Asimismo, el Tribunal Supremo consideró en esta sentencia que la reunión convocada no tenía naturaleza sindical, ya que se trataba de un grupo de empresarios autónomos, no sindicados, que se reunieron para manifestar su posición disidente. (*M. C. L. J.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD EXTRA-CONTRACTUAL

9. Vulneración del artículo 24 CE. Valoración prueba de testigo. Fiducia *cum amico*. Acción declarativa de propiedad. Nulidad parcial de donación.—Se prescinde por la Audiencia del contenido de la declaración testifical del abogado que durante mucho tiempo había venido prestando sus servicios a ambas partes litigantes, de manera imparcial y en beneficio de ambas, y que además intervino reiteradamente ante ellos para intentar lograr un acuerdo sobre el problema litigioso. La falta de valoración del testimonio del letrado, de especial importancia por su inmediatez respecto de la cuestión litigiosa, y la patente veracidad de lo afirmado posibilita, a juicio del Tribunal Supremo, la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y la anulación de la sentencia impugnada al entenderse vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española.

Fiducia *cum amico*.—Aunque la propiedad litigiosa correspondiera formalmente en todo momento al demandado, la acreditación de que el terreno litigioso fue adquirido para ambos hermanos por partes iguales permite al Tribunal Supremo estimar la existencia de una titularidad fiduciaria en cuanto al 50 % perteneciente al demandante. Fiducia *cum amico* admitida por la jurisprudencia siempre que no comporte una finalidad ilícita o defraudatoria. En esta modalidad de fiducia, el fiduciario no ostenta la titularidad real, pues no es un auténtico dueño, tiene solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica. El dominio pertenece al fiduciante en cuyo interés se configura la fiducia. Reconocida la existencia de la fiducia, el fiduciario está obligado a restablecer la situación real mediante la atribución de la titularidad correspondiente al fiduciante y han de estimarse nulos los negocios jurídicos celebrados con terceros faltando al compromiso que supone la fiducia, siempre que dichos terceros no hayan adquirido de buena fe y a título oneroso (**STS de 1 de diciembre de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El demandante y el demandado son dos hermanos que adquirieron, para ambos y por mitad, diversos bienes mientras tenían en común una industria de taller mecánico, cuyo precio abonaban con los rendimientos económicos del citado negocio, aun cuando siempre figurara como único adquirente el demandado D. N. a cuyo favor se otorgaban las escrituras apareciendo también como único titular registral. El terreno litigioso, donde se había realizado una construcción a costa del patrimonio del demandado, fue donado a los hijos de este a través de una escritura pública que fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Ante estos hechos el demandante solicita: a) Que se declare su copropiedad al cincuenta por ciento respecto del solar litigioso y se realicen cuantas acciones sean precisas y necesarias para la constancia pública de dicha realidad y su inscripción en los registros correspondientes, y se condene a los demandados a proceder a dicha transmisión a los actores, siendo suplido su consentimiento, en su caso, por el Juzgado. b) Que se declare, en cuanto al cincuenta por ciento del demandante, la nulidad parcial de la donación de dicho inmueble efectuada por los demandados a favor de sus hijos, así como de la correspondiente inscripción registral. c) Que se declare la copropiedad de los actores sobre el 50 % de lo construido sobre el referido terreno, previo pago a los demandados de la mitad del valor de las obras efectuadas, actualizado mediante la aplicación del IPC, siendo al cincuenta por ciento entre ambas partes la totalidad de los gastos efectuados y por efectuar en relación con dichas obras.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara haber lugar a los recursos interpuestos y estima íntegramente la demanda. (*M. I. M. P.*)

10. Contratos. Interpretación: función de instancia.—La interpretación de los contratos constituye función de los tribunales de instancia, por lo que la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquella en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario.

Contratos. Interpretación: preferencia por la interpretación literal.—Las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1281 a 1289 CC conforman un conjunto complementario y subordinado, entre las cuales tiene rango preferencial la contenida en el primer párrafo del artículo 1281 CC, de tal manera que el punto de partida de la interpretación es la letra del contrato, debiendo estarse, por consiguiente, al sentido literal de las cláusulas cuando no dejan dudas sobre la intención de los contratantes. Las demás reglas, incluyendo la del artículo 1285 CC (interpretación sistemática del contrato o del canon hermenéutico de la totalidad) entran en juego únicamente cuando, por falta de claridad de los términos del contrato, no es posible aclarar, a través de ellos, cuál sea la verdadera intención de los contratantes. (**STS de 11 de noviembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La entidad M. E. S.L., interpuso contra A, S. L., acción demanda en reclamación de responsabilidad contractual y solicitud de declaración de resolución de contrato de franquicia y abono de las cantidades por incumplimientos contractuales. El Juzgado de Primera Instancia número Seis de Alicante estimó parcialmente la demanda. Recurrída en apelación por ambas partes, la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante desestimó los recursos y confirmó la resolución recurrida. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (N. D. L.)

11. Asunción de deuda. Interpretación del documento.—No se infringen las normas de la interpretación de los contratos cuando examinado el contenido del documento la sentencia recurrida llega a la conclusión de que se está en presencia de una asunción cumulativa de deuda de tal forma que el primitivo deudor no queda liberado sino que a este se le une uno nuevo, pues ello es conforme con la finalidad pretendida por el acreedor que aspira al cobro de lo que se le debe y no busca disminuir la solvencia sino aumentarla añadiendo un nuevo deudor.

Novación.—No se infringen las normas de la novación cuando se llega a la conclusión de que lo que las partes pactaron no fue una delegación de deuda propiamente dicha sino una delegación de pago, que supone que entre acreedor y deudor se acuerda el pago por el tercero, sin que ello libere al deudor.

Interpretación del contrato.—La jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que debe estarse a la interpretación del contrato formulada en la instancia salvo que esta resulte ser arbitraria o ilógica (STS de 13 de octubre de 2010). (STS de 21 de diciembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El 2 de septiembre de 2005, A acumula un crédito de 175.637,08 euros contra B derivado del impago de varias facturas relativas a unos suministros realizados por la primera a la segunda. El 13 de septiembre de ese mismo año, B firma un documento con C. En dicho documento se podía leer: «En relación a las facturas pendientes de pago (...) les comunicamos que dichas facturas (...), serán abonadas mediante los siguientes pagarés emitidos a su favor por nuestro cliente C (...). Mediante la entrega de estos pagarés, C se compromete a la cancelación de la deuda que B mantiene con Uds».

Los tres primeros pagarés que A presentó al cobro resultaron impagados, por lo que A presentó una demanda exigiendo que se condenara a B a hacer efectiva la cantidad de 175.637,08 euros. El juzgado de primera instancia estimó la demanda y desestimó la pretensión de la demandada que se basaba en que se había producido una novación extintiva por lo que ella había dejado de ser deudora, de manera que la única deudora era C. En la sentencia se afirma que no consta la voluntad de liberar al primitivo deudor por lo que el documento en cuestión no es más que el compromiso de C de pagar la deuda de B y carece de carácter liberatorio para esta última. B presenta un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que desestima el recurso de apelación que ella misma

había presentado. El recurso de casación se centra en la interpretación del documento de 13 de septiembre y en la naturaleza de la operación realizada entre los intervinientes en el mismo, según el recurrente se está en presencia de una asunción liberatoria de la deuda original y no de una asunción cumulativa como sostiene la sentencia recurrida. (*L. P. S. M. P.*)

12. Modalidades de arras. Interpretación del artículo 1454 CC por la jurisprudencia.—La doctrina distingue las siguientes modalidades de arras:

a) confirmatorias, que son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien representando un principio de ejecución; b) penales, cuya finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, caso de incumplimiento; y c) penitenciales, que constituyen un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada.

El artículo 1454 CC reconoce la tercera de las modalidades indicadas. La jurisprudencia, al interpretar el precepto, ha declarado que su contenido no es imperativo y para que tenga aplicación es precisa la voluntad de las partes claramente constatada, expresando la intención de los contratantes de otorgar la posibilidad de desligarse de la convención. El empleo de la palabra «señal» no expresa necesariamente la facultad de separarse del contrato y puede ser entendida como anticipo del precio; es posible que las partes consideren que las mismas arras que sirven para confirmar el contrato, puedan considerarse como penales ante la previsión del incumplimiento, pues las arras siempre tienen el carácter de pago en caso de cumplimiento del contrato. (**STS de 11 de noviembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Las entidades en litigio celebraron un contrato que denominaron de «señal o arras» de la compraventa de unos terrenos que en su día debían formalizar. Se fijó el objeto de la compraventa, el precio y su forma de pago, se estableció el término para el otorgamiento de escritura, se reguló el pago de gastos y la resolución por incumplimiento del comprador.

Sobre la señal o arras: a) se fijó el precio, parte del cual fue pagado a la firma del contrato y otra parte debía pagarse antes del 13 de noviembre de 2004; b) se acordó que se entregaba en garantía del cumplimiento del compromiso de compraventa, y c) se establecieron las siguientes consecuencias del incumplimiento del contrato: en caso de ser la vendedora la incumplidora, debería indemnizar al comprador con el doble de lo recibido por señal o arras; si la parte incumplidora fuera el comprador, la vendedora retendría el precio de lo pagado en concepto de señal o arras, quedando tanto en un caso como en otro el contrato resuelto a todos los efectos. En el último inciso de la cláusula se hacía referencia al artículo 1454 CC.

El 12 de noviembre de 2004 la compradora intentó el pago del segundo plazo de las arras en las dependencias de la vendedora, pago que le fue rechazado. Ese mismo día la compradora consignó en la notaría el importe del segundo plazo de las arras, mediante cheque nominativo, para ofrecimiento a la vendedora. El notario efectuó el ofrecimiento quedando el cheque a disposición de la vendedora en la notaría.

El 16 de noviembre de 2004, compareció en la notaría la vendedora y manifestó que no aceptaba el pago del segundo plazo de las arras porque antes del ofrecimiento del depósito envió burofax a la compradora, el 11 de noviembre de 2004, notificándole su voluntad de desistir de la compraventa por las discrepancias surgidas entre las partes y depositó en la notaría a disposición de la compradora un cheque por el importe doblado de lo que había recibido como primer plazo de las arras. Dicho burofax no se recibió por la compradora hasta el 15 de noviembre de 2004.

La compradora, tras retirar de la notaría ambos cheques, interpuso demanda contra la entidad vendedora reclamando la cantidad que faltaba hasta completar el doble del importe total de las arras pactadas en el contrato.

En la contestación a la demanda se alegó, en lo que aquí interesa, el carácter penitencial de las arras, lo que permitía a cualquiera de las partes desistir del contrato.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda; la sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación interpuesto por la actora y declaró que las arras pactadas tenían el carácter de arras penales. El Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada en apelación. (*B. G. F.*)

13. Arrendamientos urbanos. Sucesión en el contrato de arrendamiento por el cónyuge superviviente.—«El contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento» (STS de 3 de abril de 2009). Para llegar a esta conclusión el Tribunal Supremo tuvo en cuenta los siguientes argumentos:

1.º El contrato de arrendamiento se celebra entre dos personas, que adquieren la condición de arrendador y arrendatario, respectivamente, en la relación jurídica creada por el contrato. Los derechos y obligaciones que se generan con el contrato afectan exclusivamente a las partes y a sus herederos.

2.º Puede producirse la sustitución de una de las partes del contrato por fallecimiento del titular, en aplicación de la normativa específica que regula el contrato de arrendamiento. Para que se produzca la subrogación, es imprescindible que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 16 LAU, por remisión de lo prescrito en la DT 2.ª LAU, B.

3.º La subrogación en la posición del arrendatario forma parte del contenido del contrato de arrendamiento y no tiene relación con el régimen de bienes del matrimonio. Las posiciones contractuales de cada uno de los cónyuges en los contratos de arrendamiento que hayan concluido no forman parte de la sociedad de gananciales, porque, además, se trata de derechos personales. (**STS de 22 de noviembre de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D. Francisco, fallecido en la actualidad, arrendó el 1 de octubre de 1954 a D. Eduardo una vivienda. En el momento del contrato, el Sr. Eduardo ya se hallaba casado con D.ª Angustias. El arrendatario, D. Eduardo, falleció el 10 de octubre de 2003.

La viuda de D. Francisco, la Sra. Mercedes, tuvo conocimiento del referido fallecimiento por carta remitida por burofax el día 4 de febrero de 2004 por D.^a Angustias al administrador de la finca. En dicha carta se comunicaba tanto el fallecimiento como la intención de la esposa de subrogarse en el arrendamiento en el lugar de su marido fallecido.

La sentencia de primera instancia entendió que no existía cotitularidad del arrendamiento, por lo que, para subrogarse en el contrato de arrendamiento, la esposa viuda debía dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 de la LAU. No obstante, consideraba probado que la comunicación del fallecimiento se había producido en el mes de noviembre, por lo que no se había superado el plazo legalmente establecido.

La Audiencia Provincial entendió que no procedía considerarse suficientemente probada la existencia de la comunicación al arrendador del fallecimiento del arrendatario dentro del plazo establecido en la ley. Por otra parte, sin embargo, la Audiencia entendía que aunque la titularidad formal del contrato de arrendamiento correspondiese al marido, por la fecha de la celebración del contrato, y siendo el matrimonio anterior al arrendamiento, la relación arrendaticia se entendía constituida a favor de ambos cónyuges y para el matrimonio, de modo que ambos consortes eran titulares –cotitulares– del contrato de arrendamiento. Dicha titularidad se mantenía al fallecimiento de uno de ellos. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto al considerar que el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento.

NOTA.—La cuestión que ha accedido a casación en la sentencia anotada es determinar si, en los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados al amparo de la LAU 1964, cuando el marido figure como único arrendatario pese a haberse celebrado constante el matrimonio en régimen económico de gananciales y siempre que la vivienda sea destinada a vivienda familiar, al fallecimiento del marido, la esposa continúa en el arrendamiento por considerársela también parte arrendataria o, por el contrario, en aplicación de lo establecido en el artículo 16 LAU en relación con la DT 2.^a, es preciso que, para que continúe en el contrato, la esposa comunique en el plazo de tres meses después del fallecimiento su intención de subrogarse en la posición del fallecido.

La jurisprudencia ha sido fluctuante en este sentido. Las Audiencias Provinciales mantenían dos posturas enfrentadas:

A) Audiencias que consideraban que debía reputarse que la esposa no firmante en realidad era arrendataria. En este caso, al fallecer el marido, no se producía ninguna modificación en la relación locativa. La esposa permanecía en el arrendamiento en los mismos términos pactados.

B) Audiencias que consideraban necesaria la comunicación del fallecimiento del esposo arrendatario al arrendador, así como la intención de permanecer en el arrendamiento por subrogación del fallecido, en aplicación de lo establecido en el artículo 16 LAU.

Sin embargo la contradicción jurisprudencial de las Audiencias Provinciales es actualmente inexistente. En esta sentencia el Tribunal Supremo reitera la doctrina jurisprudencial ya sentada en la STS de 3 de abril de 2009 (RJ 2009, 2806) de que el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento». (M. C. L. J.)

14. Responsabilidad decenal. Vicios de la construcción.—El incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de obra da derecho a quien lo concierne a pedir la reparación *in natura*. Pero el derecho a pedir el cumplimiento *in natura* no excluye la posibilidad de la reclamación directa de la indemnización en su lugar. El principio indemnizatorio está presente en el artículo 1591 CC, de modo que ha lugar a la indemnización cuando el perjudicado ha pretendido infructuosamente la reparación de los defectos constatados, se ha efectuado la reparación de modo incorrecto o bien el obligado no ha llevado a cabo la reparación, habiéndose requerido el cumplimiento de la obligación. Tras la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación el planteamiento es idéntico, pues de acuerdo con este texto legal, y con la única matización de su artículo 17.1, que concreta la responsabilidad de los agentes a los daños materiales ocasionados al propio edificio, no se ha alterado la posibilidad de optar por la reparación *in natura* o por la indemnización para que efectúe la reparación el propio perjudicado. (STS de 22 de diciembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La demandante compra una casa a una promotora. Al cabo del tiempo aparecen una serie de vicios de la construcción, que resultan acreditados. Dicha promotora, además, se apropia de una parte de la parcela. La propietaria demanda a la promotora, al arquitecto y al arquitecto técnico de la obra y, en concreto, ejercita dos acciones: una por el incumplimiento del contrato, pidiendo que se condene a los demandados, en forma solidaria, a reparar los vicios ruinógenos, de modo que si las obras no se inician en un plazo de 15 días y se concluyen en 3 meses, las obras se ejecuten a costa de los demandados. Además solicita la condena a indemnizar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del desalojo obligado de la vivienda durante las obras. En la segunda acción ejercitada pide que se declare su derecho de propiedad sobre el trozo de parcela del que se había apropiado la promotora. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda; condena a la promotora a reparar los vicios de la construcción, pero la absuelve del resto de las peticiones, y absuelve a los otros codemandados. Recurren esta sentencia la propietaria de la vivienda y la promotora. La sentencia de la Audiencia Provincial estima en lo esencial la reclamación frente a la promotora y también en parte la demanda frente al arquitecto, en cambio la desestima frente al aparejador. La promotora demandada interpone recurso de casación alegando la incorrecta aplicación del artículo 1591 CC. Afirma que habiendo sido condenada por la sentencia recurrida a

ejecutar las obras de reparación, no debería haber procedido igualmente a condenarla al pago de una cantidad de dinero de forma subsidiaria. (*Alma R. G.*)

15. Responsabilidad decenal por ruina.—En caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de obra, el derecho a pedir por el perjudicado el cumplimiento *in natura* no excluye la posibilidad de la reclamación directa de la indemnización en su lugar. Esta conclusión puede obtenerse del tenor literal tanto del artículo 1591 CC («responder de los daños y perjuicios») como del artículo 17 LOE (que señala que los responsables del daño «responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes»). Ni uno ni otro precepto dan lugar a que se plantee una duda doctrinal o jurisprudencial sobre si se está ante una obligación de hacer, o simplemente indemnizatoria cuyo importe se adecue al coste de las reparaciones que hayan de llevarse a cabo para remediar los vicios constructivos. Caben en dichos artículos ambas posibilidades, y esta conclusión se ve reforzada por lo dispuesto de forma expresa en el artículo 19.6 LOE, cuando permite optar al asegurador por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños, o por la reparación de los mismos. (**STS de 21 de diciembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios de determinado edificio sito en Castellón formula demanda contra una entidad inmobiliaria, el arquitecto y el aparejador, por responsabilidad decenal del artículo 1591 CC, a quienes reclama de manera solidaria el pago de una cierta cantidad de dinero por los daños ocasionados en el inmueble como consecuencia de las obras de construcción del edificio. La inmobiliaria demandada contesta a la demanda, alegando la intervención provocada de terceros que habían participado en la construcción y que no habían sido demandados. Y para el caso de que no se aceptara la solicitud de intervención provocada alega la falta de litisconsorcio pasivo necesario entendiéndolo que debían ser llamados los citados ausentes. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena solidariamente a los demandados al pago a la actora de una determinada cantidad pecuniaria. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación interpuesto por los demandados y les condena al pago de los vicios realmente probados, manteniendo la responsabilidad solidaria de todos ellos. La constructora demandada interpone recurso de casación; en cuanto alega que, en virtud del artículo 1591 CC, no puede solicitarse una mera condena al pago de cantidad, ya que ello implica una transformación de la acción de cumplimiento recogida en el precepto en una pura y simple reclamación de cantidad. (*Alma R. G.*)

16. Posible impugnación de la valoración de la prueba pericial en supuestos de responsabilidad por vicios constructivos.—«*La jurisprudencia de esta Sala ha admitido la impugnación de la valoración del dictamen de peritos, cuando la efectuada en la instancia es ilegal, absurda, arbitraria, irracional o ilógica. Quedan fuera las situaciones de duda, inseguridad, vacilación o equivoicidad [...]. La casuística jurisprudencial ha permitido plantear objeciones a la valoración de la pericia efectuada en la sentencia impugnada cuando: a) se ha*

incurrido en un error patente, ostensible o notorio; b) se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica o se adopten criterios desorbitados o irracionales; c) se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, se falsee de forma arbitraria sus dictados o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial; y d) se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia». (STS de 11 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Determinada comunidad de propietarios, de la que forma parte la persona del promotor al no haber vendido la totalidad de las viviendas y locales, interpone demanda frente a la constructora, los arquitectos y el aparejador que intervinieron en la obra de consolidación de la estructura del edificio y reparación de determinados desperfectos, así como frente a las respectivas entidades aseguradoras, por los defectos acaecidos con motivo de las obras realizadas. Estas obras se ejecutaron siguiendo el contenido de un informe pericial encargado al efecto.

