

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Gema ALVEAR LARA, Gabriel GARCÍA CANTERO, Sebastián LÓPEZ MAZA, M.^a Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Gemma MINERO ALEJANDRE, Laura ZUMAQUERO GIL.**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 3. Derechos reales. Derecho hipotecario. 4. Derecho de familia.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Tutela de derechos fundamentales. La protección frente al ruido.—El Tribunal Supremo ha admitido que el ruido puede vulnerar el derecho a la intimidad personal y familiar. Asimismo el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en la sentencia de 16 de noviembre de 2004 (Moreno Gómez contra España) declaró que, «*conforme al artículo 8 del Convenio de Roma, «[e]l individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no solo como el derecho a un simple espacio físico sino también a disfrutar, con toda tranquilidad, de dicho espacio» (apdo. 53); que «[e]l atentar contra el derecho del respeto del domicilio no supone solo una vulneración material y corporal, como la entrada en el domicilio de una persona autorizada, sino también una vulneración inmaterial o incorporal, como los ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias» (apdo. 53); que «[s]i la vulneración es grave, puede privar a una persona de su derecho al respeto del domicilio puesto que le impide disfrutar del mismo» (apdo. 53); que «[a]unque el artículo 8 tiene fundamentalmente por objeto prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, puede igualmente implicar la adopción por estos de medidas que traten de respetar los derechos*

garantizados por este artículo hasta en las relaciones entre los propios individuos» (apdo. 55); y en fin, que soportar durante años una intensa contaminación acústica, fuera de los niveles autorizados y durante la noche, constituía una vulneración de los derechos de la demandante protegidos por el artículo 8 (apdo. 60)».

Responsabilidad por los actos de los hijos de la pareja. Legitimación pasiva *ad causam*.—Pese a no tener relación de parentesco con las hijas de su pareja, el demandado sí está pasivamente legitimado y ha de responder solidariamente con la codemandada, por ser el titular del derecho de ocupación de la vivienda, ya que tenía suficiente capacidad de control sobre la vivienda origen de los ruidos como para haberlos evitado (**STS de 5 de marzo de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín García.]

HECHOS.—El 29 de mayo de 2007, un matrimonio y su hijo mayor de edad interpusieron demanda (también habitaba en la vivienda otra hija menor de edad) contra don Francisco y doña Elvira, moradores del piso inmediatamente inferior del mismo edificio, alegando que en éste, desde octubre de 2004, se venía tocando el piano cualquier día de la semana, incluso sábados y festivos, sin horario fijo y sin respetar las horas de descanso, pues durante los fines de semana el piano se oía desde por la mañana y en los días laborables, en que los demandantes llegaban a su casa sobre las 14,30 horas, desde las 15 horas, y en ambos casos hasta las 22 o 22,30 horas. Los demandados se opusieron a la demanda negando la legitimación pasiva de don Francisco porque el piano lo tocaba la menor Carmen, hija de la codemandada doña Elvira pero no de don Francisco, de modo que era doña Elvira quien ejercía la patria potestad sobre dicha menor, compartida con el padre de la misma que vivía en Barcelona.

La sentencia de primera instancia absolvió de la demanda a don Francisco, apreciando falta de legitimación pasiva, y la estimó en parte respecto de doña Elvira, declarando que los ruidos transmitidos a la vivienda de los demandantes por el funcionamiento del piano constituían una intromisión ilegítima, perjudicial y nociva, vulneradora de su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario; condenando a dicha demandada, alternativamente y a su elección, a que dejara de tocarse el piano en su vivienda o, de seguir haciéndose, se adoptaran las medidas de insonorización adecuadas; y condenándola también a abstenerse de nuevas intromisiones en el futuro y a indemnizar a cada uno de los demandantes y a la menor de edad en 1.000 euros para cada uno de los cuatro.

Recurrida la sentencia de primera instancia por ambas partes, el tribunal de segunda instancia, estimando el recurso de apelación de los demandados y desestimando el de los demandantes, revocó la sentencia apelada para, en su lugar, desestimar totalmente la demanda absolviendo de la misma a los dos demandados.

El Tribunal Supremo declara haber lugar a los recursos extraordinarios por infracción procesal y recurso de casación interpuestos. Estima la demanda también respecto del codemandado don Francisco, que responderá solidariamente junto con la demandada doña

Elvira. En cuanto a la indemnización concedida, el Alto Tribunal considera insuficiente la cuantía fijada por la sentencia de primera instancia y excesiva la pedida en la demanda, de modo que como más procedente se fija la de 2.000 euros en lugar de 1.000 euros para cada una de las personas afectadas.

NOTA.—En el presente caso el Tribunal Supremo concluye que el sonido de un piano instalado en el piso de los demandados constituye una intromisión ilegítima en el derecho fundamental de los demandantes, que habitan en el piso inmediatamente superior, a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE). Los daños y perjuicios existieron, ya que la intromisión se prolongó en el tiempo, perturbando muy considerablemente la intimidad en el ámbito domiciliario, y que los demandados pusieron muy poco de su parte para que cesara. (*M.C.L.J.*)

2. Derecho al honor y a la intimidad versus libertad de información y libertad de expresión. Persona de notoriedad pública por su profesión y por haber facilitado voluntariamente el conocimiento general a su vida íntima y familiar a la prensa.—El derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información, debiendo aplicarse la técnica de la ponderación, en función de las circunstancias del caso, para resolver los conflictos que surjan entre estos derechos. La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información puesto que no se refiere a la narración de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos, sino de juicios personales y opiniones de carácter subjetivo. Sin embargo, no siempre es fácil separar ambas libertades, puesto que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos, y a la inversa. Cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos es necesario separarlos o, cuando ello no sea posible, se debe atender al elemento preponderante. El derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se utilizan expresiones ofensivas, sin relación con las ideas y opiniones que se exponen y, por tanto, innecesarias para este propósito, dado que la libertad de expresión no es un derecho al insulto. Las libertades de información y expresión alcanzan un nivel máximo de protección cuando se ejercitan por profesionales de la información a través del vehículo de formación de la opinión pública que es la prensa, en su más amplia acepción. La valoración acerca de la naturaleza y del contenido de los programas o de su calidad televisiva no puede excluir a priori su trascendencia para la formación de la opinión pública libre, que no sólo depende de programas en los que se aborden directamente temas políticos, sino también de aquellos que sean susceptibles de influir de alguna manera sobre la opinión pública. En la ponderación con el derecho al honor y a la intimidad, se debe tener en cuenta que la libertad de expresión comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar a aquel contra quien se dirige. La ponderación se debe realizar teniendo en cuenta si la información o la crítica se proyecta sobre personas con proyección pública. La protección pública no solamente deriva del ejercicio de funciones públicas o de realización de actividades de especial trascendencia política o económica, sino que también pueden derivarse de su posición social, de su origen familiar o de su asiduidad en los medios informativos dedicados a la crónica social. En estos casos, la exteriorización de las opinio-

nes relativas a la idoneidad de los personajes públicos entra dentro del ámbito protegido por la libertad de expresión. Quien divulgue aspectos de su vida privada debe soportar el conocimiento e investigación o seguimiento de los aspectos divulgados y la crítica de los mismos. Respecto al derecho a la intimidad, el criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones efectuadas en ejercicio de la libertad de expresión, no es el de la veracidad, sino el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública resulte necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa. (STS de 19 de abril de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—J. L. interpone demanda de protección del derecho fundamental al honor y a la intimidad personal y familiar contra Televisión T., S.A., y A., por las manifestaciones realizadas por éste en un programa de televisión de esa entidad de radiodifusión, reproducidas los días posteriores en otro programa de la misma cadena, así como por los comentarios de la cadena referidos a los rumores no confirmados sobre la existencia de una relación amorosa entre el demandante y un tercero días antes de la boda del demandante con otro sujeto. En la demanda se solicita la cesación de la intromisión y la condena de los demandados a indemnizarle al demandante por los daños y perjuicios causados.

Tanto en primera como en segunda instancia se desestiman las pretensiones del demandante originario. Se entiende que las declaraciones fueron hechas en ejercicio de la libertad de expresión de A. y que no suponen una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, que éste debe soportar por ser una persona de notoriedad pública por su profesión y por consentir éste que su boda se convirtiera en un acontecimiento público de interés general, ofreciendo detalles de ella en revistas y permitiendo su retransmisión en directo en un medio de televisión nacional. Las manifestaciones son meras valoraciones de la boda y el amor de la pareja, dando a conocer un rumor de infidelidad, sin que se afirme como hecho cierto. Entiende que las manifestaciones enjuiciadas no tienen entidad suficiente para considerar que se ha vulnerado el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, pues el grado de afectación de éstos es muy débil.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el demandante originario y confirma la sentencia de instancia. Parte de la base del reconocimiento en la sentencia recurrida de que las pautas de comportamiento del demandante eran reveladoras de una voluntad de despojar del carácter privado ciertos aspectos de su vida privada o familiar. Por ello, aunque las manifestaciones inciden, en principio, sobre el ámbito reservado a la vida privada del demandante, no atentan contra su intimidad porque lo manifestado fue excluido del ámbito de lo reservado por el propio comportamiento. (G.M.A.)

3. Intromisión ilegítima en el derecho a la imagen. Responsabilidad del presentador del programa en que se difunden imágenes lesivas.—Declara el Tribunal Supremo que no existe responsabilidad del presen-

tador del programa cuando no actúa como director del mismo y no tiene ningún control ni sobre los contenidos, ni sobre los vídeos que se van a emitir. Lo contrario supondría exigirle una responsabilidad objetiva, incompatible con la interpretación del artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta realizada por el Tribunal Constitucional (STC de 21 de diciembre de 1992), que exige culpa *in eligendo* o *in vigilando* en la apreciación de responsabilidad.

Impugnación en casación de la cuantía de la indemnización fijada por el tribunal de instancia.—Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la fijación de la cuantía de la indemnización por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia de apreciación de la prueba (SSTS de 19 de octubre de 1990, 18 de julio de 1996, 14 de julio de 2000 y 15 de marzo de 2001), sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción (entre otras, SSTS de 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 25 de febrero de 1992, 23 de noviembre de 1999, 31 de enero de 2001, 28 de marzo de 2005 o 27 de febrero de 2006) o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación de la cuantía (SSTS de 15 de febrero de 1994 y 21 de diciembre de 2006). (**STS de 26 de marzo de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En un programa de televisión se mostraron los rostros sin velar de dos menores, hijos de dos famosos actores, de forma que eran plenamente reconocibles; las imágenes se integraban en un reportaje, de un minuto y medio de duración, sobre un viaje del padre de los niños. La cadena televisiva alegó que se trataba de un error técnico, que únicamente se detectó en el momento de emitirse las imágenes, e inmediatamente pidieron disculpas a los progenitores tanto el presentador del programa, como la productora y la cadena. Pese a ello, los padres interpusieron demanda, en nombre de sus hijos, contra el presentador del programa, el director y la productora del mismo, así como contra la cadena de televisión que lo emitió, por intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de los menores, solicitando una cuantiosa indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, exonerando de responsabilidad al presentador (pues no se acreditó en el procedimiento que éste elija los contenidos, tenga constancia de los vídeos a emitir o que pueda cortar las imágenes que se están emitiendo, sino que actúa a través de un guión preestablecido) y reduciendo la cuantía de la indemnización solicitada, en consideración a la brevedad de difusión de las imágenes, su carácter accesorio, así como al hecho de que el rostro de los niños había aparecido anteriormente en otras emisiones con el consentimiento de los padres. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial desestimó el recurso, sobre los mismos argumentos recogidos en la sentencia de primera instancia. Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación los demandantes en primera instancia, por deficiente aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en relación a la responsabilidad del

presentador del programa y a la fijación de la cuantía de la indemnización.

NOTA.—Para una exposición sobre la colisión entre el derecho a la imagen y la libertad de información, así como sobre las consideraciones especiales que deben realizarse en el caso de menores, véase el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia, que recopila *obiter dictum* la doctrina constitucional y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto. (A.M.M.)

4. Derecho nobiliario. Retroactividad impropia de ley posterior que establece el principio de primogenitura frente al principio de varonía regulado en norma anterior. Derecho no consolidado por la mera posesión de título nobiliario.—El Tribunal Supremo recuerda su jurisprudencia consolidada en torno al apartado tercero de la DT única de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad el hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, según el cual la derogación del principio de varonía regulada en esta ley «*se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso, así como a los expedientes que se hubieran promovido a partir de aquella fecha*». Según se ha declarado en las SSTs de 3 de octubre de 2008, 15 de octubre de 2009, 21 de octubre de 2009, 22 de octubre de 2009, 7 de junio de 2010, 4 de julio de 2011 y 5 de septiembre de 2011, esta DT única se refiere no sólo a los expedientes administrativos sobre títulos nobiliarios y a los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones dictadas por la Administración, sino también a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil y a cualquier proceso abierto antes de la fecha prevista en la DT única. Por tanto, se incluyen casos en los que la demanda se presentó durante la *vacatio legis*, es decir, en el período transcurrido entre la publicación de la ley y su entrada en vigor, pero también aquellos otros supuestos en los que la demanda se interpuso después de la fecha de presentación de la originaria proposición de ley en el Congreso de los Diputados, el 27 de julio de 2005, y antes de la publicación de esta norma, siempre y cuando, en todo caso, no haya recaído sentencia firme en el proceso en el momento de entrada en vigor de la Ley 33/2006. La posesión de un título nobiliario no constituye un derecho que, por su naturaleza, pueda considerarse incorporado al patrimonio de una persona en tanto no transcurra el plazo de cuarenta años para la usucapión. Por tanto, la mera posesión no hace surgir un derecho consolidado al que le sea aplicable la prohibición de retroactividad de las disposiciones que puedan afectarle, establecida en el artículo 9.3 CE. (STS de 26 de marzo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La demandante reclamó frente a su hermano menor, varón, el título nobiliario de Conde de A., del que fue último poseedor el padre de ambos litigantes. Tras el fallecimiento del progenitor, se tramitó a instancia del demandado el expediente administrativo de sucesión, en el que compareció y se opuso la demandante. Con fecha de 28 de enero de 1998, el expediente concluye con la atribución al demandado de la posesión del título. En la demanda se alega que la norma a aplicar es la Ley 33/2006 y que, según ésta,

quedan derogadas las normas históricas que discriminan a la mujer en la sucesión de títulos nobiliarios. La demandante defiende que la posesión del título le corresponde a ella, por estar situada en la sucesión en igual grado que el demandado y ser de mayor edad que éste.

En su sentencia de 12 de junio de 2007, el Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de Madrid desestima la demanda. Entiende que la Ley 33/2006 es aplicable de forma retroactiva con un límite temporal: únicamente a los expedientes administrativos y judiciales que se encontraran en tramitación el 27 de julio de 2005, sin que el expediente litigioso estuviera pendiente de resolución administrativa en dicha fecha.

La actora interpone recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13.^a, en su sentencia de 31 de octubre de 2008, confirmando el contenido de la sentencia de primera instancia.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por la demandante, en su modalidad de existencia de interés casacional por aplicación de norma vigente inferior a cinco años. El recurso es estimado por el Tribunal Supremo, por lo que casa la sentencia recurrida y estima la demanda originaria. El Alto Tribunal entiende que la fecha relevante a estos efectos es la del inicio del proceso por la demandante, que fue posterior al 27 de julio de 2005 y cumple con la exigencia de que el proceso estaba pendiente de resolución firme en el momento de la entrada en vigor de la Ley 33/2006. Con ello, el Tribunal Supremo integra el título, conforme al artículo 2.II de la Ley 3/2007, declarando que la demandante, por ser mayor de edad que el demandado –eliminados los efectos del principio de varonía y encontrándose en igualdad de línea y grado–, es la llamada a suceder con preferencia al demandado. No se examina la cuestión relativa a la posible adquisición del título por el demandado en virtud de la prescripción, ya que no fue objeto de controversia en las instancias ni en el recurso de casación.

