

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, M.<sup>a</sup> Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Gemma MINERO ALEJANDRE, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Laura ZUMAQUERO GIL.**

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

### DERECHO CIVIL

#### PARTE GENERAL

**1. Culpa extracontractual: el plazo de prescripción de la acción es improrrogable.**–La sentencia hace un análisis detallado de la prescripción y llega a la conclusión de no considerar prescrita la acción porque, aun habiéndose formulado la demanda una vez transcurrido el término de un año previsto en el artículo 1968 del Código Civil, este hecho no resulta «trascendente ni esencial los escasos y exiguos días que transcurren entre dos tramos de la prescripción cursada –cinco días y siete días respectivamente– puesto que la parte demandante manifestó su voluntad de exigir a las demandadas las responsabilidades derivadas del evento dañoso».

Lo cierto es que son hechos probados de la sentencia que en dos ocasiones tuvo lugar la misma por haber transcurrido el plazo de un año previsto para las

obligaciones derivadas de culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902 del CC, y una cosa es que el plazo de prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (STS 22 de febrero 1991). El plazo prescriptivo es improrrogable y lo propio sucede con los iniciados en virtud de interrupciones anteriores como es el caso, y sería contrario a la seguridad jurídica distinguir entre pequeñas y grandes demoras, algo que no tiene el mínimo apoyo legal ni jurisprudencial, por lo mismo que siempre se ha negado la posibilidad de interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (SSTS de 17 abril 1989; 26 septiembre 1997; 26 de febrero 2002). (**STS de 16 de marzo de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La actora ejercita acción de responsabilidad extracontractual por los daños sufridos a raíz de varias intervenciones quirúrgicas realizadas por el demandado, médico de una mutua de accidentes con la que la demandante tenía concertado un seguro. El resultado de esas intervenciones, justificadas por un accidente laboral, desembocó en una incapacidad permanente absoluta así reconocida por la Seguridad Social. El núcleo del litigio se centra en la prescripción de la acción interpretada en términos laxos por el Juzgado y la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación interpuestos por el médico y la mutua de accidentes. (*R. G. S.*)

**2. Responsabilidad extracontractual. Interrupción del plazo de la prescripción extintiva.**—El artículo 1973 CC, aplicable en materia de prescripción de acciones personales, otorga el efecto de interrumpir el plazo de prescripción a la interposición de una reclamación judicial, como acto de naturaleza conservativa que tiene como finalidad la defensa del propio derecho. Como indica la STS 30 de septiembre de 2009, la doctrina civilista ha estado dividida desde la publicación del CC acerca del efecto interruptor de una demanda que después se retira. La tesis de la negación de tal efecto fue la tradicional, porque se consideraba que abandonar el pleito o dejarlo caducar podía significar dos cosas: o que se reconocía que no se tenía derecho, o que se había producido una negligencia en la reclamación. La doctrina más moderna considera, sin embargo, que se ha producido la interrupción, al haberse ya ejercitado la acción. El Tribunal Supremo ha venido manteniendo una tesis mixta entre las dos descritas, de acuerdo con la cual, si la demanda había sido ya comunicada a la parte demandada, de modo que ésta conocía la reclamación, se habría producido el efecto de la interrupción. (**STS de 25 de mayo de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Álvaro interpuso demanda para obtener indemnización de los daños y perjuicios derivados de la interposición de una querrela. El actor se vio implicado, como querrellado, en un proceso sobre estafa y falsedad de documentos públicos, mercantiles y privados, instado por la sociedad de la que había sido administrador. El proceso penal concluyó con sentencia absolutoria. La Audiencia se pronunció expresamente sobre el carácter no

temerario de la querrela para no imponer las costas. La indicada demanda se dirige contra uno de los socios de la entidad querellante, socio mayoritario al que se le atribuye estar tras la formulación de la querrela. La acción se basa en el abuso del derecho y ejercicio antisocial del mismo y en el artículo 1902 CC y se invoca la doctrina de levantamiento del velo. En la contestación a la demanda, el demandado alegó prescripción y se opuso, en cuanto al fondo, a la pretensión deducida. Se alegó que la prescripción no se había interrumpido aunque el actor promovió con anterioridad al presente litigio otro de objeto idéntico, en el que se formuló declinatoria, que fue estimada, pues el actor se personó ante el Juzgado competente fuera de plazo y se le tuvo por desistido de la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Entiende el juez que hay prescripción porque el desistimiento no fue forzoso, sino atribuible al actor. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó. A mayor abundamiento, examina someramente el fondo y declara que no se ha acreditado la intervención del demandado en la interposición de la querrela, ni el carácter temerario de la misma. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto al entender que no existió prescripción.

NOTA.—Operan a favor de la doctrina jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo en esta sentencia la procedencia de interpretar la prescripción con criterios restrictivos (SSTS de 20 de octubre de 1988., 30 de septiembre de 1993, 16 de enero de 2003, 2 de noviembre de 2005) y el hecho de que, en materia de prescripción de acciones, el Código Civil no contiene una norma semejante al artículo 1946.2.º CC, referido a la prescripción del dominio y demás derechos reales, o al artículo 944 Código de Comercio, que, de forma explícita haga perder la eficacia interruptora a la interposición de una demanda de la que después se desiste. (M. C. L. J.)

**3. Interrupción de la prescripción. Aplicación de la regla sobre interrupción de la prescripción, contenida en el artículo 1973 CC, a los contratos mercantiles.**—«[...] la jurisprudencia de esta Sala ha considerado con reiteración que la regulación sobre la interrupción extrajudicial de la prescripción contenida en el artículo 1973 CC no sólo es aplicable a los contratos civiles, sino también a los mercantiles, sin perjuicio de la vigencia del artículo 944 CCom». (STS de 8 de abril de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La mercantil C., S.A. ejercita acción de reclamación de cantidad frente a E., en el marco de la ejecución de un contrato de obra, por el aumento de obra realizado sobre determinada construcción de viviendas de protección oficial y la urbanización de las respectivas zonas. La parte demandada solicita la desestimación de la demanda con fundamento en la prescripción de la acción ejercitada. Subsidiariamente, para el caso de no ser admitido este pedimento, solicita la desestimación de la demanda en base a la no aprobación por la propiedad del aumento de obra realizado por la contraparte.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta pese a considerar que la interrupción de la prescripción se

había producido. El Juzgado consideró que no se había documentado el aumento de obra en la forma pactada, por lo que su precio no era exigible. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto al considerar que había prescrito la acción, no siendo aplicable la interrupción extrajudicial del plazo de prescripción contenido en el artículo 1973 CC a los contratos mercantiles. La parte demandante en la instancia interpone recurso de casación.

NOTA.—La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene admitiendo la aplicación del plazo de interrupción de la prescripción del artículo 1973 CC a los contratos mercantiles, con fundamento en la remisión que el propio Código de Comercio realiza al derecho común en esta materia, a lo que se suma el carácter natural de las causas de interrupción de la prescripción recogidas en el citado precepto, lo que permite uniformizar el régimen de interrupción de la prescripción en este sentido. (*L. Z. G.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

**4. Declaración de fallecimiento.**—«El hecho de que la declaración de fallecimiento establezca la probabilidad de la muerte del desaparecido, sin excluir la posibilidad de que el mismo siga vivo, no impide que nuestro ordenamiento vincule a la misma importantes consecuencias jurídicas —en los órdenes familiar y patrimonial: artículos 85 y 196 del Código Civil—, que no hay razón, en defecto de pacto, para no extender también al ámbito del seguro». (**STS de 18 de junio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—La parte actora, viuda de don C.M, interpone demanda frente a la compañía aseguradora A.L.I.C., S.A., solicitando se le abone la indemnización correspondiente por el fallecimiento de su esposo, tal y como se previó en el contrato de seguro, para el caso de morir «por una causa violenta y externa». La demandante alega que su difunto esposo había fallecido por la caída al mar, desde su embarcación, con la que salió a pescar, por causa desconocida. Según varios testigos la embarcación de su marido colisionó con un acantilado sin que hubiera nadie a bordo. Aunque su cadáver nunca llegó a recuperarse, a pesar de su incesante búsqueda, su fallecimiento fue declarado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 194.2 del Código Civil. La compañía aseguradora alegó que no había quedado demostrado que don C.M. hubiera fallecido ni caído al mar y, mucho menos, cuál fue la causa del supuesto fallecimiento. Por ello negó que se dieran las circunstancias precisas para entender que concurría la causa que da derecho a la correspondiente indemnización pactada, ya que no es posible fundar en la presunción de muerte otra presunción como la de que aquélla había sido causada por un accidente, a los efectos del seguro contratado. La compañía aseguradora pagó por la muerte del cónyuge, que era uno de los riesgos cubiertos; pero se negaba a pagar por el otro riesgo cubierto, el caso de accidente.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró que el fallecimiento había tenido lugar mientras don C.M. navegaba solo en la embarcación de su propiedad, por lo que, de no quedar demostrada la relación causal con alguna patología física o psíquica, debía considerarse que fue la inmersión en el agua la causa de la muerte. La Audiencia Provincial consideró que el fallecimiento de don C.M. había quedado sobradamente demostrado, no solamente por la presunción contenida en los artículos 34, 195 y 195 del Código Civil, sino también por la prueba practicada y los propios actos de la demandada en la instancia, que había cumplido la prestación que debía por la muerte del mismo asegurado, pactada como siniestro. La compañía aseguradora interpone recurso de casación.

NOTA.—El artículo 194 del Código Civil establece la posibilidad de solicitar la declaración de fallecimiento de una persona para el caso de que no se tengan noticias de ella y en el momento de la desaparición se encontrase a bordo de una nave naufragada, o para el caso de que hubiera desaparecido por inmersión en el mar, siempre y cuando hubieran transcurrido tres meses desde la comprobación del naufragio o de la desaparición, sin haberse tenido noticias de aquélla. Se entenderá que se ha producido el naufragio siempre y cuando la nave no llegue a su destino habiendo transcurrido seis meses desde las últimas noticias o desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje.

A partir de la redacción de este precepto es perfectamente posible declarar el fallecimiento de una persona, a pesar de que no haya aparecido su cadáver, siempre y cuando quede sobradamente demostrado que ha tenido lugar el hecho de la desaparición en las circunstancias que recoge el precepto. El supuesto de hecho de la norma hace referencia al transcurso de tres meses desde las últimas noticias y a que la desaparición se haya producido como consecuencia de un suceso que suponga un riesgo para la vida de los contenidos en el precepto; que no es más, en este caso, que el de la existencia de un accidente fatal como consecuencia de encontrarse a bordo de una nave naufragada. Lo que debe acreditarse, por tanto, es la concurrencia de estos requisitos legales: transcurso del plazo establecido legalmente y prueba de que la persona que va a ser declarada fallecida se encuentra desaparecida como consecuencia de una inmersión en el mar o de un viaje a bordo de una nave naufragada, lo que permitirá, automáticamente, declarar a una persona como fallecida.

La declaración de fallecimiento producirá como consecuencia la apertura de la sucesión del declarado fallecido, así como la disolución del matrimonio. No obstante, la regulación de estos dos únicos efectos no impedirá que las partes en un contrato de seguro puedan acordar el pago de la prestación como mero efecto de la declaración de fallecimiento. (*L. Z. G.*)

**5. Vulneración del derecho al honor y a la propia imagen.**—Cuando no exista consentimiento para la reproducción de la imagen de una persona, al ser publicada con fines distintos a los acordados, no resultando a su vez accesoría respecto a la información publicada, sino de carácter principal, y siendo

además deshonrosa para la persona el contenido de la publicación o su finalidad, se producirá una clara intromisión ilegítima no sólo en el derecho a la imagen, sino también en el derecho al honor de la persona. (STS de 2 de junio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Doña S., profesional del ejército, cede su imagen para la publicación de un folleto, cuya finalidad era el reclutamiento de nuevos miembros. Con posterioridad a dicha publicación, determinada revista publica la imagen de la citada profesional en un reportaje, cuya intención era claramente desprestigiar la imagen del gobierno, del ejército y con ella, la de doña S., al ser el titular del reportaje el siguiente: «Da un paso más al INEM», tras el que se quería poner de manifiesto el despido de veteranos militares y el reclutamiento de extranjeros para cubrir dichas plazas a un coste menor.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta por doña S. sobre intromisión ilegítima en su derecho al honor y a la imagen, condenando a la revista a pagar una indemnización por daño moral. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados en la instancia, al considerar que la imagen no tomaba carácter principal de la noticia, no siendo desmerecedora de su persona, ni teniendo relación especial con el objeto de la captación. La parte demandante en la instancia interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

NOTA.—El Tribunal Supremo en la Sentencia que anotamos se pronuncia sobre una posible intromisión ilegítima en el derecho al honor y la imagen de una militar, que había cedido su imagen al Ministerio de Defensa con la intención de hacer uso de ella para campañas de reclutamiento, enseñanza militar y captación. Su imagen había sido utilizada por un medio periodístico con una finalidad totalmente distinta a la cedida, puesto que se buscaba una total crítica y burla hacia la institución del Ejército del que ella formaba parte, lo que podría atentar, por el contenido de la información, contra su honor profesional, y poner así en peligro su futura carrera.

El Tribunal Supremo considera que en casos como éste el mismo hecho de utilización ilegítima de unas imágenes, que no tienen el carácter de accesorias para el contenido de la información, pueden llegar a provocar no sólo el resultado de intromisión ilegítima en el derecho a la imagen, sino también una posible infracción en el derecho al honor, siempre y cuando la imagen transmitida se considere deshonrosa para la persona, en atención al titular que las acompaña. (L. Z. G.)

**6. Intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de una menor.**—La publicación de la imagen de una menor, en un medio de comunicación, que sea perjudicial a sus intereses constituye intromisión ilegítima en su derecho a la imagen. (STS de 31 de mayo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Por la parte actora, representantes legales de una menor, se interpone demanda sobre intromisión ilegítima en el

derecho a la imagen de la menor al haberse publicado en un medio de comunicación, sin consentimiento de los progenitores y por dos veces, la imagen perfectamente identificable de la menor, en un contexto desagradable, en el que la menor aparecía señalando la puerta donde supuestamente se había descubierto un grupo terrorista. El titular de la noticia era el siguiente: «Al Qaeda amenaza con convertir España en un infierno. Juramos por Alá que haremos fluir vuestra sangre como ríos». Según el informe médico presentado por los padres la menor ha padecido, tras ver su imagen, un cuadro de ansiedad y miedo ante las posibles represalias.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y condena al periódico al pago de una indemnización por daños y perjuicios de carácter moral, además de condenarles con la prohibición de no volver a hacer uso de la fotografía, y la publicación del contenido íntegro de la sentencia. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el periódico. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

NOTA.—La doctrina jurisprudencial en caso de conflicto entre el derecho a la imagen y el derecho a la información hace prevalecer aquél sobre éste en aquellos casos en que la imagen de la persona es captada y publicada, sin su consentimiento, en un medio de comunicación, no teniendo aquélla un carácter meramente accesorio ni accidental, y pudiendo ser la persona perfectamente reconocida al no aparecer difuminada la imagen.

En el caso de menores, la especial protección que les dispensa la Constitución, la Ley de Protección Jurídica del Menor y la normativa internacional hacen que haya que ser más cautelosos con la información que se suministra. Así, el artículo 4.3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor señala que constituye intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de la menor la utilización de sus imágenes en los medios de comunicación cuando ésta sea contraria a sus intereses, debiendo primar en todo caso el interés superior del menor. Esta intromisión tendrá una carga mayor de ilegitimidad cuando no existe el consentimiento de los progenitores como en este caso sucede (SSTS de 11 de marzo de 2009 [RJ 2009/1638], 13 de julio de 2006 [RJ 2006/4969]), lo que no significa que existiendo el citado consentimiento no pueda originarse una intromisión ilegítima en su derecho a la imagen (SSTS de 14 de mayo de 2009 [RJ 2009/3175]), 12 de julio de 2004 [RJ 2004/4374]. (L. Z. G.)

**7. Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la imagen de personaje público.**—La captación y publicación de la imagen de un personaje público, sin su consentimiento, junto a su pareja sentimental, en un lugar abierto al público, pero de difícil acceso, debe considerarse un supuesto de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y la imagen, siempre y cuando no exista interés informativo en el hecho noticiable.

**Criterios de cuantificación de la indemnización por daño moral.**—«[...]la sentencia recurrida atiende para fijar la indemnización a los datos probados referidos al precio pagado por unas y otras fotos, según fuera de la actora o del codemandante, y el efecto de difusión ulterior mucho mayor

respecto de ella que de él; a que la tirada de la revista no se agotó, y a que lo pagado por las fotos fueron 12.800 euros, 1800 por las del actor y el resto por las de la actora; que hubo una mayor difusión en Internet a través de la página web de Zeta Digital, S.L., con la facilidad que ello supone para que puedan ser insertadas en otras páginas, y que, en definitiva, se incluyó a la modelo en la lista de “Chicas entrevistadas”, cuando tal calificación más bien está reservada a las fotos de portada, es decir, fotos consentidas». (STS de 24 de mayo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr D. José Antonio Seijas Quintana.]

**HECHOS.**—Los actores, cantante y modelo de profesión, interponen demanda por intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad y a la imagen, como consecuencia de la captación de sus imágenes, sin previo consentimiento, en una playa pública de difícil acceso, en las que aparecía ella sin la parte superior del bikini y él desnudo; fotografías que fueron publicadas en una revista de tirada nacional, así como en la página web de la revista. Todo ello originó la incorporación de estas imágenes en diversas webs pornográficas.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda en atención a que se trataba de unas imágenes de personajes públicos en actitud desinhibida, captadas en un lugar abierto al público como es una playa pública no desierta. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por los actores en la instancia al considerar que existía intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad y a la imagen. Considera la Audiencia que existe tal intromisión porque las imágenes fueron captadas sin el consentimiento de los actores, y aunque se tomaron en un lugar público, lo cierto es que el suceso no tiene trascendencia pública alguna, siendo indiferente que se tratase de personajes públicos o que su actitud fuese desinhibida. Interpuesto recurso de casación por la revista, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

**NOTA.**—La doctrina jurisprudencial más reciente en materia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la imagen otorga prevalencia a estos derechos por encima del derecho a la libertad de información en los casos en que la información e imagen publicadas no tengan interés general alguno, a pesar de versar sobre personajes públicos y de que las imágenes fueran captadas en un sitio público. A estos efectos se considera lugar abierto al público todo aquél que impida preservar de algún modo la intimidad o determinados aspectos de la imagen (SSTS 1 de diciembre de 2011 [RJ 2011/60877], 16 de noviembre de 2009 [RJ 2010/660]).

El que la imagen haya sido captada en una playa pública no significa que ya de por sí nos encontremos ante un lugar abierto al público, puesto que si se trata de una playa de difícil acceso ya no reunirá tal condición, al tratarse de un lugar recóndito o apartado (SSTS de 12 de junio de 2009 [RJ 2009/3392], 28 de noviembre de 2008 [RJ 2009/1352]). (L. Z. G.)

**8. Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal.**—En caso de publicación de noticias relacionadas con la identificación de miembros de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o Agentes de Policía Autonómica, como puede ser el caso de los ertzainas, no parece prudente



identificar a estos agentes a través de un medio periodístico, teniendo en cuenta la función que desempeñan; sobre todo en atención a estos últimos, que a mayor abundamiento residen en poblaciones próximas al País Vasco, pero fuera de su territorio, para evitar riesgos sobre su propia vida, perturbaciones a su familia y rechazo social. La prudencia impone a la agencia que da la noticia el no facilitar unos datos que de todo punto resultan innecesarios para difundir la misma. (**STS de 29 de junio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—Un ertzaina presenta demanda de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad por la publicación de un reportaje, en el que constaba su identificación con nombre y apellidos, en relación a una noticia sobre la detención de varios miembros de la banda terrorista ETA, que habían recibido el encargo de seguirlo con la finalidad de atentar en un futuro contra él. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda al entender que había existido una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad, condenando a cada uno de los medios de información demandados al pago de una indemnización de 3600 euros. La Audiencia Provincial confirmó íntegramente la sentencia apelada con base en los siguientes fundamentos: que se identificaba en la noticia a una persona particular sin proyección pública alguna; que la noticia comportaba un evidente riesgo físico para su persona; que el propio demandante había adoptado medidas de precaución para evitar riesgos hacia su persona; que no habría perdido sustancia la noticia de haberse omitido el nombre; que no cabe aplicar la doctrina del reportaje neutral; que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer determinada información. Interpuesto recurso de casación por la parte demandada en la instancia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

**NOTA.**—La doctrina de nuestro Alto Tribunal es clara en ese sentido al considerar que el derecho a la intimidad es propio de la dignidad de la persona e 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. Sin embargo, considera que tampoco es un derecho absoluto pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte sea necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo (SSTC 57/1994, de 28 de febrero [RTC 1994/57], 9 de mayo de 1994 [RTC 1994/143], 10 de abril de 2000 [RTC 2000/98], 10 de julio de 2000 [RTC 2000/98], 2 de julio de 2001 [RTC 2001/156], 3 de abril de 2002 [RTC 2002/70], 27 de marzo de 2006 [RTC 2006/89]).

En la Sentencia que anotamos la condición de funcionario público del ertzaina no supone que la información vertida sobre su identidad quede justificada en aras a la libertad de información, más aun teniendo en cuenta las circunstancias de peligrosidad a las que se enfrentan estas personas en su día a día, lo que hace más ilegítima aún si cabe la intromisión en su esfera íntima y personal. El agente en cuestión no ostenta ningún cargo público, es una per-

sona sin ninguna proyección pública, por lo que no está obligado a soportar esa limitación de su derecho por la publicación de una información en un medio de comunicación, que de señas de su identidad, por muy veraz que resulte ser ésta, teniendo en cuenta además que sus datos eran perfectamente prescindibles respecto del contenido de la noticia, que no se veía en lo más mínimo alterada omitiendo dicha información. (L. Z. G.)

**9. Intromisión ilegítima en el derecho a la imagen mediante el uso de cámara oculta. Inaplicabilidad de la doctrina jurisprudencial que otorga prevalencia al derecho a la libertad de información, a pesar de ser tratarse de una información veraz y de interés general. Innecesario uso de la imagen mostrada para informar.**—«[...] en supuestos como el de autos no hay prevalencia del derecho a la información pues la imagen no es elemento imprescindible para la finalidad informativa, sin que la filmada fuera persona que ejerza profesión de notoriedad o proyección pública ni el lugar o dependencia donde se realizó la filmación fuera lugar abierto al público, todo lo cual hace que la imagen de la actora no era de esencial importancia para la transmisión a la opinión pública de la información que se quería ofrecer, dando lugar a una intromisión ilegítima a su derecho a la imagen [...] máxime cuando existía la posibilidad de emplear técnicas digitales para difuminar el rostro, la voz o ambos. Debiendo destacar además que no resulta aplicable al caso de autos la doctrina del reportaje neutral pues el medio informativo no es un simple transmisor de las declaraciones». (STS de 20 de mayo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La parte actora interpone demanda frente a una cadena de televisión y la productora por infracción del derecho al honor y a la propia imagen de la demandante, por la emisión de un reportaje, en el cual la demandante aparecía interesándose por una intervención quirúrgica con objeto de mejorar su figura. Mediante el sistema de cámara oculta se procedió a grabar su rostro sin su consentimiento, manipulando el video resultante.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial considera que se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de la actora, al no haber prestado su consentimiento para la captación de su imagen, además de no resultar necesaria al efecto del tema tratado por el reportaje. La cadena de televisión y la productora interponen recurso de casación al considerar que no existe infracción alguna al tratarse de una información veraz y de interés general.

NOTA.—La doctrina jurisprudencial, en caso de conflicto entre el derecho a la imagen y el derecho a la libertad de información, hace prevalecer éste último respecto de aquél únicamente si concurren determinados presupuestos (veracidad de la información, carácter público del personaje en cuestión, carácter de lugar público en el que se captaron las imágenes, interés general del hecho noticiable, carácter imprescindible de la imagen en cuestión para transmitir la noticia); todo ello siempre y cuando la publicación de la noticia justifique, por su interés público, la limitación de los cita-

dos derechos. Resultando el elemento de la imagen prescindible para la información, y no existiendo consentimiento por parte de la afectada respecto de la captación y publicación de la imagen, puesto que se tomó con cámara oculta, existe una clara intromisión ilegítima que no podrá ser borrada ni por el carácter de hecho noticiable de la información en cuestión, ni tampoco por el carácter veraz de la misma (SSTS de 6 de julio de 2009 [RJ 2009/4452], 25 de marzo de 2010 [RJ 2010/2529]). (L. Z. G.)

**10. Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información.**—El derecho a la libertad de información prevalecerá sobre el derecho al honor, siempre y cuando la información difundida tenga relevancia pública o interés general, o se proyecte sobre personas que ejerzan un cargo público, debiendo resultar, en todo caso, una información veraz, en el sentido de ser fruto de una operación diligente de contraste por parte del medio informador.

En los casos de investigaciones abiertas por la posible comisión de delitos, no infringirá el principio de presunción de inocencia la difusión de una información relativa a la apertura de una investigación policial y judicial contra el autor de un presunto delito, siempre que pueda afectar al interés público. La protección de la libertad de información no queda condicionada por el resultado del proceso penal, de modo que no es obstáculo alguno que el hecho denunciado no se haya declarado probado en un proceso penal.

**Prevalencia del derecho al honor frente a la libertad de expresión.**—La libertad de expresión tiene un campo de protección mayor que la libertad de información, puesto que en el caso de la libertad de expresión se protege cualquier valoración, crítica u opinión. No obstante, se protegerá siempre y cuando dichas expresiones no supongan vejaciones o manifestaciones insultantes hacia la persona, de tal manera que atenten contra su estima, implicando descalificación y ofensa, en cuyo caso existirá una infracción en el derecho al honor. (STS de 8 de junio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán].

HECHOS.—Por la parte actora, magistrado de profesión, se interpone demanda frente a la sociedad editora de una revista, su directora, el redactor del reportaje y el autor de unas columnas de opinión, por infracción del derecho al honor como consecuencia de la publicación de un reportaje y unas columnas de opinión, en las que se involucra al magistrado en la comisión de un delito, por utilizar fondos de la Unión Europea de forma ilícita para su propio beneficio, utilizando además expresiones ofensivas. La noticia versa sobre la actuación de un magistrado de lo Contencioso-Administrativo, que dictaba sentencias en las que interpretaba extensivamente los requisitos para la legalización de pozos, para así, como propietario de determinadas fincas con pozos, poder vender el agua a otras personas necesitadas de ella debido a la escasez de agua que existe en dicha provincia. Ello le permitía, a su vez, como agricultor declarado, recibir subvenciones de la Unión Europea. Al demandante se le tachaba de estafador cuando realmente no existía una sentencia condenatoria que demostrara los hechos que se relatan en el reportaje. A su vez se utilizaron ciertas expresiones

hirientes y desabridas, sobre las que se discute su amparo en el derecho a la libertad de expresión.

El Juzgado de Primera Instancia considera que existe una clara infracción del derecho al honor porque el reportaje transmite rumores que son han sido constatados, vertiéndose además expresiones que rebasan los límites constitucionales de la libertad de expresión. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en la instancia. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso.

NOTA.—El interés público de los asuntos tratados y el carácter de personaje público de la persona objeto del hecho noticiable no es óbice para entender que en todo la información publicada en esas circunstancias está amparada legalmente, siendo necesario que dicha información sea veraz. Si por sentencia se declara la inexistencia de indicios suficientes de criminalidad contra un magistrado, se manipula el contenido de la información cuando se publica que el Tribunal Supremo ha exigido al Fiscal de Medio Ambiente de Madrid que continúe su investigación en determinado Juzgado de Instrucción, dando a entender que el magistrado seguía siendo objeto de investigación. Ello no significa que no se puedan denunciar las sospechas de falta de imparcialidad derivadas de la coincidencia entre las materias de las que profesionalmente conoce un magistrado y los intereses particulares del propio magistrado; ni tampoco que no se pueda denunciar que un importante número de sentencias dictadas por la Sala en la que el magistrado en cuestión interviene podrían favorecer sus intereses particulares como propietario de una finca situada en el territorio de su jurisdicción.

Por otra parte, el uso de expresiones como «Tulipán», «Juez y parte», «Aprovechateguis» son claras expresiones que implican descalificación, lo que supone una clara infracción del derecho al honor, que no entran dentro del marco de protección constitucional del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, el Tribunal Supremo no comparte que la expresión «Brigida» pueda resultar ofensiva en el contexto de la información transmitida, al utilizarse para describir la parte de hechos denunciados consistente en la obtención de fondos para fines desviados (*L. Z. G.*)

**11. Títulos nobiliarios. Aplicación de la Disposición Transitoria única apartado 3.º LITN.**—El artículo 1 LITN establece que «[e]l hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamientos».

La disposición transitoria única, apartado 3, LITN dispone que, no obstante lo dispuesto en el apartado 1 sobre las transmisiones ya acaecidas, la LITN «se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso, así como a los expedientes que se hubieran promovido a partir de aquella fecha [...]». Esta disposición se refiere no solo a los expedientes administrativos sobre títulos nobiliarios y a los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones dictadas por la Administración, sino tam-

bién a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil. (STS de 3 de abril de 2008). (STS de 7 de junio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Emilio interpuso demanda contra doña Patricia, solicitando que se declarara su mejor y preferente derecho genealógico para usar, poseer y disfrutar el título nobiliario de Marqués. La demanda presentada el 23 de junio de 2004 se fundamentó en que, tras la muerte de don Rafael, que venía ostentando el título, éste pasó a su hijo varón primogénito, don Javier, quien obtuvo la Carta de Concesión condicionada al pago de los impuestos procedentes, que no llegó a satisfacer, por lo que la concesión quedó sin efecto, sin que ninguno de sus sucesores volviera a solicitar el título. El abuelo del demandante, don Daniel, hermano menor de don Javier, como hijo varón de don Rafael, ostentaba mejor derecho a la sucesión del título frente a la abuela de la demandada, doña Rosa, hija primogénita de don Rafael, por aplicación del principio de varonía. En la contestación a la demanda se opuso: *a)* prescripción extintiva y adquisitiva, con fundamento en que la madre de la demandada solicitó la rehabilitación del título para su hija, entonces menor de edad, el 20 de octubre de 1949, que fue concedida por Decreto de 22 de julio de 1965, *b)* la aplicación de la doctrina de los actos propios, porque el actor pudo accionar desde que nació en 1950, representado por sus padres y, alcanzada la mayoría de edad, él mismo, sin que lo haya hecho hasta la interposición de la demanda, creando una apariencia de conformidad con que el título sea ostentado por la demandada, y *c)* no-aplicación del principio de varonía por discriminación por razón de sexo.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y declaró que el hecho de que el demandante haya tardado largo tiempo en reclamar el título es un acto propio que ratifica el consentimiento de su madre en que el título fuera ostentado por la demandada. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial declaró que: *a)* no hay prescripción porque el día inicial del cómputo del plazo debe ser el del Decreto de rehabilitación, de 22 de julio de 1965, y no la fecha de su solicitud, *b)* no hay retraso desleal en el ejercicio del derecho, y *c)* es aplicable el principio de varonía. El Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida. (*M. C. L. J.*)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**12. Determinación del objeto del contrato. Contratos sobre cosas futuras.**—De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1273 CC, el objeto del contrato debe ser cierto y se considera que tiene esta cualidad cuando pueda ser determinado sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes contratantes, regla aplicable al caso en que el objeto del contrato lo constituyan cosas futuras, como los locales o viviendas de un edificio en construcción (STS de 31 de diciembre de 1999).

**No hay incumplimiento si no se obtuvieron las correspondientes licencias por problemas urbanísticos ajenos a la voluntad de la promotora.**

**ra.**—El hecho obstativo a la realización de las finalidades perseguidas con el contrato no ha provenido de la actitud de la parte demandada, sino que lo que lo ha impedido han sido los problemas acaecidos en la tramitación del plan urbanístico de la zona y, consecuencia de ello, el retraso en la obtención de las correspondientes licencias. Esta situación ha generado un retraso no imputable a ninguna de las partes contratantes, pero no ha frustrado aun el fin del contrato, cuyo cumplimiento sigue siendo posible. (**STS de 13 de abril de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

**HECHOS.**—*SGB, S.L., SOGB, S.L. y 38VM, S.L.* concertaron con las promotoras *PI, S.L. y PIH, S.L.* un contrato privado de cesión de solar, propiedad de las primeras, por obra nueva a construir por las segundas; planteándose posteriormente una serie de problemas relativos a la urbanización de la zona, al existir en ella unos terrenos que pertenecían a RENFE, que produjeron que la adquirente no pudiera obtener la licencia de construcción.

*SGB, S.L., SOGB, S.L. y 38VM, S.L.* demandaron a las promotoras, solicitando se declarara la nulidad del contrato por falta de objeto, o subsidiariamente se declarara resuelto el contrato por incumplimiento por parte de las promotoras demandadas por su negligencia y mala fe en la tramitación administrativa, ofreciendo las demandantes la devolución de la cantidad percibida como parte del precio más los intereses; o subsidiariamente se proceda por el Tribunal a la fijación de un plazo para que la promotora obtenga la preceptiva licencia de edificación. Las demandadas se opusieron a las pretensiones de nulidad y resolución, aceptando la de fijación del plazo, y formularon demanda reconventional interesando que, de estimarse la nulidad o resolución pretendida en la demanda principal, en vez de la suma e intereses que ofrecen las actoras, se fijara una cantidad superior como indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, fijando un plazo de dos meses para que las demandadas obtengan la preceptiva licencia de edificación, y desestimando la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación por las demandantes, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, las demandantes recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso íntegramente por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

**13. Contratos. Nulidad o anulabilidad: normas aplicables.**—La jurisprudencia declara la aplicabilidad de los artículos 1101 y siguientes del CC o de las normas sobre liquidación del estado posesorio a los casos de nulidad o anulabilidad contractual en que el contrato haya llegado a producir efectos, ya que el régimen específico de los artículos 1303 a 1308 CC puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas derivados de la nulidad contractual.

**Contratos. Nulidad: posibilidad de producir efectos.**—No puede afirmarse que si un contrato es nulo no produce efecto jurídico alguno, pues basta con atender a lo sucedido en el presente caso para comprobar que el contrato litigioso produjo unos efectos de tanta trascendencia como la inme-

diata transmisión toda una empresa naviera a la parte compradora y la entrega por ésta de una suma considerable de euros a los compradores.

**Contratos. Daños y perjuicio: naturaleza contractual.**—La naturaleza contractual de los daños y perjuicios indemnizables en este litigio deriva de que éstos tienen su origen en un contrato que comenzó a ejecutarse de inmediato, recibiendo la parte vendedora una gran parte del precio y la parte compradora la empresa naviera objeto del contrato. Que éste sea anulable por error invalidante no puede eliminar esos efectos ya producidos y que desde luego son efectos del contrato mismo, por lo que si una de las partes contratantes ha causado daños y perjuicios a la otra éstos serán de naturaleza contractual y no extracontractual.

**Contrato. Daños y perjuicios: posición del fiador solidario.**—Quien no fuera en el contrato parte compradora sino fiadora solidaria de ésta no la deslegítima para ser indemnizada si ella es quien efectivamente ha soportado los daños y perjuicios. (STS de 10 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Las entidades mercantiles N. S. SA., B SA y B. M. SA interpusieron demanda contra doña Virginia, don Fausto y Dña Encarnación, don Luis Carlos y doña Ariadna, doña Andrea, don Julio y don Silvio solicitando la declaración de nulidad del contrato de compraventa. El Juzgado de Primera Instancia número Doce de Madrid estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (N. D. L.)

**14. Nulidad de los actos vinculados causalmente a un contrato declarado nulo.**—Cuando de un contrato se derivan actos jurídicos causalmente vinculados mediante un nexo funcional a aquél, la nulidad del primer contrato debe trascender a esos actos posteriores (STS de 10 de noviembre de 1964).

**Consecuencias de la nulidad contractual.**—El propósito del artículo 1.303 del Código civil es colocar a las partes afectadas por la nulidad en una situación personal y patrimonial similar a la existente antes de que se produjera el efecto de la invalidez. Sin embargo, la mera restitución recíproca de las prestaciones que fueron objeto del contrato declarado nulo, con sus frutos y el precio con los intereses, puede no resultar suficiente para subsanar los perjuicios derivados de la nulidad. Por ello, puede resultar necesaria la aplicación de las normas generales en materia de incumplimiento de obligaciones (art. 1.101 y ss. del Código civil) que establecen la obligación de indemnizar los perjuicios derivados del incumplimiento (STS de 26 de julio de 2000). (STS de 17 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En marzo de 1999, la Caja Rural de Valencia empezó a comercializar una serie de inversiones a plazo atípicas entre sus clientes, bajo la forma de contratos de «Depósitos de Alta Rentabilidad». Algunas de esas inversiones tuvieron pérdidas que afectaron al capital invertido por los clientes.

Resultó probado que no se proporcionó a los clientes una información adecuada acerca de las características del producto ni tampoco de los riesgos de pérdida del capital invertido.

Dado que las soluciones ofrecidas por la Caja Rural no satisficieron a los clientes que habían sufrido pérdidas, ADICAE demandó a Caja Rural de Valencia solicitando, entre otros pedimentos, la nulidad de los contratos de «Depósitos de Alta Rentabilidad».

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a la demandada, entre otras cosas, a devolver determinadas cantidades a los actores con los intereses legales. Por su parte, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación presentado por la Caja Rural y limitó la nulidad de los contratos a determinadas cláusulas.

Contra esa sentencia, la demandada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, si bien el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a ninguno de ellos. (*J. D. S. C.*)

#### **15. La prueba de la simulación corresponde a los demandantes.—**

Los demandantes no han llevado a cabo ninguna prueba que lleve al juzgador a la convicción de que se había producido una simulación, porque lo que se ha declarado probado en las sentencias recaídas en este procedimiento es que verdaderamente el precio se pagó en el momento del otorgamiento de la escritura pública de venta de los inmuebles a los hermanos por parte del causante. Si los demandantes quisieron decir que a pesar de haberse pagado dicho precio, éste volvió al propietario de las fincas vendidas, su padre y causante, en realidad no han conseguido probarlo. Esta prueba correspondía por tanto a los demandantes, según las reglas establecidas, al ser ellos quienes alegaban la simulación. (**STS de 14 de mayo de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

**HECHOS.**—El causante había vendido poco antes de su muerte unas fincas en dos contratos de compraventa celebrados con cada uno de sus hermanos y sus respectivas esposas. Cinco días antes de su muerte y por medio de un mandatario verbal, el causante procedió a retirar de su cuenta corriente la cantidad de 200.000 €, sin que conste el destino que le dio a ese dinero. Los hijos del causante, que eran los herederos intestados, demandaron a sus tíos y a sus esposas solicitando la declaración de simulación de las compraventas y de impugnación de las donaciones. El juez de primera instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y estimó la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y confirmó la sentencia de primera instancia. (*M. C. B.*)

**16. La petición de complemento de la sentencia.**—El artículo 215.2 LECiv otorga a las partes una vía para instar la subsanación de la incongruencia de la sentencia, por omisión de pronunciamiento, ante el mismo juez o tribunal que la dictó. Su uso es requisito necesario para denunciar la incongruencia de la sentencia en los recursos de apelación conforme al artículo 459 LECiv, y en el extraordinario por infracción procesal conforme el



artículo 469.2 LECiv, de forma que la falta de ejercicio de la petición de complemento impide a las partes plantear en el recurso devolutivo la incongruencia omisiva. El presupuesto que condiciona la aplicación de esta norma es la omisión manifiesta de pronunciamiento en la sentencia sobre pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, lo que implica que para decidir la operatividad del precepto, más que acudir a formulaciones abstractas o genéricas, ha de estarse a los términos en que quedó fijado el objeto del proceso. La petición de complemento de la sentencia de primera instancia no resulta exigible, como requisito previo al recurso de apelación, si la cuestión que no fue examinada no es, por su naturaleza, una pretensión autónoma de la que sí fue juzgada.

**Identidad objetiva de la acción por enriquecimiento injusto con la acción de reembolso del artículo 1158 CC.**—La identidad objetiva de la acción queda determinada por la causa de pedir y el *petitum* (lo pedido), aunque en ocasiones no basta para configurar aquella el componente fáctico y es preciso tener en cuenta la individualización jurídica. La incongruencia de la sentencia se produce cuando no se respeta la causa de pedir y lo pedido.