En la demanda interpuesta con anterioridad a la conclusión de las obras de consolidación se solicitaba la reparación por equivalencia de los defectos de construcción del edificio, puesto que las mismas habían sido abonadas previamente por la promotora. La cantidad reclamada incluía los siguientes conceptos: 1. Coste de la reparación por los defectos de construcción más la cantidad que hipotéticamente pudiera resultar por aquellos incrementos que pudieran existir por el transcurso del tiempo, o, subsidiariamente, al pago de la cantidad que el juzgado establezca como coste de la reparación; 2. Indemnización por depreciación del valor comercial; 3. Indemnización por daño moral; 4. Intereses. A modo de prueba, la demandante presenta un informe pericial junto a la demanda, en el que se hace constar tanto los defectos estructurales como de los materiales empleados en el edificio.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a los agentes al abono de la reparación de los defectos de construcción, cuyo origen se encuentra en problemas de proyecto, de elección de los materiales y de ejecución de la obra, al no poder determinar la participación de cada uno de los agentes en el hecho dañoso; al importe de honorarios profesionales pertinentes para la reparación, al importe de las tasas y permisos para la reparación y al importe de daños y perjuicios, incluida la depreciación del edificio y viviendas y las molestias a la comunidad. La Audiencia Provincial estima parcialmente los recursos de apelación formulados por los demandados y condenándolos al pago de las reparaciones que deban realizarse. Sin embargo, rebaja la cuantía de la indemnización al desestimar el pago de indemnización correspondiente a honorarios profesionales, reparaciones ya efectuadas por la comunidad o depreciación del edificio, extremo este que se consideró no acreditado por la Audiencia. Contra este pronunciamiento la parte actora en la instancia interpone recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo.

NOTA.—La Sentencia que anotamos se pronuncia sobre un problema de valoración de prueba pericial en un caso de vicios de la

construcción y la posibilidad de que esta resulte anulada por el Tribunal Supremo. Aunque la regla general consiste en la imposibilidad de revisar la valoración de la pericial realizada por el Juez en la instancia, sin embargo, se ha admitido por el Tribunal Supremo la posibilidad de impugnar dicha valoración siempre y cuando resulte ilegal, absurda, arbitraria, irracional e ilógica. En este sentido, el Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto al considerar que no concurren ninguna de las causas mencionadas para poder impugnar dicha prueba.

A la vista del caso planteado, nos resulta llamativo que las partes no utilicen el recurso ante el Tribunal Supremo para plantear otras cuestiones que pueden resultar de mayor interés y que realmente conforman el objeto del litigio. Nos referimos, por ejemplo, a la posición de la promotora en el proceso, puesto que aparece como sujeto legitimado activo, en lugar de pasivo, lo que podría traer ciertos problemas procesales de gran interés, como puede ser la falta de litisconsorcio pasivo necesario debido a su posición de garante o el tema de su posible legitimación activa al ser propietaria de parte de las viviendas y locales; el problema del cumplimiento por equivalencia y las dificultades jurídicas que plantea solicitar esta forma de cumplimiento en primer lugar; o la cuestión relativa a la posibilidad de ser indemnizado por la depreciación del valor del edificio; cuestiones que a nuestro juicio debían haber sido planteadas mediante recurso de casación. En este sentido, la Sentencia que anotamos no entra realmente a resolver el fondo del asunto por una mera cuestión de cauce procesal utilizado por el recurrente, lo que le impide entrar a valorar cuestiones relacionadas con el objeto real del litigio. (*L. Z. G.*)

17. Póliza de crédito. Anulación por error.—El Tribunal Supremo recuerda que el error consiste en una representación equivocada de la realidad que produce la realización de un acto jurídico que de otra forma no se hubiese llevado a cabo o se hubiese realizado en otras condiciones. Recogiendo lo establecido en muchas otras sentencias, afirma que para que el error pueda invalidar el consentimiento y provocar la anulación del contrato, es preciso que no sea imputable al interesado y que sea excusable. En el caso en cuestión, el Tribunal Supremo afirma que el error sufrido no solo fue sustancial sino que también fue excusable, puesto que la contratación de la póliza de crédito fue inducida por el valor atribuido a los concretos valores, que no se ajustaba a la realidad además, el propio Banco que concedió el crédito no fue ajeno a ello pues aceptó como garantía la pignoración de dichos valores.

Efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad del contrato de préstamo.—La declaración de nulidad de un contrato por la concurrencia de un vicio de la voluntad produce la consecuencia de la restitución de lo que cada parte haya recibido de la otra por razón de las obligaciones creadas. Lo que deben restituirse las partes es lo que los contratos han proporcionado a los contratantes o su equivalente pecuniario, sin que opere en ningún caso la subrogación real. No es posible realizar una dación en pago sin la aceptación del acreedor. (**STS de 12 de noviembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En mayo de 2002, don P. firmó con el Banco de Valencia una póliza de crédito, posteriormente heredó de su padre una cartera de valores extranjeros que traspasó a su cuenta del Banco de Valencia, que empleaba como subcustodio de los valores al banco francés BNP. El Banco de Valencia comunicó a don Pedro que el valor de su cartera de valores era, aproximadamente, de 4 millones de euros, según información proporcionada por BNP. Basándose en esas afirmaciones, el Banco de Valencia concedió a don P. en mayo de 2003 una ampliación del crédito que se garantizó con una pignoración de los valores y don P. aprovechó para realizar una serie de disposiciones a crédito. Cuando BNP intentó vender parte de los valores se dio cuenta de que se había producido un error en la valoración de la cartera de acciones, siendo su valor real mucho menor del anunciado inicialmente (de 4 millones de euros a 4.000 euros).

D. P. y su esposa demandaron al Banco de Valencia y a BNP pidiendo que se declarase la nulidad de la póliza de crédito de mayo de 2003 y que se les indemnizara por los daños y perjuicios ocasionados por el suministro de información incorrecta (valorados en 230.114,43 euros). El Banco de Valencia contestó a la demanda y formuló reconvencción solicitando que se declarara la validez de la póliza de crédito y se condenara a los demandantes/reconvenidos a devolver el préstamo con sus intereses. BNP se opuso a la demanda alegando que los demandantes conocían o podían haber conocido el valor real de la cartera al firmar la correspondiente liquidación de la herencia.

El Juzgado de primera instancia estimó en parte la demanda y en parte la reconvencción. La sentencia declaró la nulidad de la póliza de crédito de mayo de 2003 por existencia de un error imputable a las entidades financieras, además, declaró que el reconvincente tenía derecho a percibir lo que se le adeudara en virtud de la póliza de crédito de mayo de 2002 que no se veía afectada por la nulidad. Finalmente, condenó a los demandantes al pago de 51.507,94 euros (cantidad resultante de reducir a la cantidad que debían restituir los demandantes, el importe de los daños y perjuicios que se les había ocasionado). El Banco de Valencia presentó un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que desestimaba los recursos de apelación presentados por ambas partes y confirmaba la sentencia dictada en primera instancia. (*L. P. S. M. P.*)

18. Doctrina del enriquecimiento sin causa: requisitos.—La jurisprudencia exige varios requisitos para la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto. En primer lugar, se exige la adquisición de una ventaja en la esfera patrimonial del demandado, con el correlativo empobrecimiento del actor. En segundo lugar, resulta exigible la existencia de una conexión entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. Por último, no ha de concurrir una causa que justifique el enriquecimiento.

Aplicación del artículo 1281 CC.—Según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 22 de febrero de 1988 y 4 de febrero de 2004), este precepto se refiere a contratos que constan por escrito, dado que en los contratos verbales no hay términos ni sentido literal que pueda ser

objeto de interpretación. (STS de 15 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Demandante y demandado acordaron, de forma verbal, que el primero gestionara el inicio y desarrollo de un procedimiento judicial contra un tercero. Para ello, debía promover en representación del demandado todas las actuaciones necesarias hasta obtener una sentencia que declarase la compensación de créditos entre el demandado y el tercero, en concepto de pago del precio de la compraventa de una parcela adquirida por el demandado al tercero. Asimismo, el demandante debía conseguir que se condenase al tercero a otorgar escritura pública de compraventa de la parcela libre de cargas o gravámenes a favor del demandado. Se pactó igualmente la retribución y que el demandante soportaría los gastos del procedimiento judicial. Posteriormente, el demandado otorgó poder de representación a favor del demandante.

El demandante promovió en representación del demandado el procedimiento judicial frente al tercero. Este proceso concluyó por sentencia que declaró la compensación de créditos entre el demandado y el tercero y que condenaba a este último al otorgamiento de escritura pública de venta de la parcela adquirida por el demandado, libre de cargas y gravámenes. Sin embargo, antes del otorgamiento de la escritura pública de venta de la parcela a favor del demandado, se anotó en el Registro de la Propiedad el embargo de la parcela practicado a favor del Estado. Como el mandante no adquirió la finca libre de cargas —pues se hallaba vigente el embargo trabado por el Estado—, el demandado no pagó la retribución pactada por el encargo, ni los gastos del proceso judicial seguido contra el tercero. Por ello, el mandante interpuso demanda reclamando las cantidades anteriores, basada en el enriquecimiento injusto del demandado.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación formulado por el demandante. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. C. M.*)

19. Culpa extracontractual: Lesiones en accidente laboral: Vuelco de carretilla al hacer maniobra de giro: Falta de formación del trabajador: Prescripción: Ejercicio de acciones penales: Interrupción.—Esta Sala ha mantenido la doctrina derivada de la regla establecida en el artículo 114 LECRIM conforme, entre otras, a SSTs de 25 de marzo de 1996, 16 de junio de 2003 y 11 de octubre de 2007, que cuenta con el importante apoyo de las SSTC núms. 196/88, 220/93, 89/99 y 298/00, en el sentido de que la omisión del ofrecimiento de acciones en el proceso penal, y en su caso la de la notificación del auto de archivo, no pueden ir en detrimento de los perjudicados al considerarse prescrita por no haberse ejercitado dentro del año siguiente a la terminación de las actuaciones penales. Esta doctrina puede resumirse en dos argumentos esenciales: 1.º) que el conocimiento de la fecha en que han terminado las actuaciones penales, constituye un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional; 2.º) que en tanto se sigan las actuaciones penales el Ministerio Fiscal está obligado al

mantenimiento de las acciones penales y civiles; 3.º que el desconocimiento de la terminación del proceso penal, en cuanto obstáculo para el ejercicio separado de la acción civil por el perjudicado, no cabe atribuirlo a ningún tipo de falta de diligencia de este respecto de una hipotética carga, a él imputable, de enterarse de la terminación de dicho proceso (STC 12/2005); y 4.º, que la tramitación de la causa penal paraliza el ejercicio de la acción civil, incluso en el caso de reserva de esta, de tal modo que declarada la extinción de la acción por delito en una sentencia penal absolutoria, el cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil no se inicia hasta la firmeza de la misma (o su notificación en su caso), sin que quepa detenerse a examinar situaciones que se pueden haber producido con anterioridad a la incoación del proceso penal, toda vez que lo único que aquí se plantea es una posible subsunción del plazo civil en el plazo penal, que contradice la propia naturaleza de la paralización del transcurso del plazo, la cual repugna a la idea de un posible curso simultáneo (STS de 6 de marzo de 2008) (**STS de 15 de diciembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

20. Culpa extracontractual: Daños por inmisiones: Reconstrucción del *factum*.—Procede, en primer lugar, suplir el silencio de la sentencia recurrida sobre las condiciones urbanísticas de la zona conflictiva, de modo que hay que admitir que muchos de los miembros de la asociación actora no contaban con vivienda en el paraje conflictivo, y que las industrias de las empresas demandadas y sus ampliaciones preexistían a la construcción de las viviendas. De otro lado, la sentencia recurrida declara que todas las viviendas de miembros de la asociación actora se encuentran en su suelo no urbanizable-común rústico y una de ellas, incluso, en suelo urbano-industrial, mientras que las naves industriales de las demandadas-recurrentes se encuentran en suelo urbano-industrial, y allí desarrollan su actividad desde 1964, 1978 y 1985.

Así las cosas, lo que el presente motivo viene a plantear es si las demandadas-recurrentes deben o no indemnizar a la asociación demandante por los ruidos que algunos de sus miembros soportan en viviendas de su propiedad, construidas todas ellas en zona no residencial, por la actividad industrial autorizada que las demandadas-recurrentes desarrollan en zona urbana-industrial desde antes de construirse estas viviendas.

La ocupación previa del terreno por la empresa, no elimina por sí sola la obligación de indemnizar.—Según la jurisprudencia de esta Sala (incluso en SSTs. anteriores al CC como la de 9 de abril de 1886, o posteriores que por razones temporales no pudieron aun aplicarlo al caso, como la de 12 de mayo de 1891, y otras mucho más recientes, como la de 2 de febrero de 2001), la circunstancia de ejercerse por el demandado la actividad industrial molesta antes de que el demandante se instalara en sus proximidades no elimina por sí sola la obligación de indemnizar.

La autorización administrativa de una actividad industrial no excluye la obligación de indemnizar: Relaciones de vecindad.—Es doctrina mantenida recientemente (así SSTs de 29 de abril de 2003, 14 de marzo de 2005 y 31 de mayo de 2007, entre otras). Y también que la propiedad no puede ir más allá de lo que el respeto al vecino determina, por lo que en la lucha entre relaciones vecinales prevalecerá la que se apoye en el interés social si la vida íntima y familiar del vecino no se inquieta (SSTs de 17 de febrero de 1968 y 12 de diciembre de 1980), puntualizando esta última que *si bien el Cc no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión per-*

judicial o nociva, la doctrina de esta Sala y la científica entienden que puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el art. 1902 y en la exigencia de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los arts. 590 y 1908. Por otro lado, a partir de la STS de 29 de abril de 2003, la jurisprudencia de esta Sala incorpora la doctrina del TEDH en el sentido de que determinadas inmisiones pueden llegar incluso a vulnerar derechos fundamentales como el derecho a la intimidad y, por tanto, que para reaccionar frente a las mismas una de las posibles vías es la de la tutela de aquellos (STS de 31 de mayo de 2007).

Buena fe en relaciones de vecindad: Relación de causalidad.—Ahora bien, una cosa es que la preexistencia de la actividad industrial y su autorización administrativa no excluyan la obligación de evitar o reparar el daño que tal actividad cause y otra muy distinta que ambas circunstancias sean irrelevantes a la hora de decidir si procede la evitación o reparación del perjuicio, pues la decisión que se tome nunca podrá prescindir de principios generales como el de la buena fe en las relaciones de vecindad, o el de la necesaria relación de causalidad ente la actividad del demandado y el daño que sufra el demandante.

Inexistencia de inmisiones indemnizables.—El presente motivo debe ser estimado en cuanto impugna la condena de las empresas recurrentes a indemnizar a la asociación actora por la pérdida de valor de las viviendas de sus miembros, pues si absolutamente todas estas viviendas se construyeron años después de que las demandadas-recurrentes ejercieran y practicaran su actividad industrial en la zona, claro está que ninguna depreciación pudieron sufrir por el ejercicio de tal actividad, por más que el tribunal sentenciador la dé por sentada pero sin razonamiento alguno sobre la relación de causalidad, elemento este revisable en casación según la jurisprudencia.

Daño moral.—No está justificado, pues mientras las instalaciones industriales de las demandadas se encuentran en la zona urbana industrial del municipio, los miembros de la asociación actora, en cambio, adquirieron o construyeron sus viviendas en suelo no urbanizable-común rústico, e, incluso, uno de ellos en plena zona industrial, siendo conscientes de su proximidad a las instalaciones industriales de las demandadas-recurrentes y por tanto conociendo o debiendo conocer los ruidos, vibraciones y otras molestias que iban a sufrir en virtud de esa situación preexistente. Esto determina que, aun cuando efectivamente la actividad industrial genera ruidos que se transmiten a dichas viviendas, y que, desde este punto de vista, cause un daño a quienes las habitan, este daño no sea indemnizable por no ser antijurídico, ya que la decisión libre de vivir en una zona no residencial contigua a la zona industrial del municipio obliga a quien la adopta a soportar las molestias derivadas de la actividad legítima y autorizada de las industrias previamente instaladas en dicha zona industrial. Se trata, en suma, de conjugar los intereses en conflicto de la forma más equilibrada posible, y a falta en el Derecho civil común de una regulación similar a la del art. 546.14 del CcCat, esta Sala considera que tampoco la indemnización por daño moral puede encontrar su fundamento en los arts. 590, 1902 o 7 Cc. (**STS de 12 de enero de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda presentada por una Asociación de Vecinos de Elda, contra tres empresas que trabajan el mármol, con base en las inmisiones que

sufren sus miembros en las viviendas próximas a las instalaciones de aquellas, reclamando aprox. 125 millones de pts. La AP estima parcialmente el recurso de apelación reduciendo la cuantía aprox. a 12 millones. El TS estima el recurso de casación, con base en una interesante y matizada argumentación que puede introducir cierta clarificación temporal o cronológica en la creciente litigiosidad sobre el tema, con la consecuencia de absolver plenamente a las empresas demandadas. La Sala 1.^a actúa con nueve Magistrados, aunque no se dice expresamente que la sentencia se dicte *en pleno*. (G. G. C.)