NOTA.–Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios establece en su artículo 1.º que el hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamiento. En este sentido, su artículo 2.º declara que dejarán de surtir efectos jurídicos aquellas previsiones de la Real Carta de Concesión del título que excluyan a la mujer de los llamamientos o que prefieran al varón en igualdad de línea y grado o que contradigan de cualquier modo el igual derecho a suceder del hombre y de la mujer. Los jueces y tribunales que estimen una demanda o un recurso al que les es aplicable esta norma habrá de integrar el título con arreglo al orden regular de sucesión, que, en igualdad de línea y grado, establece la preferencia del primogénito. Acerca del régimen transitorio introducido por la Ley 33/2006 se aconseja la lectura de E. Serrano Gómez, «Régimen jurídico de la sucesión en los títulos nobiliarios. Aplicación retroactiva de la Disposición Transitoria Única de la Ley 33/2006 sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios. Sentencia del Tribu-

nal Supremo de 3 de abril de 2008», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, M. Yzquierdo Tolsada (coord.), 2009, Vol. 2, Dykinson, pp. 143-195; L. Rueda Esteban, «Los títulos nobiliarios tras la Ley 33/2006», en *Homenaje a don Juan Francisco Delgado de Miguel*, V. M. Garrido de Palma (coord.), 2007, Aranzadi, pp. 497-528; E. Arnaldo Alcubilla, «Régimen transitorio de la Ley 33/2006 sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios», *Diario La Ley*, núm. 4, 2007, pp. 1353-1357; R. Bercovitz Rodríguez-Cano, «Les grandeurs de L'Espagne», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2007, parte Tribuna; pp. 1825-1826; y M. D. Cervilla Garzón, «De nuevo sobre la sucesión en los títulos nobiliarios (¿el punto y final a una absurda polémica?)», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 59/2006, parte Estudios Doctrinales, pp. 201-222. Asimismo, puede verse la reseña de la STS de 16 de enero de 2012, realizada por Gemma Minero Alejandre, en el anterior número del *Anuario de Derecho Civil*. (G.M.A.)

5. Distribución de títulos nobiliarios.—La distribución de títulos nobiliarios tiene las siguientes características. En primer lugar, la distribución consiste en la facultad que tiene el poseedor de dos o más títulos que tenga más de un hijo, para distribuirlos, con la aprobación real, entre ellos, reservando el título principal para el sucesor inmediato (art. 13 RD de 27 de mayo de 1912). Se altera el orden vincular respecto de los títulos no principales que se distribuyan mediante la creación de nuevas cabezas de línea sucesoria, en las que se sigue el orden regular de sucesión.

En segundo lugar, es un negocio jurídico de carácter unitario. Esto implica que toda reclamación judicial (ej.: pretensión de mejor derecho al título frente a quien lo viene poseyendo en virtud de una distribución) que afecte al mismo deberá solicitar la previa declaración de nulidad de la distribución. Como dicha nulidad afectará a todos los favorecidos por la distribución, será necesaria la presencia obligada de éstos en el proceso desde su iniciación. En consecuencia, debe demandarse a todos aquellos que se vieron afectados por la distribución, es decir, a quienes ostentan los títulos que el distribuidor adjudicó, aunque sólo uno de ellos sea el litigioso. También el inmediato sucesor al que se adjudicó por distribución el título principal debe ser llamado al proceso.

La nulidad del acto de la distribución de títulos llevará consigo el restablecimiento del orden de suceder. El beneficiado por el título principal no es ajeno a cualquier contingencia derivada de la nulidad de la distribución. (**STS de 17 de abril de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El título de Conde fue concedido al primer conde A., que tuvo dos hijos, respecto a los que no consta que llegaron a poseer el título. Una descendiente de A., en sexto grado por la línea del hijo primogénito, instó la rehabilitación del título y, antes de obtener la rehabilitación, falleció. Tras fallecer ésta, su sobrino B. se personó en el expediente de rehabilitación para instar su continuación. Antes de que concluyera el expediente de rehabilitación, B. hizo renuncia a favor de su hija C. de los derechos que pudieran

corresponderle sobre el título pendiente de rehabilitación. C. se personó en el expediente de rehabilitación y, antes de que concluyera, hizo renuncia a favor de su hermano menor, D. Éste continuó el expediente de rehabilitación y obtuvo, finalmente, el derecho a usar el título. Años después, D. distribuyó entre sus dos hijos los títulos que poseía: el principal –ajeno al litigio– lo reservó para el primogénito y el título litigioso se lo adjudicó a su hijo pequeño, E. F., hijo de C., interpuso demanda para que le fuera reconocido su mejor derecho a la posesión del título frente al actual poseedor del mismo, E, dada la proximidad de grado de C.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, declarando: *a)* para alegar el mejor derecho al título es necesario atacar la validez de la renuncia al título efectuada por la madre del demandante, ya que fue esta renuncia la que provocó que el título pasara al padre del demandado; *b)* frente al mejor derecho del demandante se encontraría el derecho que ostenta su propia madre que renunció al título, que sólo ha sido traída al juicio en calidad de testigo; *c)* el demandante ha ocultado que tiene una hermana de mayor edad que él a la que perjudicaría su reclamación, que no ha sido llamada a juicio; *d)* tampoco ha intervenido el propio distribuyente.

El demandante interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial, declarando que: *a)* no es necesaria la presencia en el proceso de la madre del demandante, ya que la renuncia que ésta hizo no perjudica a sus descendientes; *b)* no es necesaria la presencia en el proceso de la hermana primogénita del demandante, ya que con este juicio no se anula el derecho que como primogénita pueda tener frente al demandante, que queda al margen de este proceso; *c)* en cuanto al fondo, se señala el mejor derecho del demandante dado que, eliminado el principio de varonía, la madre del demandante, en igualdad de línea y de grado con el padre del demandado, es de mayor edad que éste.

Contra dicha sentencia se interpusieron sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación por el demandado, siendo ambos admitidos. El recurrente, poseedor del título nobiliario, alega que la pretensión de la demanda –sobre la declaración del mejor derecho del actor a la posesión del título– lleva implícita la negación de la eficacia de la distribución de títulos efectuada por el padre del recurrente, por lo que debió demandarse también al hermano mayor del recurrente –a quien le fue adjudicado en la distribución el título principal, ajeno al proceso, que poseía el padre de ambos–. La parte recurrida apunta que, cuando la declaración del mejor derecho a la posesión del título implica la nulidad de una distribución, deben ser llamados al proceso todos los beneficiados por la misma. Sin embargo, entre los beneficiados no está el descendiente del distribuidor, a quien se le reserva por disposición legal el título principal, pues lo que se distribuyen son los títulos no principales, y sólo deben ser llamados al proceso aquellos descendientes favorecidos por tal distribución.

El Tribunal Supremo señala que la petición de declaración de mejor derecho a la posesión del título lleva implícita la petición de nulidad de esa distribución, aunque no se haya formulado expresa-

mente en la demanda. Por tanto, debió ser demandado también el otro favorecido por la distribución, hermano primogénito del demandado, y al no haberse hecho así concurre la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Además, indica el Tribunal Supremo que el padre del demandado obtuvo el título en virtud de una resolución administrativa de rehabilitación del título, no porque la madre del demandante renunciara al título o cediera el título, dado que estaba vacante. No se discute en la demanda cuestión alguna relacionada con la renuncia de los posibles derechos sobre el título que hizo la madre del demandante a favor del padre del demandado, durante la tramitación del expediente de rehabilitación, sino el mejor derecho al título de la línea que parte de la madre del demandante. Por todo esto, el Tribunal Supremo acaba estimando el recurso.

NOTA.—La distribución de títulos nobiliarios es un acto complejo. Puede llevarse a cabo *inter vivos* o *mortis causa*, en cuyo caso se perfeccionará en el momento del fallecimiento del distribuyente. La distribución modifica el orden de suceder, si bien con las limitaciones establecidas en el artículo 13 del RD de 27 de mayo de 1912. Según este precepto, cabe distribuir los títulos nobiliarios entre los distintos hijos, con el único límite de reservar el principal para el inmediato sucesor, es decir, el primogénito. Una vez realizada esta reserva, el resto de títulos no principales se deben repartir de la manera más equitativa y proporcionada posible, siempre a discrecionalidad del distribuyente, sin distinción por género o edad de los posibles beneficiarios. Sólo en ausencia de hijos, podrá el distribuyente otorgarlos a descendientes más remotos. Además, la distribución, siendo un acto personal e indelegable, debe ser realizado por el propio poseedor del título. Un rasgo básico de este acto es su carácter unitario, lo que implica que la impugnación de la distribución supone la petición de nulidad de toda ella —no cabe declararla en parte nula y en parte válida—. Así lo han entendido las SSTs de 8 de mayo de 1989, de 11 de marzo de 1996, de 16 de abril de 1996 y de 4 de abril de 2002, entre otras. Siendo así, cuando un tercero alegue mejor derecho a poseer el título y lo reivindica judicialmente, la impugnación requerirá el llamamiento al proceso de todos los favorecidos por dicha distribución para evitar la indefensión a que se refiere el artículo 24 CE (STS de 5 de noviembre de 1991). Se tendrá que llamar a todos los interesados en esa situación. Es más, el Alto Tribunal ha llegado a entender incluso que la procedencia de este litisconsorcio pasivo necesario debe apreciarse de oficio (STS de 26 de junio de 2001). (S.L.M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

6. Interpretación de los contratos.—La interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia, que no puede ser revisada en casación, siempre que se ajuste a los hechos considerados probados por aquéllos en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prue-

ba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario.

La cláusula *rebus sic stantibus*.—La aplicación de esta cláusula requiere los siguientes requisitos: 1) una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes en el momento de la celebración; 2) una desproporción exorbitante de las prestaciones de las partes, producida por un riesgo imprevisible; 3) que se carezca de otro medio para remediar el perjuicio o ausencia de previsiones revisorías de futuro. Si se producen todas estas condiciones, la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*» no producirá la extinción del contrato, sino su modificación. (STS de 27 de abril de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela].

HECHOS.—ECI demanda a FPM alegando la procedencia de la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio suscrito el 15 de octubre de 1977 entre la demandada y GP, en el que se subrogó la actora, al haberse cumplido la condición resolutoria prevista en el mismo. Dicha condición indicaba que si se rescindía el derecho de superficie concedido por el CINH a GP, lo mismo ocurriría con el contrato de arrendamiento. La actora entiende que la novación del derecho de superficie producida en el año 2002 supone su extinción y el nacimiento de otro nuevo, lo que determina la aplicación de dicha condición resolutoria respecto al arrendamiento. Subsidiariamente solicita la declaración de que se ha producido una excesiva onerosidad sobrevenida en la prestación que vincula a ECI con FPM y se modifique la renta a abonar derivada del contrato.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda y su sentencia fue revocada en apelación. La Audiencia condenó a la demandada al pago de una renta a la demandante en una cantidad menor a la solicitada por éste, en concepto de renta en la próxima anualidad. Entendió que tras la interpretación del contrato que vincula a las partes, la voluntad de las contratantes era la de que el derecho de arrendamiento se mantuviera mientras GP ostentara el derecho de superficie sobre el solar, y en cuyas obligaciones se subrogó ECI. A partir de estas premisas, señala la Audiencia que, por el contrato de 2002 no se ha extinguido el primitivo derecho de superficie, ni se han alterado sus condiciones específicas de modo que lo hayan hecho desaparecer. En cuanto a la concurrencia de los requisitos de la cláusula «*rebus sic stantibus*», estima que la gran transformación económica sufrida por España desde 1997 hasta la actualidad ha repercutido sustancialmente en las condiciones pecuniarias del contrato, con la provocación de un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, por lo que debe buscarse la estabilidad entre el canon superficiario y el arrendaticio.

Ambas partes interponen recurso de casación. Comenzando por el de ECI, alega que los derechos y obligaciones derivados del derecho de superficie resultan incompatibles con el régimen jurídico originario procedente del contrato celebrado entre el propietario y GP en 1976, lo que supone la extinción del derecho de superficie y, consecuentemente, del arrendamiento suscrito entre los litigantes. El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo, que entien-

de que mediante la escritura pública de 2002 se produjo una novación modificativa, donde la actora se ha limitado a ejercer una serie de derechos, ya reconocidos en el contrato inicial de superficie. Estas situaciones no pueden ser alteradas a través del recurso de casación. En segundo lugar, ECI alega la transgresión de los artículos 1.281, 1.282 y 1.285 CC, indicando que la sentencia impugnada debió acordar la resolución del arrendamiento, pues del contrato se deduce que las partes no sometían la duración del mismo a la existencia de un derecho de superficie cualquiera, sino de uno concretamente concedido a GP, de modo que la desaparición de esta entidad y de las características contempladas para ligar el contrato de arrendamiento al de superficie ya no concurren. El Alto Tribunal desestima igualmente el motivo, indicando que el elemento esencial del contrato de arrendamiento, la existencia del contrato de superficie sobre un solar con unas condiciones generales, subsiste sin que se haya producido una alteración sustancial. Por otro lado, el recurso planteado por FPM se basa en la infracción de los artículos 1.091, 1.281, 1.255 y 1.256 CC, así como la doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*, indicando que no concurren los requisitos necesarios para su aplicación –en particular, los relativos a la desproporción exorbitante y el cambio sobrevenido de circunstancias radicalmente imprevisibles–. Según FPM el notable incremento del coste de la vida no puede calificarse de circunstancia imprevisible. Además, alega que la aplicación de esta cláusula infringe la DT 3.^a, apartado c), número 6, y de la regla 6.^a LAU 1994, que contiene un mecanismo legal para la actualización de la renta. El Tribunal Supremo entiende que el transcurso del tiempo en los contratos de tan prolongada duración, como son los de arrendamiento, y la transformación económica de un país, no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones fundado en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación. El contrato suscrito por los litigantes contiene cláusulas de actualización de renta, y, con el objetivo de evitar los desequilibrios desproporcionados derivados de la duración de los contratos de arrendamiento en general, la LAU 1994 integra normas de actualización de renta. Finalmente, el Tribunal Supremo determina que no se han producido circunstancias imprevisibles para una desproporción en las prestaciones de las partes, que provoquen la alteración de una de las prestaciones esenciales del contrato por ellas suscrito. Por todo esto, el Tribunal Supremo acaba estimando el recurso planteado por FPM.

NOTA.–La cláusula *rebus sic stantibus*, de construcción doctrinal y jurisprudencial, altera otro principio fundamental en los contratos, como es el de *pacta sunt servanda* (art. 1091 CC). Las obligaciones nacidas de los contratos deben cumplirse al tenor de los mismos. Ahora bien, el cambio sobrevenido e imprevisible de las circunstancias, alterando sustancialmente la base del negocio, puede llevar a una reformulación de las obligaciones nacidas de ese contrato (cláusula *rebus sic stantibus*). Puede ocurrir que las circunstancias existentes en el momento de celebrarse el contrato y que

fueron relevantes para determinar su contenido, cambien sustancialmente durante la fase de ejecución, provocando un importante desequilibrio entre las prestaciones a que se obligaron las partes. El ámbito de aplicación normal de esta cláusula será el de las relaciones de tracto sucesivo, si bien hay sentencias que la aplican a relaciones de tracto único pero de ejecución diferida (STS de 10 de febrero de 1997). Se exigen una serie de requisitos: 1) una alteración extraordinaria de las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de perfeccionarse el contrato, de manera que si las partes las hubieran previsto en ese momento, no habrían perfeccionado el contrato tal como lo hicieron; 2) una desproporción importante entre las prestaciones de las partes, de modo que se rompa la reciprocidad y equivalencia de las prestaciones (ej.: dadas las nuevas circunstancias, una parte queda liberada de su obligación total o parcialmente, mientras la otra continúa aún obligada); 3) esas nuevas circunstancias son totalmente imprevisibles, y así ocurrirá cuando las partes no pudieran razonablemente tenerlas en cuenta en el momento de perfeccionarse el contrato –no obstante, no serán consideradas imprevisibles si sus efectos son imputables a la parte perjudicada por la desproporción; es fundamental que las partes no tengan control alguno sobre esas circunstancias–; 4) que no exista otro medio para impedir el perjuicio (carácter subsidiario). La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* únicamente permitirá modificar los efectos para paliar el desequilibrio. No obstante, la jurisprudencia es bastante restrictiva a la hora de aplicar esta cláusula, rechazándola en la mayoría de los casos (SSTS de 19 de noviembre de 1994, de 29 de enero de 1996 y de 1 de marzo de 2007). (S.L.M.)