La acción del artículo 1158 del Código Civil posee su fundamento último en el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa, por lo que la alegación de este principio no supone una individualización jurídica de los hechos distinta respecto de la invocación del artículo 1158 del Código Civil. Estos títulos jurídicos no constituyen, alegados sobre los mismos hechos y para obtener idéntica pretensión, una causa de pedir distinta. En la medida en que no hay modificación de la causa de pedir ni de lo pedido, la identidad objetiva de la acción permanece. (STS de 28 de junio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—*Procobisa* es promotora de la construcción de unas viviendas situadas junto a un colegio. En la medida en que las obras afectan al colegio, éste tiene que ser desalojado y se produce el traslado obligado de la actividad docente a pabellones provisionales. *Procobisa* se hace cargo de los gastos del traslado. El colegio interpone una demanda reclamando una indemnización de daños y perjuicios frente a *Procobisa*, la entidad subcontratada que construía, los arquitectos, aparejadores y sus respectivas compañías aseguradoras. No es objeto de reclamación la cantidad satisfecha por *Procobisa* al colegio. En el litigio *Procobisa* es absuelta. Ésta reclama, por vía de reconvencción, frente al colegio y frente a los codemandados la cantidad satisfecha al colegio. La reconvencción es desestimada en cuanto la sentencia declara que aquella no procede frente al colegio porque la cantidad satisfecha a éste es un pago por cuenta de un tercero y ha de reclamarse a los responsables por quienes paga. *Procobisa* interpone demanda contra dos de las aseguradoras condenadas en el juicio precedente, reclamándole la cantidad que había satisfecho al colegio. Invoca el artículo 1158 del Código Civil y argumenta sobre el enriquecimiento injusto. La sentencia de primera instancia desestima la demanda, en cuanto declara que se está ante un enriquecimiento injusto del tercero responsable, pero no ante una acción de reembolso por ausencia de los requisitos del citado artículo 1158. *Procobisa* interpone recurso de apelación y la sentencia de segunda instancia desestima el mismo, confirmando la de primera instancia. Declara que la demandante no puede denun-

ciar la falta de enjuiciamiento de la acción de enriquecimiento injusto porque no solicitó el complemento de la sentencia, que sólo ejercitó la acción de reembolso del artículo 1158 del Código Civil y no la acción de enriquecimiento injusto, y que efectivamente no concurren los requisitos de la acción de reembolso. Frente a este pronunciamiento se interpone recurso extraordinario por infracción procesal y el Tribunal Supremo estima dicho recurso. (*Alma R. G.*)

**17. Resolución del contrato. Efectos de la resolución. Contrato de tracto sucesivo.**—El Tribunal Supremo se enfrenta a la cuestión de determinar el momento en el cual tiene lugar la resolución, para así precisar el alcance de sus efectos (liberatorios y restitutorios). Según se afirma en esta sentencia, como regla general, los efectos de la resolución deben operar desde el momento en que se produjo el incumplimiento que motivó el recurso al remedio resolutorio. (**STS de 22 de junio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El 27 de septiembre de 1999, las entidades C y T celebran un contrato de prestación de servicios telefónicos, mediante el alta en una línea 906. Según lo previsto en dicho contrato, C sólo puede prestar servicios que tengan asignado el prefijo 906 y la utilización de esta línea para fines distintos da derecho a T a la resolución del contrato. Tras varios meses de vigencia del contrato, en los que C utiliza la línea para dar servicios de cartomancia («Tarot»), T se niega a pagar las cantidades que le corresponderían a C alegando incumplimiento de contrato, puesto que los servicios de cartomancia no se deben prestar a través del prefijo 906 (de acceso libre) sino del 903 (de acceso restringido). C presenta una demanda contra T, en la que solicita que se declare bien hecha la resolución extrajudicial efectuada por ella como consecuencia del incumplimiento de T y que se le abonen las facturas pendientes de pago. T contesta oponiéndose a la demanda y, en reconvenición, solicita la resolución del contrato por incumplimiento del prestador del servicio, con efectos desde su inicio.

Las dos partes presentan un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, que declara la resolución del contrato en virtud del incumplimiento de C, consistente en utilizar el prefijo 906 para servicios que exigen el prefijo 903. Dicha resolución se declara sin efecto retroactivo al momento de celebración del contrato. La Audiencia Provincial revoca la sentencia apelada, en el sentido de declarar la resolución del contrato con efectos desde la fecha de celebración del mismo.

NOTA.—Como ya es habitual en las sentencias en las que es ponente la Profesora Encarna Roca Trías, en esta sentencia se hace una referencia a textos que reflejan el denominado «moderno derecho de obligaciones». En este caso, las menciones son al Proyecto de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR) y a la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del derecho de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación. (*L. P. S. M. P.*)

**18. Imposibilidad de resolver el contrato de compraventa cuando el incumplimiento es recíproco.**—Es doctrina jurisprudencial reiterada, en el marco de las obligaciones recíprocas, la necesidad de que la parte del contrato que ejercita la acción resolutoria haya cumplido a su vez las obligaciones que le incumben. (STS de 10 de junio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El 20 de junio de 2001 se celebró contrato de compraventa de vivienda, en el que figuraba como vendedora B.H., S.L. y como comprador don J.I., y en virtud del cual se obligaba a su vez la vendedora a la construcción de la vivienda. Don J.I. interpone demanda frente a la vendedora solicitando se declare la vigencia del contrato celebrado entre las partes y se obligue a la vendedora a que le permita la entrada en la vivienda para comprobar las calidades y su cabida, así como que se le condene a amueblar la cocina de acuerdo con las calidades pactadas y a otorgar escritura pública. La parte demandada se opone a la demandada, alegando que el contrato se dio por resuelto por incumplimiento de la demandante al no comparecer oportunamente en la Notaría para el otorgamiento de la escritura pública de venta, pese a haber sido requerida para ello.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, dando el contrato por resuelto al considerar que el demandante no puede dejar de cumplir sus obligaciones ante la mera sospecha de que la contraparte no ha cumplido con las suyas, al alegar que podían existir defectos de cabida en la edificación. La Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por la parte actora, dando el contrato por resuelto por incumplimiento del comprador derivado de su oposición a concurrir al otorgamiento de la escritura pública de venta. La parte actora en la instancia interpone recurso de casación, el cual es estimado.

NOTA.—La doctrina jurisprudencial en materia de resolución de contrato de compraventa, y en aplicación del artículo 1124, en relación con el 1504 CC, señala como presupuesto necesario para el ejercicio de la acción resolutoria que la parte que solicita la resolución no haya incurrido en una situación de incumplimiento previo, provocador de la actuación incumplidora de la contraparte, que no necesariamente ha de ser reveladora de una actitud rebelde al cumplimiento, sino que basta con que simplemente frustre el fin del contrato como consecuencia del citado incumplimiento. Es doctrina jurisprudencial reiterada, para el caso de los negocios jurídicos sinalagmáticos, que el incumplimiento recíproco impide que pueda constituirse en causa de resolución (SSTS de 16 de noviembre de 1979 [RJ 1979/3489], 23 de enero de 1986 [RJ 1986/111], 16 de abril de 1991 [RJ 1991/2696], 15 de mayo de 1991 [RJ 1991/3706], entre otras).

El principio de buena fe, que impera en toda relación contractual, obliga a un comportamiento coherente y de lealtad por las partes, de cumplimiento de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, obligando de este modo, no sólo a lo expresamente pactado en el contrato, sino también a todo lo que sea conforme a la buena fe. Por ello, no es lícita la resolución unilateral de un contrato, que dará lugar a una indemnización de daños y perjuicios, salvo

que se demuestre que concurría una causa grave que justifique tal extinción (STS de 10 de julio de 2007 [RJ 2007/3881], 31 de mayo de 2006 [RJ 2006/3323]).

El Tribunal Supremo, en la sentencia objeto de anotación, fundamenta su decisión, además de en el artículo 1124 CC y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta, en el artículo 1258 CC para considerar que la resolución no procede. Viene así a decir que la resolución de toda relación contractual con fundamento en un incumplimiento previo debe derivar de una situación de incumplimiento injustificado, ya que el incumplimiento justificado en el previo incumplimiento de la otra parte de una de las obligaciones que, aunque no previstas en el contrato, son lógica consecuencia del mismo, no va a permitir que opere la resolución, debiendo entenderse el contrato vigente, abogando así por el principio de conservación de los contratos. (*L. Z. G.*)

**19. Resolución por incumplimiento y desistimiento.**—«Significando que puede equipararse la noción de “desistimiento” —término empleado por el Código Civil en el artículo 1594— y la de “resolución unilateral” con consecuencias específicamente previstas en la ley, lo cierto es que el citado artículo 1594 obliga en tal caso al dueño de la obra a indemnizar al contratista de *todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella* (...) tratándose de un rescaramiento integral del interés que el contratista tiene en el cumplimiento, de modo que habrá de ser indemnizado en su interés contractual positivo o de cumplimiento colocándole en aquella posición económica que tendría si el contrato se hubiera ejecutado (...) en definitiva (...) que el contratista (...) quede indemne (...) significa que haya de percibir también la ganancia dejada de obtener». (**STS de 18 de junio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

**HECHOS.**—Una sociedad oferta sus servicios de arquitectura a otra, respecto de cinco centros comerciales. Comienzan a desarrollarse los trabajos y se acuerdan documentalmente los plazos para los pagos, continuados en el tiempo. La entidad contratista demandó a la contratante por el incumplimiento del contrato y solicitó se declarase su obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados, incluido el lucro cesante. La sociedad demandada formuló reconvencción alegando la inexistencia del contrato y, subsidiariamente, para el caso de que se desestimase lo anterior, pidiendo se declare exenta de la obligación de pago de indemnizaciones al tratarse del ejercicio del derecho de desistimiento previsto por el Código civil para el contrato de obra, que no da derecho a la resolución por incumplimiento de la otra parte contratante. En ambas instancias se estimó la demanda y se desestimó la reconvencción. En casación, no hubo lugar. (*C. J. D.*)

**20. Indemnización por incumplimiento de contrato.**—Según el Tribunal Supremo, cuando el artículo 1107 CC establece que el incumplidor debe compensar los daños que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento, significa que el acreedor debe probar que el daño sufrido es

realmente debido a esa falta, de modo que permita la imputación objetiva al deudor, lo cual comporta que la relación de causalidad debe también probarse por el acreedor perjudicado. Esto significa que los gastos de financiación no son imputables al acreedor cuando el préstamo se contrató para la financiación y realización de la obra, con lo que resulta indiferente que se hubiese producido o no el incumplimiento; los gastos de arbitraje realizados para resolver discrepancias con la constructora no deben abonarse, puesto que afectan sólo a las partes implicadas en el contrato de obra; y las cantidades pagadas por la recurrente en concepto de indemnización a la constructora, por la paralización de las obras, son indemnizables por los demandados, puesto que tales gastos no habrían tenido lugar si no se hubiera producido el incumplimiento.

**Indemnización por incumplimiento de contrato. Valoración de los daños.**—Recuerda el Tribunal Supremo que, en reiteradas ocasiones (SSTS de 4 de diciembre de 1955, 7 de mayo de 1991, 23 de marzo y 14 de abril de 1992), ha declarado que no es propio del recurso de casación discutir la valoración que ha efectuado la sentencia recurrida de unos gastos que sí ha incluido en el concepto final indemnizatorio aunque en una cuantía menor a la pedida.

**Indemnización por incumplimiento de contrato. Facultad moderadora del juez.**—El Tribunal Supremo recuerda que, reiteradamente, ha reconocido que la infracción del artículo 1103 CC puede fundar un motivo de casación cuando los juzgadores de instancia han hecho uso de tal facultad de modo irracional y desmesurado, pero que procede rechazar dicho motivo cuando no ha tenido lugar tal irracionalidad. El Tribunal Supremo considera que no hay irracionalidad por parte del juzgador de instancia cuando rebaja el porcentaje de la suma reclamada aplicando el criterio moderador del artículo 1103 CC, si justifica esta rebaja en la actitud pasiva del acreedor que siempre entendió que debía ser resarcido en una cantidad mayor, por lo que rechazó una serie de ofertas y esto hizo que se vieran incrementadas cuantiosamente a lo largo del tiempo las partidas relativas al mayor costo del derribo y reconstrucción de lo edificado, a la terminación del edificio, a los gastos de conservación y al lucro cesante.

**Intereses moratorios.**—Desde el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo civil del TS, de 20 de diciembre de 2005, el Tribunal Supremo ha consolidado una nueva orientación en el sentido de mitigar el automatismo de la regla *in illiquis non fit mora*, sustituyéndola, con carácter general, por el canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia o no de condenar al pago de los intereses y la concreción del *dies a quo* del devengo. Para ponderar la racionalidad, se toman como pautas el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado y demás circunstancias propias del caso (STS de 22 febrero de 2010 y las que en ella se citan).

**Sentencias con reserva de liquidación.**—El Tribunal Supremo recuerda que el artículo 219.1 LEC prohíbe las sentencias meramente declarativas, cuando lo que se reclame sea una cantidad de dinero y no puede solicitarse la determinación del importe en ejecución de sentencia; en cambio, según dicho precepto, es posible que en la sentencia se realice la fijación clara de «las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética». Según el Tribunal Supremo, este último inciso se refiere a aquellos conceptos que permiten determinar inmediatamente una cantidad debida, sin necesidad de recurrir a posteriores

operaciones periciales u otras semejantes. La ley exige que se extreme la precisión a la hora de determinar las bases, de manera que, aunque no se conozca con exactitud en el momento de dictar sentencia alguno de los parámetros de la liquidación, una vez resulte concretado, pueda determinarse con facilidad el importe exacto (por ejemplo, mediante la presentación de las respectivas facturas), y más en aquellos casos en los que se trate de una condena de indemnización de daños y perjuicios y éstos hayan quedado acreditados durante el procedimiento. Recuerda que la STS de 18 diciembre de 2009 explica las razones de una regulación de este tipo y acude a la STS de 15 de julio de 2009 que señala que dejar la determinación de la cantidad exacta a la ejecución de sentencia se ajusta a lo establecido en el artículo 219 LEC. (**STS de 17 de junio de 2010**; ha lugar en parte.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.-S., S.A, celebró un contrato de obra con los arquitectos JI y LM para la construcción de un concesionario de vehículos. Estos dos últimos formaban parte de la sociedad O. C., S.L. Los arquitectos encargaron a una empresa el cálculo de la estructura del edificio y lo incorporaron al proyecto. El cálculo resultó erróneo y produjo tales defectos en la construcción, ya comenzada, que se decidió su demolición. Al no alcanzar un acuerdo con los arquitectos respecto a la indemnización de los daños y perjuicios que le correspondía, la dueña de la obra presentó una demanda contra los arquitectos, su aseguradora, la sociedad a la que pertenecían y los otros socios de dicha sociedad. En dicha demanda se solicitaba que se declarara la resolución del contrato por incumplimiento, la condena a las restituciones de unos pagos realizados por la demandante y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, condenó a los arquitectos y a la sociedad demandada a satisfacer solidariamente la cantidad de un millón de euros a la demandante y absolvió a los otros socios demandados. Dicha cantidad se correspondía con los siguientes conceptos: (a) la restitución de honorarios abonados; (b) la indemnización por el coste económico a que asciende la demolición y la reconstrucción de la obra, así como un 20% de incremento del coste de la obra pendiente de ejecución; (c) los honorarios del aparejador; (d) los gastos de conservación y mantenimiento de la obra derivados de la paralización; y, (e) respecto del lucro cesante, teniendo en cuenta las circunstancias, se acordó una cantidad, que se redujo en un 10% en ejercicio de la facultad moderadora prevista en el artículo 1103 CC. Además, se declaró que no procedía el abono de otras cantidades reclamadas por los siguientes conceptos: (a) los importes de los estudios de salud y seguridad, el proyecto técnico para la concesión de la licencia de actividad y las licencias urbanísticas; (b) los gastos de adecuación de los ascensores; (c) la tasa para la tramitación del derribo y otros gastos del mismo; (d) los intereses y gastos financieros; (e) los gastos de un arbitraje anterior al proceso. Contra esta sentencia presentaron recurso de apelación la dueña de la obra, los arquitectos y la sociedad a la que pertenecen. La Audiencia Provincial estimó en parte ambos recursos, revocó en parte la sentencia recurrida y fijó en 950.000 euros la indemnización que

los arquitectos y O. C., SL, debían pagar de forma solidaria a S., SA. La sentencia dictada en apelación mantuvo la sentencia recurrida respecto a las personas condenadas y la mayor parte de las cantidades que debían satisfacer los demandados y mantuvo la negativa a que se abonaran los gastos del proyecto de derribo, el estudio de seguridad y los honorarios de la dirección técnica de la demolición, así como las tasas a abonar al ayuntamiento para la licencia de derribo, a pesar de reconocer la existencia de dichos daños, porque considera que no se ha probado la cantidad a la que ascienden y que, por tanto, no puede acordarse su pago. Además, la sentencia dictada en apelación, reduce el porcentaje de incremento del coste de la obra pendiente de ejecución al 12,7%. Contra esta sentencia, S., S.A., interpone recurso extraordinario por infracción procesal, basado en infracción del artículo 219 LEC, relativo a las sentencias con reserva de liquidación y recurso de casación, pues considera que tienen derecho a que se le abonen los gastos inherentes a la demolición de la estructura del edificio puesto que están acreditados y fijadas las bases para su determinación. Además, presenta recurso de casación alegando vulneración de los artículos 1101, 1106 y 1107 CC por no reconocerse la indemnización de los gastos financieros, de los gastos de arbitraje y la penalización abonada como consecuencia de la extinción del contrato de obra; vulneración de los artículos 1103 y 1106 CC; vulneración del artículo 1103 CC; y vulneración de los artículos 1108 y 1100 CC. (L. P. S. M. P.)

**21. Venta de finca para centro comercial. Interpretación del contrato.**—Se infringe el artículo 1282 CC por cuanto los actos coetáneos y posteriores a la suscripción del contrato, conducen a entender que la intención de las partes no fue otra que la de establecer una simultaneidad en el cumplimiento de la obligación de pago y la consiguiente transmisión de la finca y promoción del Centro Comercial, sin que existiese compromiso alguno por parte de PRYCA de adelantar parte del precio.

**Imputación del incumplimiento a la vendedora.**—Es la vendedora, por tanto, quien ha desatendido de una forma patente y burda la eficacia y seguridad vinculatoria del contrato perfeccionado con A para negociar con otra entidad competidora del sector la venta del Hipermercado, tras haberse beneficiado de la posesión y disfrute de parte del dinero, que la demandante pudo recuperar, y hacerse con la plusvalía consiguiente; todo lo cual resulta determinante para imputarle la causa de resolución.

**Obligación de indemnizar los daños y perjuicios por incumplimiento imputable.**—Consecuencia de todo ello es la aplicación del artículo 1100 CC, en relación con los artículos 1106 y 1107 apartados primero segundo del mismo cuerpo legal, reguladores de la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual que se ha producido y que ésta Sala debe determinar, asumiendo la instancia, para estimar en parte la demanda, en la forma que se concretó en el escrito de réplica, como consecuencia de la venta del hipermercado a otra entidad, de la imposibilidad de obtener el cumplimiento del contrato de compraventa y de hacer efectivos los pedimentos basados en la exigencia y respeto de tales prestaciones del contrato, en la evidencia de que se ha frustrado el interés que llevó a concertarlo ya que la cumplida obligación de pago no se ha correspondido con la incumplida obli-

gación de entrega, encontrándose el actor sin la cosa comprada y el demandado con una sustancial diferencia de valor entre el precio acordado inicialmente –2.700.000 millones de pesetas– y el que obtuvo tras la venta de la finca a un tercero –3.800.000 millones de pesetas.

**Cuantificación del daño emergente.**—Para la evaluación del primero ha de tenerse en cuenta la imposibilidad de adjudicarse la finca en las condiciones pactadas y que a consecuencia de este incumplimiento se ha producido un daño en su patrimonio estimado en mil cien millones de pesetas, como daño emergente, puesto que de haberse adquirido en el precio convenido, habría obtenido las ganancias que la demandada logró a resultas de la operación efectuada poco después, bien mediante su reventa a un tercero, como se insinúa en el recurso, o bien incrementado el valor de su patrimonio, de no haber optado por aquella posibilidad.

**Rechazo del lucro cesante.**—Resulta contradictorio pretender el valor de una posible reventa a la competidora y, al mismo tiempo, el beneficio de explotación que depende de su única voluntad y que sitúa la suma reclamada bajo el prisma de lo dudoso y contingente. (**STS de 30 de abril de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La sociedad demandante solicitó que se declarase, por un lado, la existencia entre ambas partes de un contrato de compraventa plenamente perfeccionado, que tenía por objeto la finca A, segregada de la finca B; que se condenara a la demandada a otorgar a su favor la correspondiente escritura pública, de entregarle la finca libre de cargas y gravámenes, de terminar a su costa las obras e indemnizarla por los daños y perjuicios que su conducta le ha ocasionado en la cantidad que se determine en fase de ejecución de sentencia. El juez de primera instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó esa decisión. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

**22. Doble venta. Plazo de prescripción de quince años de la acción del primer comprador contra el vendedor para reclamar por incumplimiento contractual, que se inicia desde que se produjo la segunda venta.**—La conducta del enajenante que vende dos o más veces la misma finca y, que impide al comprador exigir el saneamiento por evicción, no obstante haberle privado de la cosa que constituyó el objeto de la compraventa, para trasladarla a un nuevo comprador que, por su condición de tercero hipotecario, es protegido en su adquisición por la fe pública registral, no solo infringe la obligación contractual que le impide hacerlo, sino que vulnera el deber de respeto a la propiedad de la persona con la que se vinculó a través de un contrato anterior, del que trae causa el daño ocasionado por la venta posterior, para cuya reparación el Código Civil ofrece al perjudicado no solo las acciones específicas con la que satisfacer el interés defraudado, sino la que le proporciona el artículo 1101 CC de exigir el resarcimiento del daño que resulta de incumplimiento contractual, que de otra forma no se hubiera producido, consistente en la privación de la cosa que constituyó su objeto, con plazo de prescripción de quince años, según el artículo 1964 CC, cuyo *dies a quo*, de conformidad con lo establecido en el artículo 1969, no será el de la fecha del contrato formalizado con el actor, sino aquel en que se formaliza el contrato posterior, como acto obstativo a partir del cual se origina el perjuicio.



**Existencia de negligencia por parte del vendedor.**—Conforme a lo establecido en el artículo 1104, la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación (STS 20 diciembre 2006) y en el caso presente los demandados tomaron conocimiento notarial de la existencia de una venta anterior no obstante lo cual procedieron a vender la finca a un tercero sobre la cual el demandante había efectuado numerosos y notorios actos de posesión, lo cual en sí mismo supone una actuación, al menos negligente, por su parte. (STS de 11 de mayo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La parte actora reclamó una indemnización de daños y perjuicios causados con ocasión de la venta por parte de los demandados de una finca a un tercero de buena fe, finca que en su día había sido adquirida por el actor a su padre mediante documento privado, considerando que habían actuado de mala fe desde el momento en que les había requerido para que no efectuaran la compraventa, informándoles de su propiedad, y de que venía ostentando su posesión. Como cuantía de la indemnización reclamaba el valor de la finca, estimada en cincuenta y cinco millones de pesetas. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda condenando a los demandados a indemnizar al actor con el valor de la finca litigiosa a la fecha de la venta el día 11 de septiembre de 1996, lo que se determinaría en fase de ejecución. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esta decisión. (M. C. B.)

**23. Responsabilidad civil del procurador. Daño patrimonial.**—Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada, como sucede en la mayoría de las ocasiones tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza. No puede, en este supuesto, confundirse la valoración discrecional de la compensación (que corresponde al daño moral) con el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales. (STS de 30 de abril de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña Amalia, afectada por un accidente de circulación, solicitó mediante reconvencción la condena de otra y de su aseguradora al pago de 62.000.000 pesetas por los daños sufridos. La sentencia de primera instancia fijó la indemnización en 14.977.951 pesetas más los intereses. Recurrida la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial fijó la indemnización en 13.873.476 pesetas más los intereses. Ambas sentencias aplicaron la compensación derivada de la concurrencia de conductas negligentes en ambas personas en relación con el accidente. La afectada preparó recurso de casación y solicitó el nombramiento de un procurador de oficio. El recurso no fue interpuesto en el plazo

que restaba y el Tribunal Supremo lo declaró desierto. La afectada promovió juicio ordinario por responsabilidad civil contra el procurador fundándose en que la diligencia de ordenación que había alzado la suspensión no le fue notificada por el procurador al abogado ni tampoco a ella, por lo que consideraba que el procurador había incurrido en negligencia profesional causante de un daño, cuya indemnización cifraba en 180.000 euros.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia y condenó al procurador demandado al pago de una indemnización de 5000 euros. El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto. (*M. C. L. J.*)

**24. Responsabilidad profesional del Abogado: Doctrina general: Requisitos: Daño moral: Relación de causalidad.**—La responsabilidad civil profesional del Abogado exige, en primer término, el incumplimiento de sus deberes profesionales. Tratándose de la defensa judicial esos deberes se ciñen al respeto de la *lex artis ad hoc*, esto es, las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia ha perfilado algunos aspectos, a título de ejemplo, que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso, cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, observar las leyes procesales, y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos. Tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia, del nexo de causalidad con el daño producido y de la existencia y alcance de éste corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS de 14 julio 2005 y 21 junio 2007).

En segundo término es preciso que haya existido un daño efectivo. Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el daño debe calificarse de patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene por objeto la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito, pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades (SSTS de 26 enero 1999, 8 febrero 2000, 8 abril 2003 y 30 mayo 2006). Este último daño es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado, pues, como dice la STS de 27 julio 2006, exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. Este criterio impone examinar si, por incumplimiento probado de las reglas del oficio, se ha producido una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte, suficiente para ser configurada como un daño resarcible en el marco del artículo 1101 CC (siempre que no concurran elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales).

En tercer término es menester un nexo de causalidad entre el incumplimiento de los deberes profesionales y el daño producido, y que éste sea

imputable objetivamente al Abogado. Ello implica tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, pues la resolución favorable dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS 14 julio y 14 diciembre 2005, 30 marzo 2006 y 26 febrero 2007, entre otras). La propia naturaleza del debate jurídico excluye que pueda apreciarse relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, cuando la producción del resultado desfavorable debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco jurídico del debate procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido éxito en sus pretensiones (STS de 30 noviembre 2005). No es necesario que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del Abogado. No puede, sin embargo reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del Abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción. En caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción.

**Acción civil dirigida a reclamar indemnización por negligencia médica: Inexistencia de negligencia profesional del Abogado.**—Se rechazan todos los argumentos del recurso que intenta demostrar la negligencia profesional del Abogado:

A) La extemporánea interposición del recurso de reforma en vía penal obedece a la existencia de una interpretación por parte de la Sala a quien el recurso se dirigía, por lo cual debe entenderse que la no-admisión no resulta inaceptable en el seno de las incidencias propias de un debate procesal. Por otra parte, no fue inútil seguir la vía penal, pues aunque no terminó en condena, permitió formar antecedentes útiles para el ejercicio de la acción civil, ello aparte de que esta vía tenía muy escasas posibilidades de éxito. Hay que rechazar la pretensión del recurrente de que la simple frustración del recurso de reforma comporta la existencia de un daño moral.

B) La forma de plantear la confesión judicial de los médicos y su exculpación en el trámite de conclusiones en el proceso civil obedece a una posible orientación técnica de defensa encaminada, a la vista de antecedentes jurisprudenciales, a lograr la condena del establecimiento sanitario por falta de los debidos cuidados del paciente y justificada por la dificultad de obtener la condena de los médicos, dadas las características de la enfermedad sufrida. La falta de imputación objetiva del resultado producido al Abogado, demostrado en este caso por el hecho de que dicho resultado es aceptable en el marco de las incidencias propias del debate procesal, determina la desestimación de este motivo.

C) La cinta magnetofónica en la que se recoge una conversación con el cirujano no comportaba, en su versión íntegra, el reconocimiento de la negligencia de los médicos demandados, aparte de que la dudosa compatibilidad con el respeto al derecho a la intimidad personal, podía resultar aconsejable su no-presentación. (STS de 27 de mayo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

**25. Incumplimiento doloso de contrato e indemnización por daño moral.**—El Tribunal Supremo ha considerado, para el caso de incumplimiento doloso de contrato, que dicho incumplimiento lleva aparejada no sólo la indemnización de daños y perjuicios de carácter patrimonial, sino también el resarcimiento por daño moral como consecuencia de los padecimientos que la parte cumplidora ha sufrido a raíz del incumplimiento contractual; independientemente de que éstos se hayan contemplado o no en el contrato como objeto de indemnización. El Tribunal Supremo aplica en estos casos un criterio de imputación subjetiva, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1107 CC. (**STS de 15 de junio de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Por la parte actora se ejercita acción de indemnización de daños y perjuicios frente a los demandados por incumplimiento de contrato, solicitando tanto daños patrimoniales como morales, al tratarse de un caso de incumplimiento doloso que les ha generado determinadas secuelas psíquicas, además del perjuicio económico. La parte demandada se opone a la demanda, alegando que no queda probado indicio alguno de actuación dolosa por su parte, no debiendo existir una condena sin más por el mero hecho del incumplimiento.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda condenando a los demandados al pago de una indemnización de 227.583.094 euros, en la que queda incluida el importe de 100.000 euros en concepto de daño moral. La Audiencia Provincial revoca parcialmente la demanda, al considerar que no procede la indemnización por daño moral. La parte actora en la instancia interpone recurso de casación.

**NOTA.**—La jurisprudencia parece admitir el abono de una indemnización por daño moral para el caso de mero incumplimiento doloso del contrato, en consonancia con la doctrina más moderna que parece estar conforme con la posibilidad de indemnizar por daño moral en el marco de un incumplimiento contractual. En materia de contratos la jurisprudencia no exige el ánimo de perjudicar o dañar para entender indemnizable el incumplimiento, sino la infracción de modo voluntario del deber jurídico que pesa sobre el deudor, a sabiendas.

El artículo 1107 CC atribuye al dolo, en el marco de una relación contractual, la nota de agravación de la responsabilidad del deudor. Pero a diferencia de la culpa, el dolo nunca se presume y es necesario probarlo. Ello dará lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

En principio el mero incumplimiento doloso de contrato no debe considerarse causa suficiente para entender aparejada la indemnización por daño moral, lo que requerirá de la demostración de que efectivamente dicho incumplimiento ha tenido como consecuencia la existencia de daño moral. De hecho, la jurisprudencia más reciente admite la posibilidad de indemnizar por daño moral por el mero incumplimiento doloso, pero siempre y cuando del mismo se determine por sí mismo un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, lo que ocurre cuando su existencia se deduce necesariamente del

incumplimiento o los daños son patentes. En ese caso la indemnización por dolo alcanzará a todos los daños derivados del incumplimiento. (L. Z. G.)

**26. Presupuestos para el ejercicio de la acción pauliana: crédito anterior.**—Si bien es cierto que la jurisprudencia exige, como requisito para el ejercicio de la acción pauliana o acción de rescisión por fraude de acreedores, que se pruebe la existencia de un crédito anterior al acto impugnado, también lo es que «ello ha de entenderse en términos generales, toda vez que no es necesario que sea exigible (...) ni que esté reconocido por el deudor, e incluso no se excluye la posibilidad de un crédito futuro en el caso de próxima y segura [o muy probable (...)] existencia posterior».

**Prueba del fraude.**—La prueba del fraude no se limita a los supuestos de presunción legal de fraude sino que puede admitirse la prueba presentada por «medios y modos distintos». Así, puede apreciarse indicio de fraude en hechos tales como haberse pactado un «precio muy inferior al tasado; relación existente entre las sociedades que intervienen en la operación; constitución de la sociedad adquirente unos meses antes».

**Consilium fraudis.**—El *consilium fraudis*, presupuesto de la acción pauliana, ha sido flexibilizado jurisprudencialmente, de modo «que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora» o *scientia fraudis*. (STS de 25 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La empresa demandante solicitó la declaración de nulidad absoluta y, subsidiariamente, la rescisión por fraude de acreedores de dos contratos consecutivos de compraventa efectuados entre las entidades codemandadas en 1995 y 2001, respectivamente. En Primera Instancia, se estimó la demanda principal y se declararon nulos por simulación los contratos de compraventa. La Audiencia Provincial revocó la anterior, pero estimó la rescisión por fraude de acreedores de la primera venta y condenó a los codemandados a pasar por la restitución de las fincas (apreciándose mala fe en el segundo comprador). La empresa demandante y, por su parte, las demandadas, interpusieron sendos recursos de casación, que fueron desestimados por el Tribunal Supremo. (C. J. D.)

**27. Acción de nulidad de compraventa por falta de objeto: Improcedencia.**—Es válida la compraventa a pesar de que su objeto sea de «existencia física muy dudosa», cuando así ha sido advertido por el vendedor y aceptado por el comprador, y cuando puede considerarse que los posibles derechos derivan de una adquisición anterior y de una inscripción registral actual. «Lo que no es objeto de la transmisión es “la inscripción registral”; sí lo es “los derechos que le corresponden sobre la finca”».

**Compraventa de los posibles derechos derivados de una inscripción registral: Desestimación del enriquecimiento sin causa del vendedor.**—No cabe apreciar el enriquecimiento sin causa del vendedor por la imposibilidad de ejercitar derechos sobre la finca objeto del contrato cuando el com-

prador asumió conscientemente el riesgo que la compra comportaba. **(STS de 24 de junio de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Una sociedad adquirió por título privado de compraventa los derechos derivados de una inscripción registral. En la cláusula primera del contrato se describe el objeto del mismo indicando que los vendedores «venden y transmiten (...) la inscripción registral y derechos que les corresponden sobre la finca descrita (...) en el estado y condiciones que se han dejado expuestas». El contrato pone de manifiesto que los vendedores «nunca han tomado posesión ni pueden identificar su situación ni tampoco pueden asegurar que en la actualidad los mencionados terrenos existan o conserven todavía los mismos linderos y metros de superficie que constan en la escritura (...) de todo lo cual es perfectamente concedora la entidad compradora». La sociedad ejercita demanda declarativa de la nulidad de la compraventa por falta de objeto. En ambas instancias se desestimó la demanda, y en casación no hubo lugar.

NOTA.—Curioso caso en que se admite la validez del contrato pese a que su objeto, indeterminado, consiste en los posibles derechos derivados de una inscripción registral. Se pone de manifiesto una línea jurisprudencial que flexibiliza la noción clásica del objeto del contrato, ampliándola y dotando de mayor relevancia al acuerdo de las partes en que el comprador asume el riesgo del resultado. La ventaja de esta línea doctrinal, en este caso, consiste en que se impide al comprador ir en contra de sus propios actos y hacer que el vendedor asuma el resultado, en contra de lo inicialmente pactado. (C. J. D.)

**28. En materia de diferencias respecto del aprovechamiento urbano no cabe aplicar analogía con el defecto de cabida.**—Ha de recordarse la doctrina sentada por esta Sala en sentencia de 30 junio 2009 en un supuesto en que igualmente se discutía sobre la procedencia del precio pactado en relación con la edificabilidad del inmueble transmitido. Allí se dijo: «La parte recurrente pretende, con esta alegación, resolver a su favor la pretensión a base de la aplicación por medio de la analogía de lo previsto para las diferencias de cantidad y calidad en la entrega de los inmuebles en los artículos 1469 y 1470 CC a la cuestión de diferencias en la edificabilidad. Lo cual no es posible. La analogía pretende resolver el caso de la laguna de la Ley y no puede considerarse tal cosa, cuando en un contrato se produce una discordancia, un error o una falta de previsión. El tema de la edificabilidad es importante económica y socialmente y está sumamente regulado en la normativa administrativa, pero no lo está en la civil. Siendo la base de la analogía la identidad de razón (semejanza que es destacada por las SSTs 21 noviembre 2000, 5 febrero 2004, 28 junio 2004) —*ubi eadem ratio est, ibi eadem iuris dispositio esse debet*— que comprende los dos presupuestos de falta de norma e igualdad esencial, no se da en el caso presente». **(STS de 1 de junio de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La sociedad formuló demanda de juicio ordinario contra los vendedores interesando que se dictara sentencia para declarar que el contrato de compraventa suscrito por las partes tuvo

como objeto principal la transmisión del aprovechamiento urbanístico concedido a los demandados en la Unidad de Actuación 53-02, conforme a los criterios establecidos en el Plan General de Ordenación Urbana de Burgos, consistente en 1,4615 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup> y que, en consecuencia, el precio establecido en el contrato lo fue conforme al módulo de dicho aprovechamiento, cifrado en 1.014 € por metro cuadrado; que por ello el precio a satisfacer por la actora debe minorarse en 511.288 €, quedando modificada la estipulación segunda del contrato en el precio de 1.111.945 €, alegando que tras la celebración del contrato, que tuvo en cuenta dicho aprovechamiento urbanístico, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento denegó la aprobación inicial del proyecto de la unidad de actuación, rebajando la edificabilidad a un porcentaje de 0,46 m<sup>2</sup>/m<sup>2</sup>, habiéndose privado de este modo de un importante porcentaje de aprovechamiento urbanístico, que se tuvo en cuenta para fijar el precio total abonado en el contrato. Los demandados se opusieron a la demanda sosteniendo que por el contrario dicho objeto venía constituido por las dos fincas propiedad de los demandados más los correspondientes aprovechamientos sin determinar el porcentaje. Igualmente formularon reconvenición solicitando que se declarase su derecho a percibir las indemnizaciones que debía abonar la Junta de Compensación de la Unidad de Actuación como consecuencia del derribo de las fincas litigiosas; que se condenase a la demandante reconvenida al pago de 511.288 euros y los intereses devengados desde el día 12 de diciembre de 2003 y se declarase la obligación del actor a abonar la suma de 30.000 € a la agencia inmobiliaria como consecuencia de su intervención en la venta de las fincas, con imposición de costas. El juez de primera instancia desestimó la demanda formulada por la mercantil y estimó íntegramente la reconvenición. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia recurrida salvo en lo relativo al pronunciamiento sobre los intereses, concediéndolos hasta el momento en que fue hecho efectivo el pago. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

**29. Contrato de arrendamiento financiero. *Lease back* y prohibición del pacto comisorio.**—En la modalidad del contrato de arrendamiento financiero denominada *lease back*, el arrendador financiero —entidad de *leasing*— adquiere un bien inmueble de su anterior propietario mediante contrato de compraventa y a continuación lo arrienda a su transmitente mediante un *leasing* fijándose unos plazos de renta —generalmente de carácter mensual— y un valor residual para la readquisición de la propiedad por el inicial transmitente. Como cualquier otra operación de *leasing*, el *lease back* está dirigido a financiar al arrendatario la adquisición de un bien destinado, por definición legal, a la explotación agrícola, pesquera, industrial, comercial, artesanal, de servicio o profesional del financiado; y, dada su especialidad, se sitúa en una zona próxima al pacto comisorio, debiendo atenderse a cada caso para precisar si está presente o no dicho pacto prohibido legalmente y, en consecuencia, nulo; debiendo considerarse, no obstante, la inicial legalidad de dicha figura en cuanto aparece mencionada incluso en la primera regulación de las operaciones de arrendamiento financiero.

El TS se ha referido específicamente a la figura del *leasing* inmobiliario, *leasing* de retorno o *lease-back* y su relación con la prohibición legal del pacto comisorio, singularmente en sus sentencias de 16 de mayo de 2000 y 2 de febrero de 2006. Existirán razones suficientes para entender que el conjunto de operaciones realizadas responden a la finalidad económico-financiera causalmente autónoma propia del *lease-back* o arrendamiento financiero de retorno sobre bienes inmuebles en cuanto que no ofrezcan dudas la naturaleza del arrendador financiero, en cuanto entidad dedicada exclusivamente a operaciones de arrendamiento financiero con los debidos requisitos de orden fiscal y mercantil, y de la arrendataria financiera, en cuanto entidad mercantil necesitada para su funcionamiento en el tráfico comercial del edificio objeto del contrato, y en especial cuando la arrendadora no sólo arrendó el inmueble, sino que además el arrendamiento se extendía a la propia edificación construida *ex novo* con la íntegra financiación por parte de la entidad de *leasing*. De este modo, se revela la inexistencia de un pacto comisorio en el sentido prohibido por el ordenamiento jurídico, de modo que el mismo bien ofrecido en garantía típica o atípica ingrese definitivamente en el patrimonio del acreedor en el supuesto de que el deudor no cumpla con sus obligaciones, ya que no se trata del mismo bien cuya titularidad se transmitió en virtud del contrato de compraventa, sino de otro integrado fundamentalmente por la edificación que alcanza un valor notablemente superior al del suelo. (STS de 15 de abril de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don Gervasio y don Hernán y la compañía mercantil C., *Sociedad de Arrendamiento Financiero, S.A.* concertaron dos contratos, uno de compraventa por el que los dos primeros, en nombre y representación de la entidad *JMG, S.A.* vendieron a la segunda una finca; y el segundo, de arrendamiento financiero, por el que la sociedad compradora C. cedía dicho inmueble a favor de la arrendataria H., la cual intervenía en el contrato representada por los mismos señores, en cuanto el capital de *JMG* correspondía íntegramente a H.