21. Relaciones de vecindad. Teoría de las inmisiones. Responsabilidad extracontractual.—El artículo 590 CC constituye el núcleo de la teoría de las inmisiones, pues establece, de manera genérica, debiendo completarse con lo dispuesto en los arts. 1902 y 1908 CC, la prohibición de lesión medioambiental a las propiedades vecinas. Este artículo 590 CC contiene el supuesto de hecho consistente en la construcción, instalación y montaje de toda una serie de obras, artefactos y fábricas, junto a la cercanía de una pared. El TS entiende que la interpretación que debe darse al concepto de pared no ha de ser restrictiva, luego no es preciso que la pared sea ajena o medianera o que linde con la finca afectada, sino que se aplica a cualquier zona colindante o próxima y dicha proximidad se determina en función de la influencia que ejerce una finca sobre otra. (STS de 26 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Los demandantes son los propietarios de tierras y casas próximas a la fábrica de cemento de la mercantil demandada, de la que piden la condena a implantar en el futuro las medidas correctivas que eviten la producción de daños en las fincas colindantes derivados de las emisiones sonoras y de partículas de la citada fábrica, así como a la indemnización de los daños materiales y morales hasta entonces producidos.

En primera instancia se estimó la demanda, tras constatar que las emisiones superaban los límites reglamentarios, que los daños y perjuicios alegados en la demanda son reales y que traen causa de la actividad de la mercantil demandada, existiendo, por tanto, relación de causalidad entre el daño causado y la conducta de la demandada.

Contra dicha sentencia, la compañía demandada interpone recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial.

Seguidamente, el Tribunal Supremo desestima asimismo el recurso de casación interpuesto por la demandada, confirmando, por tanto, la sentencia recurrida. (G. M. A.)

22. Imputación de responsabilidad a empresas suministradoras de gas por explosiones. Relación de causalidad como elemento decisivo.—Afirma el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 11 de febrero de 1998, 3 de junio de 2000, 19 de octubre de 2007 y 19 de febrero de 2009) que, para la imputación de responsabilidad a las empresas suministradoras de gas por las explosiones producidas en los productos de las mismas, es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la

conducta del agente y la producción del daño, nexo que ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación del riesgo, por la objetivación de la responsabilidad o por la inversión de la carga de la prueba (SSTS de 21 de marzo de 2006, 30 de mayo de 2008 y 19 de febrero de 2009). Así, por ejemplo, se ha condenado a la suministradora cuando hay un defecto en la bombona (STS de 15 de noviembre de 2007), se ha llevado a cabo el suministro sin comprobar las instalaciones ni efectuar las oportunas revisiones (SSTS de 18 de mayo de 2005) o la explosión se ha debido al mal funcionamiento de la bombona (STS de 29 de marzo de 2006). No existe causalidad, sin embargo, cuando, en circunstancias como las de este caso, resultaba muy difícil detectar el defecto en la instalación, salvo que la inspección se hubiera producido en un momento cercano o inmediatamente posterior al cambio de las gomas. En todo caso, la prueba de este nexo causal corresponde al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que surge la obligación de reparación del daño causado (entre otras, SSTS de 14 de febrero de 1994 y 3 de junio de 2000). **(STS de 25 de noviembre de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En un restaurante se produjo una explosión seguida de incendio que causó graves lesiones a una de las clientas presentes en el mismo, quien falleció un mes después. La explosión se debió a la colocación incorrecta de una de las gomas que conectaba las dos bombonas de gas butano existentes en la cocina del restaurante, ya que no estaba situada la brida que servía para fijar y apretar todos los elementos en el lugar adecuado.

Los familiares cercanos de la fallecida interpusieron demanda en reclamación de indemnización por daños contra la empresa suministradora del gas y contra el propietario del restaurante. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando al propietario del restaurante a parte de la indemnización solicitada. La empresa suministradora del gas quedó absuelta, al estimarse en la sentencia que no había tenido ninguna intervención en la incorrecta manipulación de las bombonas que explotaron. Esta sentencia fue recurrida tanto por los familiares de la víctima como por el propietario del restaurante. La Audiencia Provincial estimó en parte los recursos, admitiendo la responsabilidad solidaria de la empresa suministradora del gas, pues estaba obligada a un seguimiento de las instalaciones a las que sirve sus productos. La empresa suministradora interpuso entonces recurso de casación contra la citada sentencia. (A. M. M.)

23. Responsabilidad de los Auditores de cuentas por negligencia: Ámbito subjetivo: Relación de causalidad.—Los Auditores, obligados a llevar a cabo su trabajo con la diligencia debida, son responsables —según el art. 11, ap. 1, de la Ley 19/1988, vigente cuando la demanda fue interpuesta—, de los perjuicios que hayan causado por negligencia, no sólo frente a quienes a ellos estén vinculados por la relación contractual en cuyo funcionamiento se produjo el deficiente cumplimiento de su prestación, sino también frente a los terceros que entren en relación con la sociedad auditada, y, entre ellos, los socios integrados en la misma.

Precisamente para hacer compatible esa regla general de responsabilidad con un correcto funcionamiento del mercado de capitales, con una capacidad de auditoría que resulte sostenible y con un mercado competitivo de servicios de esa clase, en el derecho europeo se proponen medios diversos de limitación de responsabilidad de los auditores, salvo que hayan infringido sus deberes dolosamente. Las propuestas van desde la limitación por pacto o por ley, a la fijación de un conjunto de principios en virtud de los cuales el auditor legal o una sociedad de auditoría únicamente serán responsables dentro de los límites de su contribución real al perjuicio sufrido por el reclamante y, por tanto, no serán conjunta y solidariamente responsables con otros causantes del perjuicio. Dada la ausencia de previsión legal específica en nuestro derecho, la posibilidad de acciones de repetición contra otros responsables posibilita hoy una cierta aproximación de nuestro sistema de responsabilidad *in solidum* a este criterio de distribución final de la deuda indemnizatoria, tradicional en nuestro ordenamiento.

La relación de causalidad entre la conducta y el daño, según STS de 9 octubre 2008, se reconstruye, en una primera fase, mediante la aplicación de la regla *conditio sine qua non*, conforme a la que toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa del resultado; así como la *equivalencia de condiciones*, según la cual, en el caso de concurrencia de varias, todas han de ser consideradas iguales en su influencia causal si, suprimida imaginariamente, la consecuencia desaparece también.

Afirmada la relación causal según las reglas de la lógica, en una segunda fase se trata de identificar la causalidad jurídica, para lo que entran en juego criterios normativos que justifiquen o no la imputación objetiva de un resultado a su autor, en función de que permitan otorgar la calificación de causa a aquellos que sean relevantes o adecuados para producir el efecto. Se trata de construir la causalidad jurídica, asentada sobre juicios de probabilidad formados con la valoración de los demás antecedentes causales y de otros criterios, entre ellos el que ofrece la consideración del bien protegido por la propia norma cuya infracción atribuya antijuridicidad al comportamiento fuente de responsabilidad (planteamiento seguido por SSTS de 29 de marzo y 6 de septiembre de 2005, 17 de mayo de 2007 y 10 de junio de 2008).

El Tribunal de apelación no modificó los hechos declarados probados en la primera instancia, y admitió la adecuación potencial del informe de auditoría, realizado deficientemente, para provocar la causación de daños y perjuicios a los socios de la sociedad auditada, puesto que las deficiencias de los trabajos de auditoría estaban relacionados con la gestión social que determinaron la situación de desbalance patrimonial y la insolvencia de la cooperativa. Sin embargo, negó finalmente la necesaria relación de causalidad entre la negligencia de los auditores y el daño sufrido por los demandantes, desde una visión jurídica asentada sobre concretos juicios de probabilidad. En la sentencia se destaca la cercanía de las fechas de conocimiento por los socios de los deficientes informes de auditoría y de solicitud por los gestores de la declaración de suspensión de pagos. Pero también debería haber puesto de relieve la gran trascendencia que actuar en ese tiempo, inmediatamente anterior a la iniciación de los procedimientos concursales, tiene para impedir que el deudor disponga de sus bienes u oculte la realidad para hacerla presentable a los acreedores en el procedimiento futuro. En todo caso, el periodo referido era suficiente para haber actuado los remedios que el estado de derecho pone a disposición de los perjudicados, que no eran solo los señalados en la sentencia recurrida y que podían tener por sujeto pasivo no solo a la propia cooperativa, sino también a sus administradores o a los terceros que,

según declara la resolución, percibieron injustificadamente fondos de la sociedad auditada.

Teniendo en cuenta el amplio abanico de instrumentos que el ordenamiento pone a disposición de quien sufre un perjuicio, siguiendo lo que para un caso igual declaró la STS de 14 octubre 2008, declaramos que un razonable juicio de probabilidad hubiera sido más eficaz que la que los actores emprendieron más tarde, al tener que aceptar, como única solución, un aumento de costes de la adjudicación de las viviendas, con novación de lo pactado y, al fin, con una forzada actitud de tolerancia ante el desconocimiento por PSV s.c. de la regla *pacta sunt servanda*. (**STS de 15 de diciembre de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.] (*G. G. C.*)

24. Culpa extracontractual: Accidente de circulación: Valoración de perjuicios estéticos: Irretroactividad de la modificación introducida por Ley 34/2003.—La STS de 23 de abril de 2009 sienta la doctrina aplicable al presente supuesto en atención a la cual y resolviendo la polémica existente, establece que el límite de 100 puntos que rige en la redacción original del Anexo de la LRCSVM 1995 introducido por la Ley 30/1995 para el cálculo de las secuelas fisiológicas concurrentes, no es aplicable a los perjuicios de carácter estético, a los que se ordena no aplicar la fórmula reductora, la cual no afecta a la puntuación fijada para ellos, sin que el nuevo criterio de valoración introducido por la Ley de 2003 —que se funda en la distinción entre daño fisiológico y el perjuicio estético de la persona como susceptibles de valoración separada con un máximo total de 100 y 50 puntos respectivamente, ambos computables independientemente, de tal suerte que la indemnización final no resulta de la suma de puntos, sino de la suma de las dos cantidades que se obtienen aplicando de manera independiente a uno y otro concepto el valor del punto que respectivamente sea procedente— resulte de aplicación retroactiva a accidentes, como el de autos, ocurridos antes de su entrada en vigor.

Determinación de la indemnización conforme a las cuantías actualizadas a fecha de producirse el alta.—Esta Sala, en STS del Pleno de 17 de abril de 2007, fija la doctrina que necesariamente ha de servir para resolver el actual recurso y que luego se ha plasmado en SSTS de 9, 10 y 23 de julio, 18 de septiembre y 30 de octubre de 2008, que no ha aplicado la sentencia recurrida y que obliga a diferenciar entre régimen legal aplicable a un accidente, que viene determinado por la fecha del siniestro, y que será el que determine las consecuencias del accidente, incluyendo el número de puntos, y la cuantificación económica de dicho daño, que deberá llevarse a cabo con arreglo a las cuantías actualizadas vigentes, no en el momento de la liquidación o determinación judicial, sino en el que se produjo la estabilización de sus lesiones (alta médica). En este caso la curación del lesionado aconteció el 5 de diciembre de 2002, lo que lleva a calcular su indemnización con arreglo a las cuantías publicadas para ese año por la DGS en Resolución de 21 de enero de 2002 (BOE de 26 de enero), operación que se llevará a cabo en ejecución de sentencia.

Indemnización de gastos médicos futuros ocasionados por el accidente de tráfico: Cuantía: Moderación.—La sentencia recurrida descarta la posibilidad de indemnizar los gastos futuros por entender que, como venía siendo tradicional en la doctrina menor, fuera de los supuestos de acreditación de culpa relevante del conductor, en relación a los conceptos incluidos en el apartado B) de la

Tabla V del Anexo (afectada por la declaración de inconstitucionalidad), no cabe indemnizar la totalidad del daño acreditado. Esta concepción ha de entenderse superada a raíz de la doctrina sentada por el Pleno de esta Sala en s. de 25 de marzo de 2010, seguida por la sentencia de 29 de marzo de 2010, de la misma, para la cual, aun cuando el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente no es susceptible con arreglo al Sistema de valoración de ser resarcido íntegramente, sí puede ser compensado proporcionalmente (mediante la aplicación del factor de corrección) por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores correctores por perjuicios económicos y por incapacidad permanente cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales, sin necesidad de limitarlo a la culpa relevante del conductor, doctrina que parte de que el Sistema legal de valoración del daño corporal está integrado por normas que deben interpretarse con arreglo a los principios del ordenamiento, entre ellos la total indemnidad del perjuicio sufrido. Este marco normativo ampara la posibilidad de indemnizar como perjuicio patrimonial los gastos sanitarios que traigan causa del accidente, entendidos en sentido amplio, ya se trate de gastos derivados de actos médicos curativos, paliativos del dolor, de rehabilitación, etc.; bien estén encaminados al restablecimiento del derecho a la salud o al menos dirigidos a asegurar a la víctima un mínimo de calidad de vida en atención a la pérdida de salud que conlleva el menoscabo psicofísico sufrido. La controversia queda así constreñida a la valoración económica del daño objeto de resarcimiento, aspecto en el que discrepan los dictámenes aportados por los litigantes. Forzosamente debe tenerse presente que el cálculo de estos desembolsos futuros descansa en datos que no son ciertos, sino que se ofrecen al profesional con criterios meramente probabilísticos. Precisamente, el dato principal sobre el que pivota toda la operación, la esperanza de vida del perjudicado, es un dato aleatorio sujeto a avatares diversos, los cuales no resultan ajenos a los problemas inherentes a su propio estado de salud deficitario. Y cuando se trata de gastos de reposición del material o bienes que precisa la víctima para el disfrute de un mínimo de calidad de vida, también se maneja un dato incierto, obtenido por estimación, consistente en el tiempo medio de vida útil de cada uno de los bienes, dato respecto del cual el actuario de la parte actora ha optado por unos índices muy superiores a los que para igual clase de bienes establece el Ministerio de Hacienda (un 56 % inferiores), lo que obliga en aras a la equidad, a moderar la suma indemnizatoria, que se fija en el 60 % de la cantidad reclamada.

Intereses de demora: Consignación en garantía y para pago: Consignación correcta de la Aseguradora.—En relación con la consignación especial de la DA 8.^a de la Ley 30/95, en redacción anterior a la modificación de la Ley 21/2007, constituye doctrina jurisprudencial que la exención del recargo depende de que la compañía de seguros pague o consigne judicialmente la indemnización en el plazo de tres meses siguientes a la producción del siniestro, pues de no ser así no cabrá aplicar los efectos impeditivos de la producción de mora (por todas, STS de 29 de junio de 2009), exigiéndose además, para el caso de que no pueda conocerse en dicho plazo el exacto alcance de los perjuicios a indemnizar, que se pida al juez una declaración sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad consignada, previo informe del forense si fuera pertinente, y con arreglo a la cuantía aproximada que pudiera corresponder con arreglo al Sistema legal de valoración.

Esta doctrina se ha completado por la fijada por la STS de 26 de marzo de 2009, que despeja dudas al respecto de la verdadera naturaleza de la referida consignación, concluyendo que solo a partir de la entrada en vigor de la

Ley 21/2007, puede afirmarse que la consignación liberatoria es la que se hace para pago, de modo que la realizada en este caso, y regida por el derecho anterior, no era para pago sino con finalidad estrictamente de garantía.

Resulta acertada la decisión de no imponer a la aseguradora los intereses del art. 20 LCS, por acomodarse su conducta con exactitud a la normativa que resulta de aplicación en esta materia. A esta conclusión se llega valorando que, ante un accidente de circulación de que se derivaron daños personales para la víctima con duración estimada de la curación superior a tres meses, la entidad A. consignó unos 180.000 euros, antes de expirar el plazo legal, solicitando pronunciamiento judicial sobre su suficiencia, atendiendo luego todos los requerimientos judiciales para elevar dicha suma en función del daño conocido. (**STS de 22 de diciembre de 2010**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G. G. C.*)

25. Culpa extracontractual: Indemnización por accidente de circulación: Jubilación anticipada por incapacidad anterior al siniestro: Compatibilidad de factores correctores de la Tabla IV.—Esta Tabla del Anexo LRCSVM, que, según doctrina consolidada, ha de aplicarse en la redacción que estuviera vigente el día de producción del accidente, por ser determinante del régimen legal aplicable, y sin que afecten al perjudicado los cambios normativos posteriores, contempla como factor de corrección de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima. Cuando se trata del factor corrector por incapacidad permanente total, la norma condiciona su aplicación a la realidad de unas secuelas de carácter permanente y a que estas incidan en la capacidad de la víctima de manera tal que la priven totalmente de la realización de las tareas propias de su ocupación o actividad habitual.

En el presente caso, haciendo abstracción de que se cita como infringida la norma contenida en el Texto articulado de 2004, no aplicable por ser posterior a los hechos, ha de tenerse en cuenta que se descarta toda relación causal entre el accidente y la invalidez que determinó la jubilación anticipada de la actora, quedando excluida toda compatibilidad de factores correctores. Por ello resulta contradictorio que la recurrente esgrima a favor de su tesis la autonomía, independencia e incompatibilidad de dichos factores correctores, que es algo que reconoce el Sistema, y al mismo tiempo pretenda controvertir la decisión de la AP sobre la improcedencia del factor ligado a la invalidez por falta de prueba. (**STS de 29 de diciembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G. G. C.*)

26. Responsabilidad por daños en la circulación de vehículos a motor. Incidencia de la concurrencia de culpas.—Declara el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (*v. gr.*, STS de 12 de diciembre de 2008 y 25 de marzo de 2010) que la moderación de la responsabilidad del conductor en caso de concurrencia de culpas obedece a una ausencia total o parcial de relación de causalidad entre la conducta del demandado como causante del daño y el resultado producido, lo que impide que se le impute a aquel la totalidad del daño causado. Esta es la razón por la que la negligencia del perjudicado no solo aparece considerada en las tablas II, IV y V del Anexo LRCSVM, como factor de corrección de las indemnizaciones básicas, sino que también se refleja en el artículo 1 y en el Anexo primero.2 de la misma

norma, como elemento determinante del alcance de la responsabilidad del conductor por daños a las personas.