7. Resolución del contrato. Efectos y momento en el que se entienden producidos estos efectos. Compraventa. Devolución de la cosa y sus frutos. No enriquecimiento injusto.—En base a los artículos 1.122 y 1.123 CC, terminado el contrato, debe producirse una reintegración de las prestaciones. La resolución del contrato produce, además de la finalización de las obligaciones que había generado (efecto liberatorio), el efecto restitutorio, con independencia de la indemnización de los daños y perjuicios que se hubiesen ocasionado. Dicha indemnización es compatible con la restitución. Según las SSTS de 4 de julio de 2011, 30 de diciembre de 2003, 6 de mayo de 1988 y 17 de junio de 1986, el artículo 1.295 CC y, especialmente, en caso de compraventa de inmuebles, el artículo 1.124 CC, deben entenderse en el sentido de que la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos producidos con el contrato. Siendo esto así, los efectos de la resolución del contrato no se producen desde el momento de la extinción de la relación, sino que son retroactivos, esto es, se entienden producidos desde el momento en que se celebró el contrato, lo que implica volver al estado jurídico preexistente al mismo, con obligación de cada parte de restituir las cosas o prestaciones recibidas. En ejercicio de la restitución de la cosa y sus frutos, la atribución al vendedor de los frutos obtenidos mediante arrendamiento de la cosa durante el plazo existente entre la celebración del contrato y su resolución no se puede considerar un enriquecimiento injusto, sino que se trata de la contraprestación del derecho de la parte compradora al precio pagado por la com-

praventa con sus intereses. Cuando nos encontramos ante un supuesto de resolución contractual, las reglas que rigen sus efectos son los artículos 1.303, 1.295, 1.308, 1.122, 1.123 y 1.124 CC, luego no cabe aplicar las normas sobre liquidación del estado posesorio de los artículos 451, 453 y 455 CC. **(STS de 1 de marzo de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sra. Doña Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—CP, S.L. (parte comprador) y CB, S.A. (parte vendedora) celebraron un contrato de compraventa de unos apartamentos turísticos en el complejo Beach Golf en septiembre de 2000. La Administración denegó posteriormente (2006) la licencia para su explotación turística. Antes de la denegación de la licencia, se entregó la posesión de los apartamentos y la sociedad compradora los arrendó a la entidad B. Al denegarse la licencia de apertura, la entidad arrendataria rescinde el contrato de arrendamiento. Seguidamente, CP, S.L. demanda a CB, S.A. solicitando la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la vendedora, la reintegración del precio, la indemnización de los daños y perjuicios desde mayo de 2006, en concepto de rentas dejadas de percibir como consecuencia de la inhabilidad de los apartamentos, gastos de comunidad e IBI y la indemnización de los daños y perjuicios por el coste de reposición, esto es, la diferencia entre el valor de mercado cuando se produzca la resolución y el importe pagado.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Granadilla de Abona, de 13 de noviembre de 2007, estima íntegramente la demanda. En segunda instancia, la sentencia de la audiencia provincial de Santa Cruz de Tenerife de 2 de julio de 2008 revoca la sentencia recurrida únicamente en lo relativo a la fecha del abono de los intereses por parte de la entidad vendedora, que establece en el momento del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, y en relación al pronunciamiento sobre costas.

CP, S.L. interpone recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo, que casa la sentencia recurrida. Entiende el Alto Tribunal que la restitución de las cosas o prestaciones es compatible con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados y que no existe un enriquecimiento injusto por la atribución al vendedor demandado (y recurrido) de los frutos obtenidos mediante arrendamiento de la cosa comprada, pues esta restitución es la contraprestación del derecho de la parte compradora (recurrente) a la restitución del precio con sus intereses.

NOTA.—A la hora de argumentar el contenido de la restitución de las partes del contrato, la compatibilidad entre la restitución de la cosa y sus frutos y el precio y sus intereses con la posible indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el contrato, el Tribunal Supremo se apoya en el artículo 1.203 de la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos redactada por la Comisión General de Codificación, sección civil, según el cual:

«Resuelto el contrato, deberán restituirse las prestaciones ya realizadas y los rendimientos obtenidos de ellas. Si ambas partes están obligadas a la restitución, deberá realizarse simultáneamente.

Cuando no sea posible la restitución específica del objeto de la prestación o de los rendimientos obtenidos, deberá restituirse su valor en el momento en el que al restitución se hizo imposible. Sin embargo, la parte que resuelva el contrato no estará obligada a restituir el valor si prueba que la pérdida o destrucción del objeto se produjo no obstante haber observado la diligencia debida.

El que restituye tiene derecho al abono de los gastos necesarios en la cosa objeto de restitución. Los demás gastos serán abonados en cuanto determinen un enriquecimiento de aquél a quien se restituye.»

La finalidad de la Propuesta de Modernización es la adaptación de la regulación del Derecho de las obligaciones y contratos contenido en el CC a las modernas propuestas europeas. Entre las fuentes de la Propuesta de Modernización se encuentran los *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference, 2009*, conocido como DCFR o Marco Común de Referencia), texto privado que proviene de dos grupos de juristas europeos; el *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Grupo Acquis)*. Concretamente, los extremos referidos a la restitución de las prestaciones por resolución contractual se encuentran contenidos en el Libro III, Capítulo 3.º, Sección 5.ª, Subsección 4.ª (arts. 3:510-3:514) del DCFR. Se recomienda la lectura de las siguientes obras: L. Díez-Picazo y Ponce de León, A. M. Morales Moreno, E. Roca Trías, *Los principios del Derecho europeo de los contratos*, Civitas, Madrid, 2002; B. Gregoraci Fernández, «El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», *R.J.C.*, núm. 2, 2009, pp. 480 y ss.; A. M. Morales Moreno, *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2006; y E. Roca Trías, «El incumplimiento de los contratos en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2.132, junio de 2011, entre otros (*G.M.A.*)

8. Facultad de moderación de la cláusula penal.—La facultad moderadora del artículo 1154 CC no procede cuando la obligación principal se incumple totalmente o cuando el incumplimiento defectuoso o parcial es precisamente el supuesto pactado que determina la aplicación de la pena (SSTS de 3 de octubre de 2005 y de 10 de mayo de 2001). El fin de este precepto no es rebajar equitativamente una pena que se considere excesivamente elevada (STS de 13 de julio de 1984), sino que las partes, al pactar la pena, pensaron en el caso de incumplimiento total y evaluaron la pena en consideración a esta hipótesis. Así, si el incumplimiento no es total, resulta razonable que no se deba totalmente la pena.

Según el Tribunal Supremo, el artículo 1154 CC contiene un mandato al Juzgador (aplicación de oficio). Esto no significa que carezca de una cierta actividad de arbitrio sobre la entidad de la moderación, que tiene su fundamento en la equidad (SSTS de 25 de abril de 2005, de 9 de septiembre y 12 de diciembre de 1996). Además, dicho juicio de equidad no es revisable en casación (SSTS de 17 de junio de 2004 y de 5 de diciembre de 2003). (**STS de 12 de marzo de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Una inmobiliaria demandó a una constructora dedicada a la realización de obras públicas. A mediados de 2003, varios vehículos de esta última vertieron tierras en una finca de la actora sin su autorización. Se interpuso recurso contencioso-administrativo, donde se acordó el cese de los vertidos y la retirada de las tierras. Tras esto, los litigantes suscribieron un contrato privado el 9 de diciembre de 2003, en el que la inmobiliaria autorizaba a la demandada para ocupar la finca hasta el 9 de agosto de 2005, para el vertido de tierras y renunciaba a la salida de las ya realizadas, con un máximo de 25.000 metros cúbicos de tierras estériles. Para el caso de incumplimiento, se indemnizaría a la demandante con 18 euros por cada metro cúbico de exceso. Como aquella ha aportado más del triple de la cantidad pactada, reclamó una indemnización de 983.394 euros. La demandada alega que los vertidos efectuados en exceso respecto a lo pactado son de entidad inferior a los indicados en el escrito inicial y, como la pena convencional debe ser moderada, propuso una condena de 47.523,32 euros o, subsidiariamente, como forma de corrección, la relativa a retirar, a sus expensas, las tierras vertidas en exceso.

El Juzgado acogió parcialmente la demanda al considerar factible la moderación, al entender que el contrato autorizaba a la demandada a ocupar temporalmente la finca de la actora para realizar vertidos de tierra estéril hasta un máximo acumulado de 25.000 metros cúbicos, a cambio de un precio alzado de 86.250 euros, sin que existiera incumplimiento total por la extralimitación. La sentencia fue revocada en apelación, que negó la aplicación de la facultad moderadora del artículo 1.154 CC, pues las partes, al pactar la pena, lo hicieron pensando en el supuesto de inobservancia total, que es lo que se produce aquí, al superar el límite de vertidos al que se refiere la pena. A la misma conclusión llegó el Tribunal Supremo respecto del recurso de apelación planteado por la demandada, al entender que no cabe moderar la pena por no haber un incumplimiento parcial.

NOTA.—El artículo 1.154 CC prevé la posibilidad de moderar la pena convenida por las partes, función que corresponde a los tribunales. Ello será así cuando el incumplimiento no sea total. No cabe la moderación de la pena en tres supuestos: 1) cuando el deudor haya incumplido totalmente su obligación; 2) cuando la pena estipulada por las partes sea desproporcionada, excesivamente elevada o abusiva; 3) cuando el cumplimiento irregular o parcial en que se ha incurrido es precisamente el tipo de incumplimiento sancionado con la pena —entenderlo de otra manera sería contrario al principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC) y al principio de *pacta sunt servanda* (art. 1.091 CC)—. La moderación implica una reducción de la cantidad pactada, decidida en equidad y no revisable en casación. Lo que no cabe, en ningún caso, es la supresión de la pena ni la moderación podrá exceder de la cifra del daño sufrido de modo efectivo por el acreedor. La doctrina y la jurisprudencia no se ponen de acuerdo a la hora de decidir si cabe la moderación de la pena por el Juez de oficio o únicamente a instancia de parte, si bien suele predominar la primera opción. A pesar de que en esta sentencia el Tribunal Supremo indica que el artículo 1.154 CC

contiene un mandato imperativo para el Juez –y así también se ha entendido en otras más recientes–, existen otras en las que ha considerado que no es un mandato imperativo y que necesariamente debe ser solicitado por la parte interesada (SSTS de 30 de junio de 1981 o de 20 de noviembre de 1970). En cualquier caso, el Tribunal Supremo ha declarado que la pena debe ser objeto de interpretación restrictiva dado su carácter sancionador (STS de 30 de junio de 2000). (S.L.M.)

9. Concurso de acreedores. Facultad del comprador de finca hipotecada de asumir la deuda garantizada. Subrogación; compensación. Voto particular.–La cuestión principal de la que parte el Tribunal Supremo para resolver el presente caso deriva de la cláusula de un contrato de compraventa, en donde los compradores quedaron facultados para optar por pagar el importe del crédito garantizado con la hipoteca y, por tanto, «subrogándose no sólo en la garantía hipotecaria sino también en la obligación personal...». Amerita, señalar que dicho contrato se vio perfeccionado antes de la declaración del concurso, atribuyendo a los compradores de viviendas hipotecadas, la facultad de asumir, *solvendi causa*, la deuda del prestatario vendedor, ahora concursado. Entendiendo así, que esa facultad no se ha visto alterada por la posterior declaración de concurso del vendedor y su ejercicio, con la correspondiente aceptación de la acreedora hipotecaria y delegataria, liberando al concursado de su deuda a favor de esta.

Al respecto de la prohibición de compensación de la que habla el artículo 58 LC, que no es otra que la que se define en el artículo 1195 CC y que consiste en la extinción en la cantidad concurrente que se produce como consecuencia de la neutralización de dos obligaciones cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra. En el caso de estudio, es evidente que muy poco, o nada tiene que ver la subrogación del cumplimiento adquirido por los compradores de las viviendas hipotecadas con el supuesto descrito. (STS de 7 de marzo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.–En el procedimiento de concurso voluntario tramitado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Zaragoza, se tramitaron conjuntamente tres demandas incidentales. La primera promovida por varios (13) compradores de siete viviendas y un local de negocio, en virtud de contrato privado de compraventa celebrado con el concursado con anterioridad a la declaración del concurso. Solicitando se impugnara el informe de la administración concursal. El segundo de los incidentes fue promovido por S. y R., solicitando que el bien adquirido en virtud de contrato privado de compraventa de un local, –sin que a la fecha de declaración del concurso el deudor concursado hubiera hecho entrega de la escritura pública de compraventa–, quedara excluido del inventario, ya que no formaba parte de la masa activa. Y el tercer y último incidente concursal fue formulado por el concursado R., básicamente impugnando el inventario de la administración concursal. Tramitado el incidente el Juzgado dictó sentencia resolviendo sobre tres puntos: declaró la titularidad de los trece compradores demandantes, excluyendo dichos bienes del activo del concurso. Incluyó a los

referidos compradores en la lista de acreedores con un crédito ordinario. Desestimo las pretensiones de los demandantes del segundo incidente y del concursado.

Recurrida la anterior sentencia por el concursado y por los segundos demandantes la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó en parte el recurso de apelación formulado por el concursado y desestimó el formulado por S. y R. El concursado y los 13 compradores interpusieron recurso de casación, el que fue parcialmente estimado por el Tribunal Supremo ante la ausencia de constancia de fraude en el contrato de compraventa celebrado entre el vendedor concursado y los sujetos compradores. Tuvo a bien modificar la anterior sentencia en el único sentido de declarar que los recurrentes están facultados por los contratos de compraventa celebrados para cumplir su deuda frente al vendedor concursado asumiendo la deuda del mismo frente a la acreedora hipotecaria, si es que la misma lo acepta o lo hubiera aceptado expresa o tácitamente. El recurso de casación interpuesto por el vendedor concursado fue desestimado en su totalidad.

NOTA.—El Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos, formuló su voto particular, mostrando su conformidad con el anterior fallo y su discrepancia con el fundamento segundo de la mencionada sentencia, considerando básicamente que, si la subrogación tuvo lugar antes de la declaración del concurso del vendedor, el prestamista cuyo crédito es garantizado con la hipoteca no debe figurar como acreedor de quien ya no sería su deudor, ni los compradores deberían constar como deudores del concursado, ya que lo serían del prestamista. De esta manera, el vendedor-concursado puede delegar el cumplimiento de su obligación en el comprador que, en consecuencia, cuando paga al acreedor hipotecario no sólo cumple la obligación del concursado frente al tercero, sino también la prestación a la que el vendedor concursado se obligó frente a él con carácter recíproco, sometiéndose a la regla del artículo 61.2 LC. En definitiva, la razón por la que el comprador de cosa hipotecada deudor del concursado está facultado para pagar directamente al acreedor hipotecario, es porque está cumpliendo la obligación recíproca pendiente asumida frente a él por el vendedor. Así pues, concluye, que la facultad de los compradores de pagar directamente a un acreedor del concursado no está condicionada a la existencia del pacto preconcursal expreso y a la eventual arbitrariedad del acreedor hipotecario —que puede tener interés en cobrar del deudor concursado o no, y, al mismo tiempo, mantener la garantía—, de lo que depende es de que el pago responda al cumplimiento delegado de la obligación contraída por el concursado con carácter recíproco y aún pendiente de cumplimiento. (G.A.L.)

10. Incidente concursal. Obligaciones contraídas con anterioridad a la declaración del concurso nacidas de un contrato de suministro: ¿deben estas satisfacerse con cargo a la masa o deben considerarse deudas concursales?—El artículo 62.3 LC establece, en virtud del cual, cuando existe un contrato incumplido por una parte que se encuentra en concurso de acreedores, aun existiendo causa de resolución, el Juez atendiendo al interés

del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. Esta Ley inspirada en el principio de continuidad y conservación de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado, dispone en sus artículos 61.2 y 62.1, que la declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte y todas aquellas prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa. Permitiendo entender que, en general, la declaración del concurso no afecta la facultad de resolver los contratos de tracto sucesivo, siendo de esta forma irrelevante que el incumplimiento resolutorio, tanto del concursado como del tercero, se haya producido antes o después de la declaración de concurso. Ahora bien, debemos entender, que el hecho de que el contrato de suministro eléctrico –en este caso–, no se haya resuelto, pese a la concurrencia de causa de resolución, no significa que su crédito quede descubierto por el incumplimiento de la otra parte, sino que en la realidad como se demuestra de forma tozuda y notoria, que el hecho de que el crédito sea considerado crédito contra la masa garantiza de algún modo el cobro. (STS de 21 de marzo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.–Empresa distribuidora de electricidad interpone demanda de incidente concursal contra una mercantil en concurso de acreedores y contra la Administración Concursal de la misma. Admitido a trámite, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Murcia consideró desestimar la demanda promovida por la parte actora, y en su lugar declaró la subsistencia del contrato de suministro de energía eléctrica atendiendo al interés del concurso, que las prestaciones debidas anteriores a la declaración del concurso, derivadas del suministro eléctrico son créditos que deben incluirse en el concurso, y que las debidas con posterioridad a tal declaración se consideran créditos contra la masa. En grado de apelación se confirmó íntegramente la anterior resolución.