La entidad H. dejó de satisfacer los cánones correspondientes y fue declarada en estado legal de suspensión de pagos, por lo que la arrendadora le dirigió comunicación en la que optaba por la resolución del contrato instándole a que dejara libre y a entera disposición de la arrendadora la finca objeto del contrato, sin que la arrendataria diera cumplimiento a lo requerido. Ante ello, C. formuló demanda contra H. y la intervención nombrada en el expediente de su suspensión de pagos, interesando que se declarara resuelto el contrato de *leasing* inmobiliario entre las partes. La demandada se opuso a lo anterior y formuló demanda reconvenzional, interesando que se le absolviera de la demanda y se declarara nulo el contrato de compraventa y los contratos de arrendamiento financiero, se restaure en la titularidad dominical de la finca al anterior propietario *JMG, S.A.* y se cancelen todos los asientos posteriores a dicha titularidad dominical, así como que se restituya por C. a H. el total de las cuotas abonadas por el canon de arrendamiento financiero considerado nulo más sus intereses.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y, estimando parcialmente la demanda reconvenzional, por considerar



que las operaciones realizadas encubrían la realidad de un préstamo sujeto a pacto comisorio, declaró la nulidad del contrato de compraventa, así como del contrato de arrendamiento financiero inmobiliario, con efectos de restitución de las prestaciones recíprocas y cancelación de los asientos registrales derivados de las escrituras declaradas nulas, manteniendo la validez, como contrato de préstamo, del arrendamiento financiero mobiliario. Recurrída en apelación dicha sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial estimó el recurso de *C.* y desestimó el de *H.*, revocando la sentencia del Juzgado y estimando íntegramente la demanda de *C.* y desestimando la demanda reconvenzional de *H.* Contra la sentencia de apelación, interpusieron *JMG* y *H.* sendos recursos por infracción procesal y de casación, habiéndose admitido únicamente el segundo de los recursos de ambas partes, que es desestimado por el Tribunal Supremo, confirmando así la sentencia recurrida. (*F. J. J. M.*)

**30. Contrato de permuta de finca por cosa futura. Es un contrato perfecto con un plazo de ejecución.**—El contrato de permuta de cosa futura no produce una obligación condicional ni a plazo, sino que es un contrato perfecto en el que la obligación de entrega de las viviendas tiene un término o plazo de ejecución, en el sentido de que el cumplimiento de tal obligación debe hacerse a la llegada del término; el término de ejecución se refiere a la realización de la prestación que constituye el objeto de la obligación: es el término para el cumplimiento de la prestación (SSTS de 5 de mayo de 1986 y 13 de marzo de 1987).

**El que el contrato no prevea plazo de cumplimiento no implica que el contratante pueda tener en suspenso indefinidamente su cumplimiento. Posibilidad de que el tribunal fije un plazo de cumplimiento.**—No puede aceptarse que la parte contratante pueda indefinidamente tener en suspenso el cumplimiento de sus obligaciones ya que el contrato no previó plazo para ello. Ante ello, el artículo 1124, tercer párrafo, CC no obliga forzosamente al Tribunal a declarar la resolución, sino que le permite señalar un plazo cuando haya causas justificadas que lo autoricen (STS de 2 de marzo de 1921) y la gravedad del incumplimiento ha de ser relacionada con criterios de equidad y buena fe (STS de 28 de febrero de 1986). Aparece un dilatado tiempo en que no se cumplieron las prestaciones a que venía obligada la sociedad demandada, respecto a la que no se había impuesto plazo concreto, pero no puede quedar su cumplimiento indefinidamente a su arbitrio por ser contrario a la *necessitas*, esencia de la obligación, que proclama el artículo 1256 CC. La ausencia del plazo concreto y la presencia del lapso indefinido de tiempo, autorizan la consideración de causa justificada para la fijación de un plazo. (STS de 22 de abril de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

**HECHOS.**—Los matrimonios constituidos por don Hernán y doña Agustina, y don Iván y doña Apolonia, contrataron con *CB, S.A.* un denominado contrato de compraventa (aunque debe ser calificado de contrato de permuta de finca por cosa futura) en el que se pactó un precio en dinero y, como prestación principal, la entrega de cinco viviendas. La sociedad demandada no inició el trámite para la recalificación de las fincas rústicas a urbanas, ni el

anteproyecto de construcción. Ante ello, los vendedores formularon demanda, interesando la resolución del contrato o, subsidiariamente, la nulidad del mismo.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente, condenando a *CB* a que en el plazo de dieciocho meses realizara las gestiones tendentes a la recalificación de los terrenos adquiridos, de rústicos a urbanos, realizando los correspondientes anteproyectos de construcción de las viviendas. *CB* recurrió en casación contra esa sentencia, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia recurrida. (*F. J. J. M.*)

**31. El ánimo de liberalidad no se presume.**—[...] denuncia la vulneración de lo dispuesto en el artículo 618 en relación con el artículo 1253 del Código Civil, en cuanto se exige para la validez de la donación la existencia de *animus donandi* el cual no existe en el caso y no puede presumirse.

Incluso si se prescinde de la incorrecta invocación del artículo 1253 del Código Civil, sobre las presunciones, que había dejado de estar vigente con anterioridad a la interposición de la demanda en virtud de su derogación por la Disposición derogatoria única, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo no puede prosperar. Es cierto que esta Sala ha venido declarando que el ánimo de liberalidad no se presume (sentencias de 6 octubre 1994, 12 noviembre 1997, 13 julio 2000 y 21 junio 2007, entre otras), pero en el caso presente consta, en primer lugar, la formalización ante notario de un contrato de compraventa en el cual el presunto comprador no satisface precio alguno —cuestión en la que coinciden ambas partes— sin que se alegue una finalidad distinta de la de encubrir una donación; y además es la propia parte recurrente la que admite la existencia de *animus donandi* cuando en el escrito de interposición del recurso (antecedente primero) viene a decir que lo que doña Belen pretendía «era donar a su hijo la mitad del apartamento y plaza de garaje sitos en C/ Pío XII de Madrid (como previamente había hecho con su hija con otro apartamento situado en la misma finca de las mismas características), que, por estar aportado a la sociedad, su hijo le aseguró que debía hacerse mediante la compraventa de participaciones sociales y que por motivos fiscales era mejor hacerlo “a través de una compraventa”»; lo que pone de manifiesto que el *animus donandi* existía aun cuando la donante pudo sufrir error sobre el objeto del contrato, lo que constituye cuestión distinta a la que plantea el motivo.

**Requisitos necesarios para que pueda declararse la validez de una donación encubierta: criterios extensibles a la transmisión de participaciones sociales.**—[...] el motivo segundo denuncia la vulneración del artículo 618 del Código Civil, en relación con los artículos 623, 629, 632 y 633 del mismo código, por falta de aceptación expresa de la donación por parte del donatario y, en todo caso, falta de conocimiento de tal aceptación por el donante; mientras que el tercero se formula por infracción de los artículos 1261.3, 1274, 1275, 1276 y 1253 en relación con los artículos 618, 623, 629, 630 y 633, todos del Código Civil, por falta de los requisitos formales propios de la donación.

Los referidos motivos han de ser estimados por las siguientes razones. El artículo 26.1 de la Ley reguladora de las Sociedades de Responsabilidad

Limitada de 23 de marzo de 1995 exige que la transmisión de las participaciones sociales conste en documento público, formalidad que se ha cumplido en el caso presente si bien mediante la expresión de una causa falsa del contrato aparentando la celebración de un negocio de compraventa, sin que conste en tal documento la aceptación del donatario como exige el artículo 632 del Código Civil. En tal caso, resulta de aplicación la doctrina sentada por el Pleno de esta Sala en sentencia de 11 enero 2007 (Rec. 5281/1999), seguida por las posteriores 684/2007 de 20 junio, 956/2007 de 10 septiembre, 236/2008 de 18 marzo, 317/2008 de 5 mayo, 287/2009 de 4 mayo y 378/2009 de 27 mayo.

Se dice en dicha sentencia (fundamento jurídico cuarto) que «Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El artículo 633 CC, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubre no reúne para su validez y eficacia aquéllos».

Aun cuando dicha sentencia, como las posteriores que se han citado, se refieren a supuestos de donación encubierta de bienes inmuebles –cuyos requisitos de forma se contienen en el artículo 633 del Código Civil– la doctrina ha de ser extendida necesariamente a supuestos como el presente en que se exige el otorgamiento de un documento público debiendo constar también por escrito la aceptación del donatario –art. 632 del Código Civil– sin que dicha aceptación pueda ser suplida por la suscripción de un contrato de compraventa simulado.

La sentencia de 11 de enero de 2007 finaliza sus razonamientos contrarios a la validez de la donación encubierta bajo contrato de compraventa, afirmando que «el criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia por sí mismo fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad)». (STS de 3 febrero 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.–Doña Belén demandó a su hijo don Aurelio interesando sentencia en la que se declarase la nulidad de una compraventa de participaciones sociales por la manifiesta mala fe contractual y dolo del demandado amén de la inexistencia de causa del contrato por falta de precio. Asimismo solicitaba la declaración de nulidad de la donación disimulada bajo la aparente compraventa por inexistencia de causa. El Juzgado estimó la demanda. El demandado recurrió en apelación y la Audiencia acogió el recurso revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda.

Recurre en casación la demandante y el Tribunal Supremo declara haber lugar confirmando la sentencia del Juzgado. (*R. G. S.*)

**32. Revocación de la donación por causa de ingratitud. La hija no pudo imputar a su madre el delito cometido por ésta contra su padre.**—

No puede entenderse que se haya producido una imputación de delito cuando se ha declarado la nulidad de la personación de la donataria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 LECrim. De este modo, debe considerarse que la expresión «imputare» significa solo persecución judicial por medio de una acción de la que sea titular la persona donataria y como en este caso, la hija donataria no podía ejercer la acción penal contra la donante, mal le podía imputar un delito, por carecer de legitimidad para hacerlo. A una conclusión semejante lleva la interpretación restrictiva que debe hacerse de las causas de ingratitud, en cuanto permiten privar de efecto a un contrato válido y eficaz. Además de la poca claridad del artículo 648,2 CC, porque de lo que en realidad parte es de imputaciones de delitos cometidos por el donante contra el donatario, no contra terceros, interpretación a la que se llega de la integración de todos los incisos del segundo párrafo. (**STS de 13 de mayo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

**HECHOS.**—Los cónyuges habían celebrado con su hija un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos y otro de compraventa. Ocho años después del segundo contrato, los cónyuges se separaron y un año después, la esposa asesinó al marido, siendo condenada por delito de asesinato. La hija había formulado escrito de acusación contra su madre por supuesto delito de asesinato, que fue rechazado por falta de legitimidad para sostener la acción penal contra su madre y, en cambio, se sostuvo el ejercicio de la acción civil en dicho procedimiento penal. Posteriormente, la madre demandó a su hija y pidió que se declararan nulos los contratos a que se ha hecho referencia, por ser simulados y que se declararan revocadas las donaciones disimuladas por causa de ingratitud. El juez de primera instancia estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

**33. Nulidad de contrato de arrendamiento de locales para supermercado por frustración de la finalidad perseguida o falta de causa.**—

La inviabilidad de la prestación por desaparición de la falta de interés en la misma del arrendatario se debe a que ambas partes elevaron a la categoría de causa contractual la unión de ambos locales para unirse en una única unidad locatícia, como se especificó en el contrato mediante la expresión de la finalidad y la obtención de las correspondientes licencias, lo que el recurrente conoce en el momento en que se dicta sentencia estimando la pretensión deducida en su contra por parte de la Comunidad de vecinos en la que se insertan los locales, con la consiguiente devolución de la posesión entregada con dicha finalidad, sin poder haber disfrutado del local afectado por el vínculo arrendaticio, dado que no pudo abrir su negocio. Las partes previeron en la estipulación novena que para perfeccionar el contrato el Ayuntamiento o el organismo competente otorgara las licencias pertinentes de obras, actividad,

apertura o cualquier otro permiso o autorización que fuera necesario para poder realizar la actividad de supermercado en el inmueble objeto del contrato y esta cláusula la interpreta la sentencia en el sentido de que la autorización se ampliaba también a la obtención del permiso de la Comunidad, «porque solo así podía cumplirse con lo pactado» de dedicarlo a esta actividad, que es la finalidad del contrato de arrendamiento. (**STS de 1 de junio de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—En el contrato de arrendamiento de dos locales para supermercado se incluyó una cláusula que decía: «haciendo uso de las facultades dominicales que asegura tener la propiedad, se autoriza a la arrendataria para que cubra el actual patio de luces que une ambos locales, de manera que pueda considerarse las dos fincas registrales objeto de este contrato una única unidad comercial». La comunidad de vecinos se opuso a que se realizara esa unión y el supermercado no se pudo abrir. La arrendadora interpuso demanda de juicio ordinario contra la entidad arrendataria en reclamación de rentas impagadas y de una indemnización por los daños y perjuicios producidos en los locales durante el tiempo en que fue ocupado por la demandada. La parte demandada formuló reconvencción, solicitando la nulidad del contrato de arrendamiento en su día concertado, por carencia de causa, al haberse frustrado de forma sobrevenida su finalidad, declarándose la obligación de la arrendadora de indemnizar a la arrendataria por los daños y perjuicios causados, con devolución de fianza y rentas abonadas. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a la demandada a que se lleven a cabo los trabajos necesarios para que los locales comerciales sean repuestos a su estado anterior. Asimismo estimó en parte la reconvencción, declarando la nulidad del contrato de arrendamiento por falta de causa, debiendo la parte actora restituir a la demandada las cantidades abonadas en concepto de rentas, así como la fianza. La Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto, estimando íntegramente la demanda formulada por la parte actora y desestimando la reconvencción. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y confirmó la sentencia de primera instancia. (*M. C. B.*)

**34. Arrendamientos urbanos. Plena vigencia del artículo 53 del TRLAU de 1964 respecto de los arrendamientos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985.**—Ya sendas SSTs de Pleno de 15 de enero de 2009 declararon como doctrina jurisprudencial que el artículo 53 del TRLAU de 1964 es un precepto vigente en la actualidad, plenamente aplicable a los arrendamientos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 y su ejercicio no supone un abuso de derecho al ejercitarse la acción impugnatoria con base en una facultad reconocida legalmente, sin que la interpretación sociológica permita la derogación de una norma que pretende proteger al inquilino, objetivo al que responde dicho artículo 53. Esta sentencia reitera tal doctrina. (**STS de 30 de abril de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Doña Florencia interpuso demanda frente a doña Sandra, por la que ejercitaba acción de impugnación de compraven-

ta al amparo del artículo 53.1 del TRLAU de 1964, aduciendo que la demandada había adquirido la vivienda de la que la actora resulta ser arrendataria, por un valor que excede de la capitalización de la renta anual que en el momento en que se verificó la transmisión abonaba la actora, lo que le facultaba para impugnar la transmisión y para solicitar se declare que la nueva propietaria no podrá denegar la prórroga del contrato a la actora por necesitar para sí o para su familia el uso de la vivienda, ante lo que se opuso la demandada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Recurrida en apelación dicha sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocando la sentencia del Juzgado y desestimando íntegramente la demanda. Contra esa sentencia, la demandante recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo, que ratificó en su integridad la sentencia del Juzgado.

NOTA.—Reitera esta Sentencia la jurisprudencia de Pleno que, asumiendo una de las dos líneas contrapuestas que existían en las Audiencias Provinciales, afirma la plena vigencia del artículo 53 del TRLAU de 1964 respecto de los arrendamientos anteriores al 9 de mayo de 1985 y que su ejercicio no supone un abuso de derecho, aun cuando el precio de venta no sea anormal en el mercado inmobiliario, atendida su ubicación y su extensión. *Vid.* al respecto la STS de 15 de enero de 2009, anotada con el número 40 en el fascículo III del tomo LXIII (2010) de este *Anuario*. (F. J. J. M.)

**35. Acción de retracto sobre la vivienda arrendada. Las cuestiones procesales no tienen cabida en el recurso de casación.**—Las cuestiones procesales no tienen cabida en el recurso de casación (AATS 31 marzo 2009, 23 junio 2009 y 12 enero 2010, entre los más recientes), por lo que la causa de inadmisión por preparación defectuosa prevista en el artículo 483.2.1.º, en relación con el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil deviene, en este momento procesal, en causa legal de desestimación.

**Es adecuado presentar la demanda de retracto el primer día hábil siguiente a aquel en el que finalizaba el plazo de ejercicio.**—Es adecuado presentar la demanda de retracto el primer día hábil siguiente a aquel en el que finalizaba el plazo de ejercicio del derecho de retracto porque «una interpretación razonable de la norma y de los intereses en juego no puede originar como resultado final un efecto contrario al derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, desde el momento en que se privaría al titular de un derecho, como el de retracto, a disponer de la totalidad del plazo concedido por la Ley, incluso aunque se arbitraran mecanismos organizativos distintos de acceso a los órganos judiciales (inexistentes en la actualidad, puesto que los juzgados no permanecen abiertos durante las veinticuatro horas del día, y no es posible la presentación de escritos ante el Juzgado que presta servicio de guardia), pues siempre dispondría de la facultad de agotarlo en su integridad, y de esta facultad no puede ser privado por las normas procesales u orgánicas que imposibilitan el pleno ejercicio de la acción ante los órganos judiciales». (STS de 30 de abril de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El arrendatario presentó demanda de juicio declarativo ordinario para el ejercicio de la acción de retracto sobre la

vivienda, al ser cesionario del contrato de arrendamiento suscrito por su madre en 1953. El demandante presentó la demanda el día hábil siguiente al sábado en que finalizaba el plazo para ejercitar la acción de retracto, lo que motivó que el demandado alegara la caducidad de la acción. El juez de primera instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron la decisión. (L. F. R. S.)

**36. Arrendamiento de vivienda. Desahucio por falta de pago de cantidades asimiladas a la renta.**—«La interpretación de las normas conforme a su espíritu y finalidad (art. 3 del Código Civil) lleva también a considerar que la causa resolutoria del artículo 114-1.ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 ha de comprender actualmente el impago por parte del arrendatario del impuesto de bienes inmuebles, en tanto dicha norma tiende a proteger al arrendador frente a los incumplimientos del arrendatario respecto de obligaciones de inexcusable cumplimiento, como es ésta, y carecería de sentido estimar que, impuesta dicha obligación respecto de los contratos de arrendamiento de vivienda concertados tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, con efectos resolutorios por su incumplimiento (art. 27.2 a), y extendida tal obligación del arrendatario igualmente a los contratos anteriores regidos por la Ley de 1964, opere la resolución para los primeros —en cuanto a los que el legislador dispensa una menor protección— y no respecto de los segundos amparados por un derecho de prórroga indefinido, en los que la máxima protección concedida al arrendatario ha de verse correspondida por un escrupuloso cumplimiento de sus obligaciones» (STS de 12 de enero de 2007). (STS de 15 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El arrendador presentó demanda de juicio verbal de desahucio por falta de pago de las rentas y cantidades asimiladas a éstas y de reclamación de su importe contra la arrendataria con quien, por subrogación tras el fallecimiento de su padre, inicial arrendatario, tenía suscrito un contrato de arrendamiento de vivienda sobre un inmueble de su propiedad desde agosto de 1975. Alegaba que, pese a haber requerido a la arrendataria en fecha 28 de octubre de 2005 el abono de las rentas actualizadas así como el pago del impuesto de bienes inmuebles desde 1997, la arrendataria continuaba abonando únicamente la renta pactada en contrato, por lo que solicitaba de forma conjunta la declaración de resolución del contrato de arrendamiento y la condena al pago de 2.089,93 euros en concepto de rentas vencidas y cantidades análogas vencidas, así como los vencimientos sucesivos que se fuesen produciendo, con condena en costas para la arrendataria. La demandada adujo que no le había sido nunca notificada expresamente de las actualizaciones de I.P.C. ni de la reclamación del impuesto de bienes inmuebles que se le exigía, reconociendo adeudar únicamente los 1.197,85 euros consignados. Subsidiariamente solicitaba la prescripción de la reclamación de impuesto de bienes inmuebles correspondiente a los años 1997 a 2000, ambos inclusive, por haber transcurrido más de cinco años desde su devengo, pidiendo que se considerara enervada la acción en cuanto a la cantidad consignada.

El Juzgado de Primera Instancia reconoció el derecho de la demandada a enervar la acción de desahucio, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.4.º de la LEC, al considerar que no había existido un requerimiento de pago. En relación a las cantidades de impuesto de bienes inmuebles reclamadas, se condenaba al pago de los importes abonados por concepto de impuesto de bienes inmuebles desde 1997 hasta 2005, con exclusión de los recargos de apremio e intereses, que debían ser asumidos por la actora. No consideraba prescrita la acción de reclamación de cantidad correspondiente a los impuestos de bienes inmuebles de 1997 a 2000, por considerarse de aplicación el plazo contenido en el artículo 1964 del CC, no el del 1966 Código Civil, porque no consideraba que el impuesto de bienes inmuebles tuviera que ser considerado como cantidad asimilable a la renta y, por tanto, procedía la aplicación del plazo general de prescripción previsto para cualquier obligación contractual. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial ratificó el criterio de la sentencia de primera instancia, entendiendo que, si bien correspondía a la arrendataria el pago del impuesto de bienes inmuebles, el incumplimiento de esa obligación no podía fundamentar la pretensión resolutoria porque no se podía calificar el impuesto como renta ni como cantidad asimilable a esta. No estimaba la acción de resolución del contrato de arrendamiento por el hecho de que las cantidades consignadas no fueran suficientes para cubrir el importe de las actualizaciones pues la pequeña diferencia de 2,80 euros suponía un error contable mínimo que no debía llevar aparejada una consecuencia tan grave. En cuanto a la prescripción de la reclamación del pago del impuesto de bienes inmuebles de 1997 a 2000, entiende de aplicación lo dispuesto en el artículo 1966 del Código Civil y, por tanto, estimó la excepción de prescripción de la reclamación de los importes de impuesto de bienes inmuebles correspondientes a dichos años, al haber transcurrido más de cinco años. Por ello, reducía el importe de la condena a 1.200,65 euros. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada, ya que consideró que no constando requerimiento fehaciente de pago anterior a la interposición de la demanda, debe entenderse enervada la acción de desahucio por consignación de las cantidades asimilables a la renta que la parte arrendataria debía a la arrendadora, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (M. C. L. J.)

**37. Arrendamiento de vivienda. Resolución a instancia del arrendador. Cesión del contrato inconsentida.**—La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 no prevé como necesario que el inicial arrendatario desaloje la vivienda arrendada en beneficio del cesionario para que la subrogación por negocio *inter vivos* tenga eficacia y la convivencia de cedente y cesionario en la vivienda objeto del contrato no desvirtúa la subrogación efectuada, puesto que el cesionario pasa a ocupar el lugar del cedente en su relación arrendaticia con el arrendador, debiendo asumir tanto el pago de la renta como el resto de obligaciones y derechos. La relación arrendaticia no sufre modificación objetiva, sólo subjetiva, debiendo entenderse que el conjunto de derechos y



obligaciones del arrendatario se transfiere al cesionario. (STS de 15 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El arrendador de una vivienda presentó demanda de resolución de contrato de arrendamiento de vivienda por falta de notificación al arrendador de la subrogación *mortis causa*, contra la hija del arrendatario de la vivienda anterior y fallecido el 28 de noviembre de 2003— la cual continuaba en el uso y disfrute de la misma sin haber comunicado al arrendador el fallecimiento de su padre. En la demanda negaba que se hubiera producido una subrogación en la posición del arrendatario por parte de su hija, pese a constarle la existencia de un acta de subrogación de arrendamiento de fecha 8 de septiembre de 1993, por no cumplir tal negocio jurídico los requisitos necesarios a los efectos del artículo 24 de la LAU de 1964, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Terminaba, por tanto, solicitando que se declarase resuelto del contrato de arrendamiento por falta de notificación al arrendador de la subrogación *mortis causa*.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda al no constar la notificación al arrendador por la hija del arrendatario del fallecimiento de éste. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial lo estimó al entender que no le era exigible a la arrendataria la obligación de comunicar el fallecimiento del cedente y concluye que el arrendador consintió la cesión del contrato a la hija del primitivo arrendatario. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (M. C. L. J.)

**38. Arrendamiento de local de negocio. Prórroga.**—Bajo el régimen de la LAU de 1964 la duración del arrendamiento de los locales de negocio estaba sujeto a la prórroga forzosa por decisión unilateral del arrendatario a tenor del artículo 57. Entre las tasadas causas de resolución del contrato a instancia del arrendador previstas en el artículo 114 del Texto Refundido de 1964, no se hallaba la jubilación del arrendatario. Por el contrario, la duración de los contratos celebrados a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril (lo que tuvo lugar el día 9 de mayo de 1994), no estaba sujeto imperativamente al régimen de prórroga forzosa, según el artículo 9.1 del referido Real Decreto-ley.

**Arrendamientos de local de negocio. Causas de resolución.**—Las causas de resolución de los contratos anteriores al 9 de mayo de 1985 y sujetos imperativamente a la prórroga forzosa, fue modificado por la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 29/1994, que, tras proclamar en el número 1 la continuación del régimen de 1964, introdujo en el número 3 como causa de resolución de los contratos de arrendamiento de local de negocio la jubilación del arrendatario. (STS de 9 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—El 12 de diciembre de 1984 la mercantil I, S.L. arrendó a B un local comercial. El 17 de julio de 1985 la misma compañía I, S.L. arrendó al mismo arrendatario, el local contiguo que constituye la tienda segunda. Ejecutadas en ambos locales

obras debidamente autorizadas, en los mismos se desarrollaba un único negocio de restauración. Por burofax de fecha 19 de febrero de 2.004 la arrendadora notificó al arrendatario su voluntad de no renovar el contrato de arrendamiento de la tienda segunda. El 15 de marzo de 2004 la arrendadora interpuso demanda interesando la resolución del contrato de arrendamiento de 12 de diciembre de 1984 sobre el local comercial tienda primera, con fundamento en la jubilación del arrendatario el 1 de junio de 1998, al amparo de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de LAU de 1994. El demandado se opuso a la demanda y, además, reconvinó interesando que se declarase que el contrato suscrito el 17 de julio de 1985 sobre la tienda segunda se hallaba sujeto al régimen de prórroga forzosa del artículo 57 de la LAU de 1964. La arrendadora se opuso a la reconvencción interesando que se dictase sentencia declarando que el contrato de arrendamiento de la tienda segunda estaba en régimen de tácita reconducción.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta por la arrendadora y desestimó la reconvencción formulada por el arrendatario. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó el pronunciamiento que declaraba extinguido por jubilación el contrato de arrendamiento de la tienda primera. Declaró que el contrato de arrendamiento de la tienda segunda estaba sujeto al régimen de prórroga forzosa y afectado por las causas de resolución del contrato de arrendamiento de la tienda primera. En el auto de aclaración declaró la existencia de dos contratos de arrendamiento, uno por cada local. Asimismo mantuvo que los dos contratos de arrendamiento estaban sometidos al mismo régimen y que ambos estaban sujetos a las mismas causas de resolución y, en concreto, a las de resolución del contrato de arrendamiento de la tienda primera. El Tribunal Supremo desestimó el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por el arrendatario.

NOTA.—En este caso ante las discrepancias de las partes sobre lo realmente querido por ambas, tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo estiman, haciéndose eco de la tesis de recurrente sobre la recíproca incidencia de los contratos de 12 de diciembre de 1984 y 17 de julio de 1985, y valiéndose de elementos externos al contrato, singularmente del permiso para la unión de los locales, llegó a la conclusión de que los contratantes quisieron vincular la duración del segundo contrato a la duración del primero. (M. C. L. J.)

**39. Subrogación en arrendamiento de local de negocio por parte de descendiente que continúa la actividad en la que cesa el arrendatario por jubilación: la falta de notificación de la subrogación no comporta la resolución del contrato.**—La DT Tercera, A), apartado 1, LAU dispone, en relación con los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985 que subsistan en la fecha de su entrada en vigor, que continuarán rigiéndose por las normas de la LAU 1964 relativas al contrato de arrendamiento de local de negocio, salvo las modificaciones contenidas en los apartados siguientes de la misma DT. Entre estas modificaciones

figura, en los contratos en situación de prórroga legal, como excepción a la extinción por jubilación o fallecimiento del arrendatario cuando fuera una persona física (DT Tercera, B), apartado 2, LAU), la consistente en que «[e]n defecto de cónyuge superviviente que continúe la actividad o en caso de haberse subrogado éste, a su jubilación o fallecimiento, si en ese momento no hubieran transcurrido veinte años a contar desde la aprobación de la ley, podrá subrogarse en el contrato un descendiente del arrendatario que continúe la actividad desarrollada en el local. En este caso, el contrato durará por el número de años suficiente hasta completar veinte años a contar desde la entrada en vigor de la ley» (DT Tercera, B), apartado 3, LAU).

La aplicación de este precepto ha suscitado la cuestión relativa a si constituye un requisito para la eficacia de la subrogación la notificación de ésta al arrendador en un determinado plazo. Sobre esta cuestión existen criterios contradictorios entre distintas AAPP.

Algunas AAPP han aplicado el criterio consistente en que la falta de notificación de la subrogación en favor del cónyuge o descendiente del arrendatario de local de negocio previsto en la DT Tercera LAU determina la extinción del contrato por falta de eficacia de la subrogación o la facultad de resolución por parte del arrendador por traspaso no consentido. Se ha entendido que el plazo aplicable por analogía es el previsto para la notificación de la subrogación por fallecimiento del arrendatario de local de negocio, de tres meses según el artículo 16.3 LAU o de 90 días según el artículo 58.4 LAU 1964 (SSAP Alicante, Sección 5.ª, 17 de enero de 200, RA 752/00; Alicante, Sección 5.ª, 17 de enero de 2002, RA 332/01; Pontevedra, Sección 5.ª, 20 de noviembre de 2000).

Este criterio se ha fundado, en síntesis, en que la introducción de una nueva causa de extinción del contrato de arrendamiento por jubilación determinaría que, en caso de ausencia de notificación de la subrogación, el mandato del legislador no se cumpliera. Se estima aplicable para exigir la notificación, en virtud del artículo 8 LAU 1964, la analogía con los supuestos de extinción del arrendamiento de local de negocio por fallecimiento. Se considera, asimismo, que el principio de buena fe (art. 6 CC) y de lealtad y confianza contractual (art. 1258 CC), exigen que se notifique el cambio de arrendatario, a fin de que sepa el arrendador en cada momento quién es la otra parte del contrato.

En otras resoluciones de AAPP, por el contrario, se ha entendido que la falta de notificación de la subrogación no constituye causa de resolución ni de extinción del contrato de arrendamiento y solo es aplicable para el ejercicio de la subrogación el plazo de quince años de prescripción que establece el artículo 1964 CC en relación con la DA Décima LAU (SSAP Tarragona, 7 de octubre de 1997; Pontevedra, Sección 1.ª, 29 de julio de 1999; Segovia, 5 de noviembre de 1999, RA núm. 249/1999, Segovia, 12 de junio de 2001, RA 91/01, Asturias, Sección 1.ª, 8 de enero de 1999, 13 de septiembre de 2000, 22 de septiembre de 2001, RA 392/98, Málaga, Sección 6.ª, 11 de febrero de 1999, RA 144/99, Madrid, Sección 21.ª de 14 de mayo de 2002; Castellón, 24 de abril de 2002).

La jurisprudencia de esta Sala ha experimentado también una evolución en la materia. Inicialmente, la STS 19 de diciembre de 2008 RC núm. 2519/2002, en interpretación de la DT Tercera LAU, declaró, ante la existencia de doctrina discrepante en las Audiencias Provinciales, que «[e]sta Sala acepta la aplicación del artículo 58.4.º, párrafo primero, del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, el cual establece

que “La subrogación deberá notificarse fehacientemente al arrendador dentro de los noventa días siguientes a la fecha del fallecimiento del inquilino”, en relación con los artículos 56 y 57 de esta Ley, pues dichos preceptos incorporados en el Capítulo VII, donde se encuentra también el artículo 58, hacen referencia a los arrendatarios o subarrendatarios, lo sean de vivienda o de local de negocio.»

La doctrina sentada en esta sentencia partía del presupuesto de que la exigencia de notificación prevista en el artículo 58.4.º, I, LAU 1964 era aplicable a los locales de negocio. Sin embargo, posteriormente la STS 29 de enero de 2009 RC núm. 4132/2001, sentó como doctrina jurisprudencial «que el artículo 60 de la Ley de 1964 no hace depender la facultad subrogatoria de la circunstancia de haber llevado a efecto la notificación prevenida, para otros casos, en el artículo 58 de la Ley.»

En esta última sentencia esta interpretación de la doctrina jurisprudencial se aplicó a la delimitación del alcance de la DT Tercera LAU 1994, pero la doctrina jurisprudencial sentada en interés de la ley no se refirió expresamente a ésta. Se razonaba, en efecto, que el conjunto de sentencias dictadas por esta Sala en el sentido de que el artículo 60 LAU 1964 no hace depender la facultad subrogatoria de haber llevado a efecto la notificación prevista para otros casos en el artículo 58 LAU 1964 «está dictado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, pero el principio de continuidad de las normas de la Ley de 1964, que no hayan sido modificadas en la de 1994, determina que aquello que no estaba, siga sin estarlo ahora en esta suerte de contratos, al no haber quedado afectados por la Disposición Derogatoria Única, y que con independencia de que la notificación sea necesaria para que el arrendador pueda conocer con quien ha de seguir la relación arrendaticia y valorar su ajuste a la legalidad, permitiéndole el ejercicio de las acciones de todo tipo frente a quienes lo ocultan y le impiden la recuperación del local, nunca serán estas las resolutorias de la relación arrendaticia si el cambio de titularidad del antiguo por el nuevo arrendatario se produce en la forma que la ley permite puesto que ni la Transitoria [DT Tercera LAU] la impone, ni lo hace la de 1964, ni tampoco ello es posible a partir de una reinterpretación de la doctrina de esta Sala bajo la consideración de que la nueva Ley establece un nuevo estatuto normativo para esta suerte de contratos, incluido el efecto resolutorio, convirtiendo en ilegal lo que no lo era para el mismo hecho y los mismos contratos, puesto que no implica incumplimiento de ninguna de las obligaciones propias del arrendatario, y como tal no tiene encaje en el artículo 114 de la LAU de 1964 [...]»

Se hace necesario, por ello, que el Pleno de la Sala, resolviendo las discrepancias existentes entre las AAPP y cerrando la evolución jurisprudencial de acuerdo con la posición últimamente mantenida, sienta definitivamente doctrina en la materia, limitada al ámbito temporal en el que resulta aplicable la DT Tercera LAU, en el sentido de que la falta de notificación de la subrogación arrendaticia producida a raíz de la jubilación del arrendatario conforme a la DT Tercera, B), apartado 2, LAU no determina la extinción del contrato ni faculta al arrendador para el ejercicio de la acción de resolución.

Además de en los argumentos contenidos en la sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2009, RC núm. 4132/2001, esta conclusión se funda en que: (a) no se aprecia la existencia de una laguna legal que justifique la aplicación de la analogía, pues bajo la regulación de la LAU 1964, que es la aplicable según la DT Tercera LAU, la jurisprudencia no consideraba necesaria la notificación de la subrogación producida a raíz de fallecimiento del

arrendatario de local de negocio; (b) aunque no fuera así, cuando la LAU no establece con precisión que la sanción a la falta de notificación es la resolución del contrato, no puede aplicarse la analogía para anudar a la omisión una consecuencia tan grave, la cual implica la pérdida de derechos del arrendatario; (c) en todo caso, la aplicación analógica del artículo 58 LAU 1964, tomado en su integridad, conduciría a la conclusión de que la falta de notificación no podría ser directamente causa de resolución del contrato, sino, a lo sumo, de que, de no tener lugar la notificación en el plazo de 90 días allí fijado, el arrendador estuviese facultado para requerir al nuevo ocupante a fin de que le notificara la subrogación en otros 30 días, con la advertencia de que su falta en dicho plazo sí podría ser motivo de resolución; (d) el principio de buena fe exige que el arrendatario comunique la subrogación producida al arrendador para que tenga conocimiento del cambio subjetivo producido en la relación arrendaticia; pero no comporta que la falta de esta notificación legitime para el ejercicio de la acción resolutoria. Basta con considerar que el arrendador estará legitimado para el ejercicio de cualesquiera actos ejecutados sobre la base de la inexistencia de la subrogación si no se prueba que tenía conocimiento de ella y para el ejercicio de las acciones de resarcimiento de los perjuicios que pueda haber sufrido por esta circunstancia. **(STS de 13 de enero de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Jubilada la arrendataria de un local de negocio, continuó su hija desempeñando idéntica actividad en el mismo local como titular del arrendamiento. Transcurridos dos años de la jubilación, los propietarios del local instaron una acción de resolución de contrato por subrogación no consentida. El Juzgado estimó la demanda por considerar aplicable la LAU 1964 en función de lo dispuesto por la Disposición Transitoria Tercera de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos. Ello condujo a la aplicación del artículo 58.4 (LAU 1964) en cuya virtud la falta de notificación de la subrogación al arrendador en los 90 días siguientes a la subrogación comportaba la extinción del contrato. Idéntico criterio mantuvo la Audiencia Provincial al conocer de la apelación de la demandada. El Tribunal Supremo acoge el recurso de casación que ésta interpone y fija como doctrina jurisprudencial que *«la falta de notificación de la subrogación arrendaticia producida a raíz de la jubilación del arrendatario conforme a la Disposición Transitoria Tercera B), apartado 3, LAU no determina la extinción del contrato ni faculta al arrendador para el ejercicio de la acción de resolución»*. (R. G. S.)

**40. Resolución de arrendamiento de local de negocio por no proceder la subrogación de arrendatario. Interpretación de la DT Tercera, 3 LAU en relación con la sucesión en el arrendamiento de local de negocio: la subrogación se limita a un único descendiente.**—La DT Tercera LAU dispone, como una de las modificaciones aplicables a los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985 que subsistan a la fecha de su entrada en vigor la consistente en que «[l]os arrendamientos cuyo arrendatario fuera una persona física se extinguirán por su jubilación o fallecimiento, salvo que se subrogue su cónyuge y continúe la misma actividad desarrollada en el local. En defecto de cónyuge supérstite

que continúe la actividad o en caso de haberse subrogado éste, a su jubilación o fallecimiento, si en ese momento no hubieran transcurrido veinte años a contar desde la aprobación de la ley, podrá subrogarse en el contrato un descendiente del arrendatario que continúe la actividad desarrollada en el local. En este caso, el contrato durará por el número de años suficiente hasta completar veinte años a contar desde la entrada en vigor de la ley».

[...] las Audiencias Provinciales se han mostrado en desacuerdo al interpretar la citada DT Tercera, 3 LAU 1994, pues, mientras algunas sentencias mantienen que aunque la citada disposición hable de un sólo descendiente del arrendatario fallecido, en singular, podrán subrogarse en los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985 (como el que nos ocupa) varios descendientes si no se ponen de acuerdo (SSAP Barcelona, Sección 13.<sup>a</sup>, 28 de abril de 2000, RA núm. 960/98, Navarra, Sección 2.<sup>a</sup>, 3 de mayo de 2000, RA núm. 244/99, Navarra, Sección 1.<sup>a</sup>, 18 de marzo de 2003, RA núm. 44/03, Bizkaia, Sección 5.<sup>a</sup>, 24 de marzo de 1998, RA 581/98), otras Audiencias Provinciales interpretan literalmente la citada disposición y señalan que solo podrá subrogarse un único descendiente del arrendatario fallecido y no varios (SSAP Barcelona, Sección 4.<sup>a</sup> 21 de julio de 1999, RA 441/98, Barcelona, Sección 13.<sup>a</sup>, 3 de mayo de 2000, RA núm. 320/98, Asturias, Sección 1.<sup>a</sup>, 20 de enero de 2005, RA 450/04). Concorre, en consecuencia, el interés casacional cifrado en la existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales en la interpretación del expresado precepto.