Revisión en casación de la fijación del grado de participación de los agentes en la producción del resultado dañoso.—Corresponde al tribunal de instancia fijar el grado de participación de los distintos agentes en la producción del resultado dañoso, a los efectos de determinar las cuotas de responsabilidad por concurrencia de culpas. Por ello, la revisión de esta cuestión en casación queda limitada a los supuestos de grave desproporción o defectuosa apreciación del nexo causal (SSTS de 20 de mayo de 2008 y 25 de marzo de 2010). (STS de 11 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En el año 1988, don E. resultó gravemente herido al ser atropellado por un camión dentro del casco urbano. Queda acreditado que don E. circulaba con una bicicleta en compañía de varias personas y que, al llegar a un punto del recorrido en que el tráfico estaba detenido por un semáforo en rojo, trató de adelantar al mencionado camión por el lado derecho, en el hueco entre la calzada y la acera. Varios de los ciclistas del grupo se subieron para ello a la acera y sobrepasaron sin mayores incidencias al camión que estaba parado; sin embargo, al intentar esa maniobra don E. sufrió una caída, puesto que la bicicleta resbaló en el bordillo. Ello le situó en la trayectoria del camión, que en ese momento se puso en marcha al ponerse en verde el semáforo. Se considera probado que la caída se produjo justamente en la zona derecha de la cabina del camión, situada a cierta altura respecto del suelo, y que el conductor puso en marcha el vehículo tras mirar a la izquierda y al frente, pero no a la derecha, al no existir carril en tal lado. Como resultado del atropello, don E. sufrió graves lesiones que le han dejado secuelas que afectan a su desplazamiento.

Por estos hechos se siguió juicio de faltas contra el conductor del camión, que terminó en sentencia absolutoria. Don E. ejercitó entonces la acción directa contra la compañía aseguradora del vehículo, en reclamación de indemnización por el daño sufrido. La demanda fue desestimada en primera instancia, que declaró la culpa exclusiva de la víctima en la producción del accidente generador del daño. Interpuesto recurso de apelación por don E. este fue estimado en parte y se declaró la concurrencia de culpas entre la conducta de la víctima y del conductor del camión. A juicio de la Audiencia Provincial, la mayor peligrosidad del vehículo causante del atropello obligaba a extremar todas las precauciones en la conducción; la omisión de alguna de estas lleva a valorar en un tercio del total la contribución del conductor a la causación del accidente. La compañía aseguradora interpuso recurso de casación contra esta sentencia, no encontrando el Tribunal Supremo base en los hechos para modificar la valoración de los mismos por parte de la sentencia de instancia. (A. M. M.)

27. Responsabilidad por productos defectuosos: Prótesis mamarias: Acumulación de cuantías.—De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala sobre la interpretación de la Lec. 1881, cuando en el proceso exista plu-

ralidad de objetos o de partes, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas en aquellos casos en los cuales exista identidad de título o de causa de pedir. Esta doctrina no ha sufrido alteración con el art. 252. 2.ª Lec. 2000, interpretado en relación con el art. 72, de suerte que para la acumulación de cuantías en este caso es suficiente que sea el mismo negocio jurídico (título), o sean los mismos los hechos en que se fundamentan sustancialmente las diversas pretensiones acumuladas (causa de pedir). A este último supuesto deben asimilarse aquellos casos, en los cuales, aun cuando puedan registrarse diferencias en los hechos que conciernen a los distintos reclamantes cuyas pretensiones aparecen acumuladas, esta diferencia se refiere a aspectos accesorios (intensidad y circunstancias de los daños sufridos) y no altera la uniformidad en los hechos en los que se fundamentan las distintas pretensiones. En el presente caso los hechos son susceptibles de una consideración jurídica unitaria por constituir el objeto de reclamaciones acumuladas en materia de consumo, dirigidas contra productores o fabricantes por razón de un producto de serie al que se imputa en conjunto una calificación como defectuoso que afecta de idéntico modo a todos sus ejemplares. La individualización del carácter defectuoso de los concretos ejemplares de una serie de productos solo tiene lugar cuando no ofrecen el mismo grado de seguridad que los restantes ejemplares de la serie (art. 137.2 LGDCU).

Actos propios: Transacción no perfeccionada: Relatividad de la transacción.—Las tentativas o negociaciones encaminadas a lograr una transacción, cuando esta no llega a perfeccionarse, no pueden determinar el nacimiento de obligaciones en virtud del principio de los actos propios, pues por definición responden a una situación en la que se trata de lograr el fin de un conflicto mediante recíprocas concesiones que pueden comportar renuncia de derechos y solo pueden ser consideradas eficaces cuando el contrato se perfecciona en su conjunto y de acuerdo con su contenido definitivo. Quienes no participan en la perfección de la transacción quedan fuera del ámbito subjetivo de la eficacia relativa de dicho contrato, que para ellos es *res inter alios acta*. De esto se sigue que los acuerdos transaccionales no definen situación jurídica alguna respecto de quienes no intervienen en ellos.

Concepto legal de producto defectuoso: Excepción de los riesgos del progreso.—Del artículo 3 de la Ley de 1994 se desprende que el carácter defectuoso del producto, al que se liga el nacimiento de la responsabilidad, responde a circunstancias de carácter objetivo consistentes en que el producto no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, en función, entre otras circunstancias, del uso razonablemente previsible del mismo y del momento de su puesta en circulación. El artículo 5 solo requiere la prueba del daño y la relación de causalidad, sin que se precise demostrar negligencia por parte del fabricante o importador responsable. En el artículo 6 se recoge la llamada excepción de los riesgos del progreso, al establecer que de aquellos no serán responsables si prueban que el estado de conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.

El concepto de seguridad que cabe legítimamente esperar protege frente a las consecuencias dañosas que son producto de la toxicidad o peligrosidad del producto. De esto se sigue que no responden a la seguridad aquellos productos que pueden ofrecer riesgos derivados de la falta de comprobación en el momento de la puesta en circulación de la falta de toxicidad o peligrosidad, cuando esta aparece razonablemente posible. En estos casos sólo pueden quedar eximidos el fabricante o el importador que prueben la denomina-

da excepción de los riesgos del progreso. Hay defecto de seguridad en la ausencia de comprobaciones necesarias para excluir dichos riesgos, pues esta ausencia constituye, por sí misma, un riesgo.

En el caso examinado, la extracción de la prótesis mamaria que se aconsejó a las portadoras, obedecía a que la agencia británica competente para la distribución de los productos sanitarios había recibido comunicados sobre complicaciones locales y a que la empresa fabricante a la que se plantearon cuestiones relativas a la seguridad a largo plazo del dispositivo y, especialmente, datos toxicológicos sobre los productos de degradación procedentes del aceite de soja, que era el material de relleno, no estaba en condiciones de responder a los interrogantes planteados por falta de los estudios necesarios, y optó por paralizar la comercialización y producción de la prótesis en Europa. Las autoridades médicas españolas optaron por la misma solución, aconsejando la extracción de las prótesis implantadas.

Carácter defectuoso del producto implantado.—Debe concluirse sobre el carácter defectuoso de las prótesis mamarias por los siguientes argumentos: a) La inexistencia de estudios en la empresa fabricante sobre la comprobación de los posibles efectos tóxicos del relleno de aquellas, revela un defecto del producto determinante de responsabilidad; b) El daño consiste en los perjuicios originados por la extracción prematura de unas prótesis implantadas con la expectativa de ser funcionales durante un periodo de tiempo prolongado; c) La parte demandada no probó la llamada excepción de los riesgos del progreso; d) La estabilidad de la prótesis constituye una cualidad directamente relacionada con la seguridad que cabe exigir del producto cuando este requiere un proceso quirúrgico, complejo y no inocuo, de implantación y extracción; e) El hecho de que las autoridades administrativas actuaran por razones de precaución no es obstáculo a la responsabilidad por el carácter defectuoso del producto. La ausencia de comprobaciones previas de la inocuidad es determinante de un defecto de seguridad en el producto, cifrado en el riesgo que comporta portar una prótesis respecto de la cual se desconoce su carácter tóxico o peligroso y se carece de una razonable garantía sobre la ausencia de estas circunstancias; f) El daño moral ocasionado por las prevenciones adoptadas por las Administraciones públicas es objetivamente imputable a los fabricantes e importadores; g) El hecho de que no se demostrase de manera definitiva la toxicidad del producto no obsta a su carácter defectuoso.

Falta de legitimación pasiva: Distribuidor en España de un producto representado en la UE por otra empresa.—Debe estimarse la excepción de falta de legitimación pasiva por parte de un distribuidor en España de un producto representado en la UE por otra empresa.

Prueba de los requisitos establecidos para la responsabilidad por productos defectuosos: Daño moral: Cuantía de la indemnización según grado de afectación probado.—Debe considerarse suficientemente acreditado el nexo de causalidad entre la necesidad de extracción anticipada de las prótesis por su carácter defectuoso y los daños morales sufridos por las afectadas, los cuales se fijan en su cuantía ponderando los distintos grados de afectación que se ponen de manifiesto en los informes periciales.

Intereses.—Las indemnizaciones concedidas devengarán los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda, con arreglo al art. 1108 Cc, según la más reciente doctrina jurisprudencial que ha superado el principio *in illiquidis non fit mora*, pues el devengo de intereses por las sumas concedidas opera como compensación del valor del dinero y debe considerarse justificado cuando no existe una diferencia sustancial entre la cantidad solicitada y la conce-

dida. También se devengarán los intereses procesales desde la fecha de esta sentencia, conforme al artículo 576 LEC. (STS de 9 de diciembre de 2010; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—1. Seis mujeres de nacionalidad española reclaman a una empresa británica comercializadora, y a la distribuidora en España, una indemnización de daños y perjuicios por los efectos físicos, psicológicos y morales que padecieron o siguen padeciendo a causa de haberse sometido a sendas operaciones de implantes de prótesis mamarias que posteriormente les fueron extraídas siguiendo una recomendación del Ministerio de Sanidad y Consumo.

2. El producto inició su empleo en España en 1994, pasados los necesarios controles, y, por su conformidad con la Directiva 93/42/CEE, de 14 junio, obtuvo el *marcado CE*, y se admitió su distribución en todos los países de la UE. Las prótesis se ajustaron al RD 414/96 sobre productos sanitarios, por el que se operó la transposición al Derecho español de aquella Directiva.

3. La *Medical Services Agency* británica, competente en la distribución de productos sanitarios, recibió comunicados sobre complicaciones locales producidas en 74 mujeres portadoras de implantes de la misma marca, entre un colectivo de unas 5.000 implantadas, y, en 1999, de conformidad con el principio de precaución, planteó a la empresa fabricante una serie de cuestiones relativas a la seguridad a largo plazo del dispositivo y, especialmente, datos toxicológicos sobre los productos de degradación procedentes del aceite de soja, que era el material de relleno. La empresa fabricante no estaba en condiciones de responder a los interrogantes planteados, por falta de los estudios necesarios, y optó por paralizar la producción y comercialización de prótesis en Europa. La *Medical Services Agency* recomendó entonces a las portadoras de las prótesis que se sometieran a la medida quirúrgica de *explantation* (extracción).

4. En España, la DG de Farmacia y Productos Sanitarios del M. de Sanidad y Consumo dictó la Res. de 27 julio 2000, por la que ordenaba que fueran localizadas las portadoras de estas prótesis y aconsejaba que se sometieran a la extracción siguiendo el protocolo anexo, y la sustitución de las prótesis por otras que eligieran las pacientes, sin coste alguno para ellas, pues corría con los gastos la empresa británica comercializadora. Se trataba de una medida de prudencia con base en el art. 26 LGS, *aunque hasta el momento de resolver en segunda instancia no se tenía conocimiento de que se hubiesen comunicado efectos genotóxicos en pacientes portadoras ni en su descendencia*.

5. Las demandantes siguieron la recomendación de la autoridad sanitaria española y se les hizo la extracción, todo lo cual les originó una serie de perjuicios de orden físico, psíquico y moral, por los que reclaman una indemnización. Una de ellas aceptó el ofrecimiento económico de la empresa comercializadora durante el proceso, y quedó fuera del mismo.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda considerando que las actoras no habían probado que las prótesis eran defectuosas; que el riesgo de cambio de prótesis es inherente a la

implantación; y que el trauma psicológico originado por la alarma derivaba de la comunicación con carácter preventivo del Ministerio. La Audiencia Provincial confirmó el fallo argumentando que el producto no era defectuoso pues tenía el marcado de conformidad CE, y que las alarmas de la Administración sanitaria tenían carácter preventivo, estaban fundadas en el principio de precaución y se basaban en riesgos de carácter aquí extractada potencial, algunos de los cuales eran claramente infundados. El TS. con amplia y minuciosa argumentación, estima el recurso, aunque absuelve al distribuidor español por carecer de la representación de la empresa fabricante en el territorio de la UE.

NOTA: Sobre el régimen vigente de la responsabilidad, en general, conforme al Texto Refundido de la LGDCU, véase el amplio comentario de Azparren Lucas, en VVAA, *Comentarios* (dir. Cámara Lapuente), Madrid 2011, pp. 1153 y ss. En materia de responsabilidad por los productos, aprueba, en el caso, la absolución del distribuidor español, M.^a Ángeles Parra Lucán, *La protección del consumidor frente a los daños (Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios)*, Madrid 2011, p. 153, afirmando que la STS aquí extractada ha actuado correctamente por haberse demandado a un distribuidor del producto en España que está representado por otra empresa en la UE; a su juicio se trata de no poner trabas innecesarias a la libre circulación, mientras que las perjudicadas disponen de mecanismos accesibles para reclamar. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

28. Actio communi dividendo y los posibles acreedores.—El derecho que reconoce el artículo 403 CC a los acreedores de los copropietarios que ejercitan tal acción es triple: la concurrencia, la oposición y la impugnación.

La primera, conocida como «facultad de inspección», no va más allá de la concurrencia a la división para comprobar que se hace de una manera correcta, sin que se produzca fraude. Es una intervención potestativa.

La oposición se da en un momento anterior a la división, para garantizar los derechos de los acreedores (y cesionarios).

La impugnación de la división de la cosa común puede darse en un momento posterior, por razón de fraude de los acreedores, como acción personal en la que el acreedor actúa *iure proprio* y por razón de haberse realizado una oposición de manera formal para impedirla; impugnación que, en todo caso, deja a salvo los derechos del copropietario para mantener la validez de la misma.

El beneficio de inventario y su relación con la división de la cosa común.—La Ley pone a disposición del llamado a la herencia el beneficio de inventario para que pueda adquirirla separada de su propio patrimonio, hasta que se haya pagado a todos los acreedores (y legatarios). Su función esencial es limitar la responsabilidad del heredero al valor del activo hereditario. Por ello, el efecto básico es la no confusión de los patrimonios de heredero y causante (art. 1023.3.º CC), lo que conlleva la limitación de la responsabilidad de dicho heredero (art. 1023. 1.º CC) quedando la herencia en administración hasta que resulten pagados los acreedores (y legatarios) (art. 1026 CC).

De aquí que se pierda el beneficio de inventario si realiza algún acto doloso o culposo de enajenación de bienes hereditarios, conforme al art. 1024.2.º CC: se trata de una enajenación válida pero que entraña una irregularidad que se sanciona con la pérdida del beneficio de inventario.

La acción de división de la cosa común no puede considerarse incluida entre dichos actos. La división la ampara el artículo 400 CC, precepto de derecho imperativo; el beneficio de inventario está contemplado y admitido en los artículos 1100 y ss. CC. Este no empece a aquel: dividida la cosa quedará concretada la parte que corresponde a las demandadas y esta parte formará parte de su herencia, sin más. (**STS de 28 de enero de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El problema que se plantea en la presente sentencia es la posibilidad de ejercicio de la acción de división de cosa común, cuando una porción de la misma corresponde a una (en este caso, a dos) persona por su aceptación de la herencia (de la que esta porción forma parte) a beneficio de inventario.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron la demanda.

El Alto Tribunal, que confirma los pronunciamientos de las instancias inferiores, afirma literalmente lo siguiente: «Se ha dado una acción de división de cosa común, ejercida, por tanto, judicialmente, en el que una tercera parte forma parte de una herencia cuyas demandadas, actuales recurrentes, la han aceptado a beneficio de inventario. La relación entre una cosa y otra no plantea conflicto alguno y apenas se concibe sentido alguno a este proceso y mucho menos, que haya llegado a casación [...]». (*B. G. F.*)

29. Bienes de dominio público versus bienes de propiedad privada. Usucapión. Posesión en concepto de dueño.—Tal y como establece el art. 339 CC, son bienes de dominio público los destinados al uso o al servicio público, lo cual requiere tanto una afectación formal como una adscripción efectiva con carácter inalienable e imprescriptible por razón del interés general. De modo que no existiendo tal afectación material del terreno litigioso, los bienes han de ser considerados como patrimoniales o de propiedad privada perteneciente al Estado, pero pudiendo un tercero acceder a la propiedad de los mismos mediante la figura de la prescripción adquisitiva o usucapión. La jurisprudencia viene reiterando que el requisito de la posesión en concepto de dueño no es un concepto puramente subjetivo o intencional (SSTS de 20 de noviembre de 1964, 6 de octubre de 1975, 16 de mayo de 1983, 6 y 18 de octubre de 1994, entre otras), por lo que no basta la pura motivación volitiva representada por el ánimo de tener la cosa para sí, sino que es preciso, además, el elemento objetivo consistente en la existencia de actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico, mediante los cuales la persona se presenta para con el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa (SSTS de 3 de octubre de 1962, 16 de mayo de 1983, 3 de junio de 1993 y 30 de diciembre de 1994). La apreciación de la existencia de estos actos es una cuestión de hecho, por lo que corresponde al juzgador de instancia. (**STS de 2 de diciembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El litigio tiene su origen en la demanda de acción declarativa de dominio interpuesta por los actores contra el Ministerio de Defensa, la Autoridad Portuaria municipal y el Ayuntamiento de la ciudad en la que se ubica el terreno sobre el que pretenden se declare, en virtud de prescripción adquisitiva consumada, la titularidad dominical de los actores. En dicha finca se encuentra un negocio de restauración que venía siendo poseído desde el año 1918 por la familia de dichos actores.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, declarando que la finca en cuestión era de la propiedad y dominio de los actores. Contra dicha sentencia el Abogado del Estado interpuso recurso de apelación.

La Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto. Abundando en la valoración probatoria llevada a cabo por el Juzgado, la Audiencia considera acreditado que la finca sobre la que los actores ejercen la acción declarativa de propiedad fue poseída por la familia de estos, en todo momento, en concepto de dueño, conclusión que infiere de una serie de datos de hecho, como el contrato celebrado por el padre de los actores con el Ayuntamiento demandado para la exacción del impuesto de consumos de lujo.

Contra esta sentencia el Abogado del Estado interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial, condenando a la parte recurrente al pago de las costas causadas. (*G. M. A.*)

30. Tradición instrumental.—El otorgamiento de escritura pública no equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato —concurriendo así la salvedad final contemplada en el artículo 1462.2 CC—, cuando la eficacia de la compraventa y su efecto traslativo quede supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro de la Propiedad. En tal caso, la inscripción registral del contrato resultará equiparable a la tradición o modo necesario para la transmisión de la propiedad.

Ilicitud de la causa.—Para apreciar la ilicitud de la causa, jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (entre otras muchas, SSTs de 11 de diciembre de 1986, 29 de julio de 1993, 14 de junio de 1997 y 11 de febrero de 2001) ha exigido tradicionalmente que la finalidad inmoral o ilegal sea común a todas las partes contractuales. (**STS de 5 de noviembre de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Una promotora inmobiliaria ejercita contra otra promotora una acción declarativa de dominio sobre la mitad indivisa de una finca que había pasado a un tercero de buena fe amparado por el artículo 34 LH, resultando desestimada la demanda. Tras este litigio, la demandante interpone acción contra la misma inmobiliaria —que había vendido la totalidad de la finca a un tercero— para solicitar el resarcimiento por la pérdida de la mitad indivisa de la citada finca.