La parte actora, interpuso recurso de casación bajo el argumento de infracción de los artículos 62.3, 68, 69, 70 y 84 LC. Admitido dicho recurso, el Tribunal Supremo da lugar al recurso. Se casa y en su lugar estima parcialmente la demanda interpuesta por la parte demandante, entendiéndolo que deben satisfacerse con cargo a la masa del concurso tanto las prestaciones debidas con anterioridad como las devengadas con posterioridad a la declaración del estado concursal de la entidad demandada.

NOTA.–La doctrina y la jurisprudencia se muestran divididas sobre el significado que debe darse a la expresión «prestaciones debidas» que recoge el artículo 62.3 LC, ya que, mientras un sector sostiene que se refiere a las que «deba realizar el concursado» y, en consecuencia, las generadas después de declarado el concurso, por su parte, el otro sector sostiene que debe interpretarse en su sentido literal, comprensivo de la totalidad de las prestaciones sin discriminación alguna entre anteriores o posteriores. Siendo esta la interpretación del Tribunal Supremo para resolver el presente asunto. (G.A.L.)

11. Proceso concursal. Impugnación de la lista de acreedores por pago de parte de la deuda concursada con anterioridad al concurso. Reducción del crédito de los acreedores a la parte no satisfecha.—El artículo 1.212 CC establece que, con el pago de la deuda ajena, el tercero —solvens— en ciertos casos entra en la posición jurídica del acreedor en la misma relación de obligación, de manera que el pago parcial produce la consecuencia de que la deuda, pese a permanecer objetivamente invariable, tenga en el lado activo a dos acreedores, con iguales garantías y privilegios. El artículo 1.213 CC busca resolver esa concurrencia por la vía de atribuir una preferencia al antiguo acreedor —que lo sigue siendo sólo por la parte no cobrada— respecto del nuevo —que, a consecuencia del pago, lo es sólo por la parte pagada—. Al regular el reconocimiento de los créditos, el artículo 87.7 LC permite al acreedor de la sociedad concursada que ha cobrado parcialmente su crédito apuntarse a la lista de acreedores por la totalidad del crédito —y no únicamente por el resto de su crédito no satisfecho— y, por tanto, cobrarse del deudor concursado lo que le falte con preferencia al tercero, aunque el que hubiera pagado no hubiera comunicado su crédito o hubiera hecho remisión de la deuda. Este precepto únicamente se refiere a los supuestos de cobro por el acreedor de parte de su crédito «de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado». El Tribunal Supremo considera que la norma del artículo 87.7 LC no debe aplicarse analógicamente a supuestos distintos de los pagos hechos por estos tres tipos de sujetos expresamente citados en este artículo. El pago parcial hecho por tercero no interesado en la obligación (no avalista, ni fiador, no deudor solidario del concursado) no produce el efecto subrogatorio, sino únicamente el reconocimiento de un nuevo crédito a su favor por el importe satisfecho. En consecuencia, el crédito del original acreedor debe verse minorado en la parte del crédito que ha sido cobrada. Los sujetos que pagaron parcialmente ese crédito habrán de figurar, por su parte, en la lista de acreedores por la concreta parte satisfecha. (STS de 17 de abril de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Doña Blanca y don Benigno hicieron valer la condición de terceros que habían pagado parte de una deuda de la sociedad concursada —T.G., S.L.—, para pretender que el derecho de los acreedores don Íñigo y don Óscar, que aparecía en la lista elaborada por la administración concursal por la totalidad de la deuda, se redujera a la medida no satisfecha por los primeros. En definitiva, consideraban que don Íñigo y don Óscar debían figurar en la lista de acreedores, pero no por el total del crédito originario, sino únicamente por la parte que no se les hubiera pagado. Para ello, doña Blanca y don Benigno interpusieron una demanda incidental concursal, tras la declaración de concurso de T.G., S.L. —autor del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Tarragona de 5 de marzo de 2006—. Alegaron que, con anterioridad a la declaración de concurso, habían adquirido la condición de acreedores de la sociedad concursada al pagar parte de una deuda de la misma.

La sentencia de la Audiencia Provincial, sección primera, de 20 de noviembre de 2008, al igual que lo había hecho la de la primera instancia, desestima la impugnación de la lista de acreedores. La Audiencia Provincial entiende que eran aplicables al caso, por analogía, los artículos 87.7 y 160 de la Ley 22/2003, de 9 de julio,

concurral, en relación con el artículo 1.213 CC, de manera que los antiguos acreedores gozaban de una preferencia frente a los terceros que hubiesen pagado parte de la deuda y, por ello, podrían aparecer en la lista de acreedores como titulares de la totalidad del crédito, pese a que una parte del mismo había sido satisfecho.

Los actores interponen recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo. Se casa y anula la sentencia recurrida y, en su lugar, se estima en parte la demanda interpuesta en su día por los hoy recurrentes, en el sentido de rectificar la lista de acreedores de la sociedad concursada para reducir el crédito que en ella se atribuye a don Íñigo y don Óscar en la medida en que fue satisfecho por los demandantes, mediante pago parcial.

NOTA.—Para un análisis doctrinal de los problemas de la subrogación pueden verse las siguientes obras L. Arnau Raventós, *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1.213 del Código Civil*, Cedecs Editorial, Barcelona, 2000; J. Fernández Villa, *El pago con subrogación: revisión del artículo 1.212 del Código Civil español*, Comares, Granada, 1999; y M. F. Moretón Sanz, *La asunción espontánea de deuda*, Lex Nova, Valladolid, 2008, entre otras. (G.M.A.)

12. Contrato de reserva. Precontrato bilateral de compraventa. Arras penitenciales. Resolución de contrato por incumplimiento. Moderna doctrina jurisprudencial objetiva.—Incardinado en el artículo 1.451 CC y en la sentencia de 14 de diciembre de 2006, el Alto Tribunal ha calificado el contrato de reserva como un precontrato bilateral de compraventa —entendido como «compromiso de compraventa» en el que las partes declaran «su intención de vender y comprar», estableciéndose una fecha para su satisfacción—. Esto quiere decir; que ambas partes tienen el deber y el derecho de poner en vigor el contrato comprometido. A esta finalidad, se exigen tres aspectos: objeto perfectamente determinado —otorgamiento de escritura pública es el caso presente—, que conste la cosa vendida y por último, estipulación del precio: de lo contrario nos referiríamos a simples tratos previos, sin eficacia obligacional, al no estar determinado e hiciera falta un nuevo acuerdo. Al haberse pactado claramente en el contrato que la escritura de compraventa se otorgaría como máximo el día 31 de julio de 2007: siendo esto un pacto libre que las partes han tenido por conveniente imponer, como dice el artículo 1.255 CC al proclamar el principio de autonomía de la voluntad el cual debe cumplirse al tenor del mismo, como bien abunda el artículo 1.091 CC que consagra explícitamente la *lex contractus* al enunciar que las obligaciones que nacen de los contratos (o en este caso de los precontratos) tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (*vid.* SSTs de 6 de octubre de 2005, 5 de octubre de 2006, y 7 de febrero de 2007). La resolución por incumplimiento que contempla el artículo 1.124 CC, prevé el caso de que, en obligaciones sinalagmáticas, como las que se derivan del actual precontrato, la parte que ha cumplido pueda resolver si la otra no cumple. Se trata pues, de incumplimiento; no defectuoso, sino esencial y objetivo, como lo destaca la STS de 12 de junio de 2008. Se debe destacar, que para la moderna doctrina jurisprudencial el incumplimiento que motiva la resolución del contrato no es el elemento subjetivo, voluntad rebelde al cumplimiento, sino, el objetivo «basta que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte».

Ahora bien, respecto de las arras, la doctrina moderna distingue las siguientes modalidades: Confirmatorias: son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato, constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien representando un principio de ejecución. Penales: Su finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, caso de incumplimiento. Y por último las Penitenciales, que son un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada (finalidad reconocida por el art. 1454 CC). (**STS de 21 de marzo de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—M. A. y N. interpusieron demanda de juicio ordinario por incumplimiento esencial del contrato contra U.M, S.L., solicitando la resolución del contrato de reserva celebrado el día 19 de febrero de 2007, al no haber otorgado la correspondiente escritura pública dentro del límite temporal pactado, el pago de las arras penitenciales duplicadas, establecidas en la cláusula tercera del mismo. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Valencia, estimó íntegramente la demanda, la que fue recurrida en Apelación por la demandada, alegando un simple retraso en el cumplimiento de la obligación de otorgar la escritura, además de que dicho retraso no podía ser considerado sustancial al mismo, la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia resolvió no dando lugar al recurso de apelación, confirmando la integridad de la sentencia recurrida.

La Mercantil interpuso recurso de casación, que es también desestimado por el Tribunal Supremo, que casa la sentencia recurrida. Entendiendo, que el texto del precontrato bilateral de compraventa es explícito y no admite dudas: pues, se fija el plazo de ejecución y ha sido fijado por voluntad libre de las partes. No se trata de una cierta obligación cuyo cumplimiento sufre un mero retraso; se trata de un pacto expreso de tiempo de ejecución, cuyo cumplimiento no puede soslayarse: *pacta sunt servanda* y cuyo incumplimiento —según la moderna doctrina jurisprudencial que no exige para la estimación de una situación de incumplimiento una patente de voluntad rebelde— da lugar a la resolución, conforme a las reglas del artículo 1.124 CC del que no se ha producido infracción alguna.

NOTA.—El Tribunal Supremo a la hora de argumentar su fallo, ha destacado la idea modernista de la jurisprudencia y de la actual doctrina, considerando que el reproche culpabilístico al deudor por incumplimiento de la obligación, no supone un requisito indispensable en el concepto de incumplimiento, sino que éste consiste sencillamente en la falta de ejecución o bien de realización de las exigencias mismas del contrato. Es así, como la nueva forma de entender el derecho de obligaciones, va más allá de la mera obligación del deudor de cumplir con lo pactado, pues, lo que se intenta, es entender ese vínculo contractual como garantía de un resultado en interés del acreedor. La responsabilidad se considera como un conjunto más de remedios de los que dispone el acreedor, en caso de incumplimiento del contrato. Para abundar en el tema ver SSTs de 7 de mayo de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 26 de noviembre de 2007, 12 de junio de 2008. Se recomienda la

lectura de las siguientes obras: L. Díez-Picazo, «La propuesta de modernización de obligaciones y contratos», «Boletín del Ministerio de Justicia» n.º 2130, abril 2011; M. P. García Rubio, «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», «Boletín del Ministerio de Justicia» n.º 2130, abril 2011; L. Díez-Picazo y Ponce de León, A. M. Morales Moreno, E. Roca Trías, *Los principios del Derecho europeo de los contratos*, Civitas, Madrid, 2002; A. M. Morales Moreno, *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, entre otros. (G.A.L.)

13. Nulidad de donación de inmueble disimulada bajo escritura pública de compraventa.—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, esos dos consentimientos no constan en la escritura pública. 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 CC, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos. Esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria. El artículo 633 CC no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para ninguna donación, además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el *animus donandi* del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico. (STS de 26 de marzo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Tres hijas y herederas de la vendedora fallecida, instaron la nulidad de la compraventa de vivienda otorgada en vida por la madre a favor de uno de sus hijos y de su esposa (escritura pública de compraventa de 21 de octubre de 2002) aduciendo su simulación absoluta por falta de precio. Los adquirentes demandados defendieron su validez.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, declaró nulo el contrato de compraventa por simulación absoluta con sus consecuencias registrales, y ordenó reintegrar la vivienda a la masa hereditaria de la vendedora causante y obligar a los comandados a llevar a cabo la cancelación de la hipoteca constituida sobre aquella.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de los demandados y revocó la sentencia apelada con desestimación de la demanda, sin perjuicio de los derechos legitimarios que a las actoras pudieran corresponder como consecuencia de la válida donación de la vivienda a los demandados. La sentencia, que comparte la valoración probatoria efectuada por el Juzgado pero no sus conclusiones

jurídicas, razona, en síntesis: *a)* que los hechos prueban la existencia de una donación encubierta bajo la forma de escritura de compraventa, pues la madre actuó en todo momento guiada por la intención de donar la vivienda a su hijo y a su nuera; *b)* que dicha donación encubierta es un negocio jurídico válido dado que el ánimo de liberalidad se acreditó de forma indirecta, por vía de presunciones, y que la aceptación se manifestó en escritura pública.

El Tribunal Supremo ha lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La doctrina del Tribunal Supremo es contraria a la solución acogida por la Audiencia Provincial de declarar nula la compraventa y reputar válida la donación encubierta ya que la validez de la donación exige una forma especial, que no se respeta con la escritura de compraventa. Por consiguiente, la jurisprudencia es contraria a admitir que bajo la apariencia y la forma de una compraventa pueda ampararse válidamente una donación de inmuebles, dado que el artículo 633 CC exige que la donación conste en una escritura pública específica, de donación, en la que se expresen los respectivos consentimientos, los cuales no basta que se extraigan por el órgano judicial del resultado de la prueba practicada, por más que ésta pueda conducir a entender que tras la aparente compraventa existió intención y ánimo de donar y voluntad de aceptar esa donación por el adquirente, como fue el caso. (*M. C. L. J.*)

14. Resolución unilateral de contrato de arrendamiento de local de negocio. Indemnización de daños y perjuicios. Lucro cesante.—Los daños o perjuicios en que consiste el lucro cesante son daños o perjuicios de carácter patrimonial que deben ser indemnizados, en caso de incumplimiento contractual, con arreglo a las normas generales del CC. El artículo 1.106 CC señala que «[1]a indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor [...]». La economía actual, mucho más compleja y dinámica que la de épocas anteriores, impone reconocer la importancia no solo de las realidades económicas consolidadas, sino también de las expectativas económicas de futuro, a las que se atribuye la misma efectividad que a aquéllas. La determinación de lucro cesante exige, como ocurre con todo daño o perjuicio, que se pruebe. (**STS de 9 de abril de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La sociedad demandante (arrendadora) formuló demanda en ejercicio de acción de resolución del contrato de arrendamiento y reclamación de la cantidad de 513.023,94 euros por daños y perjuicios derivados de la resolución unilateral e injustificada del contrato de arrendamiento de duración de seis años por parte de la sociedad demandada (arrendataria). En aquella se alegaba que, por la demandada se había resuelto unilateralmente el contrato de arrendamiento sin concurrir causa que lo justificase, por lo que, fijado en el contrato suscrito un plazo mínimo obligatorio para ambas partes de seis años, a contar desde la fecha en que debió hacerse efectiva la primera mensualidad, esto es, tras los primeros ocho meses desde la celebración del contrato, durante los cuales

quedó en suspenso la obligación de abono de la renta (pacto segundo), la indemnización que le correspondía en concepto de daños y perjuicios ascendía a la cantidad reclamada. La parte demandada sostuvo el cumplimiento por su parte de las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento en cuanto a la solicitud de las licencias y permisos para desarrollar la actividad de supermercado, y que la no obtención de aquellas en el plazo de los ocho meses indicados en el pacto segundo del contrato de arrendamiento había sido por causas ajenas a su voluntad. Mantuvo, por tanto, la existencia de causa que justificaba la resolución unilateral del contrato celebrado.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta. En relación con la indemnización en favor de la demandante entendió que debía fijarse en 48.080,96 euros, cantidad equivalente a ocho mensualidades de renta, ya que fue el período transcurrido desde la celebración del contrato hasta que la sociedad demandada comunicó a la sociedad actora su intención de dar por resuelto el contrato.