Esta Sala considera que debe fijarse doctrina que la DT Tercera, 3 LAU debe interpretarse en el sentido de que, cuando concurren los requisitos establecidos en ella, sólo podrá subrogarse en el arrendamiento de local de negocio un único descendiente del arrendatario fallecido, siempre que éste continúe la actividad desarrollada en el local, y no cabe que la subrogación se opere en favor de varios descendientes conjuntamente aunque todos ellos participen en la actividad desarrollada por el causante como arrendatario de local de negocio.

En efecto, la norma menciona literalmente al «descendiente» en singular, de donde se sigue que impone la concurrencia de uno de los descendientes sobre los demás con la consiguiente carga, cuyo cumplimiento es necesario para el ejercicio de la subrogación, de ponerse de acuerdo entre ellos cuando varios o todos ellos participen en la actividad desarrollada en el local de negocio arrendado. La LAU considera el caso en que el titular del negocio desarrollado en el local es una persona física y no prevé la existencia de una pluralidad de partícipes en la actividad desarrollada. La LAU, de este modo, introduce limitaciones a la subrogación frente al régimen de la LAU 1964. Estas limitaciones, consistentes en que solamente se admite la subrogación en favor del cónyuge o, en su defecto, de «un descendiente» del arrendatario que continúe la actividad desarrollada en el local, obedecen a un propósito restrictivo (puesto de manifiesto en la exposición de motivos de la LAU). Este propósito se concreta no sólo en excluir de la subrogación al círculo más amplio de personas que se hallaban comprendidas en el artículo 60 LAU 1964 (se contemplaba al heredero, aun cuando no fuera descendiente, y también al socio), sino también en impedir que varios herederos puedan continuar la actividad mediante su participación en comunidad o sociedad. En el artículo 60 LAU 1964 se utilizaba la expresión «el heredero» y la jurisprudencia había admitido bajo su vigencia que la subrogación podía producirse en favor de varios herederos, pues entendía que impedir la participación de varios

herederos podría comportar un obstáculo injustificado a la continuación del negocio por los inmediatos sucesores del primitivo titular por una razón ajena a la órbita del contrato arrendaticio cuando la división del caudal hereditario, dada su composición y características, hiciera imposible la continuación de la actividad por uno solo de los herederos. Estos razonamientos, sin embargo, no son aplicables a la regulación de la LAU, toda vez que ya no se llama a quienes resultan ser titulares del derecho hereditario, sino, de manera expresamente limitada, a uno de los descendientes del arrendador: **(STS de 13 de enero de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Juzgado estimó la demanda de los propietarios de un local de negocio contra los integrantes de la comunidad hereditaria del arrendatario. Consideró que fallecido éste, titular inicial del arrendamiento, le sucedió su esposa y que, fallecida ésta, no concurrían los requisitos para la subrogación de «un descendiente del arrendatario que continúe la actividad del local», en el caso una óptica, contemplada por la Disposición Transitoria Tercera 3 LAU 1994 dado que estas condiciones sólo concurrían respecto de una de las hijas que no hizo valer la subrogación. La Audiencia confirmó la resolución considerando, fundamentalmente, que, a tenor de la prueba practicada, se había concertado un nuevo contrato con la comunidad de bienes con carácter mensual que se prolongó por tácita reconducción y se extinguió por el requerimiento del propietario. El Tribunal Supremo, que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada, fija como doctrina jurisprudencial la que queda atrás reseñada. (*R. G. S.*)

**41. Doctrina del *aliud pro alio*: no se vulnera cuando se utiliza para la construcción un hormigón de marca distinta a la pactada pero de calidad idéntica a la que se acordó en el contrato.**—La pretensión resulta contraria a la jurisprudencia de esta Sala en la aplicación de la doctrina del incumplimiento del contrato por entrega de cosa distinta a la pactada. La sentencia de 22 de octubre de 2007 resume esta doctrina partiendo de la base que «la jurisprudencia ha residenciado estos casos de falta de correspondencia objetiva entre lo pactado y lo entregado en el régimen general de la responsabilidad por incumplimiento de contrato. Así lo hacen, con las salvedades pertinentes, en algún caso *a sensu contrario*, las sentencias de 12 de marzo de 1982 [...], 7 de enero de 1988... “nos encontramos ante prestación de objeto distinto y no ante simples vicios de la cosa..., lo que le permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil..., pues... la ineptitud del objeto para el uso a que debía ser destinado significa incumplimiento del contrato y no vicio redhibitorio, lo que origina sometimiento a diferentes plazos de prescripción...”, 1 de marzo de 1991 “la circunstancia fáctica del empleo inmediato del cemento servido o suministrado impide la aplicación del artículo 327 del Código de Comercio, y su inadecuación, inidoneidad o inhabilidad para la construcción el que pueda calificarse como simple vicio o defecto de calidad o cantidad, que es lo contemplado por los artículos 336 y 342 del propio texto legal, excluyentes, normalmente, de la aplicación de los artículos. 1.101 y 1.124 del Código Civil, pero no en los supuestos de inutilidad del objeto a los fines contrata-

dos... concordándose así esta jurisprudencia con la recaída respecto a la compraventa civil que entiende se está en presencia de entrega de cosa diversa o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, que le permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1.101 y 1.124 y, por consiguiente, sin que sea aplicable el plazo semestral que señala el artículo 1.490 para el ejercicio de las acciones edilicias”–, 5 de noviembre de 1993 “... el motivo plantea el tema, muy discutido por la jurisprudencia, concerniente a la distinción entre vicios ocultos y prestación distinta, y que cabe entender resuelta a la vista de la doctrina establecida en las sentencias de 7 de enero de 1988, que recoge las directrices señaladas en las precedentes... por las que se entiende que se está en presencia de entrega de cosa diversa o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, al ser el objeto impropio para el fin a que se destina, lo que permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil, puntualizándose... que la ineptitud del objeto para el uso a que debía ser destinado significa incumplimiento del contrato y no vicio redhibitorio, originándose el sometimiento a diferentes plazos prescriptivos...” –y 10 de marzo de 1994– que identificó la cuestión planteada en el recurso como de “viabilidad o no de la acción ejercitada en punto al resarcimiento de los daños y perjuicios de referencia” y declaró que la misma “habrá de depender de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 342 del Código de Comercio y 1.490 del Código Civil”».

A su vez, la sentencia de 20 de noviembre de 2008 dice que «La doctrina del *aliud pro alio* se desarrolla a partir del artículo 1166 CC, que establece que “el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida”; por tanto, identificada la cosa debida, no es posible, sin un acuerdo entre las partes, cambiarla, porque el cambio unilateral por parte del deudor determina el incumplimiento de la obligación; en definitiva el *aliud pro alio* se aplica cuando en el contrato de compraventa se da una cosa diversa a la convenida, lo que se pone de manifiesto cuando hay una falta tan grave en las cualidades del bien entregado, sea ontológica o funcionalmente, que permite considerar que se está ante un incumplimiento contractual”. Es cierto que la doctrina de esta Sala ha incluido en los casos de falta de adecuación de las prestaciones de acuerdo con lo estrictamente pactado, aquellos otros en que “produciéndose una objetiva y natural identidad, la prestación ofrecida es inhábil en relación con el objeto o inidónea para cumplir las finalidades o intereses del acreedor cuando éstos han sido conocidos por el deudor” (SSTS 29 octubre de 1990, 1 de marzo de 1991, 28 de enero de 1992, 23 de enero de 1998)[...]. Y en el mismo sentido se pueden aportar las sentencias de 6 de octubre de 2006, en que se consideró que debía aplicarse esta doctrina en la pavimentación con un gres no idóneo y la de 9 de octubre de 2008, donde se considera que la existencia de aluminosis no ha frustrado el fin del contrato, entre otras.

De lo anterior se deduce que las notas que deben concurrir para que se considere que se ha entregado cosa distinta de la pactada para que ello comporte el incumplimiento del contrato son dos: a) inhabilidad del objeto para el que se ha destinado, y b) insatisfacción del comprador, puesto que cuando se acepta el objeto distinto no puede después alegarse la citada doctrina (STS 10 de febrero de 2009).

Estos requisitos no concurren en el presente litigio: 1.º) El material con el que se realizó la solera discutida fue de la misma calidad que el pactado,



aunque de distinta marca. Por tanto, si el primero, el acordado, era idóneo para el fin previsto, también lo era el que le sustituyó. 2.º) Esta identidad en la calidad no produjo la insatisfacción, medida en términos objetivos, del dueño de la obra, que no puede, por tanto, reclamar cuando lo ejecutado coincide con lo pactado, puesto que no se trata de cuestiones de marca, sino de calidades de los materiales que permitan que no se frustre el fin del contrato. (STS de 14 de enero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Las empresas A y B firmaron un contrato de ejecución de una nave industrial con suministro de los materiales. Las obras se terminaron con retraso debido, entre otros motivos, a la realización de la solera —subcontratada a la empresa C— que tuvo que ser rehecha. Al tiempo de la recepción provisional de la obra, la empresa B se negó a suscribir el acta en la que se hizo constar la existencia de defectos que debían subsanarse antes de la recepción definitiva. Reparados los defectos y convocados para la recepción provisional en firme la dueña de la obra —la empresa B— y la dirección facultativa, la primera no compareció. Constaba, por otra parte, que desde un mes antes de la fecha fijada para la recepción, la nave había sido ocupada por un arrendatario de la empresa B. La empresa A demandó a la empresa B reclamando la cantidad correspondiente a los certificados de obra pendientes de pago. La demandada alegó que las cantidades debidas por los retrasos eran superiores a lo reclamado y reconvino aduciendo que la demandante había incumplido lo pactado por no haber respetado el plazo, ni la calidad acordada en la obra (se aludía a la calidad de la solera), por lo que solicitaba su condena al pago de la penalización por el retraso y el de la refacción de la solera. El Juzgado estimó parcialmente la demanda y desestimó la reconvenición. Las litigantes apelaron y la Audiencia estimó el recurso de la empresa A y, con ello, su demanda. La empresa B presentó recurso de casación basado en la infracción de la doctrina del *aliud pro alio* vulnerada, a su entender, por haberse utilizado una marca de hormigón distinta a la pactada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (R. G. S.)

**42. Vicios de la construcción. El deudor solidario que paga íntegramente la indemnización no se subroga en el crédito del perjudicado.**—El deudor solidario que paga o cumple en su totalidad con el acreedor extingue el vínculo obligatorio, adquiriendo por ministerio de la Ley un derecho a repetir en la esfera interna, exclusivamente contra el conjunto de obligados unidos por vínculos de solidaridad, y tan solo lo que pagó más los intereses del anticipo. Es este un crédito ajeno por completo al que ostentaba el acreedor primigenio y desprovisto además de las garantías que tenía el crédito extinguido.

**La acción directa del artículo 76 LCS sólo corresponde al perjudicado.**—La acción directa del artículo 76 LCS encuentra su razón de ser en la producción de un daño y en el interés del perjudicado en obtener su rápida reparación, lo que implica que solo a él le incumbe ejercitarla. La no-equiparación entre acción de reembolso del artículo 1145 CC y acción de subrogación por pago descarta que quien no ostenta la condición de perjudicado

pueda, al socaire de repetir contra los demás deudores solidarios, extender la reclamación a terceros a quienes aquel no reclamó.

**Devengo de los intereses legales desde la fecha de la sentencia de segunda instancia debida al carácter razonable de la oposición.**—La aplicación de esta doctrina lleva a confirmar la decisión recurrida de fijar el devengo de intereses legales en la fecha de la resolución de segunda instancia, pues de la sentencia recurrida se colige que la decisión adoptada por la Audiencia Provincial se compadece con el canon del carácter razonable de la oposición, cuya valoración ha requerido agotar la segunda instancia, pues ha sido en esta fase procesal cuando se han descartado gran parte de los criterios utilizados por la entidad actora en su demanda para cuantificar la deuda. (STS de 5 de mayo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La constructora que satisfizo íntegramente la condena impuesta con carácter solidario en un pleito anterior por vicios de la construcción, formuló la acción de regreso que prevé el artículo 1145 CC contra los arquitectos superiores y técnicos, el estudio que intervino como proyectista y sus respectivas aseguradoras, precisando que la reclamación contra las aseguradoras se sustentaba en la acción directa del artículo 76 LCS por la subrogación que había operado a favor de la constructora a consecuencia del pago. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda condenando a todos los demandados a excepción de uno de ellos, aunque reduciendo la cuantía reclamada por entender que no todas las cantidades solicitadas se correspondían con la cuota de responsabilidad de los condenados intervinientes en el proceso constructivo. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de la actora y rechazó el recurso de la proyectista así como la impugnación de una de las aseguradoras, confirmando que la demandada absuelta en la instancia carecía de legitimación pasiva al no haber sido demandada y condenada en el pleito anterior. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso presentado. (L. F. R. S.)

**43. Rendición de cuentas del contrato de mandato realizada por los árbitros.**—Ha habido una intervención de terceros —los árbitros— que, aun cuando no haya tenido la eficacia propia del laudo arbitral, ha alcanzado para las partes la de un convenio vinculante en los términos previstos por el artículo 3.º de la Ley de Arbitraje de 1988, zanjando así la cuestión sobre la rendición de cuentas solicitada en la demanda. (STS de 4 de mayo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—A interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía solicitando que se condenara a las demandadas a rendir cuentas de la venta de un edificio y una urbanización, reclamando el saldo económico resultante a favor del demandante, más los intereses y costas. Las demandadas formularon reconvencción interesando que se condenara al actor a entregarles, por ser de su propiedad, un determinado piso más una participación indivisa del diez por ciento del resto del inmueble, con imposición de costas. El juez de primera Instancia estimó parcialmente la demanda y conde-

nó a las demandadas a satisfacer al actor la cantidad de dieciséis mil setecientos cuarenta y cinco euros con diecinueve céntimos, más el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda, con desestimación de la reconvencción opuesta por las demandadas. La Audiencia Provincial estimó parcialmente ambos recursos, condenando a las demandadas a entregar 32.752 marcos alemanes con sus intereses legales desde la fecha de la demanda que encabeza estas actuaciones hasta su completo pago. Y poniendo a disposición de éstas el demandante el diez por ciento del edificio con valor a fecha del laudo arbitral dictado y la casa que ocupó el Sr. X en el ático del mismo; la deuda produciría también intereses legales hasta la entrega y desde la fecha de la reconvencción capitalizándose para ello con valoración de la participación y de la vivienda a fecha del laudo. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

**44. Juego y apuesta. Irrepetibilidad de lo pagado voluntariamente.**—El fundamento del artículo 1798 CC en la idea de la obligación natural resulta más que dudoso, y es más razonable hallarlo en el régimen de las obligaciones nacidas de un contrato con causa ilícita o con causa torpe de los artículos 1305 y 1306 CC, siempre sin olvidar que para el Código el juego y la apuesta son contratos. Sin embargo de ello no se deriva que sólo sea irrepetible lo pagado durante la partida de cartas, pues el artículo 1798 CC extiende la irrepetibilidad a lo pagado «voluntariamente», y por tanto no hay razón alguna para excluir de la irrepetibilidad los pagos voluntarios aunque sean posteriores a la partida. En definitiva, despenalizados hoy el juego y la apuesta, aunque no legalizados sino bajo determinadas condiciones, el origen de la deuda en una partida de cartas no incluye entre los juegos no prohibidos del artículo 1800 CC permite poner su artículo 1798 en relación con su artículo 1306.1.<sup>a</sup> y, en consecuencia, negar al perdedor de la partida la repetición de lo «dado en virtud del contrato», pues participó en el hecho de igual modo que el ganador de la partida. (STS de 10 de abril de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Don Gabino participó en una partida de bacarrá en la que también participaron don Rubén, don Santiago, don Sergio y don Higinio, en el transcurso de la cual don Higinio se ofreció a garantizar la devolución del valor de las fichas que se le prestaron para jugar, llegando a perder don Gabino un total de 39 millones de pesetas. Al día siguiente, don Higinio acudió a la empresa donde don Gabino es directivo, para que le pagara la deuda, entregándole la suma de 9 millones de pesetas. Con posterioridad, don Gabino y don Higinio firmaron un documento en el que aquél reconocía adeudar a éste la suma de 39 millones, haciéndose constar expresamente que se había entregado con anterioridad la cantidad de 9 millones, y que el resto hasta el pago de la totalidad de la deuda lo haría don Gabino con la entrega de un piso, que valoraron en 9 millones, y de cuatro solares, que las partes valoraron en 13 millones de pesetas, así como comprometiéndose al pago de 8 millones de pesetas. Don Gabino escrituró a favor de don Higinio el piso,

que fue transmitido a terceros, inscribiéndose el nuevo titular en el Registro de la Propiedad.

Don Higinio interpuso demanda contra don Gabino ejercitando una acción de cumplimiento de contrato para que se le condenara a otorgar escritura pública de los solares y a la entrega de ocho millones de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, sobre la base de que la deuda tenía su origen en un juego no amparado por la ley, la inexistencia misma del contrato cuyo cumplimiento se pretendía al faltar un elemento esencial del mismo y la no repetibilidad de lo pagado voluntariamente. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial lo desestimó. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación, que fue igualmente desestimado por el Tribunal Supremo.

Don Gabino interpuso demanda contra don Higinio, por la que pretendía se le restituyan los nueve millones de pesetas y los cuatro solares que en su día entregó al demandado, así como que se le indemnice por el valor de la casa transmitida en aquella misma ocasión al demandado por la referida deuda pero que posteriormente se transmitió a terceros. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar que la pretensión de restitución del demandante debía examinarse desde la perspectiva de las obligaciones naturales, desde la que la atribución patrimonial del actor al demandado era irrepetible. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, por considerar que el documento de reconocimiento de deuda había sido declarado nulo en el anterior juicio y por tanto no podía desplegar los efectos restitutorios pretendidos en la demanda. Contra esa sentencia, el demandante recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia de la Audiencia. (*F. J. J. M.*)

**45. Seguro de accidentes. Fallecimiento de ambos cónyuges en accidente de circulación. Indemnización en favor del hijo.**—El fallecimiento en el accidente de ambos padres conlleva que, en aplicación del Anexo de la LRCSVM, es aplicable el factor de corrección de fallecimiento de ambos padres en el accidente contemplado en la Tabla II, aun cuando uno de ellos sea el causante del accidente. (**STS de 17 de mayo de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El vehículo conducido por la madre del niño demandante sufrió un accidente, sin intervención de ningún otro vehículo, falleciendo la conductora y su cónyuge. El tutor del hijo de los fallecidos reclamó una indemnización de daños y perjuicios a la aseguradora. En la aplicación del sistema de valoración contenido en el anexo de la LRCSVM se planteó la cuestión de si debía aplicarse el grupo II de la Tabla I, esto es, «Víctima sin cónyuge y con hijos menores», o si, como alegaba la demandada, esto supondría no tener en cuenta la condición de responsable de la conductora también fallecida, por lo que debía aplicarse el grupo I de la Tabla, esto es, «Víctima con cónyuge». El juez de primera instancia consideró que era aplicable el grupo II, por entender que el grupo I solo será aplicable cuando el cónyuge de la víctima también reciba

indemnización, so pena de penalizar a los restantes miembros del grupo familiar, con independencia de que la madre del niño pudiera ser la responsable del accidente. La Audiencia Provincial revocó esa sentencia y aplicó la indemnización correspondiente al grupo I de la Tabla I. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

**46. Transacción judicial. Efecto de cosa juzgada e impugnabilidad.**—Según la jurisprudencia, la transacción, sea judicial o extrajudicial, produce el efecto de sustituir una relación jurídica controvertida por otra cierta y no controvertida, extinguiendo los derechos y acciones en que trae causa y originando nuevos vínculos y obligaciones (SSTS de 8 y 17 de julio de 2008). Por eso se ha negado la posibilidad de plantear cuestiones que afecten a las situaciones preexistentes a la transacción, que han perdido la protección jurídica al ser transigidas (SSTS de 20 de octubre de 2004 y 7 de julio de 2006). La *exceptio pacti*, de significado semejante al de la cosa juzgada material, puede ser opuesta en cualquier proceso, aunque la LEC sólo se refiera a ella como excepción a la acción ejecutiva (art. 557.1.6.ª LEC). La transacción tiene para las partes efectos de cosa juzgada (art. 1816 CC) y vincula al órgano jurisdiccional en un proceso posterior cuando concurre identidad de elementos subjetivos y objetivos (STS de 30 de enero de 1999), pero no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes (SSTS de 28 de septiembre de 1984, 10 de abril de 1985 y 14 de diciembre de 1988), y la imposibilidad de replantear las cuestiones transigidas no implica que la transacción sea invulnerable, ya que puede impugnarse su validez y eficacia, dejándola sin efecto y reavivando la situación jurídica anterior: la interpretación del artículo 1816 CC ha de hacerse sin mengua de la naturaleza contractual propia de la transacción (STS de 8 de julio de 1999).

La transacción judicial tiene una naturaleza dual, ya que, manteniendo su carácter sustantivo, la aprobación judicial le confiere un carácter procesal como acto que pone fin al proceso, con el efecto de hacer posible su ejecución como si se tratara de una sentencia (arts. 1816 CC y 517 LEC). En esta circunstancia radica la diferencia entre la transacción judicial y la extrajudicial, ya que esta última no puede ser ejecutada forzosamente si no se obtiene, con carácter previo, un pronunciamiento judicial sobre su existencia y eficacia que sirva de título ejecutivo. La homologación judicial, sin embargo, no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes y, por tanto, aunque las transacciones judiciales puedan hacerse efectivas por la vía de apremio, el artículo 1817 CC no las elimina de la impugnación por vicios del consentimiento (STS de 26 de enero de 1993). De modo semejante, cabe ejercitar contra el acto de conciliación con avenencia, que es susceptible de ejecución, la acción de nulidad mediante el juicio declarativo que corresponda (arts. 476 y 477 LEC 1881 y DD 2.ª LEC). (STS de 5 de abril de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Por don Marcos y doña Celsa se interpuso demanda contra don Alexis, doña Nicolasa y don José Luis, instando la nulidad del acuerdo transaccional, aprobado judicialmente, por el que se concluyó un juicio precedente entre las mismas partes sobre extinción de un condominio, sobre la base de la existencia de error

en las condiciones esenciales de las cosas objeto de la transacción, por desconocer que la misma era inviable por la situación urbanística de las fincas, que hacían imposibles las segregaciones pactadas, falta de equivalencia de la extensión de las fincas con la asignada, que hacía imposible la inscripción en el Registro de la Propiedad, inclusión de bienes de un tercero y falta de concurrencia a la transacción, que incluía bienes gananciales de uno de los cónyuges afectados; así como la disolución del condominio. Uno de los codemandados se allanó a la demanda y los otros dos se opusieron a ella.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar que no hay error en el consentimiento y ser irrelevante la falta de concurrencia a la transacción de la esposa de uno de los que transigieron, ya que habría consentido tácitamente, y declaró extinguido el condominio en la forma pactada en la transacción. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la desestimación de la demanda por razones diferentes, al apreciar de oficio la existencia de cosa juzgada, por considerar que ya que no es posible reabrir un proceso ya resuelto por una resolución equiparable a la sentencia definitiva y firme (auto de transacción judicial). Contra esa sentencia, los demandantes interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal, siendo estimado por el Tribunal Supremo, que anuló la sentencia de la Audiencia y, en su lugar, retrotrajo el procedimiento al momento anterior a dictar sentencia en apelación, con el fin de que la Audiencia Provincial dicte nueva sentencia pronunciándose en apelación sobre las acciones ejercitadas. (F. J. J. M.)

**47. Efectos de cosa juzgada de laudo arbitral de equidad.**—La actuación del árbitro posee un contenido similar al ejercicio de la función jurisdiccional y el laudo dictado produce idénticos efectos que una resolución judicial, entre ellos el efecto de cosa juzgada material que reconoce el artículo 37 de la Ley 36/1988 de 5 de diciembre de Arbitraje. De acuerdo con el artículo 1252 CC la apreciación de cosa juzgada, en su aspecto negativo o excluyente, exige que entre la controversia resuelta por el laudo arbitral firme y la controversia planteada en el proceso judicial haya identidad entre las cosas, las causas y las personas y calidad con que lo fueron, de modo que si falta alguna de estas tres identidades no sería posible extender el valor vinculante de la cosa juzgada.

**Identidad de sujetos.**—El arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados. Su efectividad exige la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas, o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, a la decisión de uno o más árbitros, pues implica una renuncia a la intervención de los tribunales. La cláusula de sumisión a arbitraje sólo puede producir efectos respecto a quienes formalizaron el compromiso o traen causa en ellos, en lógica correspondencia con la legitimación para su alegación en el proceso, que únicamente corresponde a quienes la han aceptado de modo expreso o traen causa en ellos. De ahí que los efectos del laudo no se extienden a quienes, por no haber suscrito el compromiso arbitral, no pueden alegarlo. No obstante, la doctrina admite la exis-

tencia de una identidad jurídica subjetiva para hacer posible que los efectos de la cosa juzgada puedan extenderse a personas que no fueron parte en la controversia inicial, cuando conste que están ligadas a quienes lo son en la controversia posterior por los vínculos de solidaridad a que se refiere el artículo 1252 III CC.

**Identidad objetiva.**—La comparación de lo que fue objeto de las controversias entre las que se pretenden los efectos de cosa juzgada, es decir, la controversia resuelta por el laudo arbitral firme y la controversia planteada en el proceso judicial, exige el examen de lo resuelto en el primer litigio y lo pretendido en el segundo, para lo que ha de tenerse en consideración que los hechos que sirvieron de base a la reclamación en cada caso fueran los mismos y no tanto la clase de acción ejercitada. Esta última puede ser distinta en uno y otro pleito, ya que la identidad de la acción no depende de la fundamentación jurídica de la pretensión, sino de la identidad de causa de pedir, es decir, del conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora. (**STS de 23 de junio de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Una entidad mercantil suscribe un contrato de obra con otra entidad con el objeto de que ésta última construya una villa en el terreno propiedad de la primera. En dicho contrato de obra se pacta una cláusula de compromiso arbitral para resolver las posibles divergencias de los contratantes sobre la interpretación y el cumplimiento del contrato. También se indica que la dirección facultativa de la obra corresponde a un determinado arquitecto y a un aparejador. Surgidas discrepancias entre el dueño de la obra y la constructora sobre la diferencia entre la obra pagada por la primera según las certificaciones que le son presentadas, y la obra realizada, ambas partes formalizan el arbitraje. Se dicta laudo arbitral. Tras su firmeza, las dos partes contratantes acuerdan en acto de conciliación dejar sin efecto la cláusula de sometimiento a arbitraje. La dueña de la obra interpone una demanda frente a la constructora, el arquitecto y el aparejador, pidiendo la condena solidaria de los demandados al pago de una cierta cantidad de dinero, en concepto de exceso de precio pagado por la diferencia entre la obra certificada y la obra ejecutada, los intereses legales de dicha cantidad y los daños y perjuicios a determinar en periodo de ejecución de sentencia. La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda y condena a pagar solidariamente a la constructora y al arquitecto, aunque una cantidad bastante menor que la solicitada. Declara de oficio los efectos positivos de cosa juzgada del laudo para decidir el importe de la cantidad pagada en exceso a la constructora, y además declara la responsabilidad contractual del arquitecto al certificar de modo erróneo la obra realizada dando lugar al exceso, absolviendo al aparejador en cuanto no firma las certificaciones inexactas. La sentencia de segunda instancia desestima el recurso de la demandante y estima el recurso interpuesto por el arquitecto. Declara que el laudo tiene efectos negativos de cosa juzgada que afectan a todos los litigantes, por considerar que el arquitecto y el aparejador se encuentran en una situación de solidaridad con la entidad constructora que firma la cláusula de arbitraje. La sociedad demandante interpone recurso de casación. El Tribunal

Supremo ha lugar al recurso de casación y confirma la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—Adviértase que la sentencia resuelve de acuerdo con el artículo 1252 CC, aplicable al litigio por razones temporales. En la actualidad los artículos 1249 a 1253 CC han sido derogados por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Las presunciones legales y judiciales se regulan en los artículos 385 y 386 de esta última ley. Lo mismo puede decirse de la mención que la sentencia hace del artículo 37 de la Ley 36/1988 de 5 de diciembre de Arbitraje, hoy derogada por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. (*Alma R. G.*)

**48. Extensión del monopolio municipal en materia de pompas fúnebres. Traslado de cadáveres sin licencia: inexistencia de responsabilidad extracontractual y/o competencia desleal.**—[...] lo debatido en el pleito es única y exclusivamente la licitud o ilicitud de los llamados «traslados fuera» por empresas de pompas fúnebres no autorizadas por el Ayuntamiento de Madrid pero sí por los de su sede a donde se trasladaban los cadáveres, el razonamiento de la recurrente ha de ser rechazado porque la jurisprudencia de esta Sala ya ha resuelto la cuestión en sentido desfavorable a su tesis.

La sentencia de 9 de marzo de 2005 (rec. 3951/98), ratificando la doctrina de las de 26 de octubre de 2004, 25 de noviembre de 2003, 28 de octubre de 2003 y 20 de marzo de 1996, descarta la ilicitud de conductas similares a las aquí enjuiciadas tanto desde la perspectiva del artículo 1902 CC como desde la del artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal, pues el monopolio atribuido por los Ayuntamientos a una determinada empresa de pompas fúnebres no puede extenderse más allá de la demarcación municipal y, así, vincular a otros municipios, o sea, los que constituyen sede de la empresa funeraria que realiza el traslado y destino del cadáver trasladado.

De otro lado, los denodados esfuerzos de la parte recurrente, prácticamente a todo lo largo de sus dos recursos, para demostrar la efectiva vigencia del artículo 139.3 ROTT, en su redacción original, durante la época en que las empresas demandadas hicieron los traslados considerados ilícitos en la demanda, resultan baldíos ante la claridad y contundencia de la sentencia de 9 de diciembre de 2002 (rec. 3882/97) dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo. Esta sentencia, de un lado, ratifica la doctrina de las sentencias de la misma Sala de 26 de enero y 23 de febrero de 2000 y 21 de mayo de 2001 que, apartándose del criterio seguido por la de 17 de junio de 1997 tan reiteradamente invocada en su favor por la recurrente, vuelve a la doctrina mantenida por las sentencias de 8 de noviembre de 1988 y 9 de mayo de 1996 para rechazar que el monopolio atribuido a una determinada empresa por un Ayuntamiento pueda tener efectos más allá de su propio término municipal; y de otro, concluye que «ya con anterioridad a la liberalización de los servicios funerarios, la preparación y traslado a otro municipio del cadáver, como actividades accesorias al sepelio, no podían ser impedidas a empresas externas aun cuando existiese monopolio municipal».

Por tanto, si para la Sala 3.<sup>a</sup> de este Tribunal Supremo el requisito reglamentario de que el servicio de transporte tuviera «su origen en el municipio en que la Empresa de pompas fúnebres tenga su sede» no podía impedir, «ya con anterioridad a la liberalización de los servicios funerarios», que los traslados fueran realizados por empresas externas al monopolio, dada la falta de



cobertura legal del precepto reglamentario, y si para la jurisprudencia de esta Sala el monopolio de una empresa no determinaba que los traslados realizados por otras fueran ilícitos, ya según el artículo 1902 CC, ya según la Ley de Competencia Desleal, el empeño de la parte recurrente en sostener que el artículo 139.3 ROTT, en aquella su redacción original, estuvo vigente mientras no quedó formalmente derogado por el RD 927/1998, de 14 de mayo, subsiguiente al Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, cuyo artículo 22 liberalizó la prestación de los servicios funerarios, sólo puede explicarse por no haber considerado dicha parte, primero, que la anulación de un precepto reglamentario reviste mucha mayor complejidad que su pura y simple derogación y, segundo, que la evolución de la jurisprudencia no permite compararla por etapas de un modo tal que el criterio de una determinada sentencia, en este caso la de 1997 de la Sala 3.<sup>a</sup>, quede petrificado para ser inexorablemente aplicado a todas las conductas comprendidas entre 1992 y 1997, que es lo que, hasta donde permite entender el recurso, se pretende en el recurso de casación [...]. (**STS de 18 de marzo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid demandó a cincuenta y tres empresarios —individuales y sociales— de pompas fúnebres por considerar que habían incurrido en el ilícito tipificado en el artículo 15.1 de la Ley de Competencia Desleal al realizar, a lo largo de cinco años, traslados de cadáveres de fallecidos en Madrid a otras localidades de la provincia sin contar con licencia del ayuntamiento de la capital. El Juzgado condenó a dieciséis de las empresas demandadas. La sentencia de apelación consideró, por el contrario, que la acción ejercitada había sido la de responsabilidad civil extracontractual y desestimó la demanda al entender que no concurrían sus presupuestos. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la actora. (*R. G. S.*)

**49. Responsabilidad civil de Notario y Registrador: Hipoteca cambiaria: Dudas sobre su concurrencia en el caso: Endoso parcial de las letras a tercero: Acuerdo entre acreedor y dueño de la finca hipotecada de segregación de parte de finca hipotecada y liberación de la carga sin anulación de letras correspondientes.**—La demanda funda la responsabilidad patrimonial del Notario y del Registrador demandados en el hecho de haber autorizado e inscrito la segregación de una parte de la finca matriz gravada por una hipoteca cambiaria sin recabar el consentimiento de la sociedad recurrente, que había accedido a la titularidad de parte del crédito hipotecario mediante el endoso de determinadas letras, y en cuyo favor se había practicado una anotación preventiva de petición de certificación de cargas del artículo 131.4.º LH, la cual no se arrastró a la porción segregada. Mantiene que así se causó un daño consistente en la alteración del contenido y alcance del derecho de hipoteca constituido en favor de los tenedores de las letras, y, con ello, una disminución de la garantía de cobro de la cuantía asegurada con la hipoteca. La sentencia recurrida niega la existencia de negligencia profesional fundándose en que, atendidas las circunstancias del caso y la posición de la doctrina y de la jurisprudencia, no era manifiestamente improcedente entender que la hipoteca no tenía naturaleza cambiaria, sino ordinaria, y, por consiguiente, bastaba con el consentimiento del acreedor hipotecario que figuraba

en la escritura originaria para dejar sin efecto la garantía hipotecaria sobre la parte de la finca segregada, pues la interpretación contraria no se ofrecía con carácter indiscutible. Las alegaciones de la parte recurrente son suficientes para abrir la discusión sobre la posible existencia de una negligencia por parte de los profesionales demandados, habida cuenta de que la anotación preventiva obrante en el Registro ponía la existencia de un tercero aparentemente legitimado para el ejercicio de la acción hipotecaria y, cuando menos, ofrecía dudas sobre el carácter cambiario o no de la hipoteca, para cuya cancelación parcial con anterioridad los mismos profesionales demandados, con distintos criterios jurídico, según la sentencia recurrida, habían exigido la inutilización de las letras de cambio correspondientes. Pero no es menester resolver esta cuestión, habida cuenta de que, de estimarse la existencia de una negligencia profesional, faltaría el requisito de la existencia de un daño, y, en todo caso, el nexo de causalidad entre la conducta de los demandados y ese daño.

**Ausencia de daño resarcible.**—La sentencia recurrida rechaza implícitamente la existencia de un daño resarcible ya producido, pues sostiene que la parte recurrente, que tiene pendiente en el momento de iniciarse este proceso una demanda tendente a obtener la nulidad y cancelación de las inscripciones de dominio y de segregación, no ha agotado las posibilidades que otorga el otorgamiento jurídico para defender su posición, y que el principio de legitimación registral impide a entrar a resolver sobre la eventual responsabilidad de los demandados sin obtener antes la declaración judicial de inexactitud del Registro. Esta Sala ha considerado que la disminución de la garantía producida por un error en un asiento del Registro puede constituir un daño resarcible; así en STS de 18 de mayo de 2006 el daño se concretó en la pérdida de una garantía que aseguraba el cumplimiento de la obligación, y en el debilitamiento del conjunto de garantías que el ordenamiento pone a disposición de los acreedores para la satisfacción de su derecho, poniendo en cuestión la propia eficacia del sistema registral. Sin embargo, el supuesto aquí examinado no es comparable, pues en él no se ha producido la cancelación de la nota marginal de petición de certificación del artículo 131.4.º LH, sino que se ha autorizado la inscripción de una segregación que pudiera ser nula. En este caso la disminución de la garantía que pudiera originar la segregación de una parte de la finca hipotecada como libre de cargas sería susceptible de ser eliminada mediante la declaración de nulidad de la segregación y de la inscripción y su cancelación, que comportaría el reintegro de la totalidad del inmuebles a su situación original, por lo que, como la sentencia recurrida acertadamente declara, no puede existir perjuicio real y actual en tanto no se produzca el desenlace del proceso encaminado a obtener aquellos pronunciamientos de nulidad y cancelación de la inscripción. Esta, en tanto no sea anulada, goza de la presunción de legitimidad. Solo así podrá advertirse si, como consecuencia de los efectos de la protección registral indebidamente prestada a un negocio nulo, la garantía hipotecaria puede haber resulta efectivamente disminuida.

**Ausencia de nexo de causalidad: Conducta omisiva del supuesto perjudicado.**—El nexo de causalidad no puede establecerse únicamente en el plano fenomenológico atendiendo exclusivamente a la sucesión de acontecimientos en el mundo externo, sino que la causalidad física debe ser acompañada de una valoración jurídica en virtud de la cual, con criterios tomados del ordenamiento pueda llegarse a la conclusión de que el daño causado se encuentra dentro del alcance de la conducta del agente, en virtud de lo que en nuestro ámbito jurídico suele llamarse imputación objetiva. En el caso examinado se observa que los criterios de imputación objetiva aplicables no autori-

zan a imputar al Notario y Registrador el daño producido, no obstante la negligencia en que pudieron haber incurrido. Uno de esos criterios es la interferencia de causas pertenecientes a la esfera de la víctima en la producción del daño. Esta última, por causas que no constan, no inscribió la escritura de cesión del crédito hipotecario en su favor (en todo caso, no combatió la posible calificación negativa del Registrador); de haberlo hecho, la titularidad de su crédito hubiera tenido acceso al RP y hubiera impedido la segregación posteriormente inscrita. En segundo término, la actora, no obstante haberse adjudicado la finca en el proceso especial sumario de ejecución hipotecaria con anterioridad a la segregación, no inscribió el auto por el que se aprobó el remate de la finca a su favor; esta inscripción hubiera determinado la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, pero la actora tampoco solicitó que se librara mandamiento de cancelación. Esta conducta de omisión tiene suficiente relevancia para ser considerada como decisiva en la generación de un posible daño que hubiera podido ser evitado por el perjudicado, y resulta obvio que esta pasividad no puede quedar justificada por el temor de quedar la parte recurrente subrogada en el débito personal, pues esta justificación equivaldría a reconocer la insuficiencia de la garantía hipotecaria por causas ajenas a la segregación llevada a cabo. **(STS de 2 de abril de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

**50. Daños personales por caída en establecimiento abierto: negligencia de la entidad titular del establecimiento por caída en zona oscura y no señalizada.**—La jurisprudencia de esta Sala sobre daños personales por caídas en establecimientos abiertos al público se recopiló extensamente en su sentencia de 31 de octubre de 2006 (rec. 5379/99) que, por un lado, siempre con base en sentencias anteriores, descartó como fuente autónoma de responsabilidad el riesgo general de la vida, los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar o los riesgos no cualificados; y por otro, aun reconociendo que algunas sentencias habían propugnado una objetivación máxima de la responsabilidad mediante inversión de la carga de la prueba en contra del demandado, concluyó que «la jurisprudencia viene manteniendo hasta ahora la exigencia de una culpa o negligencia del demandado suficientemente identificada para poder declarar su responsabilidad», conclusión ratificada por la sentencia de 17 de julio de 2007 (rec. 2727/00) en materia de «caídas en edificios en régimen de propiedad horizontal o acaecidas en establecimientos comerciales, de hostelería o de ocio» (FJ 3.º, consideración 3.ª).