El Juzgado de Primera Instancia estima la pretensión resarcitoria por la pérdida del inmueble, en una cantidad equivalente a la mitad del valor de tasación de la totalidad de la finca. Esta sentencia se funda en la de primera instancia del litigio precedente que, pese a no haber estimado la acción declarativa de dominio por haberse enajenado la finca

a un tercero, reconoce expresamente que la demandante gozaba de la propiedad de la mitad indivisa de la finca objeto del litigio. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial lo acoge en parte, pues rebaja el importe de la indemnización concedida en Primera Instancia. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (*M. C. C. M.*)

31. Subsanación de la escritura pública de declaración de obra nueva y división horizontal. Exigencias para la adquisición del derecho de propiedad. Teoría del título y del modo.—Según reiterada doctrina del TS, el párrafo 2.º del art. 5 LPH establece que el título constitutivo de la propiedad horizontal y su modificación deben ser otorgados por el propietario único o los propietarios del edificio, aunque el promotor haya vendido con anterioridad los pisos o locales en contratos privados (SSTS de 30 de marzo de 1999, 23 y 25 de marzo de 2004 y de 22 de septiembre de 2005, entre otras). A contrario se entiende que no puede ser sujeto de este negocio jurídico quien no ha adquirido el derecho de propiedad sobre un piso o local (STS de 30 de marzo de 1999). En base a la teoría del título y el modo, prevista en los arts. 609 y 1095.2 CC, la propiedad no se obtiene por quien ha obtenido el título —contrato de compraventa— pero aún no el modo —tradición real o simbólica—. La formalización del contrato en documento privado no genera tradición instrumental, luego no acredita por sí solo la efectiva transmisión patrimonial pretendida (SSTS, entre otras, de 21 de marzo y 14 de julio de 1998, 9 de octubre de 2001, 14 de febrero y 10 de julio de 2002). Por tanto, al ser el promotor el único propietario goza de la cobertura del ordenamiento jurídico para la modificación de la escritura de obra nueva y división horizontal originaria. (**STS de 2 de diciembre de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La promotora de un conjunto residencial otorgó escritura pública de obra nueva y división horizontal, en la que se preveía inicialmente que un determinado terreno estaría destinado a ser zona común. En los contratos privados de compraventa por los que la promotora transmitió los componentes de la urbanización se contenía una autorización a la citada promotora para modificar la declaración de obra nueva. Posteriormente, dicha promotora otorga nueva escritura pública, de subsanación de la primera, por la que se otorga al propietario de uno de los locales el uso privativo y exclusivo de ese terreno. No consta que se hubiera producido entonces una entrega traslativa del dominio.

La comunidad de propietarios demanda tanto a la promotora como a los copropietarios a los que se les hicieron varias atribuciones en la escritura de subsanación. En dicha demanda se reclama la nulidad de parte de esta escritura.

En primera instancia se desestima la demanda por falta de legitimación activa, dado que el presidente que comparece en representación de la comunidad de propietarios actora no tiene la condición de propietario.

La sentencia de segunda instancia revoca la primera sentencia y estima la demanda. La Audiencia Provincial entiende que la promotora se extralimitó en sus funciones al otorgar la escritura de

subsanción, dado que entendió que esta se llevó a cabo después de la venta de algunos inmuebles en contrato privado.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, casa la sentencia de segunda instancia y revoca la dictada en primera instancia. Asimismo, desestima la demanda, absolviendo a los codemandados. (G. M. A.)

32. Modificación de elementos comunes por los titulares de los locales comerciales de un edificio en régimen de propiedad horizontal.—En principio, el artículo 12 LPI, en relación con la regla primera del artículo 17 LPH, exige la unanimidad de la junta de propietarios para adoptar acuerdos que impliquen una modificación de los elementos comunes, al constituir una alteración del título constitutivo. No obstante, esto ha sido matizado por el propio TS, que considera que las exigencias normativas en materia de mayorías deben ser interpretadas de modo flexible, cuando se trata de locales comerciales situados en edificios en régimen de propiedad horizontal. Es muy frecuente que, en el momento de construirse los edificios, sus locales se configuren con una pared de ladrillo para que el adquirente adecue la fachada de acuerdo con las necesidades estéticas inherentes al negocio que se va a desarrollar. Los locales comerciales están destinados a albergar diferentes negocios, de modo que para su correcto desarrollo es necesaria la instalación de elementos externos tendentes a la captación de clientela, que necesariamente van a afectar a elementos comunes del edificio, y en especial a la fachada. Aunque esta es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales (SSTS de 11 de noviembre de 2009 y de 30 de septiembre de 2010).

Se trata, en definitiva, de evitar que la aplicación rigurosa de la LPH impida a los titulares y arrendatarios de locales de negocio explotar su empresa. Al amparo de la falta de unanimidad en estos casos, se pretendía impedir la aplicación de la norma que autorizaba la realización de determinadas obras recogida en el Título constitutivo o en los Estatutos, por considerar que la existencia del consentimiento unánime es una norma de derecho necesario que no puede ser modificada por la voluntad de los particulares. La jurisprudencia ha fijado como únicos límites a dicha autonomía de la voluntad los recogidos en el artículo 7.1 LPH: que las obras en los locales genéricamente autorizadas en el Título no menoscaben o alteren la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración exterior o perjudique los derechos de otro propietario. (STS de 15 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—B. presenta demanda contra C., señalando que la obra realizada por el demandado, propietario de los dos locales de la planta baja del edificio, era ilegal, por ausencia del consentimiento unánime de los propietarios. Las obras consistían en la apertura de un hueco en la fachada o muro de cerramiento del inmueble en la parte trasera del edificio, que tenía como finalidad la unión de los locales con una construcción que se estaba elevando en el solar trasero del edificio, propiedad del demandado, y que no

formaba parte de la misma comunidad de propietarios. Se solicita que se reponga al estado primitivo dicho elemento común.

Cabe señalar varias cosas. Primera, que el promotor del edificio recogió en los estatutos comunitarios, así como en la escritura de obra nueva, el contrato concertado con la madre del demandado, en el cual se autorizaba la apertura de huecos de comunicación entre las lonjas y la construcción que estaba previsto edificar en la parte trasera del edificio. Segunda, el único acceso posible a los locales que se construyeran en la parte trasera del edificio era a través de una casa, pues el terreno sobre el que se iba a construir quedaba totalmente enclavado entre propiedades ajenas. Tercero, con ocasión del contrato por el cual el demandado cedía a la comunidad de propietarios tres metros cuadrados de la finca sita en la zaguera de la casa para la construcción de un ascensor, se reiteró la posibilidad de que el demandado efectuase una construcción sobre el citado terreno. Se argumentaba que tal posibilidad necesariamente tenía que llevar implícito el derecho a comunicar los locales a edificar, pues en otro caso se estaría previniendo construir unos locales carentes de acceso.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda por considerar que ni los Estatutos ni el título constitutivo pueden contener previsiones que contradigan las normas imperativas contenidas en la LPH. Faltando el consentimiento unánime de los propietarios, debe ser condenado el demandado a reponer los elementos comunes a su estado primitivo.

En apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso, al entender ratificada por la comunidad la autorización de adosar a la fachada una construcción nueva en la parte zaguera del edificio. La Audiencia consideró que la comunicación de las lonjas con la edificación que se construyese en la parte trasera, autorizada por los estatutos y ratificada en el acuerdo de cesión, no podía realizarse de otra manera que abriendo hueco en la fachada. Además, la apertura del hueco no perjudicaba la estabilidad o seguridad del edificio. Por otra parte, la comunicación de la nueva construcción con el exterior únicamente podría realizarse a través de las lonjas, por cuanto en la parte trasera únicamente había un callejón de un tercero sobre el cual no había derecho de servidumbre de paso. En relación a la modificación del suelo de la lonja, la Audiencia entendía que no suponía una alteración del elemento común, pues la rebaja del solado fue el resultado de la retirada del suelo flotante y del elemento aislante colocado por quien explotaba el local con anterioridad.

El actor interpone recurso de casación, alegando: 1) que el artículo 7.1 LPH es aplicable a los locales comerciales, cuyo fin es facilitar servicios a los propietarios; 2) la ley prohíbe llevar a cabo cualquier obra, alteración o modificación de elementos comunes; 3) cualquier alteración de un elemento común requiere el acuerdo unánime de los propietarios; 4) la norma estatutaria alegada por el demandado no ha sido ratificada en la junta de propietarios por acuerdo expreso de manera unánime. El Tribunal Supremo desestima el recurso con la misma argumentación que la Audiencia Provincial (*S. L. M.*)

33. Modificación de elementos comunes por los titulares de los locales comerciales de un edificio en régimen de propiedad horizontal.—Según el artículo 7 LPH, la modificación de cualquier elemento común produce de hecho una alteración del título constitutivo, que necesariamente debe ser cambiado por acuerdo unánime de los copropietarios. Sin embargo, tratándose de locales comerciales, la posibilidad de realizar obras debe ser más flexible, pues la finalidad comercial de los locales comporta la necesidad de presentar una configuración exterior adecuada a su carácter y a la necesidad de facilitar el conocimiento de su existencia y de publicitar y hacer atractiva su actividad para los clientes. Dicha modificación debe considerarse implícita en la finalidad comercial de los locales, salvo prohibición o limitación estatutaria establecida expresamente. Además, por las singulares características de los locales comerciales, en la práctica el título constitutivo suele reconocer la posibilidad de que los titulares de los mismos efectúen obras que afectan a algunos elementos comunes.

Así, no cabe hacer una interpretación del artículo 7 LPH idéntica para los locales de negocios y los pisos. 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. 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.

La facultad que permite la posibilidad de realizar obras de segregación y subdivisión deben estar orientadas a facilitar el aprovechamiento independiente de los locales que se formen. De no ser así, no tendría sentido que se permitiese la división de locales, puesto que, en la práctica, no podrían ser explotados económicamente como unidades independientes.

La doctrina del abuso de derecho.—Esta doctrina se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos. Se exige, para poder ser apreciado, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los correspondientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho. Su apreciación exige una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo).

En materia de propiedad horizontal, se entiende que el abuso de derecho referido en el artículo 18.1.c) LPH consiste en la utilización de la norma por la comunidad con mala fe civil en perjuicio de un propietario. (**STS de 15 de noviembre de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los actores son dueños de un local comercial. De dicho local se segregó la primera planta, por así autorizarlo la escritura de declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal de la comunidad a la que pertenece dicho local comercial. El local originario tenía entrada directa e independiente a

la vía pública. Al efectuar la segregación, la planta primera del local quedó incomunicada con el exterior. Los dueños del local solicitaron a la comunidad de propietarios: el reconocimiento de la segregación; su consideración de nuevos comuneros; la distribución de la cuota de participación del local para la contribución de los gastos de comunidad entre las dos fincas; y la autorización de la apertura de una puerta de acceso de la nueva finca al rellano de la escalera, así como el uso del ascensor en la planta primera. La Junta de propietarios celebrada al efecto denegó la solicitud de apertura de la puerta y el uso del ascensor. Los propietarios del local presentaron demanda de impugnación de los acuerdos adoptados en la Junta.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, al entender que la comunidad actuó de forma contraria a la ley y los estatutos, y por incurrir en abuso de derecho. La Audiencia Provincial revocó esta sentencia, al entender que la comunidad de propietarios no había incurrido en infracción legal alguna ni en abuso de derecho, puesto que la apertura de la puerta y autorización de uso de los elementos comunes, como el ascensor, no estaba autorizaba por el título constitutivo, el cual excluía de la contribución a los gastos comunes al local comercial.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de casación por los actores, que es estimado por el Tribunal Supremo. Entiende el Alto Tribunal que la interpretación de la Audiencia Provincial de la cláusula citada contraviene el artículo 1258 CC por tres razones: 1) no es posible conjugar la autorización de segregación de una parte del local, que implica separación e independencia física, con la prohibición de facilitar el uso de la parte segregada con la lógica apertura de un acceso directa e independiente del local matriz; 2) la singular estructura del local hace que necesariamente la salida que se construya debe afectar a elementos comunes, al no existir otra puerta que la dé salida al exterior por la planta baja; 3) el edificio en cuestión está ocupado en la primera planta íntegramente por el nivel superior del local comercial, por lo que, dada la concreta configuración del edificio, conocida por quienes otorgaron la escritura de declaración de obra nueva, es lógico concluir que es consecuencia natural de la segregación dar salida al nivel superior del local al rellano de la escalera del primer piso. Finalmente, señala el Tribunal Supremo que no ha quedado acreditado el perjuicio que la apertura de la puerta al rellano de la escalera puede ocasionar a la comunidad de propietarios demandada. Sí se ha acreditado, en cambio, el daño que la falta de apertura de la puerta ocasiona a los demandantes, que no pueden usar el local segregado de forma independiente del local matriz, desvirtuando la finalidad de la segregación facultada en el título. Por tanto, el acuerdo adoptado por la Junta es nulo por contravenir el título constitutivo y por ampararse en la norma que exige unanimidad para denegar las obras solicitadas, en claro abuso de derecho. (*S. L. M.*)

34. Modificación de elementos comunes por los titulares de los locales comerciales de un edificio en régimen de propiedad horizontal.—En principio, el artículo 12 LPH, en relación con la regla primera del artículo 17 LPH,

exige la unanimidad de la Junta de propietarios para adoptar acuerdos que impliquen una modificación de los elementos comunes, por constituir una alteración del título constitutivo. A ello hay que añadir que, en principio, el título constitutivo o los estatutos de la comunidad, no pueden resultar contrarios a las normas de derecho imperativo.

Sin embargo, entiende el Tribunal Supremo que las exigencias normativas en materia de mayorías hay que interpretarlas de un modo más flexible cuando se trata de locales situados en edificios en régimen de propiedad horizontal. Es muy frecuente que, en el momento de construirse los edificios, sus locales se configuren con una pared de ladrillo para que el adquirente adecue la fachada de acuerdo con las necesidades estéticas inherentes al negocio que se va a desarrollar. Los locales comerciales están destinados a albergar diferentes negocios, de modo que para su correcto desarrollo es necesaria la instalación de elementos externos tendentes a la captación de clientela, que necesariamente van a afectar a elementos comunes del edificio, y en especial a la fachada. Aunque esta es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, en atención a la naturaleza de la actividad que se va a desarrollar en los locales. No obstante, las obras no pueden menoscabar o alterar la seguridad del edificio, su estructura general o perjudicar los derechos de otro propietario. **(STS de 22 de diciembre de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor es titular de un local comercial situado en la planta baja de un edificio en régimen de propiedad horizontal. Ha abierto tres huecos en la fachada, amparado en la autorización que le ofrecía la comunidad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda que solicitaba la declaración de nulidad de un acuerdo adoptado por la comunidad de propietarios en virtud del cual se exigía al actor que procediera al cierre de los tres huecos abiertos, al haber ejecutado las obras sin el consentimiento unánime de la comunidad. Consideró que los estatutos de la comunidad permitían a los propietarios de los locales comerciales abrir huecos en la fachada del edificio.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación formalizado por la comunidad de propietarios. Entendió que los estatutos permitían a los propietarios de los locales abrir huecos en su fachada, pero no en la fachada del edificio. Por tanto, a juicio de la Audiencia, el acuerdo de la comunidad exigiendo el cierre de los huecos es plenamente válido, ya que la LPH exige el consentimiento unánime de todos los propietarios para la alteración de un elemento común.

El actor plantea recurso de casación ante el Tribunal Supremo, alegando la aplicación indebida del artículo 7 LPH, entre otros motivos. El Alto Tribunal no acoge la distinción que realiza la Audiencia entre la fachada del edificio y la fachada del local. La pared o muro que delimita el local y le separa del exterior o de la zona común constituye fachada del edificio y, como tal, constituye uno de los elementos comunes sobre el que recae un derecho de copropiedad con los demás dueños de los pisos o locales del inmueble —así se desprende del artículo 396 CC y de la descripción en los estatutos de la comunidad—. La fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie. Así, cuando los estatutos de la

comunidad permiten a los propietarios de los locales comerciales modificar la fachada, sin duda se refieren a la fachada considerada como elemento común. Además, no se ha acreditado que los huecos abiertos provoquen un menoscabo o alteración de la seguridad del edificio o de su estructura general, ni que con tal apertura se hayan perjudicado los derechos de otro propietario. Por tanto, el TS acaba estimando el recurso planteado por el actor. (S. L. M.)

35. Propiedad Horizontal. Obras realizadas en local comercial. Alteración de elementos comunes. Posible autorización estatutaria.—La Ley de Propiedad Horizontal establece que sólo por unanimidad de los copropietarios reunidos en Junta pueden adoptarse válidamente acuerdos que impliquen una modificación de elementos comunes, y que resulta imposible que el título constitutivo de la Comunidad pueda contener normas que contraríen preceptos de naturaleza imperativa recogidos en dicha ley. La más reciente Jurisprudencia, al analizar situaciones relativas a locales comerciales que se encuentran ubicados en Comunidades de Propietarios, ha venido flexibilizando las exigencias normativas en materia de las mayorías necesarias para la aprobación de acuerdos con el objeto de posibilitar la actividad de los locales comerciales, que no es otra que servir de sede de diferentes negocios económicos. Si resultara imprescindible la instalación de ciertos elementos, aunque pudieran afectar a elementos comunes, su instalación no puede dejarse al arbitrio de que una minoría de copropietarios, sin razón legal que lo justifique, impidan su realización. 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.

Aunque la Jurisprudencia ha declarado que los estatutos de las Comunidades de Propietarios no pueden vulnerar normas imperativas, y ha llegado a declarar la nulidad de aquellos estatutos que permiten, *ex ante*, la realización de obras que afectan a elementos comunes, esta doctrina se atempera cuando esta autorización previa y afectación de elementos comunes se lleva a cabo por titulares de locales comerciales. En estos casos, las obras realizadas por el titular de locales comerciales que afecten a elementos comunes y que estén autorizadas por el Título o los Estatutos no se consideran contrarias a derecho, siempre que no afecten a la seguridad o estabilidad del edificio ni perjudiquen el derecho de otro propietario. (STS de 9 de diciembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Se solicita que el propietario y arrendataria de local comercial de un edificio procedan a restituir al estado que tenía el local con anterioridad a la realización de unas obras consistentes en la apertura de dos huecos en el forjado o placa de separación del bajo y del piso primero para la instalación de un pequeño montacargas y la realización de un hueco para la instalación de una escalera interior de unión de las dos plantas. Resulta acreditado que dichas obras, en modo alguno menoscaban o alteran la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, ni perjudica los derechos de otro propietario.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo desestima igualmente. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*M. I. M. P.*)

36. Vulneración del artículo 24 CE. Propiedad horizontal. Constitución en elementos privativos de una servidumbre de uso para instalación de ascensor a favor de la comunidad de propietarios. Indemnización de daños y perjuicios.—El Tribunal Supremo estima la infracción del art. 24 CE, al haberse valorado de forma incorrecta el informe pericial aportado a las actuaciones, con evidente indefensión para la parte. El informe del perito, aunque contemplaba otras posibilidades para ubicar la instalación del ascensor en el inmueble de la Comunidad que afectarían a otros elementos privativos, entendía que la posibilidad más razonable era la que afectaba al local de los recurrentes. La sentencia de la Audiencia entendió que el término «más razonable» no expresaba la imprescindibilidad de la servidumbre solicitada. A juicio del Tribunal Supremo tal modo de razonar de la Audiencia supone mantener un criterio valorativo desorbitado e irracional de la consideración que confiere al término «razonable», en base al cual llega a una conclusión contraria a las reglas de la sana crítica.