La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y revocó la sentencia dictada en primera instancia. Concluyó que la causa de la resolución unilateral y anticipada del contrato de arrendamiento por la parte demandada no se había acreditado, así que la conclusión debía ser la de estimar en su totalidad la demanda en cuanto a la cantidad reclamada: la indemnización concedida en concepto de perjuicios había de extenderse a la renta que le hubiese correspondido cobrar a la sociedad actora durante esos seis años, descontados los ocho meses de exención del pago de renta fijado en el pacto segundo del contrato de arrendamiento.

El Tribunal Supremo ha lugar al recurso de casación interpuesto y considera procedente incluir en el cálculo en la indemnización derivada de la resolución unilateral del contrato de arrendamiento en favor del arrendado una cantidad equivalente a la renta correspondiente a los ocho meses durante los cuales el local permaneció inactivo en beneficio de la arrendataria para que esta pudiera obtener las licencias, tal como se aprecia en la sentencia de primera instancia. La indemnización, a juicio del Alto Tribunal, debe completarse añadiendo una suma fijada en una proporción equivalente a la renta de un mes por cada año previsible de duración del contrato, en la cuantía correspondiente al primer año de arrendamiento, fijando definitivamente el importe de la indemnización en la cuantía correspondiente a catorce meses de renta.

NOTA.—El Tribunal Supremo en los últimos años viene declarando que *«para que sea indemnizable el lucro cesante se requiere necesariamente una evaluación basada en la realidad y dotada de cierta consistencia, como tantas veces ha dicho esta Sala [SSTS de 17 de julio de 2002 (RJ 2002, 6252), 27 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8363), 8 de julio y 21 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7235), entre tantas otras], pues es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas ni contingentes [SSTS de 29 de diciembre de 2000; 14 de julio de 2003 (RJ 2003, 4629), entre otras muchas], y que única-*

mente se puede establecer mediante una presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso (STS 27 de julio 2006)» [STS de 14 de julio de 2006 (RJ 2006, 6380)].

Para el cálculo de la indemnización, el Tribunal Supremo tiene en este caso en cuenta, como pauta de carácter orientativo, entre otros preceptos de la misma Ley, lo dispuesto en el artículo 11, párrafo segundo de la LAU 1994 para los arrendamientos de vivienda de duración pactada superior a cinco años, en el cual se fijan los criterios con arreglo a los cuales puede pactarse en favor del arrendador una indemnización en los supuestos de desistimiento por parte del arrendatario. Dando por supuesto que el artículo no es aplicable al caso, el Tribunal Supremo presume que en la fijación de estos criterios el legislador ha tenido en cuenta pautas económicas adecuadas para fijar como promedio el alcance de lucro cesante derivado de la frustración de la percepción de las rentas correspondientes a un contrato de arrendamiento prematuramente extinguido. (M. C. L. J.)

15. Responsabilidad decenal del promotor.—La jurisprudencia parte de la caracterización del promotor como beneficiario económico de proceso constructivo (STS de 13 de diciembre de 2007) y declara reiteradamente que el hecho de que el promotor no sea constructor no le priva de legitimación pasiva frente a la acción de responsabilidad decenal del artículo 1.591 CC, puesto que puede entenderse que aparece incluido en el término «contratista» (SSTS de 21 de febrero de 2000, 8 de octubre de 2001 y 13 de mayo de 2002). El promotor, por tanto, no responde únicamente cuando deba responder el constructor (STS de 10 de noviembre de 1999); afirmar otra cosa supondría exonerar al promotor no constructor, por ejemplo, cuando los vicios fueran imputables a los técnicos y hubiera existido culpa *in eligendo* respecto de éstos por parte del promotor que les contrató. Así, cuando la vivienda presenta alguno de los vicios a los que se refiere el artículo 1591 CC, habrá incumplido de modo irregular su obligación de entrega, por lo que no puede quedar liberado alegando la responsabilidad de terceros ligados con él mediante los oportunos contratos; hace suyos, pues, los trabajos ajenos, realizados por personas a las que ha elegido y en las que ha confiado (STS de 12 de marzo de 1999). En este sentido, el artículo 17.3 LOE consagra la responsabilidad del promotor, solidariamente, con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción. Tal responsabilidad, además, se produce «en todo caso», lo que significa que responde aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y aun cuando la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo (SSTS de 24 de mayo y 29 de noviembre de 2007).

Requisitos de aplicación de la responsabilidad decenal.—Declara el Tribunal Supremo que la existencia de ruina y la correcta aplicación del artículo 1.591 CC requiere de una doble apreciación: una, de índole fáctica, consiste en la fijación de los hechos y circunstancias que integran el defecto constructivo, incluida la entidad o gravedad del mismo; otra, de índole jurídica, consiste en la calificación de aquella base fáctica como constitutiva de ruina, en alguna de las modalidades que la jurisprudencia admite como tal:

física, potencial o funcional. La primera apreciación obliga a tener en cuenta las alegaciones de las partes y los medios de prueba, pues, al tratarse de una cuestión de hecho, su fijación corresponde al juzgador de instancia, sin que, por consiguiente, pueda ser sometida a la revisión casacional (SSTS de 26 de marzo y 10 de septiembre de 2007, 16 de julio de 2009, 19 de julio de 2010 y 10 de junio de 2011).

Compatibilidad de la acción de responsabilidad decenal con las acciones derivadas del incumplimiento contractual.—Estas acciones son compatibles cuando media contrato entre demandante y demandados, de forma que la garantía decenal no impide al comitente dirigirse contra quienes con él contrataron, a fin de exigir el exacto y fiel cumplimiento de lo estipulado, tanto si los vicios o defectos de la construcción alcanzan tal envergadura que pueden ser incluidos en el concepto de ruina, como si suponen deficiencias que conllevan un cumplimiento defectuoso. Dicha compatibilidad ha sido consagrada en el artículo 17.7 LOE y es confirmada por la jurisprudencia (*v. gr.*, SSTS de 2 de octubre de 2003 y 28 de febrero y 21 de octubre de 2011). (**STS de 2 de marzo de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Tras la construcción de una serie de viviendas, se detectaron varios defectos o vicios de construcción, así como desperfectos o daños. La Comunidad de propietarios formuló demanda contra la constructora, la promotora, el arquitecto y el arquitecto técnico, ejercitando de forma acumulada las acciones de responsabilidad decenal (art. 1.591 CC) y la acción de incumplimiento, esta última contra la promotora. En concreto, reclamaba la ejecución de las obras de reparación, conforme se detallaba en la prueba pericial presentada, así como el pago de una indemnización por los daños sufridos.

El tribunal de primera instancia estimó en parte la demanda, condenando a la ejecución de las obras de reparación solicitadas por los demandantes y a una indemnización inferior a la solicitada. Interpuestos sendos recursos de apelación contra esa sentencia, por parte de los demandantes y de la promotora demandada, la Audiencia Provincial desestimó ambos recursos, apreciando la existencia de vicios ruinógenos e incumplimientos vinculados exclusivamente al deber de la promotora de entregar las viviendas en las condiciones comprometidas. La promotora interpuso entonces recurso de casación ante el Tribunal Supremo. (*A. M. M.*)

16. El promotor como garante de la edificación.—La Ley de Ordenación de la Edificación regula, en su artículo 17, el régimen de responsabilidad de los agentes de la edificación por vicios de la construcción, estableciendo la solidaridad como criterio de distribución de la responsabilidad para aquellos casos en los que no pueda determinarse el agente causante del daño o el grado de participación de cada uno de ellos en la causación del mismo. No obstante, el tenor literal del precepto parece claro en relación al promotor, al hacerle responsable «en todo caso», como garante de la edificación, de los defectos existentes en el inmueble con independencia de que pueda determinarse o no el agente o agentes cuya actuación culposa ha provocado la causa-

ción del daño. (STS de 11 de abril de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Determinada comunidad de propietarios presenta demanda frente a la arquitecta técnica, las constructoras y la promotora por la existencia de defectos constructivos en el inmueble consistente en humedades y defectos de acabado existentes en determinadas viviendas y en zonas comunes. El Juzgado de Primera Instancia condena solidariamente a los demandados a la reparación de los defectos señalados en la demanda en relación a las viviendas. Tanto los demandados en la instancia como la parte actora recurren la sentencia en apelación. Considera la demandante que no se ha procedido a la condena de la reparación de todos y cada uno de los defectos probados en el pleito. La Audiencia Provincial condena de forma individualizada a la promotora a la reparación de defectos de acabado o ejecución de las zonas comunitarias, y solidariamente con las constructoras a la reparación de los defectos de acabado de las viviendas reseñadas. La empresa promotora recurre en casación la sentencia dictada por la Audiencia Provincial al considerar que no debe responder cuando se pueden individualizar responsabilidades en la persona del constructor. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

NOTA.—Es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que el promotor como garante de la edificación debe responder siempre de los vicios constructivos existente en el inmueble, y ello a pesar de poder individualizar responsabilidades en la persona del constructor, del arquitecto, del arquitecto técnico o de cualquier otro agente participante en la edificación. El promotor, aunque materialmente no participe en la construcción de la vivienda, lo cierto es que busca la financiación, organiza, dirige y contrata al personal que va a realizar la construcción, convirtiéndose en responsable último del resultado obtenido [SSTS de 27 de septiembre de 2004 (RJ 2004/6187), 29 de noviembre de 2007 (RJ 2007/8654), 13 de marzo de 2008 (JUR2008/252187), 4 de diciembre de 2008 (RJ 2008/6950)]. Ello independientemente de que la Ley establezca diferentes plazos de garantía en atención al tipo de defecto de que se trate, responsabilizando al constructor expresamente de los defectos de ejecución que afectan a elementos de terminación o acabado. El ejercicio de la acción de regreso permitirá al promotor recuperar la cantidad abonada siempre y cuando demuestre en el segundo pleito la relación de causalidad entre la actuación u omisión culposa del agente en cuestión y el resultado dañoso obtenido, y, por supuesto, haya abonado la indemnización a la que ha sido condenado en el primer proceso. (*L.Z.G.*)

17. Indemnización por daño moral en casos de responsabilidad civil por vicios de la construcción.—La indemnización por daño moral puede ser reconocida a favor de una comunidad de propietarios en aquellos procesos en los cuales se haya condenado a uno o a varios agentes de la edificación por la existencia de vicios constructivos, y esta situación haya provocado en los comuneros situaciones de ansiedad, desasosiego, frustración o incerti-

dumbre con claras repercusiones psicológicas. (STS de 13 de abril de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Determinada comunidad de propietarios interpone demanda frente a la promotora, la constructora, el proyectista, el arquitecto y el arquitecto técnico en reclamación de una indemnización por los daños y perjuicios, tanto patrimoniales como morales, derivados de la existencia de vicios constructivos en el inmueble. La parte actora solicita una cuantía que asciende a 387.083.80 euros, en concepto de reparación de los desperfectos ocasionados; 60.000 euros, en concepto de indemnización por daños morales, así como una cuantía de 6.157.47 euros, en concepto de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia condena únicamente a la promotora al pago de una indemnización por importe de 150.398.05 euros, teniendo en cuenta la valoración realizada por un perito judicial de los defectos existentes en el inmueble. A su vez, le condena al pago de una indemnización por daños morales ascendiente a la cuantía de 42.000 euros, con objeto de resarcir de algún modo el sufrimiento, la incertidumbre, el desaliento, la inquietud y la frustración que habían padecido los catorce comuneros que integraban la comunidad; así como por las repercusiones psicológicas derivadas de la imposibilidad de disfrute de la piscina y zona ajardinada en temporada de verano, al tratarse de un elemento claro de esparcimiento. La Audiencia Provincial procede a mantener la condena impuesta por el Juzgado, pero considerando más adecuado distribuir el abono de dicha cuantía solidariamente entre la promotora, la constructora y el arquitecto técnico. La promotora, no conforme con la indemnización por daño moral, recurre en casación la Sentencia dictada por la Audiencia. Argumenta la falta de legitimación activa de la comunidad de propietarios para reclamar daños morales cuando debe ser ésta una reclamación a realizar por los propietarios individuales, además de no tener cabida en la Ley de Ordenación de la Edificación la reclamación de este tipo de daños. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—El daño moral ha sido definido por Díez-Picazo (*El escándalo del daño moral*, Madrid, 2008, p. 92.) como «*la afectación de la esfera psicofísica que es consecuencia de la lesión de un derecho o bien de la personalidad*».

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que el daño moral es aquél que no es susceptible de ser evaluado patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto sino también psicológico de la persona y consiste en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tiene directamente una traducción económica [SSTS de 9 de mayo de 1984 (RJ 1984/2403), 6 de julio de 1990 (RJ 1990/5780), 27 de enero de 1998 (RJ 1998/126), 27 de septiembre de 1999 (RJ 1999/4770), 23 de noviembre de 2004 (RJ 2004/7384), 30 de noviembre de 2011 (RJ 2012/3514)].

No es ya una cuestión discutida que los daños morales puedan resultar indemnizados en supuestos de responsabilidad por vicios constructivos. La situación de angustia, sufrimiento o trastorno que

suponen abandonar la vivienda familiar o la situación de incertidumbre, desasosiego y desaliento que puede derivarse de la imposibilidad de disfrutar de las instalaciones comunes de la vivienda debido a tales defectos pueden conducir a la obtención de una condena por daño moral. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 22 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8097), 15 de julio de 2011 (RJ 2011/5123) y, más recientemente, en la Sentencia de 10 de octubre de 2012 (JUR 2013/23873).

El argumento apuntado por algunos respecto a la imposibilidad de obtener una indemnización por daño moral en procesos de responsabilidad por vicios constructivos teniendo en cuenta que la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE), en los casos en que resulte de aplicación, no permite obtener una indemnización por daño moral, queda desvirtuado cuando el propio artículo 17 LOE establece expresamente un régimen de responsabilidad por los daños materiales ocasionados por los agentes de la edificación, «sin perjuicio de sus responsabilidades contractuales...»; admitiéndose así la compatibilidad de la responsabilidad derivada de aplicar las reglas de incumplimiento contractual y las contenidas en la ley especial tal y como ha admitido el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones [Sentencias de 2 de febrero de 2012 (RJ 2012/130) y 21 de octubre de 2012 (RJ 2012/584)], a lo habrá que añadir la posibilidad de ejercitar también las acciones de responsabilidad extracontractual contempladas en el Código Civil.

Lo cierto es que la existencia de un vicio constructivo no tiene que llevar aparejada la existencia de daños morales sino que habrá que demostrar los padecimientos o consecuencias no patrimoniales derivadas del impacto psicológico que para algunas personas puede producir el hecho de encontrarse que debe abandonar una vivienda o que no pueden disfrutar de partes imprescindibles de la misma en períodos estivales, como consecuencia del daño patrimonial derivado de la existencia de vicios constructivos en el inmueble; algo totalmente ajeno al daño material, consecuencia de la no adopción de las medidas adecuadas para realizar una buena construcción, susceptible de reparación o resarcimiento por otros cauces legales. Una vez probado el daño, el problema será establecer la cuantía a indemnizar que deberá ser fijada por el órgano juzgador tras una valoración discrecional de dicho daño, debiendo ser calculada de manera proporcional a la entidad del daño psicológico producido o del trastorno ocasionado.

Tampoco parece ser un inconveniente para obtener la indemnización por daño moral el que la parte actora sea la propia comunidad de propietarios a quien la Ley de Enjuiciamiento Civil le reconoce legitimación activa para defender los intereses de los comuneros. No puede admitirse que el hecho de considerar que los padecimientos psicológicos los sufran los propios comuneros de forma individualizada impida a la comunidad de propietarios obtener un pronunciamiento en este sentido cuando ostenta representación más que suficiente para actuar en interés de los comuneros (L.Z.G.)

18. Inecesaria aplicación del régimen de las transitorias del Código Civil.—La Ley de Ordenación de la Edificación contiene sus propias reglas por lo que respecta a las disposiciones transitorias, permitiendo esclarecer en qué casos resulta de aplicación el Código Civil al contrato de obra inmobiliaria y en qué casos la LOE. Se aplicará la Ley de Ordenación de la Edificación siempre y cuando la licencia de obra para la realización de la construcción haya sido otorgada con posterioridad al 5 de mayo de 2000. (STS de 19 de abril de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Se interpone demanda por la comunidad de propietarios y cinco comuneros frente a la promotora, la constructora, los técnicos y la aseguradora de éstos, solicitando su condena solidaria como consecuencia del estado de ruina funcional en que se encontraba el edificio. Los demandantes reclaman una indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de sus respectivos contratos, por la inobservancia de sus obligaciones profesionales y por los defectos constructivos existentes en la edificación.