Pues bien, de contrastar el recurso con la sentencia impugnada a la luz de dicha jurisprudencia se desprende que el tribunal de apelación no infringió el artículo 1902 CC, pese a fundarse en algunos argumentos jurídicamente incorrectos, porque en definitiva esta Sala sí comparte el juicio esencial de dicho tribunal sobre la negligencia inherente a la disposición o configuración del acceso del hostal al restaurante, con un escalón intermedio a escasísima distancia del umbral y precisamente en la zona de claroscuro provocado, simultáneamente, por los diferentes colores del pavimento y la luz solar a la entrada y al fondo, quedando en penumbra precisamente el punto en que se encontraba el escalón. **(STS de 25 de marzo de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El litigio del que trae causa el recurso se refiere a la responsabilidad civil de la sociedad titular de un restaurante por las lesiones que sufrió un cliente al caer al suelo. Se trataba de una

señora de sesenta y cinco años con diversas lesiones óseas y articulares que accedió al restaurante por una entrada lateral en la que había un escalón. La sentencia del Juzgado desestimó la demanda considerando que el riesgo no era el fundamento único de la obligación de resarcir, que la prueba practicada no permitía apreciar responsabilidad en la entidad propietaria y que la caída de la señora, que no era la primera, debía conectarse con su edad y sus padecimientos óseos. La Audiencia revocó la sentencia apelada y estimó parcialmente la demanda considerando que –aún cuando el establecimiento contaba con todos los permisos reglamentarios– hubo negligencia por parte de la empresa si bien no accedió a la indemnización del daño en la cuantía solicitada. Recurren en casación ambas partes declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

**51. Culpa extracontractual: Muerte en accidente de trabajo: Caída de escalera de mano: Doctrina general sobre la responsabilidad por riesgo.**—La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC, habiendo declarado la jurisprudencia (SSTS de 10 junio y 11 de septiembre de 2006, entre las más recientes) que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que rigen su regulación positiva; ni ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (STS de 2 de marzo de 2006); no procede la inversión de la carga de la prueba en los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario (STS 22 de febrero de 2007).

**Vinculación de la víctima a través de contrato de obra.**—No puede ser acogida la existencia de una responsabilidad nacida del riesgo creado basándose en una pretendida dependencia laboral, aun irregular, en virtud de las siguientes razones: 1) La entidad demandada no ejercía funciones empresariales respecto al fallecido y la prestación de éste se enmarcaba en un contrato de ejecución de obra, por lo que no es exigible a aquélla responder del cumplimiento de medidas de seguridad en el trabajo; 2) No se aprecia la concurrencia de riesgos de carácter extraordinario derivados por su propia naturaleza de la actividad que le fue encargada al fallecido, que no implica o supone un riesgo considerablemente anormal en relación a los parámetros medios (STS de 18 de julio de 2002), y no consta que la dirección del club impusiera limitaciones al accidentado o una forma determinada de desarrollar la obra que incrementaran el riesgo; 3) En estas circunstancias no le era exigible a la demandada un deber de previsión mayor que al propio accidentado; 4) No se ha acreditado la incidencia en la producción de la caída de elementos de los que fuera responsable la demandada, como el estado de la escalera, la situación del suelo en que se encontraba apoyada o las características de la verja que era objeto de la reparación; 5) No se ha acreditado la causa que provocó la caída desde la escalera; y 6) Esto implica la inexistencia de nexo causal que debe concurrir entre la acción u omisión de la demandada y la producción del evento dañoso (STS de 26 de mayo de 1997).

**Responsabilidad por hechos ajenos.**—La existencia de *culpa in eligendo* o *in vigilando* se sitúa en el ámbito de la responsabilidad por hecho de otro, a que se refiere el artículo 1903-4.º CC, y requiere la existencia de una relación jerárquica de dependencia entre el causante del daño y la empresa demandada; es una responsabilidad directa que tiene como presupuesto la culpa *in operando* por parte del causante del daño. No es esta la situación que se plantea en el recurso, a tenor de los hechos que considera probados la sentencia recurrida, por lo que resulta improcedente, aparte de ser extemporánea. (STS de 5 de abril de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El fallecido realizaba esporádicamente, sin relación laboral, obras de reparación en la pista de un Club de Tenis, en el que un hermano del mismo también impartía clases particulares. El día del accidente aquél cayó, desde una escalera de mano, desde una altura de tres metros, sufriendo lesiones que produjeron su óbito a los tres días, sin que se haya averiguado, en definitiva, la causa de la caída. El pleito adolece de falta de prueba. (G. G. C.)

**52. Indemnización por daños corporales como deuda de valor con arreglo al valor del punto en el momento del alta definitiva.**—Los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado.

La pérdida de valor que origina la valoración de los puntos en el momento del accidente no podría compensarse con los intereses moratorios del artículo 20 LCS, dado que éstos no siempre son aplicables; las lesiones pueden curarse o manifestarse transcurrido largo tiempo; y la determinación de los intereses moratorios exige determinar la cantidad en función de la cual se van a devengar. La cuantificación de los puntos debe efectuarse en el momento en que las secuelas del accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (STS de 5 de mayo de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La víctima de un accidente de circulación formuló demanda contra el conductor del vehículo que lo causó y su aseguradora instando, con carácter solidario, la indemnización correspondiente a los daños personales que aquella había sufrido, más los intereses del artículo 20 LCS. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, y fijó la indemnización a satisfacer de manera solidaria por los codemandados en la suma de 29.795,36 euros —según cuantías actualizadas a fecha del siniestro—, más intereses de demora desde la fecha del accidente, con respecto a la compañía aseguradora, indemnización que no comprende, ni la incapacidad permanente total que se desvincula del accidente, ni el resarcimiento de los daños morales complementarios, lucro cesante y determinados gastos por falta de prueba de su existencia y vincu-

lación causal con el siniestro. Interpuestos recurso de apelación por la actora y codemandados, la Audiencia Provincial los estimó parcialmente, revocando la sentencia impugnada en el único sentido de elevar la indemnización hasta la cantidad de 47.849,03 euros. En síntesis: a) aplica las cuantías actualizadas a fecha del siniestro para cuantificar el quebranto, b) acoge la petición de indemnización correspondiente al factor de corrección por incapacidad permanente, al considerar suficientemente acreditado que fue consecuencia de las secuelas provocadas por el accidente, y confirma la decisión del Juzgado de no indemnizar ni el lucro cesante –al entender que la pretensión se apoya en meras hipótesis y no en reales pérdidas– ni las obras de adaptación del baño, gastos de calzado y gastos de desplazamiento, por cuanto la prueba obrante descarta su relación con el accidente. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto, rechaza la interpretación de la Audiencia Provincial de estar a la fecha del accidente tanto para determinar el sistema legal de valoración aplicable como para cuantificar los daños que resulten de la aplicación del mismo, debiéndose realizar la cuantificación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del accidente con arreglo a la actualización de las cuantías económicas vigente a la fecha en que se consolidaron las lesiones y secuelas, o lo que es lo mismo, a fecha del alta. (M. C. L. J.)

**53. Daños por circulación de vehículos. Día inicial del plazo de prescripción.**—La jurisprudencia declara constantemente que la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de las acciones es función que corresponde en principio a la Sala de instancia, y que su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación, salvo cuando se halla en juego la correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables. La prescripción de la acción para reclamar por secuelas se inicia con la determinación de su alcance o de los defectos permanentes originados, pues hasta que no se determina ese alcance no puede reclamarse por ellas. El conocimiento del daño sufrido que ha de determinar el comienzo del plazo de prescripción lo tiene el perjudicado al producirse el alta, en la medida que en esta fecha se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas. (STS de 26 de mayo de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Como consecuencia de las lesiones sufridas en accidente de circulación ocurrido el día 15 de junio de 1999 el perjudicado demandó al conductor y al propietario del vehículo causante de aquel, y a la entidad que aseguraba su responsabilidad civil, en reclamación de la correspondiente indemnización. La demanda fue presentada el día 10 de diciembre de 2002 y con ella se acompañaba informe médico de valoración del daño corporal en el que se indicaba que las lesiones en el fémur habían quedado estabilizadas el día 24 de febrero de 2000, momento en que el perjudicado recibió autorización médica para realizar una vida normal, y también, que en la revisión efectuada el día 19 de octubre de 2000

se constató que sólo quedaba pendiente la extracción del material de osteosíntesis colocado en la referida extremidad, lo que tuvo lugar el 15 de noviembre de 2001, siendo revisado el paciente por última vez el 22 de enero de 2002 y dado de alta el 5 de febrero de 2002. La aseguradora demandada se defendió sosteniendo que la acción se encontraba prescrita, al tener que computarse el plazo anual desde la fecha en que las lesiones y secuelas se encontraban plenamente consolidadas, 24 de febrero de 2000, sin que entre esta fecha y la primera reclamación a la demandada, efectuada mediante fax el 14 de junio de 2002, mediara acto que interrumpiese válidamente la prescripción.

El Juzgado de Primera Instancia acoge la excepción de prescripción y desestima la demanda en su integridad. Sobre la base de que el día inicial del plazo de prescripción ha de coincidir con aquel en que las lesiones se estabilizaron, de la prueba extrae la conclusión de que este hecho se produjo el 19 de octubre de 2000. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto coincidiendo con el Juzgado en situar el inicio del cómputo del plazo de prescripción en el momento en que se produce la estabilización de las lesiones, si bien, de la prueba practicada y, en particular, del dictamen pericial aportado por la parte actora, concluye que este hecho tuvo lugar el 24 de febrero de 2000, cuando se declararon consolidadas las fracturas y se autorizó al paciente a llevar una vida normal. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto. (*M. C. L. J.*)

**54. Culpa extracontractual: Prescripción de la acción para exigir indemnización por los daños padecidos por la adición a fumar cigarrillos: Enfermedad de Buerger: *Dies a quo*: Secuelas: Amputación de ambas extremidades: Doctrina general.**—Es reiterada la doctrina jurisprudencial de que debe entenderse como fecha inicial del cómputo el momento de la determinación del alcance de las secuelas, es decir, el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados, pues hasta que no se conocen estas circunstancias no puede reclamarse con base en ellas, ya que es entonces cuando el perjudicado tiene un conocimiento preciso de la entidad de los perjuicios. Con carácter general, el momento del alta definitiva es el momento en que las secuelas han sido determinadas y en el que comienza la prescripción de la acción, lo que no excluye que, en atención a circunstancias especiales concurrentes en casos determinados pueda apreciarse un momento posterior por precisarse ulteriores comprobaciones para determinar el alcance de aquéllas; o bien, cuando se trata de enfermedades crónicas cuando el daño, aun siendo continuado en sus efectos, permite concretar definitivamente el alcance de las secuelas; la dificultad de este supuesto debe resolverse mediante la valoración de la prueba y admitiendo la posibilidad de fraccionar las etapas diferentes o hechos diferenciados de los daños sufridos. Esta doctrina obedece al principio de indemnidad para preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento. El *dies a quo* debe fijarlo el tribunal de instancia en el ejercicio de su función exclusiva de apreciación de la prueba.

No puede aceptarse la argumentación de la sentencia recurrida cuando afirma que la fecha inicial de la prescripción, en caso de secuelas, tenía que ser cuando se diagnosticó al paciente y se vinculó al tabaquismo la enfermedad de Buerguer en el año 1991. Sin embargo, con carácter subsidiario dicha sentencia sostiene que el daño podía entenderse producido en el momento en que finaliza la última de las operaciones de amputación que sufrió el demandante, pues en este momento se determinó al alcance de las secuelas por las que reclama. Doctrina conforme con la doctrina de esta Sala, suficiente para sostener la conclusión de que la acción extracontractual está prescrita. La demanda no desmiente esta apreciación puesto que fija con exactitud la cantidad reclamada y los conceptos en que se funda partiendo de las amputaciones padecidas, lo que demuestra que el alcance de las secuelas a partir de la última operación podía ser perfectamente determinada. La parte actora no ha justificado que concurren circunstancias que hagan necesario esperar a un acontecimiento posterior al de las amputaciones ya padecidas para precisar el alcance de las secuelas., Ningún indicio permite presumir lo contrario entre la última amputación (diciembre 1999) y la interposición de la demanda (mayo 2002). Afirma que el paciente continúa con la adición al tabaco, pero esta afirmación es insuficiente para demostrar que las secuelas padecidas no están perfectamente determinadas. En el caso de que, en el futuro, pudiera producirse una agravación de la enfermedad o nuevas secuelas, nada impide que éstas puedan ser objeto de reclamación independiente.

En conclusión, procede desestimar el recurso de casación por entender que no infringe el ordenamiento jurídico la conclusión a que llega la sentencia recurrida estimando prescrita la acción ejercitada. Esta implica que la Sala no puede entrar a examinar si existe o no responsabilidad extracontractual por los daños que se imputa a la parte demandada como consecuencia de la actividad de fabricación y distribución de tabaco. A esta cuestión se refieren los motivos 2.º y 3.º de casación que, por esta razón, no han podido ser examinados (**STS de 5 de mayo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La víctima de la adición al tabaquismo alegaba secuelas graves (amputación de ambas extremidades inferiores) producidas por la enfermedad de Buerguer que los expertos consideran incurable pues el enfermo no puede dejar de fumar, y que el actor pretende que aquélla se desencadenó por la manipulación causada por la empresa demandada que tenía a su cargo la comercialización de una conocida marca de cigarrillos norteamericanos. Dado que se desestima el motivo que impugnaba la estimación de la excepción de prescripción, el TS se considera dispensado de analizar otros motivos, aunque deja abierta la posibilidad de nuevas reclamaciones si la enfermedad prosigue. ¿Se insinúa, acaso, un cambio en el criterio jurisprudencial, hostil hasta ahora entre nosotros, a este tipo de reclamaciones contra las tabaquerías? (G. G. C.)

**55. Accidente laboral: Prescripción de la acción por culpa extracontractual: Cuestión Nueva: Inexistencia.**—Esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones la imposibilidad de plantear cuestiones nuevas en el recurso de casación, en cuanto se ve afectado el derecho de defensa y los principios de preclusión, audiencia bilateral, igualdad de partes y congruencia (así,



SSTS de 28 de mayo de 2004 y 21 de julio de 2008). No es admisible la introducción en el recurso de casación de un elemento de controversia que ha sido ajeno al debate en las instancias, y se ha considerado, incluso, cuestión nueva la invocación de preceptos jurídicos no alegados con anterioridad, cuando implicaba la alteración de la causa de pedir modificando los términos de la controversia, o suponía una variación del fundamento fáctico, aunque esto no impide a la parte esgrimir cuantos fundamentos jurídicos puedan apoyar su recurso, siempre que se mantenga dentro de los límites de lo que fue objeto de la segunda instancia. Pero en el recurso no se aprecia la existencia de una cuestión nueva, pues el recurrente planteó en ambas instancias la relevancia, a efectos de fijar el plazo de ejercicio de la acción, del momento en que quedan fijados definitivamente los daños en relación con la pendencia de la causa penal.

**Dies a quo del plazo prescriptivo.**—La prescripción, según reiterada jurisprudencia, debe ser interpretada restrictivamente, al no estar basada en criterios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho. El *dies a quo* para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur*. Este principio exige que la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar. En materia de accidentes de trabajo, esta Sala ha reiterado que cuando se ha seguido expediente para dirimir definitivamente cuáles han sido las consecuencias de la repercusión de las lesiones en la capacidad laboral del trabajador sólo entonces se dispone del dato de la incapacidad que afecta a la determinación del daño producido. En este caso, la situación definitiva del trabajador no quedó fijada hasta el ATS (Sala 4.ª) de 17 de diciembre de 2002, que declaró la firmeza de la STSJ, Sala de lo Social, de Madrid, en la que se declaró la invalidez permanente en grado absoluto para todo trabajo, por accidente laboral, siendo tal fecha el plazo de inicio de la prescripción extintiva de la acción.

**Interrupción del plazo por ejercicio de acción penal.**—Como resulta de los artículos 111 y 114 LECrim. en relación con el artículo 1969 CC, la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil, al constituir un obstáculo legal a su ejercicio (SSTS de 3 de mayo y 5 de julio de 2007, y 6 de mayo de 2008). Una vez concluido el proceso penal previo el plazo empezará a computarse desde el día en que pudieron ejercitarse, a saber el momento en que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento, notificados correctamente, haya adquirido firmeza, instante en que se conoce el punto final de la paralización operada por el proceso penal. En este caso ello ocurrió el 9 de marzo de 2004, siendo presentada la demanda civil el 24 del mismo mes, por lo cual tal acción no ha prescrito. Ningún dato objetivo prueba que el recurrente utilizó la pendencia de la causa penal para eludir la prescripción.

**Estimación del recurso y devolución al Tribunal de apelación.**—Para evitar que la casi totalidad del asunto quedara privada de la segunda instancia, y que esta Sala, desnaturalizando su función de órgano de casación, tuviera que proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba, procede devolver las actuaciones al Tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por prescrita, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas en el recurso de apelación de los demandados. La posibilidad de que haya de dictarse una segunda sentencia de apelación tras la estimación de un recurso de casación, y no de un

recurso extraordinario por infracción procesal, no parece excluida en el artículo 487.2 LEC (**STS de 24 de mayo de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Son razonables los motivos alegados por la Sala 1.<sup>a</sup> para devolver los autos al Tribunal de instancia, aunque ello va a originar, de hecho, un nuevo retraso en el ejercicio del derecho reconocido al perjudicado por el artículo 24 CE (accidente ocurrido en 1999), y sin que se excluya la eventualidad de nuevo recurso de casación por quien sea vencido en segunda instancia. Por lo demás, como se sabe, en nuestro derecho procesal no rige, obligatoriamente, el sistema de la *cassation par renvoi* del derecho francés. (G. G. C.)

**56. Accidente de circulación: *Dies a quo* del plazo prescriptivo desde que la sentencia firme laboral concretó el efecto invalidante de la secuela.**—Es necesario optar entre dos fechas declaradas probadas, la de la resolución del INSS (13 de julio de 2001) y la de la sentencia firme que puso fin al procedimiento laboral (14 de marzo de 2003), que plantea la sentencia recurrida en el sentido de que desde que se dictó la resolución por la Seguridad Social sobre incapacidad permanente absoluta del actor a consecuencia de recidiva del accidente sufrido en 1984 el interesado tuvo perfecto conocimiento del daño para su salud derivado del accidente, sin necesidad de esperar a que la jurisdicción social se pronunciara sobre el grado de invalidez pues la resolución del INSS se impugnó solo por la Mutua y de la resolución judicial solo dependía la cuantía de la prestación o pensión que debía percibirse. La Sala no comparte este criterio pues entiende que la reclamación de la indemnización por el concepto de invalidez dependía de que de modo definitivo se dilucidara por el orden social la concreta incapacidad que afectaba al interesado, pues, por más que los parámetros de la indemnización puedan ser distintos en cada jurisdicción, o que la social tome en consideración el grado de invalidez a efectos prestacionales, la invalidez como manifestación del daño para la salud y en cuanto concepto susceptible de ser indemnizado también en vía civil por la compatibilidad de indemnizaciones, debía ser determinada en sus términos más precisos a fin de que el conocimiento exacto del perjuicio sufrido permitiera reclamar detalladamente su resarcimiento. No puede operar en contra del lesionado la falta de determinación definitiva de esa incapacidad laboral, ni siquiera, como acontece, que la impugnación en la jurisdicción social es promovida por otra entidad ajena al trabajador lesionado (en este caso la Mutua), ni por la circunstancia de que finalmente la resolución que la califica de modo firme se limite a ratificar los términos en que quedó determinada por la resolución administrativa inicial, ya que entender lo contrario equivaldría a hacer depender la determinación del plazo de prescripción del éxito o fracaso de la pretensión impugnatoria.

**Estimación del recurso y devolución a la Audiencia.**—Es procedente devolver las actuaciones al Tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción por prescrita, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas. La reposición de actuaciones encuentra justificación en el artículo 487.2 LEC, que no la excluye para los recursos de casación de los números 1.º y 2.º del artículo 477.2 LEC, y en la consideración de que una resolución distinta traería consigo que el asunto

quedara privado de la segunda instancia. (STS de 25 de mayo de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—En cuanto a la devolución de los autos al Tribunal de instancia, se reitera la doctrina sentada en sentencia de fecha anterior (extractada en el mismo fasc. del ADC), del mismo Ponente, en asunto relativo a accidente laboral. Aquí el accidente ocurre en 1984 y con posterioridad aparecen secuelas. Por lo demás, la sentencia extractada es plenamente de aprobar. (G. G. C.)

**57. Accidente de circulación: Ejercicio previo de la acción penal: Dies a quo para el plazo prescriptivo de la acción civil: Doctrina general.**—La jurisprudencia declara constantemente que la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción es función que corresponde, en principio, a la Sala de instancia, y que su decisión, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación. Sin embargo, el hecho de que la apreciación del instituto de la prescripción presenta una dimensión estrictamente jurídica, ha permitido a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables. Según doctrina constante de esta Sala, en los procedimientos civiles seguidos, una vez concluido el correspondiente penal previo, el plazo de prescripción de las acciones, cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse a tenor del artículo 1969 CC. Este precepto, puesto en relación con los artículos 111 y 114 LECrim y 24.1 CE, lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil. La firmeza se produce por ministerio de la ley, una vez agotados los recursos legales o transcurrido el término sin interponerlos, con independencia, a estos efectos, de cuándo sea declarada materialmente la firmeza y cuándo sea notificada. Esta interpretación ha sido aceptada por la STC de 19 de julio de 2004, pues la constatación formal de la firmeza *solo significa una mera declaración de haber precluido las posibles impugnaciones en el propio proceso, por recursos ordinarios o extraordinarios.*

El criterio jurisprudencial conlleva que, recaída sentencia absolutoria en el previo procedimiento penal, y oportunamente notificada a las partes personadas, con otorgamiento del plazo legalmente estipulado para recurrirla, el día inicial queda determinado por el agotamiento de dicho plazo sin mediar impugnación, y a esta doctrina se ajusta plenamente la sentencia recurrida que fija el comienzo del plazo de prescripción anual el día en que ganó firmeza la sentencia absolutoria dictada en juicio de faltas. El argumento de que la notificación se hizo a través de su Abogado, no puede ser examinada en este recurso de casación por pertenecer al ámbito procesal, resultando ahora decisivo que la Audiencia Provincial alcanzó la convicción de que se notificó a quien se tiene por representante del denunciante, entendiéndose que a través del Abogado pudo el perjudicado conocer que la vía penal había concluido (STS de 16 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

**58. Responsabilidad extracontractual. Artículo 1903.4 CC.**—La responsabilidad tipificada en el párrafo 4.º del artículo 1903 del Código Civil requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada, sin olvidar que cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar la norma, que requiere indefectiblemente una relación jerárquica o de dependencia entre el causante del daño y el primero y siempre, por supuesto, que se acredite la culpa o negligencia del dependiente. Ahora bien, la jurisprudencia establece la excepción a la exigencia de que exista una relación de jerarquía que rompa el nexo de responsabilidad civil entre el dueño de la obra y el contratista, puesto que, prosigue afirmando, que como señala el último párrafo de dicho artículo 1903 cuando se acredite el empleo de toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño cesará tal responsabilidad.

Al trabajador le corresponde velar, según sus posibilidades, el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario. Ahora bien, este cumplimiento de las normas de seguridad por parte del trabajador debe hacerse siguiendo las instrucciones del empresario, al que van dirigidas las normas sobre adopción de medidas de seguridad.

**Contrato de seguro. Intereses moratorios.**—Según el artículo 20.8 LCS, el recargo de los intereses por mora del asegurador tiene lugar cuando no se produce el pago de la indemnización por causa no justificada o imputable a la aseguradora. En su interpretación, tanto en su primitiva redacción, como en el texto vigente dado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, el Tribunal Supremo ha declarado en reiteradas ocasiones que la indemnización establecida en el artículo 20 LCS tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado. La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial. (**STS de 23 de junio de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Santiago, al amparo de lo prevenido en los artículos 1902, 1903 y 1101 CC, formuló demanda frente a diversas entidades mercantiles y sus respectivas aseguradoras, en reclamación de cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios sufridos en accidente de trabajo acontecido el día 29 de mayo de 1997 cuando desempeñaba sus labores sin ningún tipo de medidas de seguridad en el sector de la construcción.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Tras valorar toda la prueba practicada en las actuaciones, considera que no puede afirmarse la existencia de una relación de causalidad entre

el daño sufrido por el actor y la actuación de las demandadas pues aun cuando los cinturones de los que disponía en la obra pudieran no ser los reglamentarios, fue el propio actor el que decidió no ponérselos en un momento en el que él había quedado como encargado de la obra. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a P & N S.L, S., Constructora O. S.A., Z. y Centro Asegurador a indemnizar al actor con la cantidad de 872.326,04 euros con el límite y franquicia de las aseguradoras más el interés legal del 20% en el caso de estas últimas desde la fecha del accidente. La Audiencia entiende que no ha quedado acreditado que el actor se encontrara trabajando en un andamio, ni que se le hubiera facilitado el cinturón de seguridad adecuado, considerando además que la colocación del andamio era inadecuada lo que obligó al trabajador a adoptar una técnica de trabajo incorrecta, señalando que aun pese al cinturón, el trabajador habría sufrido igualmente lesiones graves. El Tribunal Supremo desestimó los recursos extraordinarios por infracción procesal formulados por Servicios y Contratas P. S.A., Centro Asegurador, Cía. de Seguros y Reaseguros. Desestimó el recurso de casación formulado por la Empresa Constructora O., SL contra la misma sentencia. Estimó el recurso de casación formulado por Centro Asegurador, Cía. de Seguros y Reaseguros y por extensión el de su asegurada Servicios y Contratas P. S.A., casando la sentencia recurrida, para absolver a ambos de la demanda. Estimó en parte el recurso de casación de Z. (M. C. L. J.)

#### 4. DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO.

**59. Efectos de la aplicación del artículo 34 LH frente al verdadero dueño.**—El artículo 34 LH ampara las adquisiciones *a non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca (STS de 5 de marzo de 2007 y asimismo las de 20 de marzo y 7 y 10 de octubre de 2007, 5 de mayo y 8 de octubre de 2008 y 6 de marzo de 2009).

Las reglas del artículo 34 LH determinan la pérdida del derecho del auténtico propietario, pero queda pendiente la cuestión de los efectos secundarios a la pérdida del dominio que esta adquisición produce frente al verdadero dueño. Aunque el artículo 37.4 LH se refiere a casos en que exista un contrato que deba rescindirse, se ha considerado plenamente aplicable a los casos de adquisiciones realizadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 LH. Esta regla permite al antiguo propietario efectuar dicha reclamación por los perjuicios derivados de la aplicación del artículo 34 LH frente a quien vendió indebidamente, y de modo semejante la STS de 3 de julio de 1981, en un supuesto de venta de cosa ajena, condena a indemnizar los perjuicios a quien ha vendido, haciendo irrecuperable la finca por su verdadero titular, por aplicar el principio del enriquecimiento sin causa (en sentido parecido, la STS de 20 de febrero de 2004).

**Incongruencia *extra petita*.**—El concepto de incongruencia *extra petita*, como todo tipo de incongruencia, tiene alcance constitucional (STC 194/2005, de 18 de julio), y se da cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se

pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones (SSTS de 13 de mayo de 2002, 29 de septiembre de 2006, 17 de noviembre de 2006 y 21 de enero de 2010). La congruencia no precisa identidad absoluta o literalidad del fallo de la sentencia en relación con el suplico de la demanda (así, STS de 28 de junio de 2006), sino que es congruente la sentencia que da lugar al pedimento de la demanda, concretamente a la indemnización, estableciendo una determinación no exactamente igual a la que aparece en el texto literal del suplico, pero que sí responde al interés de la parte demandante. No es incongruente si se le ha concedido algo que no coincide con exactitud con el texto literal del suplico pero que se halla dentro de su contenido económico y jurídico. (STS de 23 de abril de 2010; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don Abilio había adquirido como legatario una finca. Con posterioridad, se vendió una finca de la propia herencia por don Abilio y sus hermanos a doña Zaira y sus hijos doña Regina, don Constantino y doña Mónica. Dicha finca coincide en la descripción y linderos con parte de la que accedió a la Junta de compensación aportada por la entidad *R., S.A.*, formada por varias otras adquiridas por la propia entidad a diversos propietarios, entre ellos, los propios hermanos, e inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de *R., S.A.* La entidad *R., S.A.* la vendió a su vez a don Gonzalo y su esposa doña Celestina, que la aportaron al Plan Parcial, recibiendo a cambio los correspondientes derechos urbanísticos.

Don Abilio, fallecido durante el proceso y sustituido por su hijo don Raimundo como sucesor, demandó a *R., S.A.*, don Gonzalo y su esposa doña Celestina y a la Junta de Compensación del Polígono Único Parcial, pidiendo que se declarara que la finca era propiedad del demandante y que estaba incluida en su totalidad en el Proyecto citado; que los aportantes don Gonzalo y su esposa habían obtenido ilícitamente los derechos urbanísticos consistentes en la cuota de participación que corresponde a dicha finca; y que se condenara a la devolución de la finca o bien a que se les concediera el porcentaje de participación en el Polígono que corresponde a la citada finca, o subsidiariamente, se le indemnizara en una cantidad igual al valor de la finca. A esta demanda se acumuló otra formulada por el propio demandante inicial contra la sociedad *CB, S.A.*, adquirente de los derechos urbanísticos pertenecientes a los esposos Gonzalo y Celestina, y el Ayuntamiento de S., adquirente de los viales.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, entendiendo que la finca reivindicada no existía y no se habían reivindicado las subrogadas, y no se había identificado tampoco el objeto de la acción. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial lo estimó y revocó la sentencia de instancia, condenando a los esposos Gonzalo y Celestina a reintegrar al demandante el equivalente económico de los derechos urbanísticos que hubiera percibido en el caso de haber procedido él mismo a la aportación de la finca litigiosa al Polígono. Contra esa sentencia, don Gonzalo y doña Celestina interpusieron recurso

extraordinario por infracción procesal, así como de casación, recurso también interpuesto por *R., S.A.*; siendo desestimado el primero y estimados los de casación por el Tribunal Supremo, que anula parcialmente la sentencia impugnada en el sentido de desestimar la demanda.

NOTA.—Se formula voto particular por el Magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, que entiende que debería haberse desestimado los recursos de casación, por cuanto el artículo 34 LH produce un efecto de adquisición *a non domino* y protege a los adquirentes frente al ejercicio de la acción reivindicatoria por el auténtico propietario, si hubieran sido condenados a restituir la finca, pero lo habían sido a indemnizar, condena que considera correcta, siendo responsables de la pérdida de la finca, sin que ello sea óbice para que ejerciten cuantas acciones consideren oportunas para depurar las responsabilidades de sus causahabientes, para la cumplida satisfacción de sus expectativas. (*F. J. J. M.*)

**60. Acción declarativa de dominio. Incongruencia omisiva.**—La sentencia de apelación, al afirmar que *general de galerías* «no puede, por tanto, suscitar cuestiones ahora como la acción declarativa de dominio», deniega erróneamente entrar en el análisis de una de las pretensiones ejercitadas temporáneamente por la recurrente, incurriendo en incongruencia omisiva, por lo que procede estimar el motivo examinado, lo que deberemos tener en cuenta al examinar el tercer motivo del recurso de casación.

**Aplicación del artículo 21 LPH a los complejos inmobiliarios.**—El artículo 21 LPH es aplicable, con el carácter supletorio que establece el artículo 24.4 LPH y con subordinación a los pactos que establezcan entre sí los propietarios, incluso a los complejos inmobiliarios que no adopten ninguna de las formas jurídicas previstas en artículo 24.2 LPH «siempre que los propietarios ostenten, con carácter inherente a su derecho privativo, una titularidad compartida sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios».

**El demandante conocía la ejecución recaída sobre su finca y no estuvo en situación de indefensión.**—Existe «absoluta certeza del conocimiento cabal y exacto de la situación por parte de la recurrente», por lo que cabe concluir que las eventuales irregularidades cometidas en el procedimiento no se tradujeron en la indefensión material de quien conocía el apremio al extremo de consignar ante el Juzgado parte de la cantidad para cuya exacción se seguía el procedimiento.

**Diferencia entre la compraventa y la subasta judicial.**—El artículo 1473 CC regula la prioridad de títulos si una misma cosa se hubiese vendido por el mismo vendedor a diferentes compradores, pero, pese a las semejanzas entre la ejecución judicial y la compraventa, derivadas de que ambos medios son idóneos para que la titularidad de un bien sea transmitida a un tercero, existen profundas diferencias entre ambas instituciones, como lo evidencia que mientras la primera constituye un acto de imperio por la que el Estado asigna la titularidad de un bien a un determinado sujeto, con independencia y normalmente contra la expresa voluntad de quien sea su propietario, la segunda es por definición fruto del consentimiento de los intervinientes, que impiden la aplicación mimética del régimen de la compraventa a la

subasta judicial. (STS de 9 de junio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—Mediante convenio, el Ayuntamiento de Marbella reconoció adeudar a General de Galerías la cantidad de 1.946.024.082 pesetas cediendo en pago a la actora, entre otras, una finca que fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Después de la fecha de escritura pública pero antes de su inscripción, la finca cedida fue embargada por un acreedor del Ayuntamiento y, tras la subasta correspondiente, fue adjudicada a una sociedad. General de Galerías solicitó la declaración de nulidad del procedimiento de ejecución y la declaración de que la propiedad de la finca pertenecía a la actora. El juez de primera instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó esa decisión. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de infracción procesal en lo relativo a la condena en costas, aunque confirmó la desestimación de la demanda. (M. C. B.)

**61. Acción de deslinde. Concepto.**—De acuerdo con el artículo 384 CC, todo propietario tiene derecho a obtener el deslinde de su finca mediante la correspondiente acción, que habilita para solicitar la delimitación exacta de su propiedad inmobiliaria por medio de la determinación de la línea perimetral de cada uno de los predios limítrofes, a fin de lograr la individualización del predio mediante la gráfica fijación de la línea de su polígono. Se trata de una acción que interesa sólo a los propietarios de las fincas que están en linde incierta o discutida, y no a los demás. Por todo ello, es una acción que presenta caracteres propios y que puede ir unida, o no, a la acción reivindicatoria; de hecho, su fin se limita a precisar una línea perimetral inexistente en su exteriorización práctica, no a discutir cuestiones sobre dominio.

**Acción de deslinde. Presupuestos.**—Señala el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (*v. gr.*, SSTS de 14 de enero de 1936, 27 de mayo de 1974 y 18 de abril de 1984) que la acción de deslinde requiere, como presupuesto indispensable, la confusión real de límites o linderos de las fincas. Por tanto, no procede cuando los linderos están claramente identificados y delimitados, con la consiguiente eliminación de incertidumbre respecto a la aparente extensión superficial del fundo y a la manifestación del estado posesorio. Para hablar de confusión de linderos, pues, no han de existir datos físicos o delimitadores de las fincas, por lo que no existirá confusión de linderos si los predios se hallan separados por instalaciones de cierre, con independencia de que la superficie abarcada se corresponda o no con la extensión objetiva del correspondiente derecho de dominio. En cambio, no puede confundirse la existencia o no real de linderos con la afirmación de alguna de las partes interesadas en el sentido de precisar por dónde deben discurrir los mismos según su tesis.

**Confusión de linderos. Cuestión de hecho.**—Afirma el Tribunal Supremo en STS de 7 de mayo de 2008 que la existencia o no de confusión de linderos es una cuestión de hecho, de apreciación por el juzgador de instancia, que sólo puede ser impugnada en casación cuando no se hayan observado las normas atinentes a la valoración de la prueba.

**Doctrina sobre la compraventa de finca como «cuerpo cierto».**—La venta de una finca como «cuerpo cierto» comporta la necesidad de fijación



clara y precisa de los linderos, tal como pueden ser los accidentes geográficos, caminos, elementos delimitadores de fincas contiguas, etc., de modo que, determinado así el objeto, incluso la fijación de la superficie de la finca no resulta esencial, pues el vendedor y el comprador convienen la transmisión de un espacio concreto y conocido por ambos (entre otras, SSTS de 4 de abril de 1979 y 10 de mayo de 1982). Por tanto, no existe tal compraventa de «cuerpo cierto» cuando, aunque lógicamente se fijen linderos, éstos no quedan perfectamente definidos por los cuatro puntos cardinales y, en concreto, alguno de ellos se establezca en relación con otra finca colindante o con la finca matriz, sin precisar exactamente por dónde discurre, pues en tales casos será siempre necesaria la determinación de la superficie vendida para poder delimitar la finca (SSTS de 29 de septiembre de 2009). La doctrina de la venta de «cuerpo cierto» se aplica, por tanto, a las cosas identificadas por sí mismas, sobre las que las partes pueden hacer las mediciones y comprobaciones que estimen convenientes (SSTS de 26 de junio de 1956, 29 de mayo de 2000 y 18 de febrero de 2010).

**Artículo 38 LH. Inaplicación al procedimiento de deslinde.**—Dado que el Registro de la Propiedad carece de una base física fehaciente, al reposar sobre las simples declaraciones de los otorgantes, los datos registrales que se corresponden con hechos materiales caen fuera de la garantía que presta, tanto a los efectos de la fe pública registral, como de la legitimación registral. Por tanto, es reiterada la jurisprudencia que afirma que la presunción de exactitud registral contenida en el artículo 38 LH se refiere a la existencia del derecho real y a la pertenencia a su titular, pero no alcanza a las circunstancias de hecho ni, por tanto, a los datos físicos de la finca o a su extensión, aunque consten en el Registro de la Propiedad; carece, pues, de aplicación tal precepto cuando, ante la indefinición de linderos, ha de procederse al deslinde (entre otras, SSTS de 1 de octubre de 1991 y 2 de noviembre de 2009).

**Usucapión. Necesidad de prueba de la posesión en concepto de dueño.**—Afirma el Tribunal Supremo que el poseedor ha de probar que no es mero detentador, por lo que ha de acreditar un plus de actividad de tenencia material. Por ello, sus actos posesorios no han de ser equívocos, sino que han de manifestarse externamente al tráfico como efectivos actos de dominio en nombre propio. Se trata de una cuestión de hecho que debe probarse (SSTS de 10 de febrero de 1997 y 16 de noviembre de 2005), sin que sea suficiente la mera intención ni el acto volitivo de querer o creer (SSTS de 2 de julio de 1991, 3 de junio de 1993 y 25 de octubre de 1995), y sin que exista precepto que autorice a presumir la posesión en concepto de dueño (SSTS de 4 de julio de 1963 y 18 de octubre de 1994). (**STS de 14 de mayo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

**HECHOS.**—La empresa propietaria de una finca plantea acción de deslinde, solicitando la declaración de que su finca tiene los límites que indica en la demanda, así como que se practique el amojonamiento de los referidos linderos. En especial, la demanda se centra en el lindero oeste, respecto del que el propietario de la finca colindante discute el trazado de los límites, en especial en relación a un aljibe que se encuentra entre ambas fincas. De hecho, este propietario se opone a la demanda de deslinde planteada, alegando que, con ello, se está encubriendo una acción reivindicatoria o declarativa de dominio, puesto que los límites ya estaban perfectamente delimita-

dos conforme a una segregación realizada en el pasado, respecto de una finca matriz. No obstante, en la escritura de segregación de las fincas, las delimitaciones físicas no quedan claras.

La demanda es desestimada en primera instancia, y la demandante interpone entonces recurso de apelación. La Audiencia Provincial estima el recurso y declara la procedencia del deslinde, así como la corrección de los límites planteados por la demandante-recurrente, por lo que ordena la práctica del amojonamiento solicitado. El propietario de la finca colindante interpone recurso de casación. (*A. M. M.*)

**62. Deslinde administrativo de la zona marítimo-terrestre.**—Supone la declaración de que los bienes incluidos en el deslinde quedan incorporados al dominio público marítimo-terrestre, con la cabida y los linderos que hayan sido fijados.

El deslinde equivale al título de dominio y puede acceder al Registro de la Propiedad, por lo que puede afectar a titularidades ya inscritas en el Registro que no pueden prevalecer sobre el carácter demanial de los bienes deslindados. También afectaría a los terceros hipotecarios del artículo 34 LH.

**Titularidades dominicales afectadas por el deslinde.**—Los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad afectados por el deslinde pueden ejercer las acciones pertinentes en defensa de sus derechos, bien ante la jurisdicción contencioso-administrativa bien ante el orden jurisdiccional civil. (**STS de 25 de mayo de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Una Comunidad de Propietarios demandó a la Administración del Estado, en concreto, a la demarcación de costas de Cantabria con el fin de que se declarase que determinados bienes inmuebles eran propiedad de los actores y no dominio público.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda negando cualquier derecho del Estado sobre los referidos bienes. Presentado recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia de instancia declarando que los referidos bienes fueron propiedad de los actores hasta la entrada en vigor de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988.