Constitución en elementos privativos de una servidumbre de uso para instalación de ascensor a favor de la comunidad de propietarios.—Los elementos privativos están sujetos, en beneficio de los demás y de la comunidad, a determinadas limitaciones, lo que supone que la Comunidad puede exigir de uno o de varios copropietarios la constitución de servidumbres permanentes sobre los elementos de uso privativo para la creación de servicios comunes si estos son imprescindibles para la ejecución de los acuerdos aprobados con las mayorías necesarias y responden a un interés general de todos los comuneros.

El Tribunal Supremo reconoce que la necesidad de ascensor que pueden tener los propietarios de viviendas no es un derecho de la Comunidad sin limitaciones, y que sin más requisitos que la obtención del «quórum» necesario se pueda obligar a un copropietario a ceder su parte de la propiedad de su local para la instalación del ascensor. Resulta necesario ponderar los dos bienes jurídicos susceptibles de ser protegidos: el del propietario a no ver alterado o perturbado su derecho de propiedad y el de la Comunidad a instalar un ascensor. También resulta preciso que el alcance de la afección sobre el elemento privativo no impida o merme sustancialmente su aprovechamiento, más allá de lo que constituye el verdadero contenido y alcance de la servidumbre como limitación o gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. (**STS de 15 de diciembre de 2010**; han lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Se solicita por la Comunidad de Propietarios que se declare su derecho a ocupar una superficie del local para constituir una servidumbre de uso necesaria e imprescindible para la instalación de un ascensor. La instalación del ascensor no inutilizaría funcional ni económicamente el local ya que no se afecta la parte abierta al público y resta sin ocupar una zona importante de trastienda y servicios instalados en la misma (baño) que no se ven afectados en modo alguno por la ubicación del hueco del ascensor.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda declarando el derecho de la Comunidad de Propietarios a ocupar la superficie del local de planta baja constituyendo sobre dicha superficie una servidumbre imprescindible para la instalación del ascensor, debiendo permitir la demandada la entrada en su local para la realización de las obras necesarias para la instalación del ascensor, con la obligación por parte de la comunidad de propietarios de indemnizar al propietario afectado por los siguientes conceptos: a) una indemnización a precio de mercado, según locales de iguales características y ubicados en la misma zona e idéntica localidad, correspondiente a la superficie en m² invadida, incluida la superficie de vuelo que se va a ocupar y calculada conforme al tiempo en que se proceda a la ejecución de las obras; b) una cantidad a tanto alzado por el demérito experimentado por el local como consecuencia de su menor superficie en la zona de trastienda precisando que, a falta de acuerdo sobre dicha cantidad y siendo necesario acudir en ejecución de sentencia a la designación de un perito judicial, los gastos de todo tipo que se generen correrán a cargo de la comunidad de propietarios actora; c) una indemnización dineraria por todas las consecuencias que la instalación del ascensor pueda producir a las demandadas en la relación arrendaticia existente en el local, debidamente acreditadas, incluidas posibles reducciones de la renta a percibir por la parte demandada durante la ejecución de las obras precisas para la instalación del ascensor u otras vicisitudes que, como consecuencia de las mismas, afecten a la relación arrendaticia y, d) una indemnización dineraria para el supuesto de que, como consecuencia de la ejecución de las obras precisas, se causen daños al local previa acreditación fehaciente de los mismos.

Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial lo estima, revocando la resolución apelada y absolviendo a los demandados de la acción en su contra ejercitada. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal y al de casación interpuestos, casando la sentencia recurrida y manteniendo en su integridad la sentencia dicta por el Juzgado de 1.ª Instancia. (*M. I. M. P.*)

37. Propiedad horizontal. Instalación de ascensores. Constitución de servidumbres en elementos privativos.—La instalación de un ascensor en una comunidad de vecinos que carece de este servicio considerado como de interés general, permite la constitución de una servidumbre para tal fin, incluso cuando suponga la ocupación de parte de un espacio privativo, siempre que concurren las mayorías exigidas legalmente para la adopción de tal acuerdo. Pero la ocupación de un espacio privativo no puede suponer una privación del derecho de propiedad al extremo de suponer una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo. (**STS de 22 de diciembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Juzgado desestimó una demanda mediante la que el propietario de un local de negocio integrado en una comunidad sometida al régimen de propiedad horizontal, impugnaba un acuerdo comunitario, por el que se acordaba la instalación de un

ascensor en el edificio y la constitución de una servidumbre para tal fin, en el local propiedad del actor. Igualmente estimaba la acción reconvencional ejercitada por la comunidad, por la que se declaraba la obligación del actor de soportar la servidumbre constituida en su local para la instalación de un ascensor y se fijaba una indemnización a su favor a cargo de la comunidad.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación formalizado por la parte actora y declaró la nulidad del acuerdo de la comunidad de propietarios. (B. G. F.)

DERECHO DE FAMILIA

38. Divorcio: Pensión compensatoria: Inexistencia de interés casacional: Desestimación por causa de inadmisión.—Según ha señalado de manera constante esta Sala, el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso, en contradicción con la doctrina de esta Sala. Dicho conflicto, que ha de existir y ser acreditado por la parte, ha de venir referido al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, y de las valoraciones jurídicas realizadas en la sentencia a partir de tales elementos, siendo improcedente todo intento de recurso en el que el interés casacional invocado se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha. En esta modalidad de recurso, la doctrina invocada no ha de ir referida a un supuesto de hecho idéntico o semejante a aquel sobre el que versa el litigio en el que se invoca, pero sí ha de ir referido a la misma cuestión jurídica, ya que ello es imprescindible para que el recurso cumpla la función nomofiláctica y unificadora a la que está ordenado; no cabe confundirlo con la invocación de determinado criterio de esta Sala sobre una cuestión más o menos relacionada con el litigio, en apoyo de los argumentos de la parte recurrente, pues en estos supuestos lo importante no es la infracción legal cometida, sino que concurra alguno de los casos que taxativamente prevé el art. 477.3 LEC 2000, ya que solo entonces será legalmente interesante que el Tribunal Supremo examine una específica vulneración de norma sustantiva en un concreto pleito. El art. 485.2 LEC 2000 permite a la parte recurrida, en trámite de oposición al recurso, alegar las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido rechazadas por el tribunal; entre ellas, el ordinal 3 incluye la inexistencia de oposición a doctrina jurisprudencial. Esta Sala ha declarado que la apreciación de una causa de no admisión del recurso comporta la desestimación del mismo.

En el presente caso nos hallamos ante un supuesto de interposición defectuosa del recurso por inexistencia de interés casacional, con cita de norma infringida meramente instrumental, que trae consigo un interés casacional artificioso y, por ende, inexistente. La sentencia recurrida razona sobre la procedencia o no de la pensión solicitada por la recurrente a partir de las circunstancias contempladas en el artículo 97 Cc, que la ley le obligaba a valorar, sin que la circunstancia de que la demandada no comparta sus conclusiones, constituya motivo suficiente para apreciar la vulneración normativa y jurisprudencial que se denuncia, en la medida que la AP respeta los parámetros fijados por la ley y doctrina aplicable, alcanzando una conclusión

que no puede tacharse de ilógica e irracional (STS de 4 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La solicitud por la esposa de una pensión de 6.000 euros en proceso de divorcio, se redujo a 1.200 euros por el Juzgado de Primera Instancia, siendo rechazada íntegramente por la Audiencia Provincial. Sentencia *pedagógica* de la Sala 1.^a estableciendo doctrina que no resulta —a mi juicio— inoportuno reiterar, porque la comprensión de la finalidad y funcionamiento de este motivo de casación no parece haber calado todavía, de modo suficiente, en los ámbitos de nuestra praxis procesal. Adviértase, no obstante, que el Ministerio Fiscal se había adherido al recurso y solicitado su estimación.

En todo caso, la reforma de 2005 ha sido algo más que puramente terminológica (*compensación, por pensión compensatoria*). Como dice Martínez de Aguirre, en VVAA, *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 3.^a ed. (Madrid 2011), p. 185, los problemas que suscita la compensación acordada como pensión son peculiares y diferentes de los que presenta a tanto alzado: mientras la pensión se prolonga en el tiempo, lo que introduce mayores incertidumbres sobre su eficacia, y exige prever mecanismos de actualización, garantía y extinción, la compensación a tanto alzado desaparece cuando es pagada, y no se proyecta hacia el futuro. Quizá ello —sugiere razonablemente—, y no la mera inercia explique por qué los arts. 97.2 a 101 Cc, que resuelven algunas de esas cuestiones, se refieren únicamente a la pensión, y no a la compensación de que habla el art. 97.1. (*G. G. C.*)

39. Desahucio por precario: Distinción entre precario y comodato: Doctrina jurisprudencial: Atribución del uso de la vivienda en procedimiento de familia: Oponibilidad frente a terceros.—La STS de 26 diciembre 2005, seguida por otras posteriores (30 junio y 22 octubre 2009, y 14 julio 2010) fija las pautas interpretativas y de aplicación que sirven para resolver la cuestión, por lo demás, frecuente, de la procedencia de la reclamación del propietario o titular de una vivienda que está siendo usada por un familiar para su utilización como domicilio conyugal o familiar.

A) Se debe analizar cada caso en concreto, pues resulta necesario resolver si ha existido o no un contrato entre las partes, particularmente un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto. En caso afirmativo, los conflictos en torno al uso deben resolverse conforme a las normas reguladoras de ese negocio jurídico. Pero de no resultar acreditado, se debe concluir que la situación jurídica analizada es un precario.

B) Para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecida en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica la Sentencia del Pleno de esta Sala de 18 enero 2010, la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los pará-

metros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges nada tienen que ver con los terceros propietarios.

C) Como ha señalado también la Sentencia del Pleno de esta Sala de 14 enero 2010, el derecho al uso de la vivienda familiar concedido en sentencia, en el ámbito del Derecho de familia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección. Desde el punto de vista patrimonial, tal derecho no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto; autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como *actos de disposición de la vivienda*. Dicha limitación es oponible a terceros, y por ello es inscribible en el Registro (RDGRN de 10 octubre 2008).

Diferente es el supuesto en el que los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión meramente tolerada por la condescendencia del propietario; en este caso, pese a la adjudicación del uso a uno de ellos en aplicación del artículo 96 CC, *no se puede obtener frente a un tercero una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcionaba a los cónyuges*.

D) La aplicación de esta doctrina jurisprudencial al caso nos lleva a concluir que nos hallamos ante un simple precario. No se discute el derecho de propiedad de la actora, y frente a su reclamación, la parte demandada funda exclusivamente su oposición al abandono de la vivienda, en el hecho de que la sentencia de separación entre ella y su esposo, hijo de la actora, le atribuyó el uso de la vivienda, cuando aún ambos eran propietarios de la misma. Lo cierto es que la pérdida del derecho de propiedad tanto de la demandada como de quien fue su esposo, tiene su origen en un procedimiento de ejecución consecuencia de la falta de cumplimiento de una obligación de pago de ambos cónyuges. Tal y como ya valoró la STS de 8 octubre 2010, en supuestos en los que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, se corrobora que la atribución del uso del inmueble a uno de los cónyuges no puede afectar al derecho de propiedad del adquirente.

En consecuencia, adquirido el inmueble por un tercero en un proceso de ejecución, derivado del impago de una deuda del matrimonio, no puede ahora oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrente y su hijo en sentencia de separación. Desde el momento en el que la demandada y el que fue su esposo perdieron la propiedad de la vivienda, el uso que aquella ha venido dando al inmueble no se justifica por la sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia, sino por la mera tolerancia del nuevo propietario, circunstancia que exige caracterizar esta ocupación como un precario (**STS de 22 de noviembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Para Lacruz, *Elementos*, IV (a cargo de Rams Albesa), Madrid 2005, p. 102, es de difícil calificación jurídica el derecho que sobre la vivienda familiar y el ajuar doméstico, puede corresponder al cónyuge no titular de los mismos. Por lo que a la vivienda se refiere, podría acaso considerarse como un derecho de habitación temporal no

vitalicio constituido con arreglo a la ley por decisión judicial. La presente S. de evidente carácter *pedagógico*, intenta sistematizar la variedad de hipótesis tratando de encajar el supuesto-límite del caso. Véase también Martínez de Aguirre en VVAA, *Curso*, IV, *Derecho de Familia*, 3.ª ed. (Madrid 2011) pp. 182 y ss. (G. G. C.)

40. Reconocimiento de complacencia: Impugnación: Jurisprudencia no uniforme.—El menor Balbino nacido el 15 junio 1991 y reconocido por su madre Celsa, lo fue también por complacencia el 4 septiembre 1998 por el actor y recurrente Juan Miguel. Dos años más tarde Celsa y Juan Miguel contrajeron matrimonio. El 22 marzo 2005 la esposa presentó demanda de separación, dictándose medidas provisionales. Sucesivamente, el 29 marzo 2005, el marido impugnó la paternidad de Balbino y ejercitó la nulidad del reconocimiento. En la contestación se alegó la excepción de caducidad además de la oposición al fondo de la demanda. La demanda del marido fue rechazada en ambas instancias.

La falta de una línea constante en la resolución de los problemas suscitados por los llamados reconocimientos de complacencia o de conveniencia, en la jurisprudencia de esta Sala, puede ser la causante del planteamiento de varios litigios en los que es posible citar como apoyo sentencias distintas de aquella, y también debido al hecho de que la regulación legal de los efectos de tales reconocimientos no se contemplan ni en la regulación del CC ni tampoco en la Ley 25/2010, del Libro II del Código civil catalán.

Después de las SSTs de 29 octubre y 5 diciembre 2008, cabe extraer las conclusiones siguientes: 1.ª La filiación no matrimonial determinada por el reconocimiento puede impugnarse a través del art. 141 Cc si se demuestra que en dicho reconocimiento concurrió un vicio de la voluntad; 2.ª El art. 140 CC permite también la impugnación de este tipo de filiación; y 3.ª En cualquier caso, deben respetarse las condiciones de legitimación y plazos para el ejercicio de la acción establecidos en el art. 141 CC.

La jurisprudencia ha deducido de todo ello que hay dos vías para impugnar este tipo de filiación, según si se recurre a los vicios de consentimiento o a la propia filiación determinada por el reconocimiento. La impugnación basada en la falta de ajuste a la realidad biológica, tiene cómoda cabida en el art. 140 CC, que, por otra parte, no excluye la posibilidad de impugnar por vicio del consentimiento, como han dicho las SS. de 2008 citadas. (**STS de 29 de noviembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Es laudable que la propia Sala 1.ª reconozca, cuando se da en puntos concretos, la existencia de jurisprudencia contradictoria y que, para el futuro, trate de unificarla. En la doctrina también hay lógica discusión al respecto; por mi parte, sigo manteniendo la posibilidad de impugnar el reconocimiento de complacencia por falta de veracidad biológica (que expresé en la actualización a Castán, V-2, 10.ª ed., Madrid 1995, pp. 213 y s.), opinión a la que se adhiere Martínez de Aguirre, *op. cit.* III, p. 319, recogiendo opiniones de García Vicente y Rivero Hernández. En el presente caso ¿podrá el reconocedor plantear de nuevo la cuestión, con base en la doctrina aquí sentada, ejercitando la nulidad por no responder la filiación (tanto se la considere, en el supuesto, matrimonial, como no matrimonial) a la realidad biológica?

Las SS. de instancia para rechazar la demanda se apoyan exclusivamente en la caducidad de la acción por vicios del reconocimiento de complacencia (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

41. Sucesión testada mediante testamento ológrafo: Interpretación: Legado de usufructo en forma sucesiva.—La complejidad de las disposiciones testamentarias relativas al legado de usufructo establecidas en el testamento ológrafo del causante redactado en 1889 y modificado en 1891, presenta, en primer lugar, un problema de interpretación. Se trata de determinar si la cláusula testamentaria contenía o no un llamamiento a las personas que se disputan en este pleito la titularidad del legado, de modo que no interesan las vicisitudes por las que el legado ha ido pasando; para ello se debe examinar la literalidad de la disposición, pues solo si esta no resulta clara, se deben utilizar otros medios para fijar su sentido.

Hay que determinar si los nietos de D. Luis María, entre los que se encuentra el actual demandante recurrido, estaban o no llamados a la sucesión en el legado en cuestión. En este punto el testador dijo: *Si D. Carlos María y sus hijos no tienen sucesión legítima, la parte de los bienes que le hubiere correspondido pasará en usufructo a D. Luis María y sus hijos legítimos, y la plena propiedad a los hijos legítimos de estos, o sean los nietos de D. Luis María.* Es decir, estos cerraban las sucesivas transmisiones y consolidaban el usufructo y la nuda propiedad, y se efectuaba un llamamiento expreso a dichos nietos, de modo que en este aspecto pocas dificultades de interpretación ofrece la citada cláusula. De todo ello puede deducirse que la sentencia recurrida resulta correcta en cuanto reconoce el derecho del demandante al legado, puesto que, siendo nieto de D. Luis María, estaba directamente llamado en el testamento, independientemente de que su padre hubiese o no premuerto. En definitiva, el llamamiento fue efectuado a los nietos de D. Luis María, entre ellos al recurrido, quien adquirió por derecho propio la parte correspondiente de los bienes legados.

Parece conveniente, no obstante, proseguir en su estudio, analizando cuestiones conexas.

Usufructos sucesivos sin atribución de propiedad.—En este caso existe la disposición efectuada en forma de usufructos sucesivos, sin atribuir a nadie la nuda propiedad hasta el momento de la consolidación en cabeza de los nietos de D. Luis María. En nuestro CC la institución de usufructos sucesivos aparece expresamente admitida en el artículo 787 CC, que se remite a lo dispuesto en el artículo 781 y que se asemeja a las históricas instituciones en usufructo, que han dado lugar desde antiguo a distintas interpretaciones, para evitar que no existiera un heredero en la sucesión y hubiera que abrir la sucesión intestada, en aquellos sistemas en los que rige el principio de incompatibilidad entre sucesión testada e intestada. No puede acusarse a la sentencia recurrida de efectuar una distinción entre los llamados en usufructo y los llamados como propietarios, porque ni esto es imposible, ni resulta contrario a la voluntad del testador. Otra cosa son los remedios que la legislación establece en estos casos, pero no puede dudarse que la institución en usufructos sucesivos es posible, está prevista en el artículo 787 CC, que se remite a lo dispuesto para las

sustituciones fideicomisarias y nunca se ha planteado en este litigio la problemática técnica relativa a las soluciones que deban darse a la nuda propiedad.