El Juzgado de Primera Instancia condena a los demandados solidariamente al pago de una indemnización. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial estima en parte el recurso revocando la sentencia de la instancia únicamente por lo que respecta a las costas procesales, que considera deben ser abonadas por cada uno de los demandados, si nos referimos a las causadas a su instancia; mientras que las comunes deben ser abonadas por mitad.

Se interpone recurso de casación por la promotora alegando que las acciones interpuestas por los demandantes estaban prescritas al tiempo de su interposición, ya que interpretando conjuntamente el artículo 18 LOE y la disposición transitoria cuarta del Código Civil no puede más que llegarse a esta conclusión. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Las disposiciones transitorias permiten resolver los problemas derivados de la aplicación de las leyes en el tiempo cuando nos enfrentamos ante hechos o actos jurídicos que han nacido al amparo de una norma pero que continúan desplegando sus efectos en el momento de entrada en vigor de la nueva ley. En estos casos el Código Civil establece como regla general la irretroactividad de las normas, salvo que la ley nueva establezca un efecto distinto. En todo caso, deberá respetarse lo establecido en el artículo 9.3 CE sobre el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derecho individuales.

En materia de contrato de obra inmobiliaria existen dos regulaciones que continúan actualmente en vigor: la regulación dedicada al contrato de obra en el Código Civil y la regulación contenida en la Ley de Ordenación de la Edificación. Ésta última contiene un régimen de disposiciones transitorias, en el que se establece la aplicación de la LOE solamente en aquellos casos en los cuales la licencia de obra se haya otorgado con posterioridad al 5 de mayo de 2000. En este sentido, toda construcción cuya licencia haya sido concedida con anterioridad a dicha fecha deberá regirse por el

Código Civil. Esta regla es de aplicación también a los plazos de prescripción que en materia de responsabilidad aparecen regulados en el artículo 18 LOE. De este modo, de no ser aplicable el régimen de responsabilidad de la LOE, tampoco lo serán los plazos de prescripción que en ella se contienen.

Ello no obsta para que, de aplicarse la LOE, pueda acudirse también al régimen general de las obligaciones, contenido en el Código Civil, al contemplar acciones perfectamente compatibles con las del artículo 17 LOE. El propio precepto establece dicha compatibilidad para el caso de las obligaciones contractuales. De tratarse de obligaciones extracontractuales, y al estar éstas excluidas del ámbito de aplicación de la LOE, deberá acudirse al régimen contenido en el artículo 1.902 y ss. CC. (*L.Z.G.*)

19. Responsabilidad civil del Notario: Recurso extraordinario: Vicios procesales: Estimación parcial.—Se alega, en síntesis: i) que la sentencia recurrida ha rechazado, sin examinar, dos de los tres motivos de apelación de la sentencia de primera instancia, por considerar que las cuestiones planteadas en esos dos motivos de apelación no se habían suscitado en la demanda y en la contestación; ii) que la sentencia de primera instancia basa la supuesta negligencia de los demandados en la falta de comunicación a la demandante —como propietaria de los contenedores— de la subasta de los mismos, que es lo que se trató de impugnar en el primero de los motivos del recurso que no ha sido examinado por la sentencia recurrida en apelación; y iii) que los demandados, en la interposición de dicho recurso, no modificaron los términos del debate, por lo que procedía que en la sentencia recurrida se examinaran todos los motivos de apelación. Vicio procesal que se estima parcialmente si bien, como se razona al final, sin eficacia ulterior.

El principio *Pendente appellatione, nihil innovetur*: Interpretación jurisprudencial: Indefensión.—Según reiterada jurisprudencia lo relevante es que no se produzca una modificación sustancial en términos del debate, pues es en este caso cuando se produce la indefensión de las partes, que no han podido prever el alcance y sentido de la controversia y se ven en la imposibilidad de alegar o actuar en apoyo de sus derechos e intereses.

En la demanda se expuso la forma en que los contenedores eran identificados en el BIC, y se alegó la existencia de defectos en la celebración de la subasta, entre otros motivos, por falta de notificación a la actora como propietaria de los contenedores. En la contestación los demandados alegaron que la promotora de la subasta no les hizo saber que los contenedores no pertenecían al deudor sino a otra sociedad que constaba en el BIC. En la sentencia de primera instancia la *ratio decidendi* de la declaración de negligencia profesional de los Notarios que celebraron la subasta, se encuentra en que debieron conocer la existencia y función del *Bureau International de Containners* (BIC) y comprobar en este registro los datos identificadores de los contenedores. En la apelación los demandados alegaron: 1) que no es exigible a un notario español un grado de diligencia profesional que abarque el conocimiento de la existencia y normas del registro del BIC, dado que es un organismo privado de carácter privado, y 2) que el BIC no permite con seguridad saber quién es el propietario de los contenedores, ni es fiable en cuanto a los datos que permiten identificar a las empresas y sus domicilios. Al resolverse en segunda instancia que era exigible a los demandados el conocimien-

to y comprobación del BIC, la alegación no quiebra los términos del debate, ya que esta Sala, al examinar la prohibición de la *mutatio libelli* ha venido declarando que puede admitirse que la pretensión procesal, conservando su existencia, experimente un cierto desarrollo durante el transcurso del proceso, producto de lo que metafóricamente se ha llamado *biología de la pretensión procesal* (SSTS de 9 de febrero y 5 de julio de 2010), y, del mismo, debe aceptarse el planteamiento de una cuestión que –sin afectar a la esencia de una excepción alegada en la contestación a la demanda–, se desarrolla en consonancia con la forma en que la excepción ha sido resuelta en la sentencia recurrida. La aplicación de este criterio no causa indefensión a la parte recurrida, que en la impugnación del recurso extraordinario por infracción procesal ha admitido que no hay modificación de los términos del debate.

Régimen jurídico aplicable a las subastas de los contenedores: Derechos del acreedor prendario: artículo 1.872 CC: Obligaciones del Notario interviniente: Falta de notificación al propietario: Falta de diligencia.–

a) Las subastas se celebraron en el año 2001, por lo que no es de aplicación al caso la redacción dada al artículo 220 RN por el RD 45/2007, de 19 enero, que regula la autorización de las subastas efectuadas ante Notario. La ausencia, en el momento de la celebración de las subastas, de normas específicas se vino integrando por la jurisprudencia en el sentido de que ha de estarse a las normas que regulan la celebración de subastas públicas en procesos judiciales o extrajudiciales, que permiten establecer criterios objetivos aplicables al caso y permiten integrar las reglas del artículo 1.872 CC (STS de 21 de noviembre de 2009). Pero ello no resulta necesario en el presente caso pues dicho precepto contiene la norma aplicable.

b) Los Notarios son profesionales a quienes compete el ejercicio privado de funciones públicas, por lo cual su actuación presenta una doble vertiente, funcionarial y profesional; son, a la vez, funcionarios públicos y profesionales del Derecho. La naturaleza pública de sus funciones se manifiesta de manera plena en el ejercicio de la fe pública notarial en la esfera de los hechos y del Derecho, mediante la extensión o autorización de instrumentos públicos (así STS de 28 de noviembre de 2007). La autorización de la subasta a que se refiere el artículo 1.872 CC se encuadra en esta función pública, por lo que es exigible a los Notarios el control de la legalidad que impone el artículo 147 RN.

c) La intervención notarial que impone el artículo 1.872 CC va dirigida a garantizar la regulación formal de la enajenación de la prenda, pues es lo que genera la seguridad de los interesados, sean el acreedor, los terceros que intervienen en la subasta, el deudor o el dueño de la prenda. El acta de subasta no es una mera acta de presencia, dado que concluye con la adjudicación de los bienes, por lo que el notario, iniciada su actuación por la rogación del acreedor, ha de controlar la legalidad del proceso. Como declara la STS de 3 de julio de 1965 *el notario debe controlar la forma exterior del acto que autoriza para procurar que en él concurran todas las precauciones necesarias a fin de que se considere «digno de fe»*.

d) El artículo 146 RN establece una norma de imputación subjetiva de la responsabilidad que exige determinar si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la actuación de los notarios se desarrolló dentro de los parámetros razonables de la diligencia exigible, teniendo en cuenta el especial grado de diligencia que se impone a los notarios en el ejercicio de sus funciones, dada su alta cualificación profesional, en una sociedad en la que es notorio el incremento de la complejidad y proliferación de las actuaciones jurídicas

(STS de 5 de febrero de 2000) y el grado de previsibilidad que la situación producida presentaba (STS de 26 de octubre de 2005).

e) En el presente caso debe concluirse que los notarios demandados, al autorizar las subastas solicitadas no actuaron con la diligencia exigible: i) La locución *en su caso* del artículo 1.872 CC significa que la notificación de la enajenación de la prenda deberá cumplirse cuando la prenda sea de la propiedad de persona distinta a la del deudor; y el cumplimiento de este requisito no es disponible para el acreedor pignoraticio, por lo que, razonablemente considerado, debía ser controlado por los notarios actuantes, a través de la comprobación de la documentación aportada por el requirente de la subasta o recabando de este los datos necesarios para su control; de otra forma, los notarios actuantes no podían asegurar la regularidad formal de la enajenación; ii) Del examen de las actas resulta que no consta que los notarios recabarán del requirente información sobre la titularidad dominical de los contenedores, y no consta que el requirente manifestara que los contenedores eran propiedad del deudor; iii) De los documentos presentados ante las notarías por el requirente, incorporadas a las actas, resulta que consta la carta, redactada y suscrita por el requirente y remitida desde las notarías a la línea marítima propiedad de la entidad deudora, y en el pliego de las condiciones de la subasta, redactada por el requirente y con arreglo al cual los notarios debían autorizar las subastas, consta que el remanente del precio de la subasta, después del cobro del acreedor y del pago de los gastos, quedará a disposición del *legítimo titular* de los contenedores; todos estos elementos permiten deducir –o generar la duda suficiente– que el dueño de los contenedores no era la compañía deudora.

En consecuencia, la irregularidad que finalmente se produjo era previsible para los notarios actuantes, puesto que está en la diligencia que les es exigible examinar la documentación aportada por el requirente de las subastas, ya que sólo de ese modo puede asegurarse la regularidad formal de las mismas, especialmente cuando el requerimiento para las subastas no tenía su fundamento en la existencia de una prenda debidamente constituida, sino en la retención de los contenedores efectuada por el requirente, lo que suponía una situación que exige extremar las cautelas propias de su función, como lo demuestra la circunstancia de que las subastas fueron finalmente declaradas nulas por inexistencia del derecho del requirente a retener y enajenar los contenedores.

Desde esta perspectiva, que fue alegada en la demanda, no es necesario examinar si los demandados tenían o no la obligación profesional de conocer la existencia del BIC y de comprender los listados de siglas que podían identificar al dueño de los contenedores, pues su diligencia se concretaba en exigir al requirente la justificación sobre la propiedad de los bienes subastados que hubiera permitido dar pleno cumplimiento al artículo 1.872 CC. No obsta a la declaración de responsabilidad el hecho de que las actas de las subastas se hicieran sobre la minuta aportada por el requirente de las subastas, pues esta circunstancia no excluye el deber de cumplimiento de todos los requisitos que exige la regularidad de la subasta.

Irrelevancia de la estimación del recurso extraordinario por violación procesal.—La estimación del motivo alegado en el recurso extraordinario por infracción procesal, no obsta a que la sentencia recurrida deba ser confirmada por aplicación de la doctrina de la equivalencia de resultados o falta de efecto útil del recurso (SSTS de 7 de septiembre de 2006, 14 de mayo

de 2007 y 9 de marzo de 2010). (STS de 9 de marzo de 2012; ha lugar.)
[Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La empresa norteamericana «Interpool Ltd» es propietaria de gran número de contenedores para el transporte marítimo, depositados en diversos puertos del mundo, dedicándose a su arrendamiento financiero. La naviera «Cho-Yang» había celebrado un contrato de arrendamiento de determinado número de contenedores por tiempo indefinido. Por su parte, Cho-Yang había contratado con la consignataria Ibermarítima domiciliada en Valencia la utilización periódica de cierto número de contenedores. Debido a dificultades económicas, la naviera, a principios del año 2001, cesa de forma generalizada sus pagos, y, en concreto, mantiene una elevada deuda con su agencia consignataria valenciana. En el mismo año, Ibermarítima insta ante los dos notarios aquí demandados la venta en pública subasta de 1.337 contenedores, existentes en el puerto de Valencia, y pendientes de ser devueltos a Interpool Ltd., invocando ante aquellos su derecho de prenda de los artículos 1.730 y 1.780 CC y 276 y 303 CCom, omitiendo, sin embargo, a quién correspondía su titularidad dominical. La demanda objeto del presente recurso se resuelve en primera instancia por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valencia de 15 de abril de 2008, y en apelación por sentencia de la Audiencia Provincial, sección 8.ª, de 4 de noviembre de 2008, siendo coincidente en ambas instancias la declaración de responsabilidad civil de los notarios, ahora recurrentes.

En el periodo intermedio, en 2004, se había declarado judicialmente la nulidad de las referidas subastas, lo que va a facilitar en buena medida, sin duda, la resolución de este recurso. Y también la simplifica en su argumentación, porque el Tribunal Supremo no entra a dilucidar sobre el debatido valor de las informaciones contenidas en el BIC, registro privado internacional de contenedores, sobre cuya eficacia jurídica en España se había asentado básicamente la defensa de los notarios. Tampoco analiza a fondo el dudoso derecho de retención y prenda que alegó la consignataria al solicitar la celebración de la subasta ex artículo 1.872. Se centra en una exégesis de este último precepto aplicando, sin invocarlo expresamente, el criterio sociológico de interpretación de la Ley y Reglamento Notarial (aludiendo brevemente a *una sociedad en la que es notorio el incremento de la complejidad y proliferación de las actuaciones jurídicas*: 5.º FD). La actuación de la consignataria fue irregular, y puede decirse que inficionó la actuación de los notarios requeridos en su calidad de fedatarios públicos, quienes omitieron culpablemente diligencias inexcusables. Ello explica también la aplicación de la doctrina de la *equivalencia de resultados*, a la hora de estimar parcialmente el recurso extraordinario interpuesto por aquellos; los defectos procesales en que incurrió la Audiencia Provincial no influyen en la resolución final sobre el fondo (*G.G.C.*)

20. Responsabilidad civil sanitaria: Deficiencias asistenciales: Ingreso en urgencias y diagnóstico erróneo: Graves secuelas.—En una

medicina de medios y no de resultados, la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Implica un doble orden de cosas. En primer lugar, es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnosticantes necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, pueden servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles. En segundo lugar, que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen (SSTS de 15 de febrero de 2006, 19 de octubre de 2007, y 3 de marzo y 10 de diciembre de 2010).

En el presente caso, a tenor de la prueba pericial practicada, se evidencia un error de diagnóstico inicial que no queda enervado por la ausencia de síntomas claros de daño. La noche del 13 al 14 de diciembre de 2004 la enferma, menor de edad (16 años), acudió con fuertes dolores abdominales al Servicio de Urgencias de la clínica Santa Teresa, S.A., de Ávila. Si los síntomas de peritonitis resultaban enmascarados con otros característicos de distinta dolencia (aquí las derivadas de un proceso ginecológico complicado), ello no impide calificar este error de diagnóstico de disculpable o de apreciación cuando las comprobaciones realizadas nunca descartaron la presencia de apendicitis y, aun cuando sugerían otras dolencias distintas, tampoco se determinaron sin género de duda razonable. Lo cierto es que se advierte un discreto peritonismo y proceso abdominal agudo que podría requerir tratamiento quirúrgico urgente y, sin embargo, ni se le interviene o se le traslada a un centro distinto con la celeridad propia del caso, ni se intenta establecer un diagnóstico diferencial con otras patologías que cursan dolor abdominal programando una intervención inmediata, antes al contrario, se actuó sobre una de las hipótesis que podían resultar de la sintomatología que presentaba a su ingreso en el Servicio de Urgencias, descartando aquella susceptible de determinar el padecimiento más grave para la salud y la evolución de la paciente antes de agotar los medios que ponen al alcance de los facultativos para determinar la patología correcta cuando era posible hacerlo.