Los actores interpusieron entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo que fue desestimado (STS de 28 de noviembre de 2005). Tras ello, presentaron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que anuló la mencionada sentencia del Alto Tribunal y ordenó dictar una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado (STC de 26 de noviembre de 2009). El Tribunal Supremo, ateniéndose al pronunciamiento de la indicada sentencia, estimó el recurso de casación confirmando la de primera instancia. (*J. D. S. C.*)

**63. Interpretación de los Estatutos de la Comunidad. Sistemas de contribución a los gastos de la Comunidad.**—El artículo 9.1.e) LPH contempla la posibilidad de que en los Estatutos de una Comunidad se establezca que la contribución al pago de gastos generados en el ámbito de la Comuni-

dad sea calculada en base a otros sistemas de contribución diferentes al sistema general de reparto de coeficientes de participación. De ahí que en los Estatutos se puedan establecer dos tipos de coeficientes, delimitados y perfectamente compatibles entre sí: de una parte, los gastos de conservación, reparación y mantenimiento de los elementos comunes y, por otro lado, los gastos de servicios comunes, atendiendo los primeros al coeficiente de propiedad, pero no así el segundo grupo de gastos referido. **(STS de 15 de junio de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El litigio causante de la presente sentencia trae causa de la demanda presentada por D.L.B. y D.G. contra la Comunidad de Propietarios de la que forman parte. Los actores solicitan la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados por la citada Comunidad en la que se fija la cuota de participación en las obras que habría de afrontar esta Comunidad, por entender que dichas cuotas no se ajustan a las cuotas de participación que figuran en los Estatutos de la Comunidad. El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda.

Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial dicta sentencia por la que desestima el recurso formulado y confirma la sentencia de instancia. La Audiencia entiende que el acuerdo por el que se estableció la forma de participar en los gastos extraordinarios, cuya nulidad se pretende, no modificó en punto alguno los Estatutos de la Comunidad, puesto que en estos ya se establecían dos tipos de coeficientes perfectamente compatibles, uno en base al coeficiente de propiedad y otro consistente en un sistema de contribución distinto, aplicables según cuál fuera la naturaleza del gasto.

Contra la citada sentencia, la parte actora interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a éste. (G. M. A.)

**64. Orden del día de la convocatoria de una Junta de Propietarios.**—Es imprescindible que se fijen con claridad los asuntos que habrán de ser objeto de debate en la Junta de Propietarios, con la finalidad de que todos los comuneros conozcan con la debida antelación los temas a tratar. De este modo, dispondrán de la información suficiente para decidir el sentido de su voto en la Junta, la posibilidad de delegarlo a favor de un tercero o, sencillamente, no asistir a su celebración.

Por ello, no será válido un acuerdo adoptado en Junta de Propietarios si previamente a su celebración no se hizo constar en el orden del día la materia concreta del acuerdo. No constituye una excepción a esta norma imperativa, el carácter urgente en la ejecución de obras que deba realizar la Comunidad de Propietarios, porque ello derivaría en una enorme inseguridad jurídica. **(STS de 15 de junio de 2010;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Doña A., doña J. y doña M. R. demandaron a una Comunidad de Propietarios para interesar la nulidad de uno de los acuerdos alcanzados en Junta de Propietarios respecto de la ubicación de unos tubos de ventilación.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso confirmando la resolución dictada en primera instancia. Finalmente, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante. (*J. D. S. C.*)

**65. Mayoría exigible para modificar el modo de participación en los gastos de una Comunidad de Propietarios.**—No debe confundirse la mayoría necesaria para la realización de obras o el establecimiento de un servicio de interés general para una Comunidad de Propietarios, con la mayoría imprescindible para modificar el modo de participación de los comuneros en los gastos derivados de tales obras o servicios. (**STS de 30 de abril de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Una Comunidad de Propietarios acordó en Junta la sustitución de una caldera de carbón por otra de gas y, además, que la distribución del coste de la obra se distribuyera por partes iguales entre los comuneros. Ambos acuerdos se adoptaron por mayoría de tres quintos.

Doña S. promovió demanda de juicio declarativo ordinario frente a la citada Comunidad de Propietarios solicitando la nulidad del acuerdo por el que los gastos de las obras se repartirían por partes iguales entre los copropietarios.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda declarando que el importe de las obras habría de distribuirse entre los comuneros atendiendo a su coeficiente de participación. En grado de apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por la Comunidad. La actora acudió entonces al Tribunal Supremo que declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto y confirmó la sentencia de primera instancia. (*J. D. S. C.*)

**66. Acuerdos adoptados en Junta de Propietarios que vulneran normas administrativas.**—En estos casos, el incumplimiento de una determinada norma no da lugar únicamente a la sanción administrativa que corresponda sino que, además, esa infracción tiene consecuencias sobre la validez y eficacia de los acuerdos adoptados. En función de las circunstancias y efectos de los actos y la índole y finalidad de la norma contrariada, el juzgador debe decidir acerca de la validez (SSTS de 9 de octubre de 2007 y 25 de septiembre de 2006), o posible nulidad del acto contrario a la Ley (SSTS de 31 de octubre de 2007 y 30 de noviembre de 2006). (**STS de 11 de junio de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Una Comunidad de Propietarios tomó la decisión de cerrar con llave la puerta del portal por motivos de seguridad. Uno de los propietarios demandó judicialmente a la Comunidad alegando la vulneración de una serie de normas administrativas entre las que se encontraban algunas relativas a la prevención y extinción de incendios.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda aunque la resolución fue revocada por la Audiencia Provincial en apelación.

La sentencia de la Audiencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo quien, finalmente, estimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. (*J. D. S. C.*)

**67. Efectos de la ejecución de una hipoteca rentaria. Consolidación y confusión.**—El artículo 157 LH otorga a la hipoteca rentaria una configuración propia, que la separa de la hipoteca normal que garantiza una deuda-capital. Interpretando el párrafo tercero del citado precepto por su texto, por sus antecedentes y por su función teleológica, se entiende que el adquirente por enajenación forzosa de una finca hipotecada con hipoteca rentaria, la adquiere con la carga de tal hipoteca y, al tiempo, asume la obligación de pago de la renta que está garantizada con tal hipoteca. De manera que dicho adquirente no sólo se subroga en la responsabilidad real por la hipoteca, sino también en la concreta obligación personal garantizada. Ello implica que cuando el acreedor de la renta garantizada por la hipoteca es aquella persona que posteriormente adquiere la finca hipotecada se produzcan dos consecuencias. Una, la extinción del derecho real de hipoteca, por consolidación, pues al adquirir el derecho real pleno —propiedad— se extingue el derecho real limitado —hipoteca—. Y dos, la extinción de la obligación de pago de la renta, por confusión, conforme al artículo 1192 CC, pues, dado que el citado artículo 157 LH dispone que la adquisición de la finca hipotecada con hipoteca rentaria implica la asunción de la obligación de pago de la renta, ello reuniría en la misma persona las titularidades de acreedor y deudor de esa obligación de pago.

**Excepción de cosa juzgada material.**—Los presupuestos de la cosa juzgada material se conocen como la doctrina de las tres identidades (entre otras, SSTs de 22 de junio de 1987, de 18 de julio de 1990, de 26 de noviembre de 1990 y de 13 de octubre de 2000), pues, además de la existencia de un litigio distinto a aquél en que dicha excepción se alega, se requiere la identidad en ambos litigios de las partes, de las cosas y de las acciones. Las identidades de acción y de *causa petendi* no se dan cuando el primer proceso versa sobre la reclamación de la cantidad debida por razón de un contrato de renta vitalicia y en el segundo proceso se pretende la aplicación del artículo 157 LH para que se declare la extinción de la obligación de pago de la renta por compensación. (**STS de 18 de junio de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—D.C. interpone demanda contra D.M. interesando la declaración de que la demandada, al adquirir las fincas hipotecadas con una hipoteca rentaria, adquirió también la obligación personal de pago de la renta vitalicia prevista en el contrato del que dicha hipoteca trae causa, por lo que el actor quedó liberado del cumplimiento de esa obligación de pago a favor de la adquirente (demandada). El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda.

La demandada interpone recurso de apelación alegando la excepción de cosa juzgada. La Audiencia Provincial estima dicho recurso y revoca la sentencia dictada en primera instancia.

Contra esta sentencia el demandante originario interpone recursos por infracción procesal, que combate la apreciación de la cosa juzgada llevada a cabo por la sentencia recurrida, así como recurso de casación, y de casación, que mantiene la aplicación a este caso

del párrafo tercero del artículo 157 LH. El Tribunal Supremo estima el recurso y confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (G. M. A.)

**68. Derecho de opción. Plazo de ejercicio en caso de inmatriculación.**—El artículo 207 LH no empece a que el *dies a quo* para el ejercicio de la opción sea la inscripción registral conforme al artículo 205, tal como ha mantenido la jurisprudencia en sentencias de 18 de abril de 2000 y 22 de enero de 2010 (y también, aunque no tan claramente, las de 21 de enero de 1992 y 15 de enero de 2001).

El artículo 207 LH es una medida que suspende la fe pública registral respecto a una inmatriculación que se ha obtenido por un medio que al legislador le merece una sospecha de irregularidad y que si realmente ha producido una inexactitud del Registro de la Propiedad no pueda quedar consagrada por aquel principio, que, por ello, queda suspendida su eficacia. Por tanto, su alcance es la limitación o paralización de la protección que brinda el artículo 34 LH: es una limitación del efecto esencial del Registro de la Propiedad; lo que significa que no es una carga o gravamen. Así, el plazo para el ejercicio de la opción de compra, si se ha pactado que el *dies a quo* sea la inscripción en el Registro de la Propiedad (o la notificación de esta inscripción), no queda alterado por razón de que ésta se haya practicado al amparo dispuesto en el artículo 205 LH, y con más razón si no se ha pactado: el transcurso de este plazo no altera el cumplimiento del precontrato de opción.

**Precontrato de opción.**—El precontrato de opción es aquel por el que una de las partes atribuye a la optante el derecho de decidir la puesta en vigor de un contrato (normalmente de compraventa) en un concreto plazo (SSTS de 21 de noviembre de 2000, 5 de junio de 2003 y 26 de marzo de 2009). Por tanto, el efecto que produce es que si el optante ejercita su derecho, pone en vigor el precontrato y la otra parte, la concedente, tiene el deber jurídico de celebrarlo efectivamente. Y el optante, desde el momento en que declara su voluntad de ejercicio de la opción, puede exigir dicha celebración, que se hará de mutuo acuerdo o por resolución judicial, tras el procedente proceso. Lo cual se llevará a cabo inmediatamente, o más tarde o, por ejemplo, cuando se haya procedido a la inscripción de la finca objeto del precontrato en el Registro de la Propiedad. (STS de 23 de abril de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Doña Petra y doña Celestina, como arrendadoras, y doña Araceli, como arrendataria, suscribieron un contrato de arrendamiento sobre una finca, en el que se establecía que durante el tiempo que durara el arrendamiento, incluido su prórroga, la parte arrendataria podría hacer uso de una opción de compra de la finca, debiendo en tal caso hacerse saber a las arrendadoras como mínimo con dos meses antes del vencimiento del contrato.

La arrendataria notificó a las arrendadoras su decisión de ejercitar la opción de compra, si bien haciéndolas saber que la finca no aparecía inscrita en el Registro de la Propiedad, por lo que las requería para que le facilitaran los documentos públicos que acreditaran su titularidad. A consecuencia de ello, las partes suscribieron el denominado «anexo al contrato de arrendamiento con opción a compra», en el que hicieron constar la común disposición para llevar

a cabo la opción, la advertencia al tiempo de llevarla a cabo de la falta de inscripción de la finca, por lo que «estando realizando los trámites pertinentes para la inscripción de la finca resultante de la agrupación en el Registro de la Propiedad, por mutuo acuerdo de las partes intervinientes, se proroga la opción de compra de la finca, hasta tanto sea inscrita en el citado Registro de la Propiedad a favor de las transmitentes y por el tiempo necesario hasta tal inscripción, y a estos efectos, la arrendataria doña Araceli seguirá abonando la renta pactada en los términos establecidos en el contrato de arrendamiento (...), cuyas cantidades se descontarán igualmente del precio final de la compraventa», y que «una vez inscrita la finca en el Registro de la Propiedad a favor de las arrendadoras éstas notificarán a doña Araceli haber procedido a dicho trámite de inscripción y estar en disposición de llevar a cabo la transmisión de la finca».

Las arrendadoras comunicaron a la arrendataria que ya se había practicado la inscripción, conminándola para llevar a cabo la escritura de compraventa; a lo que ésta contestó, manifestando que tras comprobar que solo está inscrita la agrupación pero no la escritura de declaración de obra nueva, les ratificaba su intención de ejecutar la opción de compra en cuanto le notificasen la inscripción de la declaración de obra nueva referida. Se practicó la inscripción de la obra nueva, requiriéndose notarialmente a la arrendataria, concediéndole nuevo plazo de treinta días para optar por elevar a público el contrato y en consecuencia adquirir la finca en cuestión; a lo que se contestó por la requerida, alegando la limitación del artículo 207 LH y que «por lo tanto el derecho de opción de compra no caducará, según el anexo del precitado contrato hasta en tanto no estén dispuestos a transmitirme el bien libre de cargas y gravámenes estando debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad». Las arrendadoras respondieron insistiendo en su requerimiento, sin que la limitación alegada por la contraparte impida transmitir la finca libre de cargas y gravámenes, y se personaron en la notaría señalada al efecto, sin hacerlo doña Araceli. Ante ello, se hizo saber por vía notarial a la arrendataria la resolución de la opción de compra a ejercitar al haber transcurrido el plazo pactado y sus correspondientes prórrogas y no haber comparecido en el plazo señalado, manteniéndose el contrato como exclusivo arrendamiento; a lo que la arrendataria contestó insistiendo en que deben transcurrir dos años desde la inscripción practicada conforme al artículo 205 LH para la transmisión del bien inmueble objeto del contrato.

Doña Petra y doña Celestina interpusieron demanda contra doña Araceli, solicitando se declarara que el derecho de opción de compra litigioso está caducado, careciendo la demandada de tal derecho por incumplimiento de su obligación de ejercitarla en tiempo y forma; a lo que la demandada se opuso, formulando demanda reconvenzional en que se interesaba la condena de las demandadas al otorgamiento de la escritura pública respecto de la finca, libre de cargas y gravámenes y con eficacia frente a terceros de la inscripción registral.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, declarando extinguido el derecho de opción de compra, y desestimó íntegramente la demanda reconvenzional. Interpuesto recurso

de apelación por la demandada, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, doña Araceli interpuso recurso de casación, siendo estimado por el Tribunal Supremo, que anula la sentencia impugnada y en su lugar desestima la demanda y estima parcialmente la demanda reconvenicional, condenando a las demandadas al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, sin alusiones a cargas o limitaciones. (F. J. J. M.)

**69. La limitación de efectos del artículo 207 LH –suspensión de la fe pública registral– no constituye carga o gravamen del inmueble al que afecta.**–La cuestión esencial que se ha planteado en la instancia y que se reproduce en casación es el alcance o, con mayor precisión, la limitación de efectos que establece el artículo 207 LH respecto a la inmatriculación que se ha hecho conforme el artículo 205 que es el caso presente y que reza así: «Las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los dos artículos anteriores no surtirán efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha.»

Lo cual significa que el principio de fe pública registral en beneficio del tercero hipotecario deja de actuar durante el plazo de dos años a contar de la inscripción de inmatriculación. Lo que no es más que una medida que suspende la fe pública registral respecto a una inmatriculación que se ha obtenido por un medio que al legislador le merece una sospecha de irregularidad y que si realmente ha producido una inexactitud del Registro de la Propiedad no pueda quedar consagrada por aquel principio, que, por ello, queda suspendida su eficacia. Por tanto, el alcance del artículo 207 LH es la limitación o paralización de la protección que brinda el artículo 34 de la misma Ley. Este es el efecto que produce la norma y constituye su calificación: es una limitación del efecto esencial del Registro de la Propiedad; no más; ni menos, ciertamente. Lo que significa que no es una carga o gravamen.

Y así lo ha dicho esta Sala en la sentencia de 18 de abril de 2000 cuya doctrina ahora se reitera. Dice literalmente: «se pactó que la vendedora se obligaba a entregar la finca vendida libre de cargas y gravámenes y es evidente que la limitación establecida por el artículo 207 de la Ley Hipotecaria a las inmatriculaciones hechas en la forma realizada (art. 205 de la misma Ley), como con acierto dice la sentencia recurrida, no entraña ninguna carga o gravamen, en el sentido jurídico propio de dichos términos, aparte de que la referida limitación no podía entrañar prácticamente perjuicio alguno para el comprador, ya que aparece plenamente probado en este proceso que la vendedora (inmatriculante) Sra. Aurora, es la verdadera y única dueña de la finca vendida e inmatriculada a su nombre».

No con la misma contundencia, ya que el caso (a diferencia del anterior) no es el mismo, la sentencia de 21 de enero de 1992 reiterada por la de 15 de enero de 2001, dice: «procede la estimación de la demanda interpuesta después de transcurridos dos años desde la fecha del asiento de presentación, porque es lo cierto que técnicamente los inmatriculantes no quedan protegidos ni antes ni después de los dos años desde la fecha del asiento de presentación; lo que quiere decir el artículo 207 LH es que el adquirente del inmatriculante, al amparo del artículo 205 LH, no queda protegido hasta transcurridos dos años de la inscripción primaria, pues, así cabe hacerlo



de acuerdo con la doctrina científica y por interpretación sistemática del Ordenamiento Jurídico; y ello por la razón de que la fe pública registral (art. 34 LH), para poder operar, exige adquirir, en forma onerosa, del titular inscrito con facultades para transmitir el dominio o derecho real de que se trate, y es de lógica incuestionable que no puede atribuirse mejor condición a los títulos intabulados con el procedimiento excepcional del artículo 205 LH que a los que lo fueron por procedimientos ordinarios, pues, como dice la doctrina científica, el artículo 207, es un resorte cautelar que emplea la Ley por la desconfianza que entraña aquel procedimiento excepcional, y prueba de ello es que el lapso carencial establecido en el precepto sólo atañe a los regulados por los artículos 205 y 206 del mismo texto, y como quiera que los demandados son los inmatriculantes, no pueden verse protegidos por el principio de fe pública registral». (STS de 22 enero 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Gacisa suscribió un contrato de opción de compra de una finca con Coexa. El plazo pactado para el ejercicio de la opción fue de treinta días naturales a partir de la notificación por parte de Coexa de la inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad libre de cargas y gravámenes. Gacisa ejercita acción de cumplimiento de contrato frente a Coexa acumulada a la acción de nulidad del contrato de compraventa celebrado posteriormente entre la demandada y una tercera sociedad y a la acción de nulidad de contrato relativa al préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre esta tercera sociedad y una entidad financiera. El núcleo de la contienda era el plazo para el ejercicio del derecho de opción previsto en el contrato. La notificación se había llevado a cabo pero la inscripción practicada había sido la de inmatriculación que, realizada al amparo del artículo 205 LH, comportaba la limitación de efectos impuesta por el artículo 207 de la misma norma. El optante se negó a perfeccionar la compraventa por razón de tal limitación a la que calificó de carga. De ahí que el centro del litigio se desplazase a determinar si la limitación del artículo 207 LH debía ser considerada como carga o gravamen. El Juzgado no lo entendió así y desestimó la demanda por entender que se había extinguido el derecho de opción de compra al transcurrir el plazo fijado para su ejercicio. Idéntico criterio mantuvo la Audiencia. Interpone Gacisa recurso de casación declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

**70. Ejercicio de la opción de compra dentro del plazo concedido aunque fuera conocido por el concedente después de expirado ese plazo.**—La declaración del optante de ejercitar el derecho de opción es una declaración recepticia. Lo que significa que debe realizarse dentro de plazo, en el sentido de que debe emitirse dentro del mismo, desprendiéndose de la misma, dirigida al concedente de la opción, sin que tenga trascendencia que éste la reciba y conozca después de transcurrido el plazo.

**Naturaleza jurídica de la cesión de la opción de compra a un tercero.**—Se trata de un caso de cesión de contrato, en este caso de precontrato, de origen convencional, pactado en aras del principio de autonomía de la voluntad, respecto a la que deben destacarse tres extremos. El primero: la notifica-

ción es un requisito que se exige por razón del pacto, pero no es un presupuesto esencial de la cesión del contrato; es decir, debe hacerse, pero el no hacerlo no implica la nulidad de la cesión. El segundo: en el presente caso, se hizo la cesión primero en documento privado (4 de abril de 2003) y posteriormente en escritura pública (25 de septiembre de 2003) y se notificó aún tardíamente. El tercero: en todo caso, el que quedó obligado por el pacto, obligación de notificar, es el contratante (precontratante) que fue el cedente, no el cesionario que es quien ha ejercido la opción y a éste no le pueden alcanzar los efectos negativos de un incumplimiento por parte de aquél.

**Carácter de tercero hipotecario del adquirente del concedente de la opción de compra.**—Los hermanos concedentes del derecho de opción carecían de poder de disposición sobre la finca objeto del mismo, pese a lo cual la vendieron a un tercero y éste resulta ser tercero hipotecario, protegido por la fe pública registral que proclama el artículo 34 LH y así lo expuso con detalle la sentencia del pleno de esta Sala de 5 de marzo de 2007 seguida por una larga serie de sentencias posteriores. Por tanto, la compraventa no es nula y el adquirente está protegido como tercero hipotecario.

**Puede reclamarse en un proceso posterior la indemnización de daños y perjuicios que no puede determinarse en este proceso por falta de prueba.**—Lo cual no quiere decir que quede falto de toda consecuencia del incumplimiento por los demandados, hermanos X, del precontrato de opción. Se ejercitó en tiempo y forma y tal declaración que se hace en la presente resolución no impide que puedan obtener la pertinente indemnización de daños y perjuicios, que no puede determinarse aquí por falta de prueba de su cuantía, pero puede hacerse en proceso posterior. Es decir, sí se le han producido daños y perjuicios, pero no se les puede estimar en este proceso porque no ha habido prueba de su cuantía. (STS de 30 de abril de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Cuatro días antes de que caducara la opción de compra, la concesionaria comunicó a una de las concedentes que había cedido el derecho a un tercero y el cesionario ejercitó ese mismo día la opción, que fue recibida por el concedente diez días después de que hubiera caducado el plazo. La sociedad demandante cesionaria ejercitó una acción de cumplimiento de un precontrato de opción de compra con formalización de la escritura de compraventa, además de otro pedimento relativo a la nulidad de la compraventa a otra sociedad. El Juez de primera instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó esta decisión. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

**71. Doble inmatriculación. La protección del tercero hipotecario no comprende la extensión superficial de la finca.**—La fe pública del registro asegura la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la inscripción de la finca quedando ello sometido al resultado de las pruebas practicadas.

**Destrucción de la presunción de buena fe en la usucapión *secundum tabulas*.**—En el presente caso se desprende con claridad de los hechos probados —y así lo considera la Audiencia recurrida— que tal presunción ha queda-

do destruida en tanto que, con independencia de la calificación que mereciera la actuación de la recurrente, la entidad Z no puede considerarse de buena fe la posesión de su causante y, en consecuencia, no puede entenderse cumplido el plazo de prescripción adquisitiva ordinaria a favor de dicha recurrente, que compró la finca en el año 1999.

**Ambito del artículo 1224 CC.**—Dicha norma no se refiere al supuesto de elevación a público de un contrato de compraventa suscrito en documento privado, sino a las escrituras públicas por las que se reconoce o confiesa la existencia de otro documento público o privado anterior sin necesidad de incorporar a las mismas el contenido de tal documento, con efectos puramente confesorios del acto o negocio primitivos (SSTS de 15 de octubre de 1985 y de 22 de diciembre de 1986), por lo que esta Sala los ha calificado de «contratos reproductivos» o de «fijación jurídica» (STS de 16 de febrero de 1990). Se trata, por tanto, de un supuesto distinto al que ahora se discute y, por tanto, no cabe considerar que se ha producido infracción de dicha norma que resulta inaplicable. Además, tratándose de una relación jurídica entre terceros, en nada puede afectar a los derechos dominicales de la actora lo convenido por los mismos. (STS de 30 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—A, comprador de una finca instó un expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, a consecuencia del cual la finca pasó a figurar inscrita a su nombre. Seguidamente, A instó otro expediente de dominio dirigido a registrar una mayor cabida de la finca que afirma tiene un total de 93 hectáreas, haciendo uso de una referencia catastral que correspondía a otra finca, a cuyo propietario B no se dio audiencia como colindante en el referido expediente, obteniendo un resultado favorable y dando lugar a la modificación de su inscripción, de modo que comprendía en su titularidad gran parte de la finca colindante. Posteriormente, la finca fue vendida a C, que la dividió en tres nuevas fincas, consumándose la doble inscripción de las 69 hectáreas que fueron objeto del exceso de cabida. B interpuso demanda contra don A, C y los vendedores de la finca a A en ejercicio de acción declarativa de dominio acumulada a otra reivindicatoria, interesando la declaración de nulidad de las transmisiones contractuales así como las oportunas cancelaciones de asientos en el Registro de la Propiedad y, subsidiariamente, interesaba la indemnización de daños y perjuicios en la parte del inmueble litigioso de que la parte actora ha quedado desprovista. El juez de primera instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esa decisión. (M. C. B.)

## DERECHO DE FAMILIA

**72. Naturaleza y efectos del derecho al uso de vivienda atribuido por sentencia judicial al amparo del artículo 96 CC: unificación de doctrina jurisprudencial.**—El uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges en aplicación del artículo 96 CC se configura como un derecho cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se ha atribuido el

uso, solo o en unión de los hijos, según se infiere del artículo 96, último párrafo, CC. El alcance de la facultad de oponerse a la reclamación por parte de un tercero de la vivienda ocupada por uno de los cónyuges ha sido determinado por la jurisprudencia según las circunstancias de cada caso, aplicando el principio de que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente.

La jurisprudencia de esta Sala, no obstante, ha experimentado vacilaciones en cuanto a la determinación de la naturaleza del derecho de uso de la vivienda atribuido por sentencia y en cuanto a los efectos del mismo. En algunos casos se ha calificado a este derecho como un derecho de eficacia real oponible a terceros (SSTS de 13 de diciembre de 1991, RC núm. 2987/1991, de 18 de octubre de 1994, RC núm. 1817/1991), y se ha afirmado que la protección de la vivienda familiar frente a terceros se produce con un ámbito objetivo equivalente al del derecho que la familia tiene al uso, incluyendo en este concepto el derecho privativo del cónyuge a quien se priva del uso. De esta suerte, se ha estimado en alguna ocasión que en el supuesto de pertenencia de la vivienda como bien privativo a uno de los cónyuges, de pertenencia al patrimonio ganancial o de titularidad en régimen de comunidad en favor de ambos cónyuges, la reclamación de un tercero, aunque haya adquirido la finca en pública subasta a raíz de la división de la comunidad, no determina la extinción del derecho de uso, consecuencia de una situación jurídica tutelada legalmente (SSTS de 11 de noviembre de 1992, 14 de julio de 1994, 22 de abril de 2004, 6 de junio de 2007 y 27 de noviembre de 2007, RC núm. 4615/2000) y que en las situaciones en las cuales existe una relación contractual que justifica la posesión por parte de uno de los cónyuges, deben aplicarse, frente a la reclamación del tercero, los efectos que el CC atribuya al expresado contrato, que puede ser el de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado (SSTS de 2 de octubre de 2008 y 30 de octubre de 2008, RC núm. 2771/04).

El expresado panorama jurisprudencial exige que, con fines de unificación de doctrina, se pronuncie el Pleno de esta Sala acerca de la naturaleza y de los efectos del derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial al amparo del artículo 96 CC. Así lo hacemos en el mismo sentido fijado por la STS de 18 de enero de 2010, RC núm. 1994/2005.

El artículo 96 I CC establece que «[e]n defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden». El artículo 96 III CC añade la posibilidad de acordar que el uso de la vivienda familiar temporalmente pueda atribuirse al cónyuge no titular «siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección». El derecho contemplado en estos preceptos comporta una limitación de disponer cuyo alcance se determina en el artículo 96 IV CC en los siguientes términos: «Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia 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 o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado

en la RDGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular 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. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008).

La aplicación de esta doctrina debe ser amoldada a las circunstancias en aquellos casos en los cuales la vivienda cuyo uso se atribuye al cónyuge no titular no pertenece en propiedad al otro cónyuge, sino que ha sido atribuido a éste en virtud de un contrato, como puede ocurrir cuando se considera probado que la vivienda se ha atribuido al citado cónyuge en virtud de un contrato de comodato. En estas situaciones, si la ley no reconoce el derecho del cónyuge a quien se concede el uso a subrogarse en los derechos contractuales del otro cónyuge, resulta procedente examinar la naturaleza de los actos realizados por éste último en el ámbito de la relación contractual que mantenía con el propietario de la vivienda. Este examen debe realizarse con el fin de decidir si la legitimación del propietario para reclamar la vivienda deriva de actos del cónyuge no titular que constituyen actos de disposición o, por el contrario, nace de otras circunstancias derivadas del contenido del contrato, como puede ser la existencia de una condición resolutoria para el caso de separación o extinción de la relación conyugal. En la hipótesis de la concurrencia de actos de disposición, estos actos solo pueden ser realizados si concurren los presupuestos establecidos en el artículo 96 III CC. La falta de estos presupuestos es determinante de un supuesto de nulidad oponible a terceros, siempre que concurra la debida publicidad registral, salvo que se den los presupuestos para la protección del tercero hipotecario o de buena fe.

Como decimos en la sentencia del Pleno de la Sala contemporánea a ésta, resulta, pues, matizada nuestra anterior jurisprudencia (SSTS de 2 de diciembre de 1992, 17 de julio de 1994 y 14 de abril de 2009, entre otras) en el sentido de que si el título que permitió a uno de los cónyuges el uso de la vivienda perteneciente al tercero tiene naturaleza contractual, el otro cónyuge no se subroga en la relación contractual por el hecho de habersele atribuido el uso de la vivienda por sentencia dictada en pleito matrimonial.

Estas situaciones contrastan con aquellas en las cuales los cónyuges ocupan en precario una vivienda, en virtud de una posesión simplemente tolerada por la condescendencia o el beneplácito del propietario. En este caso, mediante 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. De esto se sigue que el propietario puede recuperar la vivienda a su voluntad, aunque se haya atribuido judicialmente el uso a uno de los cónyuges, pues la decisión de poner fin a la situación de precario por parte del propietario de la vivienda no presupone acto alguno de disposición previo por parte del precarista. Esta misma situación se da cuando, existiendo originariamente un comodato (u otro tipo de contrato o derecho que atribuye el uso del inmueble), desaparecen los presupuestos determinantes de la titularidad por parte del cónyuge que la ostentaba y el propietario o titular de la cosa no la reclama, pues entonces la situación de quien la posee es la propia de un precarista. En este punto, la doctrina que se fija en esta sentencia no comporta variación

sustancial de la que viene manteniendo esta Sala (SSTS de 30 de noviembre de 1964, 31 de diciembre de 1994, RC núm. 2987/1991, de 26 de diciembre de 2005), con arreglo a la cual la situación de quien ocupa una vivienda cedi- da sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial.

La aplicación de esta doctrina al caso examinado nos lleva a concluir que nos hallamos ante un simple precario, porque habiendo probado el actor su título de propiedad, no ha quedado probado que la demandada ostentara ningún título que la legitimara para poseer más que a título de precario el inmueble aquí reivindicado. (STS de 14 de enero de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los cónyuges don Alfonso y doña Camino, propietarios de una vivienda, la vendieron mediante escritura pública a la inmobiliaria P. en mayo de 1988 pero continuaron viviendo en ella. Por sentencia de separación de abril de 1992, el uso de la vivienda fue adjudicado a la esposa. En julio de 1999, la inmobiliaria P. vende la referida vivienda mediante escritura pública a don Martín y doña Lourdes expresándose como carga que se hallaba poseída de hecho por doña Camino. La inmobiliaria P. y sus compradores ejercitaron acción reivindicatoria siendo ésta desestimada por el Juzgado. La Audiencia revocó la sentencia inferior y condenó a doña Camino a reintegrar la vivienda a doña Lourdes y don Martín. Doña Camino recurre en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar fijando doctrina en cuanto la naturaleza y efectos del derecho al uso de vivienda atribuido por sentencia judicial al amparo del artículo 96 CC. (R. G. S.)

**73. Separación matrimonial: Pensión compensatoria por desequilibrio: Admisión: Doctrina general.**—Con anterioridad a la última reforma legislativa, las SSTS de 10 de febrero y 28 de abril de 2005 se mostraron favorables a la temporalidad de la pensión compensatoria según las circunstancias, que de modo expreso ha aceptado luego la Ley 15/2005, de 8 julio, al dar nueva redacción al artículo 97 CC, y la jurisprudencia posterior (SSTS de 17 de octubre —dos—, y otra de 21 de noviembre de 2008). Según esta doctrina, el establecimiento de un límite temporal para su percepción, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de compensar el desequilibrio que le es consustancial. Esta función obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC, que permiten valorar la idoneidad de la beneficiaria para superar el desequilibrio en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. Para formular este juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación. Las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de apelación, habrán de ser respetadas en casación siempre que sean consecuencia de la libre y ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC

y que han de servir tanto para valorar la procedencia de la pensión como justificar su temporalidad. Solo es posible la revisión en el recurso de casación cuando el juicio prospectivo se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

**Temporalidad de la pensión: Matrimonio, sin hijos, que duró menos de ocho años: Esposa menor de cuarenta años que realiza curso de especialización profesional.**—La decisión de la Audiencia Provincial de fijar el límite de dos años a la pensión compensatoria no resulta una decisión gratuita, arbitraria o carente de la más mínima lógica, sino que se muestra como el resultado de un juicio prospectivo sobre la posibilidad real que tiene la actora de superar en un corto espacio de tiempo la inicial situación desfavorable respecto a la de su marido que a aquella le generó la ruptura. La s. recurrida toma en especial consideración que el matrimonio tuvo una duración aproximada de ocho años, valorando la edad de la esposa, inferior a 40 años al cesar la convivencia, la experiencia profesional inmediatamente anterior a contraer matrimonio y el hecho de que llevase un tiempo cursando estudios para obtener un título que permitiera acreditar su cualificación profesional y acceder al mercado laboral. Todos estos factores permiten a la Audiencia Provincial formar la convicción, con alto grado de certeza, de que el plazo de dos años va a ser suficiente para que la actora obtenga un empleo que le permita gozar de medios propios para obrar autónomamente, de modo que la función compensadora de la pensión se agote transcurrido dicho plazo. (STS de 28 de abril de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

**74. Ineficacia de los actos dispositivos realizados por el titular de la patria potestad sin autorización judicial.**—Desde el momento de la entrada en vigor del Código civil, se empezó a plantear la cuestión del tipo de ineficacia de los actos realizados por el titular de la patria potestad sin la autorización judicial, sin que la doctrina del TS se haya pronunciado de forma uniforme, resolviendo por regla general a la vista del caso concreto y distinguiéndose tres posturas: una primera que afirma su nulidad radical (así, SSTs de 29 de abril de 1904, 8 de junio de 1917, 21 de junio de 1943, 9 de diciembre de 1953, 25 de junio de 1959, 14 de marzo de 1983, 17 de febrero de 1995 y 21 de enero de 2000, entre otras), por ser *per se* un acto inexistente, al faltarle uno de los requisitos, y un acto nulo por ser contrario a una norma imperativa e incurrir así en la sanción de nulidad del antiguo artículo 4, hoy 6.3, CC (STS de 28 de mayo de 1965, entre otras); una modalidad de la anterior que declara la nulidad de dicho contrato por tratarse de un acto realizado con extralimitación de poder, por lo que se aplica el artículo 1259 CC (SSTs de 9 de diciembre de 1953 y 21 de mayo de 1984); y una tercera posición que opta por la solución de la anulabilidad (así, SSTs de 30 de marzo de 1987, 9 de mayo de 1994, 23 de diciembre de 1997 y 3 de marzo de 2006), por existir consentimiento contractual aunque el de la parte vendedora adolezca de la falta de autorización judicial, de modo que si los contratantes representados (por representación legal) no han accionado interesando la anulación en el plazo de cuatro años que establece el artículo 1301 CC, se produce la confirmación por disposición de la Ley (prescripción sanatoria), por el transcurso del plazo de caducidad en el que podría ejercitarse aquella acción de anulación, posición seguida también por el artículo 154 del Código de Familia de Cataluña.

La falta de concreción del artículo 166 CC acerca del tipo de ineficacia que debe atribuirse a los actos realizados por el representante legal sin la autorización judicial obliga a plantearse cuál es el fin de protección que busca el ordenamiento jurídico cuando exige dicha autorización, ante lo que debe tenerse en cuenta que el artículo 166 CC es una norma imperativa, que coincide con lo dispuesto en el artículo 1259 CC y, a salvo la ratificación, su incumplimiento lleva a la aplicación del artículo 6.3 CC, es decir, la nulidad del acto; el fin de protección de la norma contenida en el artículo 166 CC es la salvaguardia del interés de los menores, que no pueden actuar por sí mismos y que pueden encontrarse en situaciones de desprotección cuando alguien contrata en su nombre y obliga sus patrimonios sin el preceptivo control, ya que deberán asumir las correspondientes deudas; la actuación de los padres siempre debe tener como finalidad el interés del menor, tal como dispone el artículo 154.2 CC, de modo que la representación legal no es un derecho de los padres, sino de los hijos, que les permite exigir que se actúe en beneficio de sus intereses; y finalmente que el propio artículo 1259 CC va a permitir que el contrato pueda ser objeto de ratificación por el propio interesado cuando sea favorable a sus intereses. Los actos de disposición previstos en el artículo 166 CC deben tener causas de utilidad justificadas y se deben realizar previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, autorización que no es un complemento de capacidad como ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que es un elemento del acto de disposición, puesto que los padres solos no pueden efectuarlo, todo ello para obtener la protección de los intereses del menor. El acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el artículo 166 CC, constituye un contrato o negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita, y por tanto, no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aún no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1259.2 CC, de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente. (STS de 22 de abril de 2010; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Los hermanos doña Flor y don José María adquirieron por herencia de su madre un piso ganancial, habiéndose renunciado por su padre en la correspondiente partición a su parte de los bienes gananciales, al legado de usufructo y a la cuota legal usufructuaria y adjudicándose los hijos por mitad el caudal hereditario. Antes de dichas operaciones, don José María procedió a vender en nombre propio y de sus hijos menores de edad, en documento privado a don Ezequiel y doña Delia dicho inmueble, sin que se hubiera autorizado judicialmente la venta. Doña Flor y don José María demandaron a los compradores, don Ezequiel y doña Delia, y a don José María, su padre y vendedor, pidiendo que se declarara la nulidad del citado contrato de compraventa por falta del poder de disposición del vendedor y que se declarara la obligación de los compradores de reintegrar el inmueble al patrimonio hereditario, ante lo que los compradores opusieron la prescripción de la acción, de acuerdo con el artículo 1301 CC, porque entendían que la venta se



había convalidado por el transcurso de cuatro años desde la mayoría de edad de los herederos, sin que se hubiera impugnado, y que concurría fraude en la renuncia efectuada por el padre codemandado, y formularon reconvencción pidiendo que se declarara que eran los legítimos propietarios porque, además, habían pagado el precio.

Dicha demanda es estimada parcialmente en primera instancia, estimando la acción reivindicatoria por haber procedido el padre a la venta antes de la liquidación de la herencia de la madre y, respecto de la reconvencción, por aceptar don José María tácitamente la herencia de su esposa con la venta que realizó, por lo que la renuncia a los derechos hereditarios fue un acto nulo dado que éstos habían sido ya enajenados. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial lo estimó, considerando que había prescrito (*sic*) la acción y admitiendo la excepción alegada por los demandados, revocando la sentencia del Juzgado. Los demandantes interpusieron recurso de casación, siendo estimado por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

## DERECHO DE SUCESIONES

**75. Interpretación de testamento: Doctrina general.**—La interpretación de testamento busca el sentido y alcance de la voluntad real del testador reflejada en el mismo, al tiempo de ser otorgado; es decir, pretende, como dice la STS de 31 de mayo de 2010, la reconstrucción de la voluntad del testador. La referencia a la voluntad real debe entenderse en el sentido de que en la interpretación debe entenderse el criterio subjetivista, es decir, el sentido que le dio el testador (SSTS de 6 de abril y 31 de diciembre de 1992 y 29 de diciembre de 1997). Asimismo, la voluntad del testador es la que quiso expresar al tiempo de otorgar el testamento (SSTS de 23 de enero de 2001 y 19 de diciembre de 2006). Cuya voluntad real se descubre no sólo analizando el texto del testamento, sino también, con las debidas precauciones las circunstancias exteriores al testamento —la llamada *prueba extrínseca*—, admitida jurisprudencialmente (STS de 6 de abril de 1992). El artículo 675 CC resalta como extremos: la búsqueda de la voluntad real del testador (*intención del testador*) y la prevalencia de la interpretación literal (*sentido literal*), y en la cláusula dudosa, si la hay, la intención reflejada en el testamento (*según el tenor del mismo testamento*). La doctrina ha resaltado que los actos de última voluntad deben ser interpretados desde el punto de vista del testador, que es el *ángulo visual de la interpretación del testamento*, negocio jurídico unilateral.