Llamamientos condicionales.—El testador efectuó una serie de llamamientos, algunos ciertamente condicionales, y otros directos. Pueden aquí barajarse las teorías de las instituciones condicionales *si sine liberis decesserit* y de los hijos puestos en condición. Pero hay que reconocer que llega un momento en que el testador fija el final de los llamamientos sucesivos, que acabarán en los nietos de D. Luis María o D. Carlos María. Los nietos no están llamados condicionalmente, sino previstos directamente por el testador; los anteriormente llamados lo están para conservar los bienes a fin de que lleguen a este punto y por esto, en relación a dichos nietos, no puede hablarse de condiciones de ningún tipo, puesto que se efectúa un llamamiento directo y, además, libre. Esta Sala está de acuerdo en que para dichos llamados, nietos de D. Luis María, habría el testador establecido una sustitución pura y no condicionada, resultando inaplicable el artículo 759 CC.

Interpretación de la expresión «grado» en la sustitución fideicomisaria.—La jurisprudencia, especialmente a partir de la STS de 23 junio 1940, ha interpretado la expresión *grado* en el sentido de llamamiento efectivo de fideicomisarios, es decir, transmisión, de modo que caben dos transmisiones sin contar con la del fiduciario inicial. En este caso se han efectuado dos transmisiones, teniendo en cuenta que hubo sustitutos vulgares que no consumen grado por encontrarse en el mismo lugar de su premuerto.

Infracción del artículo 38.2 LH: Doctrina jurisprudencial.—Según STS de 14 marzo 2000, ya en SSTS de 3 abril 1956 y 22 abril 1970, declaró esta Sala que, de no haber terceros interesados, es decir, si el juicio se ventilaba únicamente entre quienes figuraban en el asiento registral, la omisión en la demanda de la petición expresa de nulidad o cancelación de la inscripción registral no impedía su admisión ni su estimación, porque era posible pedir la rectificación del Registro en trámite de ejecución de sentencia. Esta doctrina se ha consolidado, y desde 1989 es constante la jurisprudencia que flexibiliza racionalmente el requisito del pár. 2.º del artículo 38 LH interpretándolo en el sentido de entender implícita la petición de nulidad o cancelación del asiento registral cuando en la demanda se ejercite una acción contradictoria de dominio inscrito. Doctrina aplicable al presente caso en que se debate un conflicto exclusivamente entre familiares (**STS de 22 de noviembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—La interpretación de la limitación al *segundo grado* de las sustituciones fideicomisarias es una *vexata quaestio* ya desde el momento de elaborar el Cc. Una descripción de la evolución que se ha seguido en la interpretación del mismo puede verse en Lacruz, *Elementos*, V, *Sucesiones*, Madrid 2007 (ed. a cargo de Rams Albesa), pp. 263 y ss. La sentencia extractada se acoge a la más amplia, reiterada ya desde mediados del siglo pasado. (G. G. C.)

42. Testamento: Interpretación fideicomiso de residuo: Disposición testamentaria en favor del fideicomisario: No hay efecto extintivo.—La conclusión obtenida por la Audiencia no puede ser compartida en cuanto se opone a la evidente voluntad de la heredera fiduciaria de su esposo, la cual disponía de las más amplias facultades de disposición sobre los bienes heredados, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, de modo que incluso los que eran

objeto de fideicomiso podían ser transmitidos a personas distintas de los fideicomisarios, extinguiendo así el fideicomiso; pero no puede entenderse que producía tales efectos extintivos del fideicomiso la disposición efectuada en testamento precisamente a favor del fideicomisario y sobre los bienes objeto del fideicomiso, pues ha de entenderse que, en tal caso, la fiduciaria no hacía otra cosa que ratificar los términos del fideicomiso y poner de manifiesto su voluntad de no hacer disposición sobre tales bienes al amparo de la facultad que le había sido concedida.

Se entienden infringidos los artículos 675 y 784 Cc, en cuanto el primero dispone que la intención del testador es el elemento interpretativo que en todo caso ha de prevalecer, incluso frente a la propia literalidad del testamento, y en el presente caso la voluntad de la testadora, heredera fiduciaria de su esposo, era, sin duda, favorable al mantenimiento del fideicomiso en la parte que expresamente atribuyó al sobrino, que le premurió, por lo cual los hoy demandantes, herederos de aquel, ostentan el derecho que al mismo asistía sobre el objeto del fideicomiso, de conformidad con el segundo de los preceptos infringidos, en cuanto dispone que *el fideicomisario adquirirá derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario. El derecho de aquel pasará a sus herederos.*

Prohibición testamentaria de acudir a la vía judicial: Interpretación.–

Hay que destacar que son los recurrentes los que han acudido a la vía judicial en defensa de su derecho, y, por otra parte, la recta interpretación de dichas prohibiciones lleva a entender que lo querido por el testador es impedir que cualesquiera personas beneficiadas por su disposición testamentaria reclamen la intervención judicial para obtener mayores derechos que los que les han sido reconocidos por el propio testador, pero en absoluto impiden que, ante la disconformidad de los interesados con la interpretación que cada uno de ellos sostenga sobre la voluntad del testador en cuanto a la atribución de bienes o derechos a cada uno de ellos, sean los tribunales los que decidan sobre ello previa solicitud de aquel que se considere perjudicado por la posición adoptada por la mayor parte de los interesados (**STS de 2 de noviembre de 2010**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.] (G. G. C.)

43. Sucesión testamentaria: Interpretación de testamento: Legado del único bien de la herencia y pago de legítimas: Partición del testador.–El recurrente señala como infringido el artículo 675 CC, relacionándolo con las normas sobre institución de heredero en cosa cierta (art. 768), legítimas (arts. 821, 829, 845 y 846) y partición (arts. 1056 y 1057). La situación que deriva del testamento de la causante D.^a Leonor, es la que sigue: Tres de los hijos legitimarios resultan favorecidos con el legado de la única finca existente en la herencia, al parecer, el único bien de la testadora, y son obligados a pagar a los demás legitimarios su legítima estricta en dinero. La problemática litigiosa se plantea en torno a la corrección o incorrección de la partición efectuada por el contador-partidor, dadas las expectativas de valor que afectan a la finca objeto del legado.

La cláusula contenida en el testamento de D.^a Leonor podía dar lugar a dos posibles soluciones: 1.^a La aplicación de los artículos 841 y ss. CC, porque se ha producido la adjudicación del único bien de la herencia y se obligó a los legatarios-adjudicatarios a pagar la legítima de los demás en dinero. Solución, en principio, correcta, que tropieza con la dificultad del artículo 844 CC, que no parece deba ser aplicable a aquellos casos en que el testa-

dor imponga a sus herederos o legatarios la carga de pagar legítimas en dinero, puesto que entonces el legatario no está autorizado para actuar de una forma distinta, ni en consecuencia, es titular de ninguna facultad de optar, ya que al pagar las legítimas en dinero está cumpliendo la voluntad testamentaria que no puede infringir. 2.^a Aplicar el artículo 1056, único vigente en el momento en que la causante otorgó su testamento. Solución que tropieza con distintas dificultades, tales como que la norma que rige la sucesión de D.^a Leonor es la vigente en el momento del fallecimiento del causante, no la del otorgamiento del testamento, y la testadora falleció estando vigentes los artículos 841 y ss. CC, los cuales no pudieron ser tenidos en cuenta en el momento de redactar el testamento, debido a que se introdujeron en 1981.

La interpretación de la voluntad testamentaria nos lleva a concluir que la testadora actuó teniendo en cuenta el artículo 1056 CC, que le permitía: a) conservar indivisa su explotación agrícola; b) adjudicarla a quienes consideraba más aptos para gestionarla; c) usar la facultad del propio texto legal mandando que se pagaran las legítimas de los demás en metálico. Esta interpretación razonable de la voluntad testamentaria ha sido desnaturalizada por las expectativas urbanísticas de la única finca de la herencia, pero la exclusión de dicha finca de la comunidad hereditaria, hizo que de acuerdo con el artículo 822.2 CC, deba ser el legatario quien sufra su pérdida o deterioro, así como que también se aproveche de sus aumentos y mejoras. Otra cosa sería consagrar la inseguridad jurídica, puesto que en cualquier momento los legítimos tendrían derecho a pedir la revisión de las valoraciones y de la correspondiente partición (**STS de 9 de diciembre de 2010**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

44. Publicidad. Prohibición de publicidad de bebidas alcohólicas: interpretación.—No puede aceptarse que la prohibición de publicidad del alcohol deba ser objeto de una interpretación de carácter restrictivo fundada en que implica una limitación de derechos económicos, como el de la libre empresa. El TJUE, fundándose en la extraordinaria relevancia que tiene la protección del derecho a la salud desde el punto de vista de los derechos fundamentales de la persona, ha declarado con reiteración que una normativa que limita las posibilidades de hacer publicidad de bebidas alcohólicas, como medio de combatir el alcoholismo, responde a las preocupaciones por la salud pública y no vulnera las libertades económicas, porque se trata de límites basados en un interés público legítimo. De igual manera, en el plano nacional, cuando se produce un conflicto entre valores y bienes constitucionales, la ponderación que debe realizarse debe atender, entre otros elementos, a la importancia que la CE atribuye a cada uno de aquellos en el conjunto del sistema de derechos constitucionales. La promoción de la salud es contemplada por la CE como un principio rector de la política social y económica, pero esto no significa que la salud solo tenga relieve constitucional desde este punto de vista, pues el daño a la salud afecta a derechos fundamentales de primer orden, como son el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica.

Publicidad. Prohibición de publicidad de bebidas alcohólicas: excepciones.—El hecho de que se establezcan excepciones en la *Ley de la Comuni-*

dad de Madrid de 5/2002, sobre Drogodependencias y otros trastornos adictivos (para las terrazas, veladores, o en días de fiesta o fiestas patronales o similares regulados por la correspondiente ordenanza municipal) no invalida la regla general de la prohibición, ni comporta que esta quede sin efecto en el ámbito no comprendido por las excepciones.

Publicidad. Prohibición de publicidad de bebidas alcohólicas: alcance y efectos según lugar de realización.—El alcance y las consecuencias de la actividad publicitaria son muy distintas si la publicidad se realiza con carácter general en la vía pública, en cualesquiera lugares por los que inevitablemente transitan todo tipo de personas, incluidas las que padecen adicción al alcohol, y en cualquier circunstancia, que la publicidad limitada a lugares acotados en la vía pública, cuyo efecto tiene carácter limitado y puede ser evitado por quienes lo deseen no concurriendo a los expresados lugares. (STS de 3 de enero de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La Asociación de Usuarios de la Comunicación interpuso demanda contra B. E., S. A. como consecuencia de la colocación de vallas publicitarias de bebidas alcohólicas en la vía pública. El Juzgado de Primera Instancia número Cinco de Madrid desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 20.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (N. D. L.)

45. Títulos-valores. Abandono del sistema causalista.—La Ley Cambiaria y del Cheque de 1985 se aparta del clásico sistema causalista y deja de entender la letra de cambio como un instrumento de ejecución de un contrato subyacente, y suprime todas las referencias a la provisión de fondos salvo la referida a su cesión contenida en el artículo 69 de la propia Ley; y en el artículo 67 dispone que «el deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él». Frente al ejercicio de la acción cambiaria, según establece el artículo 67, regula un régimen único de excepciones, oponibles tanto en el juicio ejecutivo como en el ordinario cuyo enunciado se hace genéricamente y no en la forma detallada y rígida en que lo recogía la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Títulos valores. Excepciones derivadas de la relación causal.—La alegación de hechos pertenecientes a la relación causal subyacente es admisible de forma completa y total cuando se superponen en el litigio las condiciones de acreedor y obligado cambiarios por un lado, y acreedor y deudor extracambiarios por otro, o, dicho de otra forma, *inter partes* las excepciones extracambiarias son oponibles sin limitación alguna, quebrando en tales supuestos la exorbitancia del derecho cambiario, suprimiendo el *inutilis circumstitus* que resultaría de condenar primero al pago a quien no debe pagar, que, para reembolsarse frente a quien cobró indebidamente se vería abocado a acudir a un segundo proceso para obtener en él la declaración de la inutilidad de todo lo actuado en el primero.

Títulos-valores. Letra de cambio y pagaré: títulos naturalmente a la orden.—En nuestro sistema, la letra de cambio y el pagaré son títulos «naturalmente» a la orden, pero no «esencialmente» a la orden, de tal forma que, dentro de ciertos límites y con los efectos que indica, autoriza al endosante a limitar los efectos del endoso mediante la «prohibición de un nuevo endoso»

(artículo 18), o la inclusión de la mención «valor al cobro» (art. 21), o la expresión «valor en garantía» (art. 22); y al librador que configure el título como no transmisible por vía de endoso mediante la inclusión de la cláusula facultativa típica «no a la orden», admisible a tenor de lo previsto en el párrafo segundo del artículo 2 de la propia Ley Cambiaria tratándose de letras de cambio, y 95 tratándose de pagarés.

Títulos-valores. Letra de cambio y pagaré: cláusula no a la orden.—La inclusión de las palabras *no a la orden* o expresión equivalente no son determinantes de que la letra de cambio o el pagaré pierdan su naturaleza de títulos cambiarios, ya que el único efecto que la norma anuda a la utilización de tal cláusula facultativa es que el título no será transmisible, sino en la firma y con unos efectos de una cesión ordinaria, por lo que, desde la perspectiva dogmática, podrá cuestionarse si tales títulos reúnen los requisitos que la doctrina exige para clasificar el documento entre los títulos valores, pero no su idoneidad para servir de título a efectos del juicio cambiario. (**STS de 18 de enero de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—La entidad mercantil C.C., S.L., interpuso demanda contra S. C., S.L. solicitando la ejecución de un pagaré firmado por la demandada. El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Las Palmas de Gran Canaria estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por la demandada, la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (*N. D. L.*)

46. Contrato de agencia: presupuestos.—El contrato de agencia requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: actividad de promoción y, en su caso, conclusión de actos y operaciones de comercio; actuación por cuenta ajena; independencia; estabilidad de la relación; retribución.

Contrato de agencia: necesidad de estabilidad.—No puede confundirse la estabilidad de una determinada relación con la duración de la actividad desarrollada a fin de ejecutar lo pactado, singularmente cuando a pesar de efectuarse un encargo aislado su ejecución requiere una actividad dotada de cierta continuidad debido a la existencia de plurales actos de mediación o ejecución del contrato único.

El contrato de mediación o corretaje: concepto y caracteres.—El contrato de mediación o corretaje identificado como aquel por el que una persona se obliga a pagar una remuneración a otra para que esta realice una actividad encaminada a ponerla en relación con un tercero, a fin de concertar un contrato determinado, en el que el mediador no tendrá participación alguna, integrado al igual que el contrato de agencia en los contratos de gestión, y caracterizado por tratarse, de un contrato: atípico, consensual, bilateral y aleatorio, puesto que su resultado es incierto, y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil, se diferencia del contrato de agencia, en lo que aquí interesa, en la falta de estabilidad de la relación. (**STS de 10 de enero de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—La entidad mercantil M. C., S.L. interpuso demanda contra la compañía mercantil C. S., SL solicitando, entre otros pedimentos, se declare resueltos los contratos de agencia que unían a las partes, así como el pago de determinadas indemnizaciones. El Juzgado de Primera Instancia número Seis de Marbella estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por ambas partes, la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Málaga desestimó los recursos de sendos litigantes. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (*N. D. L.*)

47. Contrato de agencia: beneficios para el agente después de extinguido.—La promoción de compras por cuenta del empresario, como prestación del agente, a la que se refiere expresamente el apartado dos del artículo 1 de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, puede continuar generando a aquel ventajas sustanciales después de la extinción de la relación contractual que a ambos unía. Esa posibilidad es particularmente evidente cuando la agencia se ha desarrollado en un mercado extranjero y ha proporcionado al otro contratante una información necesaria para un juicio exacto sobre el estado y los caracteres del orden concurrencial del país de que se trate, que pueden ser difíciles de conocer.

Contrato de agencia. Indemnización por clientela: requisitos.—El derecho a la indemnización por clientela que el artículo 28 de la Ley 12/1992 reconoce al agente presupone, además de la extinción de la relación contractual que le une al empresario, que con su actividad profesional aquel hubiera aportado nuevos clientes a este o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente; que se considere razonablemente posible que la actividad desarrollada por él continúe produciendo en el futuro sustanciales ventajas al empresario; y que sea equitativo el abono de la indemnización a la vista de las circunstancias.

Contrato de agencia. Indemnización por clientela: procedencia después de extinguido.—Sin embargo, para aplicar en sentido positivo el artículo 28 de la Ley 12/1992 no basta con que la prestación del agente continúe generando ventajas para el empresario, una vez extinguida la relación contractual con él. Antes bien, es necesario que las mismas resulten, precisamente, de un aumento de la clientela, o de un incremento sensible de las operaciones con la preexistente. Esto es, que deriven de la generación de un círculo de personas que satisfagan necesidades específicas sirviéndose de las prestaciones del empresario, con la estabilidad o asiduidad que permitan hablar de clientes, y no del agente, sino del empresario. (**STS de 15 de noviembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La entidad B, AS interpuso demanda contra E. C. I., SA e H. SA por incumplimiento de las normas del contrato de agencia que las ligaba. El Juzgado de Primera Instancia número Cuarenta y seis de Madrid estimó la demanda. Recurrida en apelación por ambas partes, la Sección 21.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de la parte demandada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (*N. D. L.*)

48. Enriquecimiento injusto. Necesidad de correlativo empobrecimiento.—El enriquecimiento ha de ser correlativo a un empobrecimiento o perjuicio de la actora.

Contrato de adhesión: inexistencia.—No hay contrato de adhesión cuando la parte que se dice perjudicada ha tenido la posibilidad de modular las cláusulas, haciendo contraofertas o modificaciones, o simplemente aceptándolas o no.

Contrato de concesión. Improcedencia del carácter imperativo del art. 29 del Contrato de agencia.—La aplicación analógica no tanto directamente del artículo 29 de la Ley sobre Contrato de Agencia cuanto de su artículo 3.1, que establece el carácter imperativo de sus normas, para así, indirectamente, acabar justificando la aplicación de dicho artículo 29, pero semejante posibilidad de aplicación imperativa a los contratos de concesión viene siendo rechazada por la jurisprudencia de un modo tan constante y reiterado.