En materia de apendicitis aguda y sus complicaciones frente a la duda diagnóstica la clínica era irremplazable. Se hacía así, dice la sentencia recurrida, hace 50 años en que se procedía a la intervención de inmediato y lo que no es posible es que, en la actualidad, con medios y conocimientos más adecuados para efectuar un diagnóstico correcto y actuar sobre la paciente, no solo no se hiciera, sino que lo que se hizo no sirvió en absoluto para evitar las gravísimas complicaciones derivadas del estado de la paciente dada la evidente situación de urgencia que requería el caso. Lo cierto es que no se actuó correctamente frente a esta falta, no tanto de medios sino de coordinación, de organización o de dotación que, según los casos, pueden ser imputados conjuntamente al profesional y al hospital o sólo al centro. En el aquí enjuiciado, a aquél en que se produjo el ingreso puesto que una actuación más coordina-

da hubiera permitido proporcionar al paciente todos los medios curativos de que disponía, con la urgencia y diligencia necesarias, y que evidencian sin ninguna duda la existencia de una relación de causalidad entre la omisión que se reprocha a la Clínica y a Asisa, y el resultado dañoso. En efecto, después de varias exploraciones y análisis, sólo tres días después del ingreso se decide operarla, trasladándola a otro centro en donde es operada de urgencia, hallando apendicitis aguda perforada con peritonitis; después se le traslada a la UCI, siendo el postoperatorio de tres meses, con complicaciones que son indirectamente debidas al proceso peritonítico y que se presentaron entre la 6.^a y 7.^a semana después de la intervención. La enferma tiene reconocido un grado total de minusvalía del 70% y movilidad reducida.

Esta Sala, a partir de la STS de 16 diciembre de 1987, ha acuñado el término *deficiencias asistenciales*, que ha sido una constante en la jurisprudencia de la misma, con el efecto de eximir al paciente de la prueba de la fase del desarrollo de la atención médica donde se ha producido la anomalía (SSTS de 12 de julio de 1988, 27 de noviembre de 1997, 5 de enero, 23 de mayo, 12 de septiembre y 19 de octubre de 2007, y 14 de mayo de 2008). Constituye el núcleo esencial de la *lex artis* de dicha entidad, cuyo incumplimiento fue determinante de la posterior evolución de la paciente, lo que permite atribuir la responsabilidad al centro médico y a la aseguradora sanitaria por aplicación del artículo 1.902 CC, cuando le es directamente imputable una prestación del servicio irregular o defectuosa por omisión o incumplimiento de los deberes de organización, vigilancia o de control de servicio. Estamos, por tanto, más que ante una responsabilidad por hecho ajeno en sentido propio, ante una responsabilidad por la deficiente prestación de un servicio al que está obligada la entidad y que se desarrolla a través de profesionales idóneos, cuya organización, dotación y coordinación le corresponde (STS de 22 de mayo de 2007).

Cuantía de la indemnización: Criterios aplicables.—La estimación del recurso determina la casación de la sentencia recurrida, así como la revocación de la recaída en primera instancia. Asumidas por esta Sala las funciones de la instancia, procede estimar la demanda presentada por la lesionada, ya alcanzada la mayoría de edad, contra Clínica Santa Teresa y Asisa Interprovincial de Seguros SA, con absolución de los facultativos encargados del Servicio de Urgencias. A la actora se le indemnizará en la cantidad de 276.067.01 euros, menor de la reclamada, tomando para ello como referencia, y con carácter meramente orientador, el baremo de tráfico, de acuerdo con la constante jurisprudencia de esta Sala, teniendo también cuenta que los demandados se limitaron a impugnar el valor de la prueba pericial de la parte actora, cuya autenticidad no cuestionan, lo que permite una valoración libre por el tribunal en unión al resto de pruebas practicadas. Debe tomarse en cuenta la fecha del siniestro (primera asistencia a urgencias por dolor abdominal: 13 de diciembre de 2004) y la edad de la paciente. Esta fecha determina el régimen aplicable para la determinación del daño, que ha de ser el contemplado por el TRLRCSCVM de 2004, entonces en vigor. Como fecha de alta definitiva debe tenerse en cuenta la del 4 de agosto de 2006, coincidente con el informe de alta emitido por la unidad asistencial, debiendo tenerse en cuenta que la víctima recibió tratamiento neurorrehabilitador en dicha unidad, primero en régimen hospitalario y luego ambulatorio, prescrito por los facultativos como necesario para paliar o mejorar las secuelas detectadas tras retirársele la sedación administrada en su intervención; dicho tratamiento fue satisfactorio contribuyendo a mejorar su estado neurofísico y neuropsicológico, circunstancia

que acredita que no fue sino hasta su conclusión cuando han de considerarse plenamente estabilizadas y consolidadas sus lesiones y secuelas, físicas, psíquicas y estéticas. Procede, en consecuencia aplicar la actualización de las cuantías publicadas por la Dirección General de Seguros para el año 2006, siguiendo la jurisprudencia mencionada. Deben computarse como días de baja desde el 13 de septiembre de 2004 al 4 de agosto de 2006, es decir, 600 días, de los cuales 231 hospitalarios y el resto, 369, impeditivos. Se advierte que la ayuda de otra persona es un factor corrector que la Tabla IV contempla tan solo para los grandes inválidos, que no se corresponde con la situación de la actora, que es independiente para realizar las actividades básicas de la vida diaria e incluso para las instrumentales.

Debido a las singulares circunstancias de este proceso no se hace condena en las costas causadas en ambas instancias, ni en los recursos formulados. (STS de 30 de marzo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Sentencia en que se hace aplicación pedagógica de la denominada *responsabilidad civil sanitaria*, en la que se explica con detalle la función determinante del diagnóstico inicial, en caso de la prestación de asistencia urgente, su finalidad y limitaciones, así como la necesidad de actuar sin dilaciones, obligación que recae sobre la organización sanitaria contratante de un seguro voluntario de asistencia médica. No siempre resulta fácil determinar en qué momento se produjo la negligencia y a quién incumbe, pero la inversión de la carga de la prueba hace recaer ésta en la parte demandada. Parece equitativo excluir la responsabilidad personal de los facultativos en favor de la institucional. Sentencia de aprobar (G.G.C.)

21. Culpa extracontractual: Atropello de conserje de hostel por autor desconocido: Uso doloso de vehículo para cometer delito: Derecho aplicable.—En el presente procedimiento se ha cuestionado la interpretación y consiguiente aplicación de las exclusiones contenidas en los artículos 1.4 del texto refundido de 29 de octubre de 2004, y 3.3 del RD de 12 de enero de 2001, vigentes el 7 de febrero de 2005 cuando ocurrió el accidente. El primero contiene una remisión expresa al desarrollo reglamentario posterior respecto de los conceptos de vehículo a motor y hecho de la circulación, precisando respecto al último que «no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes». Cuando ocurrieron los hechos la norma reglamentaria de referencia era el artículo 3.3 del RD de 12 de enero de 2001, según el cual: «Tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes. En todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el código penal como constitutivo de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el artículo 383 del CP». En interpretación de ambos preceptos, y respecto de los artículos 1.1, 19, 73 y 76 LCS, en relación con la cobertura de los seguros obligatorios, incluyendo los supuestos en que debe responder el Consorcio de Compensación de Seguros, y la posibilidad de que el asegura-

dor pueda quedar liberado de responsabilidad en caso de dolo también respecto del tercero perjudicado, la Sala 2.^a Tribunal Supremo fijó, por acuerdo adoptado en pleno no jurisdiccional de 14 de abril de 2007, el criterio de que: «no responderá la aseguradora, con quien se tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil, cuando el vehículo de motor sea el instrumento directamente buscado para causar daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor». Este nuevo criterio supuso eliminar la exigencia de que el hecho enjuiciado constituyera una «acción totalmente extraña a la circulación», que se había mantenida hasta entonces por la jurisprudencia penal. El nuevo criterio ha sido recogido por la jurisprudencia penal posterior (SSTS, Sala 2.^a, de 10 de mayo de 2007, 7 de octubre de 2009 y 16 de abril de 2011).

Exoneración del Consorcio.—En el presente caso, ni el Juzgado de Primera Instancia ni la Audiencia Provincial fundaron su razón decisoria sobre la inexistencia de hecho de la circulación, sino que sustentaron sus conclusiones en la prueba documental y testifical practicada en sede civil, de modo que ambos órganos judiciales alcanzaron la convicción de que el atropello no fue imprudente sino intencionado, por haber sido utilizado el vehículo como instrumento delictivo, y que para alcanzar esa conclusión se apoyaron en la libre valoración de la prueba practicada, especialmente el atestado y la declaración testifical, sentando unas premisas de índole fáctica, que no pueden ser desvirtuadas en casación. El motivo del recurso soslaya los hechos probados cuando argumenta subsidiariamente que el vehículo salió y entró de nuevo en el *parking*, y que en su recorrido el conductor no pudo ver a su víctima, lo que convierte el hecho en accidental y resultado del uso del vehículo para el fin propio de desplazarse de un lugar a otro, circunstancias que obligan a la aseguradora a responder frente al tercero perjudicado. Sin embargo, la Audiencia Provincial deja sentado que los testimonios de los testigos y del propio perjudicado fueron coincidentes en lo relativo a que, al menos uno de los ocupantes del vehículo, era uno de los que previamente habían agredido al conserje, y este dato, unido a que la maniobra de salida y entrada en el *parking* fue realizada sin solución de continuidad, permite razonablemente entender, que el conductor desconocido no tuvo intención de desplazarse con el vehículo, sino que fue en todo momento su única intención atropellarle, sirviéndose del vehículo como instrumento para este fin. En su virtud, cabe concluir que la utilización del vehículo para la comisión de un delito doloso contra las personas exonera de responsabilidad al Consorcio en el ámbito del seguro obligatorio, que le es propio. **(STS de 9 de marzo de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Los hechos enjuiciados son el episodio final de un oscuro suceso ocurrido en la puerta de entrada de un Hostal valenciano con intervención de varios sujetos no identificados, componentes, al parecer, de una banda de ciudadanos lituanos que actuaban violentamente. La víctima fue el conserje del Hostal, objeto de graves agresiones físicas a la entrada del mismo, y ulteriormente perseguido por un vehículo que le atropelló y se dio a la fuga. La imposibilidad de descubrir a los autores explica el planteamiento de la demanda ejercitada, en último término, contra el Consorcio, quien, curiosamente, encarga a detectives privados la aclaración de

los hechos realmente ocurridos. En ambas instancias la demanda fue desestimada, y lo mismo ocurrió con el recurso de casación. Parece plenamente conforme a la normativa vigente la s. extractada (G.G.C.)

22. Accidente de circulación: Lesiones graves por colisión frontal de turismo con ciclomotor: Defectos procesales: Incongruencia.—Es doctrina jurisprudencial que no hay incongruencia omisiva cuando el silencio judicial puede, razonablemente, interpretarse como desestimación implícita, y así lo ha venido señalando esta Sala tanto al amparo del artículo 359 LEC 1881, como al de la LEC 2000, de forma que la respuesta judicial solo es incongruente por falta de argumentación concreta acerca de una cuestión cuando «no cabe entender que hay una desestimación implícita derivada claramente de lo razonado en el cuerpo de la resolución» (SSTS de 1 de abril de 2008 y 29 de septiembre de 2010). También se ha declarado reiteradamente que las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruentes, al entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito (STS de 18 de marzo de 2010, con cita de otras anteriores).

Deber de motivación: «Fórmula de Balthazard».—Siguiendo la doctrina de la STC de 25 de junio de 1992, la exigencia constitucional de motivación no impone ni una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino únicamente que la respuesta judicial esté argumentada en derecho y que se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate (así SSTS de 26 de mayo, 27 y 30 de junio de 2011, entre las más recientes); y ello al margen de que pueda ser escueta y concisa, de modo que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 CE. Aunque también se ha declarado que si bien la denuncia de la vulneración del artículo 218.2 LEC, sobre el requisito de la motivación de las sentencias, no es precepto adecuado para sustentar la revisión de la valoración probatoria (SSTS de 15 de junio, 2 de julio, 30 de septiembre y 6 de noviembre de 2009), constituye doctrina jurisprudencial que sí resulta posible por ese cauce denunciar una falta de motivación de la valoración probatoria, o una mera apariencia de motivación que la vicie de arbitrariedad (SSTS de 8 de julio de 2009 y 26 de octubre de 2011). La última resolución citada declara expresamente que cuando la sentencia recurrida no explicita suficientemente las razones fácticas y jurídicas que permitieron concluir que no hubo error de derecho en la aplicación de la fórmula legal prevista para el cálculo de la puntuación total para las secuelas concurrentes (usualmente denominada *fórmula de Balthazard*), incurre en un defecto cuya denuncia tiene adecuado encaje en el defecto procesal de la falta de motivación, aun cuando quede reservado al recurso de casación verificar, como cuestión sustantiva que es, si en la fórmula legal para las secuelas concurrentes se respetó o no la referida norma y los criterios de interpretación sentados al respecto por los tribunales.

En el presente caso el motivo debe estimarse con relación a esta cuestión porque, partiendo de la valoración individual que mereció cada secuela —cuestión fáctica, no susceptible de revisión en casación— la parte recurrente centra exclusivamente su discrepancia en la explicación dada por la Audiencia Provincial sobre la inexistencia de error en la aplicación de la norma jurídica contenida en el anexo, por entender que la sentencia no explicita sufi-

cientemente las razones jurídicas que permitieron concluir que no hubo error, lo que tiene adecuado enaje en el defecto procesal de la falta de motivación.

Consignación para recurrir: Doctrina del TEDH.—Constituye jurisprudencia reiterada que la consignación prevista en el artículo 449.3 LEC, no tiene el carácter de abono anticipado de la indemnización, como se deriva de la dicción de la norma, y del hecho de que la consignación es compatible con que pueda procederse a la ejecución provisional de la sentencia, y que dicha consignación tiene carácter de carga para ejercitar un acto procesal con una finalidad de garantía, para hacer posible el cumplimiento inmediato de la sentencia firme y asegurar la seriedad de la acción.

Las SSTEDH de 21 de septiembre de 1994 (*asunto Fayed contra el Reino Unido*), 16 de noviembre de 2006 (*asunto Bellet contra Francia*), y de 16 de noviembre de 2009 (*asunto Ferré Gisbert contra España*) han establecido una doctrina según la cual, si bien el derecho de acceso a los Tribunales no es absoluto y puede estar sujeto a limitaciones implícitamente admitidas, particularmente en cuando a las condiciones de admisibilidad de un recurso, estas limitaciones no deben restringir el acceso que se permite a cada persona de tal manera o hasta tal punto que perjudique a la misma esencia del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que se traduce en que se entiendan justificadas solo si tienden a un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende alcanzar (doctrina de la que se ha hecho eco la STS de 3 de febrero de 2011). También ha declarado la STDH de 11 de octubre de 2001 (*asunto Rodríguez Valin contra España*) que la regulación relativa a la interposición de un recurso trata de garantizar la buena administración de la justicia y el respeto, en particular, del principio de la seguridad jurídica; aunque en ocasiones la aplicación por los tribunales internos de formalidades a respetar para interponer un recurso puede vulnerar el derecho de acceso a un tribunal cuando la interpretación de la legalidad ordinaria es demasiado formalista y llega a impedir, de hecho, el examen a fondo del recurso ejercido por el interesado (STDH de 13 de octubre de 2009, *asunto Ferré Gisbert contra España*).

Desde esta óptica debe interpretarse la carga procesal de consignar para recurrir en los procesos seguidos para la reclamación de las indemnizaciones de accidentes de la circulación, previsto en el artículo 449.3 LEC, cuyo precedente inmediato se encontraba en la DA primera 4, LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal. Dicha carga se enmarca en las tendencias internacionales de protección a la víctima, y según ha declarado esta Sala, tiene la finalidad de conseguir la agilización de esta clase de procesos civiles evitando, en lo posible, la formulación de recursos infundados o meramente dilatorios que alarguen, en perjuicio de las víctimas, el abono de las cantidades que les han sido reconocidos por sentencia, de manera que se disminuyan los efectos que en el tiempo ocasiona la tramitación de los recursos devolutivos. Esta función justifica la compatibilidad de la consignación previa con el espíritu del artículo 24 CE siempre que su interpretación sea ponderada atendiendo en cada caso a las circunstancias concurrentes para evitar una mecánica aplicación del mismo que lo convierta en un obstáculo formalista y desproporcionado en sus consecuencias, con relación a su propia finalidad (SSTC de 25 de abril de 1994, 30 de junio de 1998 y 13 de diciembre de 1999).