**Interpretación de cláusula revocatoria: Prueba extrínseca.**—El testador había otorgado un primer testamento el 16 de junio de 1993, y un segundo testamento el 21 de diciembre de 1995. En el primero instituyó como heredera a su esposa doña Felicidad, y legó a su sobrino don Gaspar el vivienda en cuestión. En el segundo instituyó heredera a doña Elisabeth, sin perjuicio de los derechos que por ley correspondan a su esposa doña Felicidad, conteniendo la siguiente cláusula: *Revoca en todas sus partes cualquiera otra disposición que apareciera; todo ello por estar en este acto consignada fielmente su voluntad*. Hay que decir que la cláusula revocatoria es tan clara que no admite duda alguna; no puede entenderse que presente la más mínima oscuridad. Reconstruyendo la voluntad del testador y atendiendo al

*ángulo visual* mencionado, no cabe otra interpretación que fue la voluntad real del testador el revocar aquel testamento de 1993 que contenía el legado de la vivienda, que no fue recogido en el posterior en el que lo revocó expresamente. La prueba extrínseca invocada consiste en un documento privado, que nunca se elevó a público pese a que sí se legitimó notarialmente la firma, en el que donó la vivienda a su sobrino don Gaspar, el cual nunca llegó a hacer constar su aceptación. Pero tal prueba extrínseca no destruye la interpretación literal del testamento revocatorio. Parece que el testador en el documento privado *quiso donar* la vivienda que había legado, pero no formalizó la donación, y *quiso legarla*, en el primer testamento, pero no la legó en el último testamento válido. Es cierto que la doctrina de los autores que cita en el recurso es que hay que ir más allá de la interpretación literal pero ello no puede aplicarse cuando de ésta se desprende la voluntad del testador, en el sentido subjetivista y la intención del mismo, sin que se dé el *caso de duda* a que se refiere el artículo 675.

**La revocabilidad es inherente al testamento.**—Recoge la última voluntad del testador, sólo la última y ésta es variable hasta el momento mismo de la muerte, lo que ya se proclamaba en el Derecho romano (*ambulatoria est voluntas defuncti usque ad supremum exitum vitae*) y se reconoce en los artículos 737 ss. CC. En el presente caso, la última voluntad del testador es clarísima: la revocación expresa, que no admite duda, del testamento que disponía el legado. Y aunque no mediara la cláusula expresa de revocación, el segundo testamento era incompatible con el primero, ya que cambiaba la institución de heredero y no disponía el legado, por lo cual no podía aplicarse la compatibilidad de dos testamentos cuando el segundo es meramente accesorio del primero y aparece la voluntad del testador de conservar la eficacia del testamento, que no es el presente caso. (STS de 17 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.] (G. G. C.)

**76. Preterición de hija no matrimonial: Doctrina general sobre interpretación de testamento, preterición intencional y errónea, y sobre partición con heredero aparente:** a) La finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador; lo importante y esencial en el presente caso es conocer el momento en que se debe saber cual es esa voluntad real; y este momento es aquel en que declaró su voluntad, otorgando el testamento; este se perfecciona en el momento de su otorgamiento, mediante la emisión de la declaración de voluntad no recepticia; y al ser negocio unilateral y no recepticio, su interpretación debe referirse al tiempo de su otorgamiento y no al tiempo de su muerte, según reiterada jurisprudencia (entre otras SSTs de 29 de diciembre de 1999, 23 de enero de 2001 y 19 de diciembre de 2006);

b) La preterición intencional y errónea viene regulada por el artículo 814 CC, redactado por Ley de 13 de mayo de 1981 que produjo un cambio sustancial en su regulación. En todo caso exige la omisión de todos o algunos legitimarios en el contenido patrimonial del testamento, sin haberles atribuido en el mismo o anteriormente ningún bien, y que le sobrevivan. La intencional se produce cuando el testador sabía que existía el legitimario preterido, al tiempo de otorgar testamento y la no intencional o errónea, cuando el testador omitió la mención de legitimario hijo o descendiente ignorando su existencia, siempre al tiempo de otorgar testamento (así lo matizan las SSTs de 30 de enero de 1995, 23 de enero de 2001 y 22 de junio

de 2006). Los efectos son bien distintos: mientras que en la intencional se rescinde la institución de heredero en la medida que sea precisa para satisfacer la legítima y si no basta, se rescinden los legados a prorrata, en la errónea de alguno de los hijos o descendientes, se anula la institución de heredero y si no basta, se anulan los legados. En todo caso, la preterición de un legitimario no perjudica la legítima como dice el artículo 813.

c) La partición implica la división y adjudicación de los bienes que forman el patrimonio del causante a los coherederos y legatarios de parte alícuota, extinguiendo así la comunidad hereditaria. El artículo 1080 CC contempla el supuesto de que se haya practicado omitiendo a un coheredero, lo que da lugar a la nulidad si se prueba mala fe en los que la han practicado; la mala fe significa que conocían la existencia del coheredero y, pese a ello, lo han obviado. La omisión de un coheredero comprende también la de un legatario de parte alícuota, como dice la STS de 12 de junio de 2006. Igualmente, el artículo 1081 sanciona con la nulidad de la partición hecha con un heredero aparente, lo que debe comprender al legitimario de parte alícuota, no ya por analogía, sino por interpretación extensiva, ya que en uno y otro caso lo decisivo no es su carácter, sino su cualidad de sujeto de la partición.

Las cuestiones fácticas son indiscutidas. Don Severiano otorgó testamento el 9 de abril de 1990, cuyo contenido patrimonial dice: *Primero. Lega a su citada esposa la cuota viudal que por ley le corresponda. Segunda. Instituye herederas por partes iguales a sus dos citadas hijas y por premoriencia nombra sustitutos a sus respectivos descendientes*. De la mencionada «citada esposa» se divorció antes de su muerte; es una de las codemandadas. Las otras dos codemandadas son «sus dos citadas hijas». La demandante, doña Delfina nació el 31 de enero de 1981; el 9 de abril de 1996 se practicó la prueba biológica de paternidad y resultó ser aquel causante su padre extramatrimonial. Lo cual fue declarado por sentencia firme después de su muerte, que acaeció el 19 de febrero de 1999. Tras su muerte, producida la apertura de sucesión, sus dos hijas y sus hijas –todas demandadas– conociendo la existencia de aquella hija extramatrimonial, practican la partición en la que se adjudican la herencia y la que fue su esposa, que ya no lo es por razón de la disolución del matrimonio por divorcio, se adjudica la cuota viudal usufructuaria, como legítima del cónyuge viudo –que no lo es– verdadero legado de parte alícuota. Formulada demanda por la hija extramatrimonial, en ambas sentencias de instancia se estima y se declara que la actora había sido preterida no intencionalmente en el testamento de su padre, anulando la institución de heredero, volviéndose a abrir la sucesión del fallecido, con otros pronunciamientos, declarando asimismo la nulidad de la partición.

Al tiempo de otorgarse el testamento, momento al que debe referirse la interpretación del mismo, el testador no tenía ni podía tener conocimiento de la existencia de su hija extramatrimonial, pues la prueba biológica y la sentencia de filiación fueron posteriores. En consecuencia, la preterición no pudo ser intencional. El primer motivo del recurso alega infracción del artículo 675 CC, pero no es un tema de interpretación, sino de preterición.

El testador atribuyó como legado de parte alícuota, a su esposa, la cuota viudal que por ley le corresponda y en el momento de hacer la partición, al estar disuelto su matrimonio por divorcio, por ley no le correspondía ninguna cuota. Que los coherederos quisieran hacerle alguna atribución, podrían hacerlo por cualquier título válido, pero no como legítima. Por tanto, su intervención en la partición, no como heredero sin serlo, sino como sujeto de la

partición, legatario de parte alícuota, hace nula la misma pues el artículo 1081 le comprende también.

Las demandadas, al practicar la partición, tenían conocimiento (hecho probado e indiscutido) de la existencia de su hermana, heredera como ellas, de la herencia de su padre, por lo menos en cuanto a la legítima. El prescindir de la misma implica caer en la sanción de nulidad que establece el artículo 1080, al concurrir mala fe en los sujetos de la partición. **(STS de 31 de mayo de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

NOTA.—En el FD 5.º la s. extractada corrige una interna contradicción de la s. del Juzgado de Primera Instancia que, por un lado anula la institución testamentaria abriendo la sucesión legal, y, por otro, alude a la legítima larga de la actora preterida. En realidad, en el fallo se declaran herederas legales por partes iguales a las tres hijas. (G. G. C.)

**77. Fideicomiso de residuo: Facultades dispositivas del fiduciario: Interpretación de testamento.**—Si bien no es del todo cierto que la STS de 22 de julio de 1994 se pronuncia sobre la exclusión de los actos de disposición a título gratuito en caso de no facultarse expresamente al fiduciario, ya que de lo que trata es, en rigor, de la subrogación cuando lo que autoriza la cláusula testamentaria es simplemente a *disponer en vida*, no lo es menos que la misma sentencia sí declara que las facultades del fiduciario *han de interpretarse con criterio restrictivo, especialmente, porque lo normal es la sustitución fideicomisaria con deber de conservar, y aunque la figura del fideicomiso no encaje de manera plena en el marco de las sustituciones comprendidas en el artículo 781 CC ofrece notas comunes con ellas y permite la aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores*. Sí es contundente, en cambio, la STS de 12 de febrero de 2002 cuando, en relación con una cláusula sobre los bienes de que no hubiera dispuesto la fiduciaria, declara que *en el poder de disposición del fiduciario en el fideicomiso de residuo no se comprenden los actos dispositivos a título gratuito, a no ser que se haya previsto expresamente por el fideicomitente*. Y esta misma doctrina se sigue por la STS de 7 de noviembre de 2008, al señalar que únicamente ha de ser expresa la facultad de disposición *mortis causa*, regla dispositiva plasmada en el apdo. 2 del artículo 426.53 CCCat cuando dispone que *la facultad de disponer a título gratuito, que debe establecerse de forma expresa, se entiende que se atribuye para hacerlo solo por actos entre vivos y comprende también la de disponer a título oneroso*. Si a todo ello se une que en el presente caso el testador fideicomitente designó expresamente a los tres hijos de la fiduciaria, habidos de dos matrimonios diferentes, expresando su voluntad de que los bienes de que la fiduciaria no hubiera dispuesto a su fallecimiento pasaran a ellos *necesariamente*, la conclusión que se impone es, con arreglo al artículo 765 CC, que la voluntad de los testadores, causantes comunes de su hija y sus nietos, era que éstos sucedieran por partes iguales en lo que quedara de lo heredado por su hija, designio igualitario que desde luego quedaba burlado si la fiduciaria, como efectivamente hizo, donaba los bienes procedentes de sus padres a dos de sus hijos excluyendo al tercero.

**Nulidad de las donaciones hechas por la fiduciaria.**—No puede apreciarse la caducidad ni la prescripción opuestas en la contestación a la deman-

da porque ni el plazo de cuatro años establecido en el artículo 1301 CC es aplicable a la nulidad por falta de poder de disposición del transmitente, ni la acción para impugnar las donaciones litigiosas podía ejercitarse, según puntualizan las SSTs de 12 de febrero de 2002 y 7 de noviembre de 2008, antes de morir la fiduciaria. (STS de 13 de mayo de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Conformes las partes en que ambos progenitores habían establecido una sustitución fideicomisaria de modo que de no disponer por actos *inter vivos* su única hija, los bienes pasaran necesariamente a todos los hijos que la fiduciaria tenía o podía tener de sus dos matrimonios, el tema discutido era la validez de las donaciones con que aquélla había beneficiado a dos de sus hijos, en perjuicio del tercero. Frente a lo dispuesto por ambas instancias se sigue una interpretación restrictiva y se anulan las donaciones. La STS de 22 de junio de 2010 (en este mismo fasc.) se inclina por una interpretación amplia. (G. G. C.)

**78. Fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*: Interpretación amplia de las facultades del fiduciario para disponer a título gratuito.**—Ha de ser compartido el criterio del juzgador de primera instancia en el sentido de que la cláusula quinta del testamento instituye un fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* que atribuye al fiduciario un amplísimo poder de disposición, quedando la expectativa del fideicomisario limitada por la condición de que pudiere quedar algo, dado el amplio poder dispositivo otorgado al fiduciario. El causante tenía en su mente la institución del fideicomiso de residuo y la ordena en dos ocasiones. Una, instituyendo fiduciaria a su esposa y fideicomisarios a los hijos del segundo matrimonio; otra, instituyendo fiduciario al hijo varón de mayor de edad don Landelino (hijo de su primera esposa), y fideicomisario al hijo varón del testador que siga en edad al mejorado, para el caso de que don Landelino falleciese sin descendencia masculina (en este caso, el demandante don Roberto). En ambos supuestos el testador otorga al fiduciario la facultad de disponer por actos *inter vivos* quedando el residuo para los fideicomisarios, pero con una diferencia importante: en el caso de la mejora emplea de modo redundante los adjetivos *pleno* y *absoluto* dominio y, además, faculta al fiduciario expresamente para exigir que en pago se le entreguen las casas solariegas los cuadros y alhajas existentes en el caudal relicto, en el número y cuantía que libremente se fije, cuya designación podrá hacer por sí solo. Le otorga así facultades omnímodas, facultades que no aparecen a favor de la esposa en la otra institución. Según la disposición testamentaria del causante, si el mejorado, don Landelino, hubiera tenido un hijo varón —que viviera al tiempo de su muerte— la sustitución fideicomisaria no habría tenido lugar, y el mejorado habría podido disponer de sus bienes propios y de los que integran la mejora como hubiera tenido por conveniente, incluso derrochándolos sin consideración ninguna, lo que permite colegir que el testador no hizo la institución pensando en sus posibles nietos (hijos varones de don Landelino), o en el fideicomisario, sino pensando en su primer hijo varón, don Landelino, a quien correspondían los títulos nobiliarios, cuyos honores quería rodear de su patrimonio adicional que le permitiera un tren de vida acorde con esas dignidades, pero sin ponerle ninguna traba o limitación a fin de que se comportase como dueño absoluto y sin cortapi-

sas. De ahí la expresión *en pleno y absoluto dominio* que no aparece en el fideicomiso a favor de la esposa e hijos del segundo matrimonio, y la facultad de disponer por actos *inter vivos*, sin añadir que lo sea a título oneroso. Se establece así el fideicomiso de residuo en la modalidad más amplia *si aliquid supererit*, si bien dejando a la buena voluntad del fiduciario guardar un resto de dichos bienes de la mejora, quedando su número y calidad al arbitrio del fiduciario que incluso podría haberlo consumido todo sin dejar nada, dada la amplísima institución *en pleno dominio* y facultad de disponer. En la naturaleza del fideicomiso de residuo *si aliquid supererit* no está comprendido el principio de subrogación real, máxime dadas las amplísimas facultades del fiduciario, sin que conste en éste la voluntad de perjudicar al fideicomisario, ni ánimo defraudatorio de la voluntad del testador.

En el presente caso se trata de una cuestión de interpretación testamentaria y, en concreto, de la disposición fideicomisaria, sobre la que ha de regir un criterio favorable a la interpretación sistemática y no aislada de cada una de sus cláusulas. No cabe atribuir arbitrariedad alguna a la interpretación razonable y detallada que se hace de la referida disposición testamentaria por la sentencia impugnada. En forma alguna se prohíbe la disposición de bienes a título gratuito por parte del heredero fiduciario y, por el contrario, el conjunto de las disposiciones y los propios términos en que se plasmaron las últimas voluntades del causante parecen reflejar una intención de conceder las más amplias facultades dispositivas *inter vivos* al heredero fiduciario. No se puede obviar que se trata de una disposición fideicomisaria doblemente condicionada, pues por un lado lo estaba al hecho de que quedasen bienes a la muerte del heredero fiduciario y, por otro, que éste falleciera sin descendencia masculina (*si sine liberis decesserit*), por lo que el fideicomisario era titular de un derecho a esa doble condición. Además, no se asignaron bienes concretos al fideicomiso, sino que el mismo se refería a aquellos que eligiera el heredero fiduciario para integrar su derecho hereditario, que había sido ampliado en un setenta por ciento del tercio de mejora, y tales bienes elegidos se adquirían en pleno y absoluto dominio, según el testador, lo que lleva a pensar que en la intención del testador –ley suprema en las disposiciones testamentarias– se comprendían las más amplias facultades de disposición *inter vivos*.

**La doctrina de los actos propios invocada a mayor abundamiento.**—La mención de la doctrina de los actos propios se efectúa simplemente a mayor abundamiento y sabido es que tales argumentos de puro refuerzo no pueden por sí solos ser objeto de un motivo de casación ya que, por un lado, no tienen entidad suficiente para ello en el conjunto argumentativo de la resolución impugnada y, por otro, la impugnación de los mismos, incluso en los supuestos de razonabilidad de la oposición al argumento, sería inocua en cuanto no privaría de eficacia a la verdadera *ratio decidendi*, no pudiendo fundarse en la impugnación de argumentos dialécticos, *obiter*, de refuerzo, o a mayor abundamiento (SSTS de 23 de marzo, 7 y 21 de septiembre de 2006, 9 de abril, 17 y 18 de septiembre de 2007, y 23 de enero de 2008).

**Buena fe y abuso de derecho.**—La sucesión se rige por el testamento, y que el causante –padre de don Landelino y de don Roberto–, confirió a aquél absoluta facultad de disponer *inter vivos* de los bienes objeto del fideicomiso que, por otra parte, no estaban definidos y era él mismo quien había de escogerlos con total libertad de entre los que integran el caudal hereditario, de modo que no cabe imputar abuso de derecho a quien ejerce libremente el que le corresponde y dentro de los límites de la normalidad ajustándose a lo seña-

lado por el causante que estableció el fideicomiso. Conforme a las SSTs de 21 de septiembre de 2007 y 20 de junio de 2008, el abuso del derecho constituye un límite al derecho subjetivo y de ahí su carácter de remedio extraordinario, su índole excepcional y su alcance singularmente restrictivo. Sólo procede invocarlo y, consiguientemente, apreciarlo, como institución de equidad, cuando el derecho se ejercita con intención bien definida de causar daño a otro o utilizándolo de modo anormal o contradictor de la armónica convivencia social. Su apreciación exige que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) que caracterizan su existencia, que viene determinada por la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima en el ejercicio del derecho, y por la objetiva de exceso en su ejercicio. **(STS de 22 de junio de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

**HECHOS.**—El causante don Armando estuvo casado en primeras nupcias con doña Laura, de cuyo matrimonio le sobrevivieron cuatro hijos, y fallecida su esposa reiteró matrimonio con doña Covadonga de cuya unión le sobrevivieron ocho hijos. Don Armando otorgó el testamento base del pleito el 25 de mayo de 1942, falleciendo el 2 de noviembre del mismo año. Es fundamental la cláusula 5.ª por la cual: «Mejora en un setenta por ciento del tercio de ese nombre, en pleno y absoluto dominio, a su hijo primogénito don Landelino, a quien faculta expresamente para exigir que en pago de lo que por este concepto le corresponde, se le adjudique, si lo desea, y en el número y cuantía que libremente fije, las casas solariegas, los cuadros y alhajas existentes en el caudal relicto, cuya designación podrá hacer por sí sólo, eligiendo todos ellos si cupieren dentro de la mejora o los que tenga a bien o sean de su gusto, dejando aquellos que no estime conveniente a los demás herederos El valor de dichos cuadros y alhajas, se reputará por el que se consigne en el inventario y en su caso, por el que resulte del peritaje. Si su dicho hijo don Landelino, falleciese sin descendencia masculina, los bienes de la mejora de que no hubiera dispuesto por actos *inter vivos*, los conservará y transmitirá en sustitución fideicomisaria, al hijo varón del testador que siga en edad al mejorado». Sobre la innecesaria, aunque esclarecedora, *mens testatoris* interesa la cláusula 8.ª en la que, según el FD 1.º, el testador parece explicar el motivo de sus asignaciones: «Manifiesta el testador que las mejoras y legados tienen su razón de ser en el deseo de igualar en lo posible a los hijos habidos en el primer matrimonio, ya que heredaron de sus premuertos madre y bisabuelo paterno, con los nacidos y que pudieran nacer de sus segundas nupcias y sin que ello entrañe predilecciones mortificantes, siendo únicamente expresión de su criterio paternal que aspira a la relativa justicia distributiva posible en la cuantía de los bienes heredados por sus hijos, entre los que reparte por igual bienes y afectos, sin más diferencia que la que el decoro de los nombres y dignidades familiares y exigencias sociales imponen al primogénito, heredero de dos títulos».

**NOTA.**—Se desprende de los hechos probados que el heredero fiduciario don Landelino, durante alrededor de cincuenta años, realizó transmisiones *inter vivos*, tanto a título oneroso como a título

gratuito, con cargo a los bienes fideicomitidos, incluso al propio demandante, o a los hijos de éste, y también a sus propias hermanas, así como a terceras personas. La interpretación que del fideicomiso en favor del hijo primogénito, han realizado, tanto en ambas instancias como en casación, se basa en la amplitud de los términos utilizados en su testamento por don Armando, es decir, se atribuyen los bienes fideicomitidos *en pleno y absoluto dominio*. Doctrina aquí aplicada que parece contradecir la sostenida recientemente por la Sala 1.<sup>a</sup> (últimamente en STS de 13 de mayo de 2010, Ponente Marín Castán, en este fasc. del ADC). Todo ello sin perjuicio de destacar la singularidad de esta atípica modalidad de fideicomiso, cuya determinación objetiva se confía al propio fiduciario. Marginalmente cabría observar que la concepción del mayorazgo, que el testador deja traslucir en su testamento, basado en la primogenitura y masculinidad, no parecería fácilmente conciliable con una interpretación retroactiva del principio constitucional de igualdad, que, no obstante, nadie ha alegado en el proceso. (G. G. C.)

**79. Legado alternativo a favor de la esposa: Elección a favor de la legataria.**—La cuestión jurídica a resolver es la facultad de elección por la legataria en un legado alternativo contemplado en el artículo 874 CC. En el testamento otorgado por el causante en 1989 ordena su última voluntad en dos cláusulas: 1.<sup>a</sup> Lega a su esposa el usufructo universal de su herencia, o el pleno dominio de toda la parte de la misma de libre disposición, más su cuota legitimaria, a su elección. 2.<sup>a</sup> Instituye herederos a sus hijos. La calificación jurídica de la disposición testamentaria relativa a la esposa es clara, pues se trata de un legado alternativo cuyo objeto son varias cosas o derechos y sólo una de ellas debe adquirir el legatario tal como dispone el artículo 874 CC en su remisión a la normativa de las obligaciones alternativas; la elección corresponde al obligado, a no ser que el testador haya dispuesto que sea al legatario, como es el caso presente. Dicha elección, como declaración unilateral de voluntad, no exige formalidad alguna ni precisa aceptación por el obligado a la entrega, pudiendo ser expresa o tácita. En el presente caso recayó aceptación expresa en un documento privado del 3 de mayo de 2004, recogida en el cuaderno particional, consistente en la segunda alternativa consignada en el testamento, es decir, el tercio de libre disposición y la cuota usufructuaria; la elección tácita alegada por el hijo, que ha formulado oposición, exige actos concluyentes, que las sentencias de instancia han negado.

**Adquisición del legado.**—En relación con el legado es preciso destacar que el legatario deviene titular *ipso iure* en el momento de la apertura de la sucesión producida por la muerte del causante, sin necesidad de una aceptación expresa o tácita, si bien puede renunciar al mismo; por tanto, no cabe confundir la aceptación del legado por la legataria, con la elección que hizo respecto al legado alternativo; lo que tampoco tiene nada que ver con la aceptación de los herederos, que sí deben aceptar expresa o tácitamente la herencia.

**Recomendación de la mediación en materia sucesoria.**—No es baldío recordar aquí lo que dijeron sobre mediación las SSTS de 2 y 3 de julio de 2007 y 5 de marzo de 2010. Este caso, propio de una sucesión *mortis causa*, no sólo refleja un problema de atribuciones patrimoniales, sino un enfrentamiento familiar, que se vislumbra claramente en los escritos obrantes



en autos, que podría haberse evitado yendo a la solución alternativa de la mediación, si las partes hubieran querido o la ley lo hubiera previsto, la cual permite llegar a soluciones menos traumáticas que el dilatado tiempo que se invierte en el proceso; y el acuerdo a que se llega siempre será menos duro que la resolución judicial que se apoya exclusivamente en la razonada aplicación de la norma jurídica. (**STS de 20 de mayo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

NOTA.—Adviértase que el supuesto aquí contemplado por la sentencia extractada no es un caso de aplicación de la cautela socini, de la que recientemente se afirma, con conocimiento de causa, por el notario Castán Pérez-Gomez (*La cautela socini y el conflicto de intereses*, en «Homenaje a Garrido de Palma», Madrid 2010, p. 1027) el uso general y su pacífica aceptación. Más aún, el actor, uno de los hijos, pretende que la viuda había ejercitado tácitamente la opción en favor del usufructo universal que, en último término, desechó. Sentencia pedagógica que es de aprobar, lo mismo que su llamamiento en favor de la mediación sucesoria. (G. G. C.)

**80. Comunidad hereditaria: Arrendamiento de vivienda otorgado por Curadora del viudo, declarado pródigo, antes de la liquidación de la sociedad de gananciales.**—Los recurrentes pretenden convencer a la Sala de que una vez disuelta la comunidad de gananciales, pero aun no liquidada, la relación entre los comuneros o entre ellos y los herederos del que ha fallecido sigue manteniendo la misma naturaleza que la comunidad originaria y por ello deben aplicarse las mismas normas. Pero olvida la doctrina de esta Sala contenida en s. de 19 de junio de 1998 que entiende que disuelta la sociedad de gananciales, la naturaleza de las relaciones existentes entre los titulares es la de una comunidad que equivale al régimen de la comunidad hereditaria (STS de 11 de mayo de 2000) y, en consecuencia, no rige el artículo 1322 CC que permite la disposición por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, norma que forma parte de las relaciones entre los cónyuges y no se aplica en las relaciones con terceros; en su lugar se aplicará el régimen de la comunidad hereditaria, interpretado uniformemente por esta Sala en el sentido de que los actos de disposición sobre la cosa común debe contar con la voluntad de todos los comuneros, so pena de nulidad (entre otras SSTs 25 de septiembre de 1995 y 17 de febrero de 2000). Al tratarse de arrendamiento de larga duración (15 años) debe declararse correcta la s. recurrida al declarar la nulidad del contrato de arrendamiento de un piso celebrado por el titular de una mitad, en su cualidad de bien ganancial y algunos de los herederos del otro cónyuge fallecido, sin que haya concurrido los demás al otorgamiento del contrato.

**Aplicación del artículo 1063 CC.**—El artículo 1063 contiene una norma específica sobre los efectos de la partición hereditaria, de modo que, adjudicadas las cosas a dos de las herederas, ellas deben los beneficios de dichas cosas que se han hecho efectivas a la propia herencia, en aplicación del principio romano *fructus augent hereditatem*, es decir, los frutos pertenecen a la herencia con independencia de la buena o de la mala fe de los poseedores en este periodo, y todo ello para evitar que un heredero se apropie de más bienes que otro (STS 7 de julio de 1995); siendo las rentas un fruto civil, corresponde cobrarlas a la herencia, por lo que se deben aquellos a los que han sido condenadas las herederas, con la compensación correspondiente por los que

ya hubiesen sido hecho efectivos. Lo dispuesto en el artículo 451 con carácter general debe ceder ante la regla específica del 1063, aplicable cualquiera que sea el título por el cual las demandas disfrutaron de los bienes de la herencia (SSTS de 30 de octubre de 1976 y 30 de septiembre de 1994).

**Intereses moratorios: Doctrina consolidada por Acuerdo del Pleno de 20 diciembre 2005.**—En materia de intereses moratorios esta Sala, especialmente a partir del Acuerdo del Pleno indicado, ha consolidado una nueva orientación en el sentido de mitigar el automatismo de la regla encarnada en el brocardo *in illiquidis non fit mora*, sustituyéndola con carácter general por la del canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia o no de condenar al pago de los intereses y la concreción del *dies a quo* del devengo. Se toman como pautas para ponderar la racionalidad del fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado y demás circunstancias del caso, y se atiende fundamentalmente, a la certeza de la deuda u obligación aunque se desconociera su cuantía (SSTS de 20 de febrero y 24 de junio de 2008, y 25 de marzo y 16 de octubre de 2009). En el presente procedimiento se ha aplicado correctamente la denuncia que se denuncia infringida, de modo que las circunstancias de la presente reclamación y la posesión por parte de una de las herederas en exclusiva de un bien perteneciente a la herencia en virtud de un contrato que se ha declarado nulo por carencia de poder de disposición en el arrendador, implican la corrección de la imposición de los intereses efectuada en ambas instancias.

**Carácter no ganancial del arrendamiento.**—Según han declarado las SSTS de 3 de abril de 2009, y 3 de marzo de 2010, el contrato de arrendamiento urbano 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, tal como establece el artículo 1257 CC. Esto no significa que, como consecuencia de los fines protegidos por la legislación especial de arrendamientos urbanos, no pueda producirse la sustitución de una de las partes del contrato por fallecimiento del titular, pero para ello se requiere que se cumplan los requisitos exigidos en la ley reguladora del arrendamiento y entre ellos, la comunicación al arrendador en la forma establecida en la ley, es decir, se debe aplicar el artículo 16 LAU 1994, por remisión de lo dispuesto en la DT segunda, letra B). Y que, la concreción de la figura del arrendatario resulta del propio contrato de arrendamiento, generador de derechos personales, independientemente de que la vivienda arrendada tenga como fin servir de domicilio conyugal o del régimen matrimonial que pueda existir entre los cónyuges, lo que resulta plenamente compatible con el régimen de subrogación existente en el antiguo artículo 58 LAU 1964, así como en el artículo 15 la LAU 1994. En consecuencia, al no haber sido arrendatario el padre de los recurrentes, no se le puede aplicar el artículo 1063 CC, ya que quienes deben devolver las rentas a la comunidad son los herederos. No existe ninguna relación jurídica entre el esposo de la arrendataria y sus herederos y la comunidad hereditaria. (STS de 10 de junio de 2010; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Relaciones complejas que surgen en el seno de una familia de seis hijos cuando la madre fallece en 1980, dos años después de que el padre había sido declarado pródigo, siendo constitui-

da, primero, la tutela, y después de la reforma de 1983, la curatela que se encomienda a una de las hijas. Parece que el bien más valioso de la familia es un piso adquirido por el padre en 1968, objeto de arrendamiento por la curadora en favor de una de sus hermanas en el año 1990. Fallecido el padre en 1994, y realizadas, al parecer, o en vías de realización las operaciones particionales, el pleito se centra en la impugnación del contrato de arrendamiento y en la devolución a la masa hereditaria de las rentas devengadas durante la vigencia del contrato. El único punto en que se estima el recurso es el relativo a la interpretación del artículo 1063. En general, es de aceptar la doctrina sentada, si bien cabe destacar que, un tanto colateralmente, se reitera la doctrina mantenida últimamente por la Sala en orden al carácter no ganancial del arrendamiento de vivienda concertado, vigente el matrimonio, por cualquiera de los cónyuges. Ello obliga al cumplimiento del requisito formal de la subrogación *mortis causa* del artículo 15 LAU 1994 –heredado, cual inconscientemente arrastre, de la ya moribunda y casi extinta legislación arrendaticia especial–. Ha sido un tema polémico en la pequeña jurisprudencia, denunciándose la injustificada desigualdad de trato con los arrendatarios de locales de negocio (últimamente Contijoch Pradesaba, *La notificación de la subrogación mortis causa en la LAU*, en «Sepin. Arrendamientos Urbanos», julio-agosto 2009, pág. 23 ss). La protección constitucional de la vivienda, la inclusión del artículo 1320 CC en el llamado *régimen matrimonial primario*, aplicable a cualquier matrimonio, la nueva legislación aragonesa, parecen sintonizar mejor con la jurisprudencia del TC en sentido contrario al TS. (G. G. C.)

## DERECHO MERCANTIL

**81. Adscripción de los mensajes comerciales al ámbito de protección delineado por el artículo 20 CE y las normas que lo desarrollan.**—La posibilidad de adscribir el mensaje publicitario al marco de protección que las normas constitucionales de las sociedades democráticas reconocen a las libertades de información, opinión e, incluso, creación artística, ha sido admitida en fechas relativamente recientes. Propiamente, desde que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica cambió su doctrina sobre el *commercial speech* —sentada en la decisión del caso *Valentine c. Chrestensen*— y declaró que la publicidad no era extraña al ámbito de protección ofrecido por la Primera Enmienda —caso *Bigelow c. Virginia* y los numerosos que, con matices, al mismo han seguido—, pues, pese a su contenido mercantil, proporciona información sobre productos y servicios de utilidad para el público y, al fin, para un correcto funcionamiento del mercado regido por las leyes de la oferta y la demanda, conforme a las que al consumidor corresponde emitir un voto económico; y que ello no significa que la publicidad no pueda soportar medidas restrictivas, siempre que sean necesarias para el interés público y razonablemente proporcionadas.

En nuestro continente, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de febrero de 1994 —caso *Casado Coca c. España*— negó que,

en el supuesto enjuiciado, hubiera resultado violado el artículo 10, pero formuló expresa declaración de que dicho precepto –que, en su apartado 1, incluye la libertad de recibir y comunicar información como contenida dentro de la libertad de expresión– «no distingue según la naturaleza lucrativa o no del fin perseguido», así como que establecer una diferencia de trato al respecto podría significar discriminación. Por ello, siguiendo su anterior doctrina, precisó dicho Tribunal que el artículo 10 no resulta «aplicable solamente a ciertos tipos de informaciones, ideas o formas de expresión..., especialmente a las de naturaleza política», sino que también lo es a las «informaciones de carácter comercial o, incluso,... los mensajes publicitarios difundidos por cable...».

Esa es también la doctrina seguida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, así en las sentencias de 25 de marzo de 2004 –C-71/02, Herbert Karner Industrie-Auktionem GmbH c. Troostwijk GmbH, 50 y 51– y 2 de abril de 2.009 –C-421/07, Frede Damgaard, 26 y 27–, si bien, en ellas, tras recordar el contenido del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puso de manifiesto que «cuando el ejercicio de la libertad no contribuye a un debate de interés general... el control se limita a un examen del carácter razonable y proporcionado de la injerencia», que es lo que sucede con «el uso mercantil de la libertad de expresión, en particular en un ámbito tan complejo y fluctuante como la publicidad».

La publicidad constituye una forma de comunicación realizada con fines de promoción de la celebración de contratos sobre bienes o servicios –artículo 2 de la Ley 34/1988–. Esa comunicación puede tener un contenido informativo o integrado por ideas u opiniones o ambos a la vez, en todo caso con una relevancia cada vez mayor en el proceso de toma de decisiones en el mercado por parte de quienes son sus destinatarios, de modo que trasciende incluso –como señala el preámbulo de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre– del ámbito propio del consumo y la competencia.

El hecho de que la actividad publicitaria sea una manifestación del ejercicio de la libertad de empresa y, desde otro punto de vista, el que su fin no sea, necesariamente, formar criterio sobre los tradicionalmente considerados asuntos públicos –políticos, sociales, culturales...– no justifica, como se había entendido por algunos, negar a los mensajes comerciales acceso al ámbito de regulación cuyo núcleo representa el artículo 20 CE.

Una negativa en tal sentido no sólo sería contraria al efecto que hay que atribuir a Tratados que forman parte de nuestro ordenamiento –artículos 10, apartado 2 y 96, apartado 1 CE–, sino que carecería de apoyo en el citado artículo 20, el cual no distingue entre contenidos merecedores del amparo especial que ofrece, mediante la tutela del ejercicio de la libertad en los ámbitos que contempla, a la dignidad de los ciudadanos.

Por otro lado, discriminar en función de cuál sea la materia objeto de la comunicación impondría, con la consiguiente inseguridad, identificar múltiples categorías intermedias, difíciles de perfilar en una realidad tan multiforme –hay informaciones de contenido supuestamente trascendente que no tienen otro fin que el meramente publicitario, del mismo modo que hay mensajes comerciales con un alto interés informativo para el consumidor o, incluso, que, no obstante su escasa utilidad aparente, contribuyen a que el destinatario emita su voto económico en el mercado estando mejor informado, a causa del significado que tiene la mera participación del anunciante en la costosa actividad publicitaria...

Ello sentado, declarar la aptitud de la publicidad para entrar en la órbita del artículo 20 CE implica entender que lo hace en el ámbito formado por el conjunto normativo que, dentro y fuera de dicho texto, la regula y desarrolla. Y, por tanto, que queda sujeta a los límites o restricciones que legítimamente se le impongan.

No se opone a ello la naturaleza fundamental del derecho, pues los de esta categoría admiten restricciones –sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril–, si bien las mismas deben reunir determinadas condiciones para que la intervención negativa en su contenido merezca ser jurídicamente protegida.

Así, desde el punto de vista material, que es al que el recurso se refiere, la restricción debe estar justificada, ya por imponerla la regulación constitucional del propio derecho o la concurrencia con él de otros igualmente fundamentales; ya por perseguir fines legítimos según el ordenamiento constitucional, entre otros, los configurados como derechos y deberes de los ciudadanos o como principios rectores de la política económica –libertad de empresa, artículo 38 ; peculiaridades propias de algunas actividades profesionales, artículo 36 ; defensa de los consumidores, artículo 51; protección de la salud, artículo 43...– o por el legislador ordinario para el logro de objetivos de interés general.

La restricción ha de resultar, además, idónea, en el sentido de adecuada para contribuir a la obtención del fin que la legitime.

Finalmente, deberá ser proporcionada desde el punto de vista del contenido esencial del derecho restringido, cuyo necesario respeto –artículo 53.1 CE– opera, al fin, como límite de los propios límites.

En resumen, para comprobar si la restricción resulta proporcionada, en el caso concreto, procederá determinar la relación de prioridad relativa entre los bienes, derechos e intereses en conflicto, lo que implica valorar los argumentos a favor y en contra de la efectividad de la tutela judicial pretendida. **(STS de 15 de enero de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.–La Asociación de Usuarios de la Comunicación acude al Juzgado solicitando declaración de la ilicitud del mensaje publicitario promovido por una empresa fabricante de coches y orientado a impulsar la adquisición de un determinado modelo. Se trataba de una breve película en la que el protagonista, presidente de una entidad, destrozaba las ruedas del vehículo de un subordinado. La sentencia del Juzgado accedió a lo pedido declarando en su sentencia que «resultaba atentatorio a la dignidad humana la presentación de patrones de conductas relativas a la tenencia o adquisición de bienes o productos que resultan ser merecedores de reproche penal». La sentencia de la Audiencia confirmó la del Juzgado. En el recurso de casación, la empresa –que remarcaba el tono humorístico de la secuencia emitida y el carácter ridículo del personaje protagonista– denunció la improcedente limitación de su derecho a comunicar información veraz amparada por el artículo 20 CE. El Tribunal Supremo acogió el recurso lo que supuso la estimación de la apelación de la empresa y la desestimación de la acción de la asociación demandante. *(R. G. S.)*

**82. Letra de cambio incompleta. Falta de mención del tomador. Nulidad del despacho de ejecución.**—A falta de un criterio jurisprudencial común y de una doctrina civilista unánime sobre la materia, se fija como doctrina jurisprudencial que la mención del nombre del tomador es un requisito esencial, expresamente exigido por la ley para reconocer su existencia como título. Así, el artículo 131 LH requiere, para poder llevar a cabo la ejecución de una hipoteca en garantía de una obligación incorporada a una letra de cambio, la aportación de la letra con la demanda, dotada de los requisitos exigidos para el ejercicio de la acción cambiaria en juicio ejecutivo. Requisitos que se encuentran regulados en el artículo 1 de la Ley Cambiaria y del Cheque, y entre los que se encuentra el nombre de la persona a quien se ha de hacer el pago o a cuya orden se ha de efectuar (tomador), estableciendo seguidamente el artículo 2 de esta ley que el documento que carezca de este requisito no se considera letra de cambio. Por tanto, una letra de cambio carecerá de valor cambiario cuando a su vencimiento no conste en ella mención del tomador, aunque la letra esté en poder del librador y no haya pasado a terceros ajenos al negocio causal o el librador haya firmado el dorso de la letra como primer endosante, siempre que no exprese que ha sido girada a la propia orden. Por tanto, la necesidad de expresión del tomador no admite excepción alguna. **(STS de 14 de abril de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—La sociedad M actora interpone demanda contra el banco AB en la que solicita la declaración de nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH seguido a instancia del demandante contra la sociedad G, por el que la entidad bancaria demandada se había adjudicado el inmueble que la actora se había adjudicado previamente en un procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH contra el deudor originario.