Contrato de concesión. Aplicación analógica de la Ley sobre Contrato de Agencia: no automatismo.—La aplicación analógica a los contratos de distribución no tanto del artículo 28 de la Ley sobre Contrato de Agencia cuanto de su idea inspiradora, no puede obedecer a criterios miméticos o de automatismo sino que, por el contrario, el concesionario habrá de probar la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente en su sentido propio.

Contrato de concesión. Pactos excluyentes de indemnización por denuncia unilateral.—La jurisprudencia ha declarado la licitud de los pactos excluyentes de indemnización en los contratos de concesión de duración indefinida para el caso de extinción del contrato por denuncia unilateral de cualquiera de las partes. Esto es, el pacto de renuncia a toda indemnización para el caso de rescisión unilateral por cualquiera de los contratantes forma parte del ámbito de autorregulación de intereses de los intervinientes.

Contrato de concesión. Pactos excluyentes de indemnización: extensión a clientela.—Los rotundos términos del pacto excluyente de indemnización, disponiendo que el ejercicio de la facultad de rescisión, sin necesidad de motivación alguna, no daba derecho a ninguna indemnización, permiten considerar comprendida también en la exclusión la indemnización o compensación por clientela. (STS de 3 de diciembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La entidad mercantil V., S.L. interpuso demanda contra las compañías mercantiles R.E.C., S.A. y R. F., S.A. reclamando, entre otros pedimentos, las indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de la extinción del contrato de concesión de automóviles que le ligaba a las partes. El Juzgado de Primera Instancia número Diez de Madrid estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por ambas partes, la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de la parte actora y estimó parcialmente el planteado por los codemandados. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (N. D. L.)

49. Contrato de corretaje. Revocación: admisión y requisitos.—La revocación, entendida como declaración unilateral y recepticia de la voluntad dirigida a dar por válidamente extinguido entre las partes el vínculo contrac-

tual, es aplicable como causa de extinción al contrato de corretaje, siempre que concurra una verdadera voluntad revocatoria y de que la misma responda a una justa causa.

Contrato de corretaje. Revocación: justa causa.—En orden a la apreciación de una justa causa en la decisión revocatoria, ha de tenerse en cuenta que la razón de ser de la revocabilidad se encuentra en que los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos producen una relación jurídica basada en la confianza mutua de las partes. De ahí que su pérdida o disminución abra la posibilidad de extinguirla a instancia de cualquiera de ellas, y, en particular, en el caso del mandante o comitente, por medio de la revocación. No se puede continuar en el mantenimiento del mandato después de una falta de confianza como la que, en buena lógica, cabe anudar a una actuación desleal o contraria a la buena fe por parte del mandatario. En suma, esta facultad de desistimiento unilateral, que es excepcional en el marco de las relaciones contractuales de carácter bilateral, se explica por la naturaleza de esta figura negocial, basada en la recíproca confianza.

Contrato de corretaje. Revocación: indemnización.—La revocación no es un hecho que por sí mismo, genere en la contraparte el derecho a ser indemnizada a menos que se pruebe que la revocación fue arbitraria. Es doctrina constante que la revocación, a la luz del artículo 279 CCom, no conlleva más derechos que los devengados por los negocios en los que se haya mediado con anterioridad a que se pusiera en conocimiento del mediador dicha voluntad revocatoria, estando la indemnización reservada a casos en que la denuncia unilateral se torna en abusiva o contraria a la buena fe. No siempre que se extingue un contrato basado en la confianza mutua procede la compensación económica. Solo en los casos en que la resolución unilateral del contrato haya vulnerado el plazo de preaviso pactado, se muestre contraria a las exigencias de la buena fe contractual o sea abusiva, cabe admitir la procedencia del derecho a la indemnización; pero en tales casos su fundamento se ha de buscar, bien en el incumplimiento de lo acordado en punto al modo en que debía de realizarse la denuncia unilateral, bien en la omisión de la buena fe que modula el contenido de la relación negocial, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 CCom y en el artículo 1.258 CC (en uno y otro caso se advierte, en definitiva, la existencia de un incumplimiento contractual), bien, en fin, en el ejercicio abusivo o malicioso de un derecho que da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.1 y 2 CC. Doctrina que no obsta a que, llegado el caso, el desistimiento se acompañe de una compensación para evitar un eventual enriquecimiento injusto del comitente. (STS de 15 de noviembre de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La entidad mercantil S.I.I., S.L. interpuso demanda contra H.P., S.A., solicitando se declare resuelto el contrato que las ligaba denominado «exclusiva de ventas» y se condene a la demandada al abono de ciertas cantidades por indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Marbella estimó parcialmente la demanda declarando resuelto el contrato. Recurrida en apelación por ambas partes litigantes, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Málaga desestimó sendos recursos. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación instada. (N. D. L.)

50. Contrato de distribución. Pacto de extinción voluntaria: validez.—La posibilidad de que la relación contractual se extinga por voluntad de una de las partes de la misma, exteriorizada y eficaz conforme a las reglas de las declaraciones recepticias, está admitida en nuestro ordenamiento en determinados casos, en unos libremente y en otros con el cumplimiento de ciertos requisitos. En concreto, en los contratos de distribución, se reconoce la validez del pacto por el que se atribuye a cualquiera de los contratantes la facultad de extinguir unilateralmente una relación contractual del tipo y con la indeterminada duración de la que vinculaba a las sociedades litigantes, sin necesidad de un incumplimiento previo de las obligaciones convenidas y siempre que su ejercicio no resulte extralimitado a la luz del estándar de comportamiento que sanciona el artículo 7 del CC.

Contrato de distribución. Pacto de extinción voluntaria: ejercicio.—El ejercicio de esta facultad de provocar la extinción, que asiste a ambas partes, no requiere la invocación ni menos la prueba de una justa causa, por más que haya de ajustarse, por imperativo de lo dispuesto en preceptos como los artículos 7, apartado 1, y 1.258 del CC, a la buena fe en sentido objetivo, que, consistente en el deber de observar un comportamiento honesto y leal, ajustado a los cánones éticos imperantes, integra las relaciones contractuales y se requiere en el ejercicio de los derechos y que solo una resolución o un desistimiento que implique un ejercicio abusivo o constituya una conducta desleal puede ser tenido en cuenta para, en tales casos, fundar una indemnización por los daños que este comportamiento pueda haber generado.

Contrato de distribución. Pacto de extinción voluntaria: validez del pacto de exclusión del derecho a indemnización.—La jurisprudencia ha destacado que es válido y vinculante el pacto de exclusión del derecho a la indemnización de daños y perjuicios causados por el ejercicio de dicha facultad de denuncia, siempre que no consten superados los límites señalados a la potencialidad normativa creadora del interesado. Puesto que, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de agencia, cuya normativa imperativa (art. 3.º 1 de la Ley 12/1991, de 27 de mayo) veda la renuncia anticipada de la denominada indemnización por clientela (art. 28), en el contrato de concesión o distribución nada obsta al pacto por el cual las partes excluyen toda indemnización para el supuesto de resolución unilateral mediante el preaviso. **(STS de 30 diciembre de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Las entidades L., SL y C. Y G. SL interpusieron demanda contra N.M.E. SA al entender que la denuncia de los contratos que les ligaba carecía de justificación y, consiguientemente, solicitaron la condena de la misma a indemnizarles de los daños y perjuicios que les había causado, incluida una compensación por clientela. El Juzgado de Primera Instancia número Setenta y tres de Madrid estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por ambas partes, la Sección 21.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de la parte demandada y desestimó el de la parte actora revocando la sentencia de instancia y absolviendo a la demandada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (N. D. L.)

51. Cooperativas. Capacidad autoorganizativa: principio de interferencia mínima.—El respeto a la capacidad autoorganizativa de las cooperativas atribuye a estas el derecho a autorregular el procedimiento de exclusión de socios, limitándose el control judicial al examen de la razonabilidad de las decisiones adoptadas por los órganos internos con los que los propios socios cooperativistas se han dotado para la resolución de los conflictos internos, pero sin suplantarlos, siendo aplicable, bien que de forma matizada, el principio de interferencia mínima. El control judicial se despliega con toda su intensidad en aquellos extremos en los que la norma impone de forma imperativa ciertos límites a la voluntad de los particulares, en cuyo caso debe examinarse si las decisiones de los órganos internos se ajustan a la previsión legal, sin sumisión al principio de intervención mínima que cede frente a la norma cogente, máxime cuando se trata de la expulsión o exclusión de socios, materia en la que las normas específicas.

Cooperativas: notificación de sanciones.—Las resoluciones adoptadas en los expedientes disciplinarios no solo sean adoptadas sino también notificadas dentro del plazo de los cuatro meses siguientes al de su incoación, con arreglo al artículo 18.2 de la Ley 27/1999, de Cooperativas, siendo procedente la declaración de nulidad de aquellas que fueron comunicadas transcurrido dicho periodo de tiempo, ya sea porque la decisión se adoptó después de agotado el plazo, ya sea porque habiéndose adoptado temporáneamente su notificación resulta extemporánea. (STS de 25 de noviembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—Don P., don R. y doña V. interpusieron demanda contra las resoluciones del Consejo Rector de la entidad C.R.C., S.C.C. que acordó la expulsión de los demandantes y las del Comité de Recursos que confirmaron aquellas solicitando su nulidad por entender prescritas las infracciones. El Juzgado de Primera Instancia número Nueve de Las Palmas de Gran Canaria desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Las Palmas estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (N. D. L.)

52. Ineficacia establecida en el artículo 878.2 CCO.—La ineficacia establecida en el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio no alcanza a los actos que correspondan al giro y tráfico ordinario del quebrado, ni tampoco a aquellos actos que resulten beneficiosos para el quebrado y los acreedores o al menos no causen lesión o perjuicios a estos.

Retroacción de la quiebra.—El período de retroacción previsto en el artículo 1024 del Código de Comercio de 1829, vigente hasta la Ley Concurusal, trataba de evitar fraudes y perjuicios injustificados a los acreedores, consiguiendo que el patrimonio del quebrado en su garantía de los acreedores se correspondiera con el del momento real de su quiebra, luego declarada judicialmente. Se pretendía asegurar la *par condicio creditorum* y preservar la integridad del patrimonio del quebrado. (STS de 14 de diciembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El proceso versa sobre el alcance de la retroacción de la quiebra *ex* artículo 878.2 CCO de 1885. Concretamente se refiere a un supuesto de rescisión de un contrato de arrendamiento

financiero, en la modalidad de *leasing* inmobiliario, sobre una finca con una nave incorporada, que se produjo dentro del período de retroacción de la quiebra de la entidad arrendataria, y que se acordó en un proceso declarativo en virtud de demanda de la entidad arrendadora, en el cual estuvo rebelde la entidad deudora, entonces en estado de suspensión de pagos, y no intervinieron los interventores judiciales de la suspensión que conocían la existencia del litigio. Se pretende mediante la acción ejercitada la reintegración a la masa activa de los bienes objeto del arrendamiento financiero para ejercitar la opción de compra, previas las nulidades correspondientes de la rescisión y la sentencia que la declaró.

La comisión liquidadora de la entidad X interpuso demanda contra el Banco Z, en cuya posición procesal se produjo sucesión por la entidad S. Se solicita que se declare: 1) la nulidad absoluta de la rescisión del contrato de *leasing*; 2) la pertenencia del inmueble objeto del litigio a la masa de la quiebra de X, con el fin de satisfacer los créditos de los acreedores y cumplir el convenio alcanzado en los autos de quiebra; 3) se condene a la entrega del inmueble. Subsidiariamente, de no ser acogida esta pretensión, se solicita: a) que se declare que el Banco Z se ha enriquecido injustamente a costa del empobrecimiento de X; b) que se declare que el Banco Z debe la diferencia entre la deuda de *leasing* del inmueble y su valor actual; c) que se condene al demandado al pago de dicha cantidad más los intereses legales correspondientes.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Los argumentos fundamentales de la sentencia son: a) no procede la reintegración a la masa de la quiebra de la nave y terreno objeto del contrato de *leasing* porque la entidad demandante, al no haberse ejercitado la opción pactada, no era propietaria, por lo que no puede ejercitar ahora dicha acción de reintegración; b) la sentencia dictada en el pleito anterior en la que se declaró resuelto el contrato de arrendamiento financiero produce el efecto positivo o preclusivo de la cosa juzgada *ex* artículo 222.4 LEC, por lo que ninguna consideración puede hacerse respecto del contenido de las cláusulas contractuales y su posible nulidad por vulnerar el principio de autonomía contractual e imposición de sus cláusulas a una de las partes; c) no cabe aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa porque hay un vínculo contractual y tener, además, carácter excepcional; d) no es apreciable abuso del derecho al haber actuado el Banco Z, en el ejercicio de la acción de resolución, dentro de los parámetros permitidos por el contrato y la legalidad vigente.

La AP desestima igualmente el recurso de apelación planteado por la Comisión Liquidadora de la entidad X, en base a los siguientes argumentos: 1) la naturaleza jurídica del contrato de *leasing* es la de un contrato complejo y atípico en el que la propiedad se conserva por el arrendador hasta que se ejercite la opción de compra; 2) cuando se trataba de un contrato bilateral pendiente de ejecución, la declaración de suspensión de pagos o quiebra en el régimen anterior a la Ley Concursal de 2003, no determinaba la pérdida de la facultad de la resolución del contrato (art. 61 LC), pero tampoco la pérdida de la facultad de resolución del contratante cumplidor frente al incumplidor (art. 62 LC); 3) tanto para la quiebra como

para la suspensión de pagos se regulaban los derechos de los mal llamados «acreedores de dominio» y la reintegración a los mismos de los bienes ocupados por el deudor (arts. 908 y ss. CCO y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos); 4) la declaración de nulidad del artículo 878.2 CCO de 1885 se refiere a los actos propios del ejecutado con libertad de actuación pero no alcanza a la prestación debida por sentencia condenatoria ni a la realización forzosa de los bienes del quebrado por el Juez; 5) el bien cedido en arrendamiento financiero era propiedad de la demandada al tiempo de la suspensión de pagos y de la quiebra; 6) el incumplimiento de las obligaciones de pago por cesionario facultaba al cedente para interesar la resolución del contrato y podía optar entre reclamar el pago de las cuotas devengadas o anticipar el vencimiento de los aplazados; 7) la intervención de la suspensión de pagos conoció la pretensión de restitución y permaneció pasiva, no interviniendo en el proceso de rescisión; 8) la pretensión de rehabilitar la vigencia del contrato para poder ejercitar la opción supone un sacrificio injustificado para el arrendador financiero y supone una conducta abusiva de la recurrente; 9) no es aplicable la doctrina del enriquecimiento injusto porque no se da el desplazamiento patrimonial del arrendatario al arrendador; 10) no se ha demostrado convivencia alguna del recurrido con el cesionario en el proceso declarativo de resolución del contrato financiero (en el que el deudor en suspensión de pagos permaneció en situación procesal de rebeldía).

La entidad actora interpone recurso de casación. En primer lugar, alega la infracción del artículo 878 CCO, que establece un supuesto de nulidad radical para los actos de dominio y administración del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra. Señala el TS que resulta ineludible para que pueda prosperar la invalidez pretendida que la impugnación se refiera a un acto de dominio o administración del deudor, y que el acto haya supuesto una minoración injustificada para el patrimonio de los acreedores. En este caso, ni se dice cuál es el acto del deudor, ni hay soporte fáctico para entender que la extinción del contrato de arrendamiento financiero supuso entonces un perjuicio para el patrimonio del deudor. Incluso aunque cupiera hablar de la existencia de un acto del deudor, es preciso que constase la existencia del perjuicio. Por otro lado, según el TS, se deben tener en cuenta dos aspectos más. Uno se refiere a que en el contrato de arrendamiento financiero se preveían las causas de resolución relativas a la quiebra y la suspensión de pagos, y el contrato es de fecha anterior al período de retroacción de la quiebra. Y el segundo tiene que ver con que el proceso de rescisión se produjo durante el procedimiento de suspensión de pagos y fue conocido por los interventores de la suspensión, que por la razón que fuere no intervinieron en el mismo. Por todo lo anterior, el TS acaba desestimando el recurso de casación planteado por la actora. (*S. L. M.*)

53. Derecho concursal. Clasificación de créditos concursales.—Los créditos por retenciones por IRPF contra el deudor correspondientes a rentas o salarios abonados con anterioridad a la declaración del concurso, con inde-

pendencia del momento de conclusión del plazo para el ingreso, constituyen créditos concursales. De la normativa tributaria se deduce que el momento de nacimiento del crédito en favor de la Hacienda Pública por retenciones por el IRPF, que es la fecha del abono de las rentas o salarios, es el elemento que determina que el crédito tenga carácter concursal si el abono se ha producido con anterioridad a la declaración del concurso, aunque el plazo establecido por las normas tributarias para la liquidación o el ingreso haya concluido con posterioridad. La legislación concursal obliga a estar a la fecha del nacimiento de la obligación y la fijación de este momento como determinante del carácter concursal o contra la masa del crédito correspondiente constituye una garantía del mantenimiento del principio de igualdad entre los acreedores del concursado. En aplicación de la disposición adicional 8.^a de la Ley General Tributaria, este principio no puede verse alterado en función de principios del Derecho tributario, sino que estos deben ceder para hacer posibles los principios del Derecho concursal. Paralelamente, el TS afirma que el art. 96.3 LC obliga a que la disconformidad con la clasificación de los créditos hecha por la administración concursal se haga patente mediante la oportuna impugnación de la lista de acreedores en los diez días siguientes a la notificación efectuada al acreedor interesado, de forma que la falta de impugnación en plazo determina la pérdida del derecho a plantear pretensiones de modificación del contenido de estos derechos. **(STS de 31 de enero de 2011; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El litigio se inicia con la presentación por parte de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y de la Administración Concursal de una demanda de incidente concursal con el fin de que se reconociera que uno de los créditos a su favor existente en relación con un proceso concursal ya iniciado tenía la consideración de crédito contra la masa, y no de crédito concursal, clasificación que figuraba en el informe definitivo de la administración concursal. Subsidiariamente solicitaba que se le reconociera con el privilegio general del art. 91.2 LC.

El Juzgado rechazó ambas pretensiones.

Contra dicha sentencia recurrió en apelación la actora. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso en cuanto atribuye la condición de crédito contra la masa al nacido de las retenciones practicadas en un determinado periodo, correspondiente con el salario de una mensualidad vencida con posterioridad a la declaración de concurso. En relación con la petición subsidiaria, la Audiencia Provincial ratifica la decisión de primera instancia.

La parte actora formula recurso de casación contra dicha sentencia. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte a este recurso, casado y anulando en parte la referida sentencia de apelación. En su lugar, se estima parcialmente el recurso de apelación y la demanda, accediendo a la pretensión subsidiaria y reconociendo como créditos con el privilegio general del artículo 91.2 de la Ley Concursal las retenciones por IRPF de los salarios correspondientes a varias mensualidades anteriores a la declaración de concurso. *(G. M. A.)*