La sentencia de primera instancia estima la demanda por entender que las letras de cambio cedidas por la sociedad G a la entidad financiera carecían de fuerza ejecutiva, por no figurar en ellas el tomador, luego no podían dar lugar a un procedimiento de ejecución hipotecaria.

La entidad financiera demandada interpone recurso de apelación, que es estimado por la Audiencia Provincial, revocando la sentencia de instancia. Contra dicha sentencia, la actora interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso, casa la sentencia recurrida y confirma la sentencia de primera instancia.

**NOTA.**—Téngase en cuenta que el artículo 131 LH, en la redacción aplicable al caso por razones temporales (anterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que reforma este precepto), establecía que el procedimiento judicial sumario se debía ajustar a la regla consistente en que con la demanda el actor presentase, entre otros documentos, «*el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que la LEC exige para despachar la ejecución*». En la actualidad, el artículo 685 LEC dispone que para la ejecución de bienes hipotecados se acompañará a la demanda ejecutiva el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que la LEC exige para el despacho de la ejecución, entre los que figuran los títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, según se desprende del artículo 517.6.º LEC. Este último

artículo es equivalente al artículo 1429.5.º LEC de 1881, aplicable aquí por razones temporales.

La necesidad de fijación de doctrina jurisprudencial sobre la cuestión tratada en la presente sentencia se basa, en primer lugar, en la división de las AAPP a la hora de considerar o no relevante la falta de mención del tomador en la letra de cambio cuando quien ejercita la acción cambiaria es el librador directamente contra el librado (*verbigracia*, SAP Valencia de 26 de marzo de 1990 y SAP Madrid, Sección 19.ª, de 4 de febrero de 1994). Asimismo, en segundo lugar, el Tribunal Supremo destaca la falta de unidad de doctrina, habiendo propugnado algún sector doctrinal la irrelevancia de la falta de mención del tomador en la letra cuando es el librador quien encabeza la cadena de endosos, por entender entonces que la firma del primer endoso por el librador lo identifica como tomador. (*G. M. A.*)

**83. Pignoración de valores mobiliarios. La venta efectuada por el acreedor no infringe la prohibición del pacto comisorio.**—Los valores pignorados fueron enajenados en un mercado público y transparente —la Bolsa de Nueva York—, en un procedimiento paralelo al previsto en el artículo 322 del Código de Comercio. En consecuencia, la Sala no aprecia la concurrencia de posibles causas de orden público para rechazar la licitud de la ejecución prevista en el contrato sujeto al derecho inglés. (**STS de 24 de junio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—Una compañía de inversión mobiliaria, que había depositado sus valores en una sociedad, reclamó a esta sociedad y a otras dos entidades extranjeras diversas indemnizaciones de daños y perjuicios por las pérdidas sufridas en diversas operaciones, siendo aplicable el Derecho inglés. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia Provincial desestimó la desestimó íntegramente y el Tribunal Supremo confirmó esa decisión. (*L. F. R. S.*)

**84. Contrato de compraventa mercantil: interpretación integradora.**—La interpretación del artículo 327 CCom, no aislada sino puesta en relación con los términos del contrato celebrado entre las partes litigantes, con el artículo 339 del propio Código en cuanto hace depender la obligación del comprador de pagar el precio de la puesta de las mercaderías a su disposición y de que se dé por satisfecho y, en fin, con su artículo 57 en cuanto dispone que los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, sin interpretaciones arbitrarias y sin restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubiesen explicado su voluntad y contraído sus obligaciones. (**STS de 21 de mayo de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La entidad SAT R. A. interpuso demanda contra la mercantil F. M. L. SA en reclamación de cantidad derivadas de la adquisición de la cosecha de determinados productos agrícolas. El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Cieza estimó íntegra-

mente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (N. D. L.)

**85. Doctrina de los actos propios: precisión.**—No hay que confundir aquellos hechos, actos o conductas que puedan resultar contradictorios o disonantes con otros posteriores, y a los que según las circunstancias cabe atribuir diversas valoraciones, incluso procesales, con los que se someten a las consecuencias de la doctrina de los actos propios, que veda ir contra los mismos, pues éstos sólo son los de significación inequívoca en orden a crear, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas, de modo que la actuación posterior contraria revela una falta de coherencia tal en el tráfico que se estima vulnera el principio de confianza en el comportamiento anteriormente observado, cuyo respeto, como manifestación de la buena fe objetiva, ha de exigirse en el ejercicio de los derechos (art. 7.1. CC).

**Contrato de suministro: Indemnización por pérdidas de facturación por reducción de ventas: naturaleza de lucro cesante.**—El concepto indemnizatorio denominado *pérdidas de facturación por reducción de ventas* no responde a un daño emergente, daño directo, sino que constituye lucro cesante, ganancia dejada de obtener (art. 1.106 CC), o lo que es lo mismo, un incremento patrimonial que el acreedor esperaba obtener y que se ha visto frustrado por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la otra parte. La distinción jurídica es importante en su aplicación práctica porque la jurisprudencia viene manteniendo para la estimación de la existencia del lucro cesante un criterio más restrictivo, o de especial rigor, respecto de cuando se trata de daño material, de modo que sólo cabe reconocer los beneficios ciertos, concretos y acreditados, quedando excluidas las ganancias hipotéticas o imaginarias, meramente posibles, dudosas o contingentes.

**Contrato de suministro. Indemnización por gastos previstos por devoluciones futuras: improcedencia.**—Se trata de daños que no se sabe si se van a producir, con lo que se condenaría a abonar un perjuicio, de futuro, que se desconoce si se producirá y en qué medida. La doctrina jurisprudencial excluye la indemnización de los gastos futuros hipotéticos sin que por ello se produzca perjuicio para la parte que las pueda sufrir porque en el caso de ocurrir podrá ejercitar la acción correspondiente. (STS de 18 de junio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La mercantil A.C.M. SL interpuso demanda ejercitando una acción de reclamación de cantidad por incumplimiento del contrato de suministro contra la también mercantil L. SA, quien a su vez interpuso demanda reconvenzional contra la actora,. El Juzgado de Primera Instancia número Dos de Reus estimó íntegramente la demanda y desestimó la reconvencción. La Sala Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona estimó parcialmente la reconvencción. El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de la actora. (N. D. L.)

**86. Contratos. Incumplimiento: debe ser esencial.**—La jurisprudencia ha destacado que no todo incumplimiento, en el sentido de falta de iden-



tividad cualitativa, cuantitativa o circunstancial de lo ejecutado con lo debido, es suficiente para resolver una relación de obligación sinalagmática y que, para que un incumplimiento tenga fuerza resolutoria, debe ser esencial.

**Contratos. Incumplimiento esencial: supuesto.**—La condición de esencial la merece aquel incumplimiento que la tenga precisamente por ser esa la voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes, a quienes corresponde crear la *lex privata* por la que quieren regular su relación jurídica.

**Contrato de agencia. Indemnización del agente: disposiciones aplicables.**—No puede pretender el agente que se apliquen a su favor los artículos 28 y 29 de la Ley 12/1992 y no el complementario artículo 30, que niega al agente el derecho cuya satisfacción se reclama cuando hubiera quedado extinguida la relación contractual por una decisión de la otra parte del contrato motivada por el incumplimiento de obligaciones contractuales. (**STS de 8 de abril de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—Las mercantiles B.S.A. SL y A.M.S. SL interpusieron demanda ejercitando una acción de reclamación por incumplimiento contractual contra las también mercantiles W.S.G. SA, W.V.E. SA y W. SA quienes a su vez interpusieron demanda reconvenzional contra las demandantes,. El Juzgado de Primera Instancia número Trece de Barcelona desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconvencción en lo relativo al desalojo de un local. Recurrida en apelación, la Sección Décimoprimer de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente la apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (*N. D. L.*)

**87. Contrato de distribución: Aplicación de las normas del contrato de agencia: improcedencia del automatismo.**—La jurisprudencia más reciente rechaza la aplicación mimética o automática del régimen jurídico del contrato de agencia al contrato de distribución, incluso para la compensación o indemnización por clientela, menos aún cabe la aplicación analógica en materia de indemnización de daños y perjuicios por lucro cesante, del mismo modo que tampoco en materia de prescripción de la acción del distribuidor para reclamar indemnización de daños y perjuicios.

**Contrato de distribución. Plazo de preaviso: ausencia del carácter imperativo del artículo 25 de la Ley 12/92.**—La concreción del plazo de preaviso en un contrato de distribución carente de plazo expreso «dependerá de las circunstancias concurrentes» y el criterio del artículo 25 de la Ley 12/92 es uno de los posibles, de lo que claramente se desprende que no es un criterio obligatorio o imperativo como propone la recurrente. De lo contrario, resultaría que al contrato de distribución le serían imperativamente aplicables los plazos mínimos de preaviso establecidos en el citado artículo 25 y, entonces, no serían válidas ni las cláusulas que expresamente excluyesen cualquier preaviso ni las que fijaran plazos más cortos que los establecidos en aquel precepto, siendo así que la jurisprudencia ha considerado válido para un contrato de subdistribución el plazo de preaviso de solamente siete días, pero expresamente pactado por las partes, y rechazó que la Ley de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia fuera imperativamente aplicable al contrato de distribución.

**Contrato de distribución. Duración indefinida: extinción por decisión unilateral.**—Un contrato de distribución por tiempo indefinido puede extinguirse por decisión unilateral de cualquiera de las partes sin que por ello tenga que indemnizar necesariamente a la otra, algo constantemente declarado por la jurisprudencia porque lo contrario equivaldría a vincular a los contratantes a perpetuidad.

**Contrato de distribución. Indemnización por captación de clientela.**—La captación de clientes por sí sola no genera el derecho del distribuidor a una compensación por clientela, pues constituye su principal obligación contractual, cuyo incumplimiento justificaría la resolución del contrato por el fabricante, y además aumenta las ganancias o beneficios del contrato para el distribuidor. (STS de 22 de junio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La mercantil D. C. SL interpuso demanda contra la entidad A. V. T. SA en reclamación de ciertas indemnizaciones por ruptura unilateral de contrato de distribución. El Juzgado de Primera Instancia número Dos de Huesca estimó parcialmente la demanda. Recurrida en apelación por ambas partes litigantes, la Audiencia Provincial de Huesca desestimó el recurso del demandante y estimó el de la parte demandada.. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (N. D. L.)

**88. Contrato de distribución. Indemnización al distribuidor: improcedencia en caso de incumplimiento.**—La jurisprudencia viene negando constantemente cualquier derecho del distribuidor a compensación o indemnización por clientela cuando la extinción de la relación se deba a una resolución del contrato a instancia del fabricante o concedente que resulte ajustada a derecho por fundarse en un grave y probado incumplimiento contractual del distribuidor.

**Contrato de distribución. Indemnización por clientela: criterios para su determinación.**—La compensación por clientela al extinguirse un contrato de distribución debe tener en cuenta que la captación de clientes durante la vigencia del contrato no es sino una de las prestaciones propias, en realidad la más característica, del concesionario, quien al asumir la obligación de promover las ventas de los productos del concedente debe una prestación de la que no sólo resulta beneficiado este último, por una posible fidelidad futura del comprador a la marca, sino también el propio concesionario, porque a mayor volumen de ventas mayor es su ganancia.

**Contrato de distribución. Indemnización por clientela: fundamento legal.**—La compensación por clientela a favor del distribuidor se funda, conjuntamente, en el artículo 1258 CC y en la aplicación analógica de la idea inspiradora del artículo 28 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, de Régimen Jurídico del Contrato de Agencia, tal idea inspiradora debe comprender también la del artículo 30 de esta misma ley, que en su letra a) excluye el derecho a indemnización por clientela cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa del incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente, dada la estrechísima relación entre ambos artículos.

**Contrato de distribución. Indemnización por clientela: aplicación analógica de la Ley de Contrato de Agencia.**—La analogía habrá de com-

prender tanto lo favorable como lo desfavorable, sin fragmentar el régimen conjunto de la compensación por clientela tomando de ese régimen única y exclusivamente lo que favoreciera al distribuidor; y por tanto, no cabe aplicar analógicamente a favor del concesionario los artículos 28 y 29 de la Ley del Contrato de Agencia cuando una norma complementaria de ambos, la del 30.a de la misma Ley, niega al agente el derecho en caso de resolución del contrato a instancia del empresario por incumplimiento del agente.

**Contrato de distribución. Improcedencia de vulneración artículo 1445 CC.**—No se puede infringir el artículo 1445 CC porque el contrato de distribución no es un puro contrato de compraventa, caracterizándose ciertamente la relación de distribución mercantil por la compra de los productos del fabricante por el distribuidor para revenderlos pero, también y sobre todo, por la colaboración entre fabricante y distribuidor, de manera que el elemento que verdaderamente lo caracteriza no sería tanto la compraventa o el suministro como el dato de la promoción de la distribución. **(STS de 23 de junio de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La mercantil G. P. SL interpuso demanda contra las entidades C. B. P. SA y D. SA por vulneración de contrato de distribución. El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Cambados estimó parcialmente la demanda. Recurrída en apelación por ambas partes litigantes, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra desestimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación instada. *(N. D. L.)*

**89. Contrato de distribución de automóviles: modificación normativa comunitaria.**—El Reglamento (CE) número 1.4000/2002, de la Comisión, de 31 de julio de 2002, resultado de la experiencia adquirida en el sector de los vehículos de motor en lo relativo a la distribución de los mismos, así como de sus recambios y de la prestación de servicios de postventa, como se expresa en su considerando primero, impuso unas requisitos más estrictos que los establecidas en el Reglamento (CE) número 2.790/1999, de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, según su considerando segundo, para la aplicación de la exención por categorías. De ahí, la necesidad de que los acuerdos verticales se adaptasen a ellos, en el plazo transitorio señalado en el artículo 10, ha sido correctamente entendida como la variación sustancial del marco legal del contrato a que se refiere la cláusula 11.5 del mismo. **(STS de 17 de junio de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—La mercantil H. R. C. SA interpuso demanda contra B. I. SA por incumplimiento del contrato de distribución en exclusiva. El Juzgado de Primera Instancia número Cuarenta y cinco de Madrid desestimó la demanda. Recurrída en apelación, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. *(N. D. L.)*

**90. Contrato de «abanderamiento» o abastecimiento en exclusiva de productos petrolíferos: nulidad de los contratos entre empresas que**

**restringen la libre competencia sin ofrecer ventajas en la distribución de los productos que pudieran quedar cubiertas por los Reglamentos comunitarios de exención. Relevancia a estos efectos del contenido del contrato y no de su calificación.**—La decisión del presente recurso ha de ajustarse a la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) en la referida sentencia de 11 de septiembre de 2008, así como en las de 14 de diciembre de 2006 (asunto C-217/05) y 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07), y a la jurisprudencia de esta Sala que a partir de su sentencia de 2 de junio de 2000 (rec. 2355/95) viene manteniendo la doctrina de la nulidad civil de los contratos de abastecimiento en exclusiva que no queden amparados por los Reglamentos Comunitarios de exención; dicho de otra forma, que restrinjan la libre competencia sin ofrecer las ventajas objetivas, de mejora de distribución de los productos, que excepcionalmente justifican su legalidad mediante la técnica de la exención por categorías propia de tales Reglamentos, que a su vez permiten a la Comisión retirar el beneficio de la exención a acuerdos o contratos entre empresas que, cumpliendo las condiciones para tal autorización, sin embargo, surtan efectos incompatibles con el apdo. 3 del artículo 81 CE. La regla es, por tanto, la prohibición y consiguiente nulidad de los contratos entre empresas que restrinjan la libre competencia; la excepción, su admisibilidad y consiguiente validez si contribuyen a mejorar la distribución y cumplen determinados requisitos.

La STJUE 11-9-2008 (asunto C-279/06), respondiendo a la petición de decisión prejudicial formulada por la Audiencia Provincial de Madrid, resolvió lo siguiente [...].

De los fundamentos de esta sentencia, que a su vez se remite a la STJUE 14-12-06 (asunto C-217/05, cuestión prejudicial planteada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo español) en cuanto a los criterios para determinar cuándo los contratos entre compañías petroleras y titulares de estaciones de servicio entran en el ámbito de aplicación del artículo 85 Tratado CEE por ser el titular de la estación de servicio un operador económico independiente y el contrato, por tanto, un acuerdo entre dos empresas, interesa destacar ante todo, en *primer lugar*, la presunción de que el titular de la estación de servicio, aunque el contrato se denomine de agencia, asume los riesgos financieros y comerciales, siendo entonces un empresario independiente, cuando se convierte en propietario de los productos suministrados en el momento en que los recibe del proveedor, cuando se hace cargo, directa o indirectamente, de los costes relativos a la distribución de estos productos, en particular los costes de transporte, cuando corre con los gastos de conservación de las existencias, cuando asume la responsabilidad por los daños que puedan sufrir los productos, como su pérdida o deterioro, así como por el perjuicio que puedan causar los productos vendidos a terceros, o cuando soporta el riesgo financiero de los productos en el supuesto de que esté obligado a pagar al suministrador el importe correspondiente a la cantidad de carburantes suministrada en vez de la efectivamente vendida (apdo. 38); en *segundo lugar*, que el contrato no entraría en el ámbito prohibitivo del Tratado sólo si el titular de la estación de servicio soportara «una parte insignificante de los riesgos» (apdo. 40); en *tercer lugar*, que incluso en el caso de un verdadero o genuino contrato de agencia sólo quedarían excluidas de la prohibición las obligaciones impuestas al agente en relación con la venta de los productos a terceros, como sería la fijación del precio de venta al público, pero no las cláusulas de exclusividad y competencia (apdo. 41); en *cuarto lugar*, que si el contrato no es genuino de agencia y por tanto puede conside-

rarse celebrado entre empresas independientes, la fijación del precio de venta al público constituye una restricción de la competencia que hace que el acuerdo caiga dentro del ámbito de la prohibición siempre que tenga por objeto o efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado común y que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros (apdo. 42); y en *quinto lugar*, que si la relación contractual se da entre dos empresas, esto es si el contrato no es puro o genuino de agencia, «la aplicación de la exención por categoría queda excluida si, además de la cláusula de exclusividad de suministro, el contrato celebrado entre ambas contiene una cláusula que prevé la fijación por el suministrador del precio de venta al público», por no aparecer en el artículo 11 del Reglamento núm. 1984/83 la fijación del precio de venta al público entre las obligaciones que, además de la cláusula de exclusividad, podían imponerse al revendedor (apdos. 64 y 65).

Más recientemente, la STJUE de 2 de abril de 2009 (asunto C-260/07) ha respondido a una petición de decisión prejudicial de la Audiencia Provincial de Barcelona, formulada en un litigio en el que era parte la abastecedora «TOTAL» [...].

De los fundamentos de esta sentencia interesa destacar que, en principio, las cláusulas de fijación del precio de venta al público no se consideran cubiertas por la exención del Reglamento núm. 1984/83 (apdo. 73); que no pueden acogerse a los Reglamentos núm. 1984/83 y núm. 2790/99 los acuerdos por los que el proveedor fija el precio de venta al público o impone un precio de venta mínimo, aunque el proveedor es libre de recomendar al revendedor un precio de venta o de imponerle un precio de venta máximo (apdo. 75); que la manera de calcular el precio de venta recomendado carece de relevancia, siempre que se deje al revendedor un margen de libertad para determinar efectivamente el precio de venta, si bien «no se da tal libertad cuando el proveedor impone al revendedor un margen de distribución fijo del que no puede apartarse» (apdo. 78); que corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar las modalidades de fijación del precio de venta al público en el litigio principal y en concreto verificar, «teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal, si el precio de venta al público recomendado por el suministrador no constituye en realidad un precio de venta fijo o mínimo» (apdo. 79); que asimismo incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar si el revendedor tiene una posibilidad real de disminuir ese precio de venta recomendado comprobando, en particular, si tal precio de venta al público no se impone, en realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, como la fijación del margen de distribución del revendedor o del nivel máximo de las reducciones que puede conceder a partir del precio de venta recomendado, la formulación de amenazas, intimidaciones o advertencias, la previsión de sanciones o el ofrecimiento de incentivos (apdo. 80); que si el órgano jurisdiccional remitente llega a la conclusión de que el revendedor estaba obligado a respetar el precio de venta fijo o mínimo fijado por el proveedor, el contrato no podrá acogerse a la exención por categorías ni en virtud del Reglamento núm. 1984/83 ni en virtud del Reglamento núm. 2790/99 (apdo. 81); que sin embargo la fijación del precio de venta al público, aun cuando constituya una restricción de la competencia expresamente prevista en el artículo 81 CE, apartado 1, letra a), sólo supone que el contrato incurra en la prohibición si se reúnen todos los demás requisitos para la aplicación de ésta, es decir, si el acuerdo o contrato «tiene por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia den-

tro del mercado común y si puede afectar al comercio entre los Estados miembros» (apdo. 82); y en fin, que si bien los acuerdos de compra en exclusiva no tienen por objeto restringir la competencia, en el sentido del artículo 81 CE, no obstante es preciso verificar «si no tienen por efecto impedirla, restringirla o falsear su juego», debiendo tenerse en cuenta «el contexto económico y jurídico» y, por consiguiente, «analizar los efectos que produce dicho contrato, en relación con otros contratos del mismo tipo, sobre las posibilidades de que disponen los competidores nacionales u originarios de otros Estados miembros de implantarse en el mercado de referencia o de ampliar en éste su cuota de mercado» (apdo. 83).

En cuanto a la jurisprudencia más reciente de esta Sala, la sentencia de 15 de abril de 2009 (rec. 1016/04) anula un contrato similar al aquí litigioso porque «la cláusula relativa a la fijación y control por la entidad proveedora del precio de venta-reventa por el intermediario (estación de servicio) de los productos carburantes y combustibles es claramente contraria al Tratado CE y no tiene ningún paliativo en los Reglamentos»; la sentencia de 20 de noviembre de 2008 (rec. 2396/03), con expresa cita de la STJUE 14-12-06, declara esto mismo sobre varios contratos idénticos al aquí litigioso y, además, que lo decisivo para enjuiciar la adecuación del contrato litigioso al Derecho comunitario «es más la realidad económica que la calificación jurídica», en especial la distribución de los riesgos financieros y comerciales, especificando también, de un lado, que el Reglamento aplicable al caso era el núm. 1984/03 por haberse celebrado el contrato litigioso antes de la entrada en vigor del Reglamento núm. 2790/90 y, de otros, que la nulidad de la cláusula de fijación del precio «es suficiente para acarrear la nulidad»; y en fin, la sentencia de 3 de octubre de 2007 (rec. 3962/00), remitiéndose también expresamente a la STJUE 14-13-06 SIC, señala que si el titular de la estación de servicio asume en proporción no insignificante uno o varios riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta a terceros, el contrato no está cubierto por el Reglamento núm. 1984/83 en la medida en que imponga al titular de la estación de servicio la obligación de respetar el precio final de venta al público.

De examinar el recurso con arreglo a la indicada doctrina del Tribunal de Justicia de las Unión Europea y a la reseñada jurisprudencia de esta Sala se desprende que procede su estimación porque, según el contrato, el titular de la estación de servicio asumía en proporción no insignificante riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta de los productos a terceros y, además, se le imponía la obligación de respetar el precio final de venta al público fijado por la compañía abastecedora.

[...] lo decisivo del recurso, la cuestión jurídica verdaderamente planteada, es, como también se ha indicado anteriormente, si el contrato litigioso era o no nulo por contravenir el Derecho comunitario sobre defensa de la competencia, cuestión que se plantea con la nitidez suficiente en el motivo segundo mediante la cita del artículo 81 Tratado CE (antiguo art. 85 Tratado CEE), de los Reglamentos comunitarios núm. 1984/83, de 22 de junio, y 2790/99, de 22 de diciembre, y de la jurisprudencia de esta Sala.

Sobre esta cuestión jurídica relevante el error de la sentencia impugnada consiste en no haber advertido la posibilidad de contratos que, aun siendo en abstracto calificables como de agencia con arreglo a la Ley española 12/92, puedan sin embargo incurrir en prohibición y consiguiente nulidad por impedir, restringir o falsear el juego de la competencia ya que «los intermediarios sólo pueden perder su condición de operadores económicos independientes

cuando no soportan ninguno de los riesgos resultantes de los contratos negociados o celebrados por cuenta del comitente y operan como auxiliares integrados en la empresa de éste» (STJUE 14-12-06, apdo. 43). En definitiva, y desde el punto de vista que aquí interesa, se trata de que un acuerdo entre empresas formalmente calificable y denominado como de agencia, e incluso encuadrable como tal en la Ley 12/92, no sirva, precisamente por ese amparo o cobertura formal, para eludir las normas de defensa de la competencia.

Que esto es lo sucedido con el contrato litigioso se desprende con toda claridad de su contenido, por más que se titule «Contrato de abastecimiento en exclusiva de productos petrolíferos a estaciones de servicio, en régimen de agencia» y sus cláusulas y parte expositiva aludan constante y continuamente al titular de la estación de servicio, hoy recurrente, como «el agente». (**STS de 15 de enero de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La empresa R., abastecedora de productos petrolíferos a una estación de servicio, demandó la resolución del contrato formalizado con el titular de la estación al entender que éste había incumplido el pacto de exclusiva incluido en el acuerdo. Reclamó también indemnización por los beneficios que hubiera podido obtener de la distribución de sus productos. El demandado reconvino pidiendo la nulidad del contrato por considerarlo incompatible con el artículo 81.1 del Tratado CE y los Reglamentos comunitarios 1984/83 y 2790/99, y por la inexistencia e ilicitud de la causa. Solicitó también el pago de una cantidad calculada por la diferencia entre los precios ofrecidos por otros operadores y los precios de adquisición abonados efectivamente a la empresa abastecedora.

La sentencia de instancia estimó parcialmente la reconvencción acogiendo ambos pedimentos pero sin condenar a la actora reconvenida a pagar cantidad alguna. La empresa interpuso recurso de apelación y la Audiencia lo estimó parcialmente declarando resuelto por incumplimiento el contrato en litigio aunque sin la indemnización reclamada. Ambas partes interpusieron recurso de casación inadmitiéndose el de la actora y acogándose el del demandado. El Tribunal Supremo casó la sentencia recurrida y en su lugar confirmó el fallo de la sentencia de primera instancia salvo en lo relativo a inexistencia o nulidad de la causa. (*R. G. S.*)

**91. Concurso de acreedores. Recurso contra calificación: efectos sobre sus administradores.**—La admisión de un recurso planteado por la entidad afectada de concurso no se extiende, ni comprende, los intereses individuales y personales de los que fueron sus administradores sociales, los cuales, como afectados por la calificación de culpable del concurso y por las medidas o pronunciamientos relativas a los mismos acordadas por las resoluciones judiciales, tienen un interés propio, autónomo y diferente del de la entidad deudora concursada, a lo que no obsta que a todos interese que no se declare culpable el concurso. (**STS de 22 de abril de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La mercantil B. M. SA interpuso demanda contra la calificación de culpable del concurso voluntario de la entidad actora. El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Murcia estimó

parcialmente la demanda. Recurrída en apelación por ambas partes litigantes. La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia desestimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (*N. D. L.*)

**92. Quiebra. Retroacción: casación.**—Las sentencias de apelación dictadas en materia de retroacción de la quiebra en litigios iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal, pero dictadas después, son recurribles en casación conforme al artículo 197 de dicha ley en relación con el apdo. 5 de su D. Transitoria 1.<sup>a</sup>, pero como según la D. Derogatoria única, excepción 1.<sup>a</sup>, párrafo tercero, de la LEC de 2000, el procedimiento debió de haber sido el incidental por razón de la materia y no el juicio ordinario, el cauce adecuado para acceder a la casación no era el del ordinal 2.<sup>o</sup> del artículo 477.2 LEC, apropiado para los juicios seguidos por razón de la cuantía, sino el de su ordinal 3.<sup>o</sup>, apropiado para los juicios seguidos por razón de la materia, pues en cualquier caso el juicio ordinario traería causa del procedimiento concursal, siempre desde la consideración general de que, según la interpretación la jurisprudencia de dicho artículo 477 a partir de la entrada misma en vigor de la LEC de 2000 hasta la fecha, los ordinales 2.<sup>o</sup> y 3.<sup>o</sup> se excluyen entre sí. (**STS de 7 de junio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La sindicatura de la quiebra de J. SA interpuso demanda contra las mercantiles I. G. SL, E. P. SL, E. D. P. SL, M D. SCCL y M. T. C. C. SA, C. E. B. E. SL, y B. B. V. A. SA, solicitando, entre otros pedimentos, se declarase nulo el contrato de préstamo y la constitución de hipoteca objeto de esta litis. de El Juzgado de Primera Instancia número Tres de La Bisbal d'Empordà desestimó íntegramente la demanda. Recurrída en apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (*N. D. L.*)

## DERECHO PROCESAL

**93. Competencia de la jurisdicción civil para conocer sobre el cumplimiento de obligaciones sometidas a autorización administrativa.**—La Sala primera del Tribunal Supremo afirma su competencia para conocer sobre el alcance de las obligaciones derivadas del contrato, las consecuencias de su cumplimiento o incumplimiento y los sujetos que vienen obligados a su cumplimiento, aun cuando tales obligaciones estén sometidas a la obtención de autorización administrativa, siempre y cuando las obligaciones tengan su origen en un contrato entre personas físicas o jurídicas de naturaleza privada. La Sala considera, de acuerdo con el artículo 9.1 LOPJ, que le corresponde al orden jurisdiccional civil el conocimiento de todos los conflictos entre particulares (entre otras, STS de 2 de abril de 2009), sin que ello se vea obstaculizado por el hecho de que uno de los pedimentos de la demanda deba someterse a normas de Derecho administrativo, especialmente cuando el litigio versa



sobre el cumplimiento de lo pactado en el contrato entre las partes y no sobre actos administrativos sujetos a Derecho administrativo. Se trata, por tanto, de una cuestión de carácter privado comprendida dentro de los supuestos a que se refiere el artículo 9.2 LOPJ, y ni siquiera puede apreciarse que la cuestión civil planteada tenga como premisa una cuestión prejudicial de orden administrativo. Esto es así porque no existe, realmente, riesgo de pronunciamientos contradictorios, en tanto que el objeto del proceso sustanciado en el orden contencioso-administrativo es, en lo sustancial, la impugnación de la resolución administrativa por la que se acepta el desistimiento del procedimiento de autorización de transmisión de los derechos mineros. De esta forma, de prosperar el recurso contencioso-administrativo, quedará expedita la vía para la transmisión de los derechos mineros, con lo que podrá darse cumplimiento a la transmisión del permiso minero, y, de no prosperar, quedará abierto el camino de la ejecución de sentencia. **(STS de 16 de junio de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—En el año 2000, en el marco de unas relaciones comerciales complejas entre una serie de entidades mercantiles, se celebró un contrato de subarrendamiento de una cantera, por el que, entre otras obligaciones, la entonces arrendataria se comprometía frente a la subarrendataria a transmitirle el permiso minero para la explotación de la cantera. A tal fin, la entidad arrendataria había iniciado ante las autoridades administrativas el procedimiento conducente a la autorización del arrendamiento de los derechos mineros para la entidad subarrendataria. No obstante, en un momento dado —y en el contexto de un incumplimiento más general de sus obligaciones para con la subarrendataria—, la arrendataria desistió del proceso, dictándose resolución por la Administración en la que se tuvo por desistida la petición. En un momento dado, la subarrendataria interpuso demanda frente a la arrendataria y el resto de entidades involucradas en sus relaciones complejas, instando, entre otros pronunciamientos, que se condenara a la arrendataria a transmitir el permiso minero para la explotación de la cantera. En paralelo, iniciado ya el litigio civil, la subarrendataria instó también recurso contencioso-administrativo contra la resolución que daba por desistida la solicitud de autorización para la transmisión del arrendamiento de los derechos mineros, solicitando, entre otras peticiones, que se declarara no ajustada a Derecho la estimación del desistimiento; no hay constancia del estado actual de dicho recurso.

En el ámbito civil, el Juzgado de Primera instancia desestimó la petición formulada por la subarrendataria, al considerar que el conocimiento de tal petición no correspondía a los órganos de la jurisdicción civil, sino a la jurisdicción contencioso-administrativa. La sentencia se fundamentaba en este punto en el hecho de que la transmisión de los derechos mineros requiere autorización administrativa, y en que la demandada no se obligó a la transmisión del permiso minero, sino a arrendarlo. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes contra varios pronunciamientos de esta sentencia, entre ellos el aquí referido, la Audiencia Provincial estimó la petición de la subarrendataria, en el aspecto aquí indicado, considerando que el conocimiento de la petición de condena a la transmisión del permiso minero corresponde a los órganos de la jurisdicción

civil, en cuanto que se trata de verificar la existencia de una obligación, sin que sea impedimento para ello que el objeto de la transmisión sean autorizaciones administrativas.

La entidad arrendataria interpuso entonces recurso extraordinario por infracción procesal, centrado, entre otros argumentos, en la cuestión de la competencia del orden jurisdiccional civil para resolver sobre la petición de la subarrendataria demandante. (A. M. M.)

**94. Colegios profesionales. Reclamación de cuotas de un Consejo General de Colegios frente a un Colegio oficial provincial. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.**—El TS tiene declarado que, por aplicación del artículo 9, apdos. 4 y 6, LOPJ, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es el competente para el conocimiento de procesos cuyo objeto es la reclamación por el Consejo General de Colegios frente a un Colegio Oficial de ámbito provincial, del pago de las cuotas que éstos tienen que aportar a aquél (SSTS de 27 de septiembre de 2002, 26 de marzo de 2009, 8 de abril de 2009, 2 de junio de 2009, 3 de junio de 2009 y 17 de junio de 2009). Se trata de instituciones consideradas como corporaciones de Derecho público y las reclamaciones de cuotas correspondientes a las distintas anualidades deben calificarse como actuaciones administrativas, atendida su aceptación en Asambleas Generales, expresivas de la voluntad colegial, que aprobaron los presupuestos de ingresos y gastos para dichas anualidades, así como las actividades llevadas a cabo en el ámbito de la gestión pública referente a la demanda y requerimiento de abono de las cuotas impagadas que se reclaman.

A ello no obstan las SSTS de 28 de septiembre de 1998 y 12 de junio de 1990, pues en la primera se atribuyó la competencia al orden civil porque el Consejo General recurrente carecía de la prerrogativa de ejecución de oficio para la exacción de las cuotas, razón que ya no concurre en la actualidad, pues el artículo 44 LJCA establece un procedimiento especial para los litigios entre Administraciones Públicas; y la segunda concluye el sometimiento al Derecho civil de la faceta asociativa privada de los colegios profesionales, en tanto que la reclamación de cuotas de pago obligatorio que efectúa el Consejo General al Colegio territorial integra una actuación administrativa sometida a la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque el resultado de dicha actividad administrativa pueda tener repercusión en el patrimonio privado del Consejo reclamante (SSTS de 26 de marzo de 2009, 8 de abril de 2009, 2 y 3 de junio de 2009 y 17 de junio de 2009). (STS de 28 de abril de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—El Consejo General de Colegios de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados en Enfermería interpuso demanda contra el Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería de Alicante, en reclamación de las cuotas ordinarias de aportación obligatoria, correspondientes al periodo de tiempo comprendido desde abril de 1991 a noviembre de 1992, ante lo que el Colegio demandado opuso la excepción de falta de competencia de la jurisdicción civil, por ser el asunto de naturaleza administrativa y hallarse impugnado el acuerdo de fijación de cuotas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El Juzgado de Primera Instancia dictó auto de sobreseimiento por incompetencia de jurisdicción, por entender que el objeto del proceso es materia que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo apelado por el Consejo demandante. La Audiencia dictó auto revocando el sobreseimiento, manifestándose favorable a la competencia de la jurisdicción civil porque sólo los actos colegiados sujetos al Derecho administrativo son los que debe controlar la jurisdicción contencioso-administrativa, y la Audiencia consideró posible una declaración parcial de competencia de la jurisdicción civil, para conocer de la reclamación que afecta a cuotas que derivan de acuerdos firmes, siendo necesario seguir el procedimiento para dilucidar qué cantidades de las reclamadas están amparadas por acuerdos firmes.

La sentencia del Juzgado, apreciando la existencia de falta de jurisdicción parcial, estimó parcialmente la demanda, en cuanto a las cuotas de 1991, respecto a las que es firme el acuerdo en que se fijaron, desestimándola en cuanto a la reclamación de las cuotas de 1992, atendiendo a que fue impugnado el acuerdo en que se fijaron ante la jurisdicción contencioso-administrativa, estando pendiente la decisión del recurso ante la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes –la actora para obtener la estimación total de la demanda, la demandada sosteniendo la excepción de falta de competencia de la jurisdicción civil–, la Audiencia Provincial estimó el de la demandante, acogiendo íntegramente la demanda, y desestimó el de la demandada, al entender que es competente la jurisdicción civil, por ser éste el criterio que sostuvo en su anterior auto. Contra esa sentencia, El Colegio demandado interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación y, habiendo sido admitido el primero, es estimado por el Tribunal Supremo, anulando la sentencia de la Audiencia y declarando la incompetencia de la jurisdicción civil por corresponder el conocimiento del asunto al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, quedando a salvo el derecho de las partes a ejercitar las pretensiones ante quien corresponda. (F. J. J. M.)

**95. Recurso de casación. Se dirige contra los argumentos que constituyen la *ratio decidendi* de la sentencia impugnada y no contra los que, sin directa vinculación con el fallo, pudieran aparecer en la sentencia impugnada.**—El recurso de casación se da contra el fallo —en relación con los razonamientos en los que se apoya, que constituyen la *ratio decidendi* de la sentencia impugnada— y no contra cualquiera de las afirmaciones o argumentos que, aun sin directa vinculación con el fallo, pudieran aparecer en la sentencia impugnada, ya que la finalidad del recurso es obtener un pronunciamiento sobre el desajuste a derecho de la resolución que constituye su objeto mediante la denuncia de las infracciones legales que se observan y que han servido de base a la decisión; siendo improcedente la denuncia de cualesquiera otras que pudieran estimarse producidas que, aunque se declararan existentes, dada su inocuidad en relación con el pronunciamiento de la sentencia, en nada afectarían a la rectitud del fallo recurrido (SSTS de 5 de

noviembre de 2007 y 25 de enero de 2008). (**STS de 28 de abril de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—*SAVIA, S.A.* demandó a *YTM, S.L.* y *YIF, S.A.U.*, solicitando se condenara solidariamente a las demandadas a satisfacerle la cantidad de 601.012,10 euros por la compra de un dominio de Internet y los desarrollos contratados para la fase inicial y fase 1+ del proyecto según contrato celebrado entre las partes. Las demandadas se opusieron y, alegando incumplimiento de la actora en cuanto a las obligaciones dimanantes del referido contrato, formularon igualmente demanda interesando que se declarara conforme a derecho la resolución del contrato por razón de incumplimiento y se condenara a *SAVIA* a devolver la cantidad recibida de 348.587,02 euros, más intereses legales y una indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta por *SAVIA* y estimó parcialmente la de *YTM* y *YIF*, declarando bien hecha la resolución del contrato por incumplimiento de *SAVIA*, a la que condenó a devolver la cantidad recibida, más los intereses legales. Interpuesto recurso de apelación por *SAVIA*, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, la demandante recurrió en casación, siendo desestimado el recurso íntegramente por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)