Nueva sentencia sobre el fondo por estimación parcial del recurso extraordinario por infracción procesal.—La sentencia ratifica la decisión del Juzgado de Primera Instancia de computar por separado las secuelas que

no se localizaron en la cabeza (cadera dolorosa, protusión discal y síndrome postraumático cervical), en cuanto que entiende que se habrían producido igual de llevar el casco, y las secuelas de la cabeza (alteración de la respiración nasal por fractura de tabique, hipoacusia bilateral, pérdida de agudeza visual, epilepsia postraumática, trastorno orgánico de la personalidad de carácter moderado, fractura de cuatro incisivos, limitación de la apertura de la articulación temporomandibular de carácter leve), que, por el contrario, se vieron agravadas por no llevarlo, y por consecuencia, entiende que son las únicas a las que debe afectar el porcentaje reductor del 25%, por culpa de la víctima. En aplicación de este criterio, la Audiencia Provincial confirma la decisión de primera instancia de fijar la puntuación global de las secuelas situadas en la zona alta de la cabeza, afectadas por la reducción (incluyendo los 15 puntos de perjuicios estéticos), en un total de 86 puntos, y en 13 puntos, las producidas en el resto del cuerpo. Con este modo de proceder, que carece de amparo legal o jurisprudencial, se lesionan los intereses del perjudicado, directamente, porque la aplicación de la *fórmula de Balhazard* tal y como se desprende del sistema, esto es, sobre el conjunto de secuelas, sin hacer distinción por razón de su localización corporal, permite obtener un resultado superior al que resulta de su puntuación por separado, e indirectamente, porque dicho criterio impide aplicar el factor corrector de daños morales complementarios, al no superarse los 90 puntos de puntuación global, mientras que de no hacerse tal distinción, sí concurre el referido supuesto de hecho normativo del que depende su aplicación.

Perjuicios estéticos.—La sentencia infringe igualmente el Sistema de Valoración por omitir el debido redondeo al alza y por adicionar los puntos por perjuicios estéticos únicamente a la puntuación resultante de las secuelas localizadas en la cabeza. En este último aspecto resulta de aplicación la doctrina dictada sobre el régimen vigente anterior a 2003, que declaró procedente sumar aritméticamente los puntos por perjuicios estéticos a la puntuación global de la totalidad de las secuelas fisiológicas concurrentes, obtenida mediante la correcta aplicación de la fórmula legal.

Daño moral complementario.—Por lo general la indemnización del daño moral queda comprendida en las cantidades que se conceden para el resarcimiento de los diferentes conceptos susceptibles de indemnización con arreglo al Sistema de Valoración. Su indemnización por separado sólo es posible en aquellos supuestos en que la ley lo concibe expresamente como un concepto independiente. Tal es el caso de daños morales complementarios mencionados en la Tabla IV, para el supuesto de que una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90 puntos, lo que ocurre en este caso; a la suma procede aplicar el porcentaje reductor del 25% por culpa de la víctima.

Doctrina jurisprudencial sobre la consideración como deuda de valor de la indemnización derivada de los accidentes de circulación.—A partir de las SSTS, del Pleno, de 17 de abril de 2007, números 429 y 430/2007, es doctrina jurisprudencial que *los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en 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*. Doctrina que se ha reiterado por la jurisprudencia posterior (últimamente en SSTS de 9 de febrero, 19 de mayo y 26 de octubre de 2011).

(STS de 30 de abril de 2012; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Sentencia importante por la invocación de la doctrina del TEDH en relación con la *ratio* de la consignación previa para recurrir en casación que se trata de reforzar, por el elevado *quantum* de las indemnizaciones reclamadas y concedidas definitivamente, así como por la notable y reiterada presencia de operaciones y fórmulas matemáticas en los FD (id est, *fórmula Balthazard*: sobre ésta véase el comentario de Del Olmo García, a STS de 26 de octubre de 2011, en *ADC*, 2012, pp. 1420 y ss.), sin olvidar la minuciosa descripción médica de las secuelas derivadas de la colisión del turismo con la moto, originando una resolución densa y compleja, desusadamente extensa (28 pp.), plagada de tecnicismos, de la Sala 1.ª Fallo, por lo demás, convincente en su argumentación jurídica (*G.G.C.*)

23. Aplicación del factor corrector por perjuicios económicos de la tabla V del baremo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.—A diferencia de lo que ocurre con el caso de las secuelas, donde la Tabla IV del baremo impone aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos a toda víctima en edad laboral, aunque no se prueben ingresos, esta previsión no aparece en relación a los perjuicios económicos ligados a incapacidad temporal de la Tabla V. Sin embargo, el Tribunal Supremo (SSTS de 18 de junio de 2009 y 20 de julio de 2011) ha considerado que, por analogía, debe aplicarse a los días de baja el factor de corrección en el grado mínimo de la escala correspondiente al factor de corrección por perjuicios económicos en caso de lesiones permanentes respecto de la víctima en edad laboral que no acredita ingresos. No obstante, dado que el factor corrector señalado por la Ley tiene carácter máximo, y que no se establece limitación alguna dentro del abanico fijado por el legislador, dicha analogía no justifica que el porcentaje aplicado deba ser el máximo correspondiente a dicho grado, sino que cabe que el tribunal conceda un porcentaje inferior, valorando las circunstancias concurrentes en el caso examinado y los perjuicios económicos de diversa índole que puedan presumirse o haberse acreditado, en aras al principio de total indemnización de los daños causados consagrado en el Anexo primero.⁷, en que se inspira el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. No es necesario, por tanto, la prueba de existencia de ingresos en el momento del accidente, siendo suficiente con la mera circunstancia de que la víctima se encontrara en edad laboral en el momento del accidente. (STS de 30 de abril de 2012; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Producido accidente de circulación, el damnificado, de cuarenta y dos años de edad, ejercita la acción directa del artículo 76 LCS. La compañía aseguradora demandada reconoce la forma de producción del accidente y el aseguramiento por su parte, pero se muestra disconforme en cuanto al importe de la indemnización solicitada. Quedando acreditado en el pleito que el demandante se encontraba, en el momento de la producción del accidente, en

situación de desempleo, y que percibía subsidio derivado de su actividad como especialista en construcción; que había desempeñado temporalmente funciones de monitor de pintura, sin percibir, voluntariamente, ingresos por ello; y que, finalmente, había percibido con posterioridad al accidente una pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual (la relacionada con la construcción), la cuestión que plantea la aseguradora sobre la cuantía indemnizatoria se centra en determinar cómo debe aplicarse el factor de corrección por secuelas permanentes que impiden totalmente la realización de las tareas de la ocupación o actividad habitual del incapacitado, dada su situación de desempleo en el momento de la producción del accidente (Tabla V del baremo del anexo del texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor).

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimando la demanda, pero no concede indemnización por perjuicios económicos ligados a la incapacidad temporal, pues, aunque la víctima estaba en edad laboral al ocurrir el accidente, se encontraba ya en situación de desempleo y, si bien desempeñaba actividades de pintura a tiempo parcial, no recibía remuneración alguna por las mismas, por lo que aprecia la sentencia que no concurren circunstancias que justifiquen la fijación de una indemnización en mayor importe. Interpuesto recurso de apelación por el demandante y por la entidad aseguradora, la Audiencia Provincial estima parcialmente el primero y desestima el segundo, incrementando la cuantía indemnizatoria en atención a los gastos farmacéuticos, de desplazamiento y de manutención del damnificado. Considera, sin embargo, que no procede fijar indemnización en concepto de factor de corrección por incapacidad temporal, puesto que tal factor no se devenga automáticamente, sino que exige que se acrediten ingresos, y porque, encontrándose la víctima en situación de desempleo cuando se produjo el siniestro, no ha resultado acreditado que, en ese momento, sus ingresos económicos fueran superiores a la indemnización básica que contempla el baremo ya referido por este concepto.

Contra esta sentencia interpone recurso de casación el demandante en primera instancia, alegando la incorrecta aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos contenido en la Tabla V del baremo, al estimar que su aplicación procede automáticamente, por encontrarse la víctima en edad laboral, aún cuando no haya acreditado ingresos.

NOTA.—Téngase en cuenta la STC 181/2000 que se refiere a la posibilidad de prescindir del apartado B de la Tabla V del mencionado baremo en supuestos de culpa relevante. La mencionada sentencia declaró la inconstitucionalidad del apartado señalado, entre otras razones, por no ser apto para atender la pretensión de resarcimiento por lucro cesante de las víctimas con arreglo a la prueba suministrada en el proceso e infringirse, con ello, el derecho a la tutela judicial efectiva. Tal inconstitucionalidad, no obstante, sólo afecta a los supuestos en que se acredite que el conductor responde en virtud de culpa relevante. Por tanto, allí donde no haya culpa relevante, la indemnización por perjuicios económicos quedará limitada por lo establecido en el apartado B de la Tabla V del bare-

mo; donde tal culpa concorra, por el contrario, el importe de la indemnización vendrá determinado por los perjuicios efectivamente probados, si son superiores. (A. M. M.)

24. Culpa extracontractual: Colisión de trailer con motocicleta: Muerte de los ocupantes de ésta: Demanda contra aseguradora de la moto: Legitimación para reclamar indemnización: Atribución por vía analógica de la condición de perjudicado al menor, primo hermano de la víctima, que convivía con ella en acogimiento familiar permanente.—Para no excluir del derecho a recibir indemnización a los perjudicados no comprendidos en las tablas de los baremos, doctrina y jurisprudencia han resuelto amparar la reclamación de tales perjudicados atípicos en atención a diversos criterios que van, desde considerar que el Sistema de Valoración (SV) sólo vincula en la cuantificación pero no contiene una lista cerrada de todos los posibles perjudicados con derecho a indemnización, a entender que cabe tomar en consideración circunstancias excepcionales para acordar indemnizaciones a su favor, o a considerar que cabe eludir la preterición de perjudicados a través de una interpretación sistemática o incluso analógica, del SV.

En cuanto a la posible interpretación analógica, pese a que el SV omite cualquier referencia a los criterios clásicos de interpretación, no puede obviarse que el propio texto legal contiene dos referencias indirectas a la analogía, en un caso para prohibirla y en otro para admitirla. Así en la Tabla IV se prohíbe aplicar analógicamente el factor corrector de daños morales complementarios a toda secuela o conjunto de secuelas concurrentes que, sin alcanzar la puntuación exigida, tengan una importancia tal que permita apreciar identidad de razón. Por el contrario, en la nota 2 de la Tabla I se afirma que «las uniones conyugales de hecho consolidadas se asimilarán a las situaciones de derecho». De ambos preceptos cabe extraer la conclusión que, como toda norma jurídica, el SV es susceptible de interpretación acudiendo a los criterios del artículo 3 CC y, en su caso, a la integración analógica de las normas que admite el artículo 4.1 CC. Por tanto, lejos de no ser posible, la integración analógica resulta obligada, siempre que no se trate de normas prohibitivas o imperativas, pues sin dicha aplicación analógica resultaría ineficaz el principio de la total indemnidad que constituye la base del CV y el mismo programa en el Anexo 1.º, 7 de la Ley de Circulación de Vehículos a Motor.

En el caso que nos ocupa (Grupo IV de la Tabla I, víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes) la analogía abre la posibilidad de equiparar por identidad de razón, la situación legal de los hermanos menores de edad convivientes con la del primo hermano que convivía con la víctima en régimen de acogimiento, siempre que se demuestre o no se cuestione tal convivencia. De conformidad con el artículo 173.1.º CC, el acogimiento familiar «produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral». Por su parte, el artículo 172.4 CC, en relación con las medidas de protección, establece que se buscará siempre el interés del menor, sintagma de carácter absoluto que refleja la superior jerarquía que el ordenamiento, tanto constitucional como internacional, atribuye al principio *favor minoris*, que debe presidir cualquier resolución en materia de protección de menores. En consecuencia, ha de estarse a ese fin protector, que se predica de todo menor por igual y sin distinción,

como factor a considerar para apreciar la identidad de razón que permita equiparar la situación del hijo menor de edad con la del menor acogido en orden a reconocerle una indemnización por fallecimiento de un familiar. Los vínculos afectivos resultan más acusados cuando de menores se trata, por la importancia que para el desarrollo de su personalidad tienen los referentes paternos y familiares, y esos vínculos, en particular con los hermanos, resultan más estrechos cuando se trata de alguien que ha perdido a sus padres biológicos. No existen razones objetivas para considerar que tales vínculos, que la ley presume respecto de la víctima para los hermanos menores de edad, no se traben con la misma intensidad por quien vive en régimen de acogimiento en análoga relación de afectividad, lo que permite presumir de condición de sujeto pasivo de un daño moral ligado a la pérdida del ser querido.

En el presente caso se declara que el reclamante era menor de edad en el momento de fallecer su primo hermano biológico, que desde que nació (20 de enero de 1995) se encontró sometido a la guarda de hecho de sus tíos, y en el momento del accidente figuraba en régimen de acogimiento familiar permanente (administrativamente formalizado), y, además, convivía en unidad familiar con sus tíos acogedores y con todos su primos, entre los que se encontraba el fallecido en el accidente. Consta acreditada también una convivencia continuada con este primo desde el nacimiento, que subsistía al tiempo del accidente. Cabe añadir una relación de afectividad equiparable analógicamente a la que surge entre hermanos, que por esta razón se presume, y que fue alimentada por la convivencia derivada de la situación de desamparo, teniendo en cuenta la necesaria búsqueda de referentes familiares que suplan la ausencia de padres biológicos, y, en suma, por la dependencia del menor desde los puntos de vista afectivo y material.

Todos estos factores determinan que se tenga por existente el perjuicio moral del reclamante derivado de la muerte de su primo hermano, y que, por mor de su convivencia y vinculación afectiva *more fraterno* con la víctima del accidente de circulación, no exista obstáculo para reconocerle, por vía de interpretación analógica, idéntica legitimación activa como perjudicado que la que se reconoce a los hermanos menores de edad que convivan con la víctima en el Grupo IV de la Tabla I, respecto de víctimas fallecidas sin cónyuge ni hijos con ascendientes.

Concurrencia de culpas: Ocupante de moto sin casco: Reducción del 50% de la cuantía de la indemnización a familiares.—Constituye jurisprudencia reiterada que corresponde al Tribunal de instancia fijar el grado de participación de los distintos agentes en la producción del resultado dañoso a los efectos de determinar las cuotas de responsabilidad por concurrencia de culpas, estando constreñida su revisión en casación a los supuestos de grave desproporción o defectuosa apreciación del nexo causal; en dicha labor el tribunal debe partir de los hechos probados, los cuales no pueden ser alterados en casación.

El motivo no puede prosperar porque según los hechos probados, las lesiones que desencadenaron el fatal desenlace fueron las que incidieron en la cabeza (traumatismo craneo-encefálico abierto), siendo las restantes lesiones en otras partes del cuerpo, aunque gravísimas, no causalmente determinantes del fallecimiento, en opinión del médico forense. De esta base fáctica, de la que debe partirse en casación, no se desprende ni que la Audiencia Provincial se equivocase a la hora de vincular el fallecimiento con el no uso del casco —en la medida en que uso podría haber evitado las lesiones que lo

determinaron desde el punto de vista médico–, ni que, en tales circunstancias, la responsabilidad por mitad de la responsabilidad entre conductor y ocupante incurra en una desproporción tan grave que justifique su revisión por esta Sala.

Recargo por intereses moratorios.–Fue correcta la decisión de la Audiencia Provincial de no imponer el recargo por mora del artículo 20 LCS, ante la existencia de razones que permiten reputar justificada la negativa de la aseguradora a cumplir su deber de satisfacer la prestación en plazo:

a) incluso aunque se entienda que el pleito civil no ha resultado imprescindible para eliminar una incertidumbre racional sobre la verdadera causa del siniestro –en tanto que desde un primer momento se apreció la incidencia en el resultado de la conducción negligente del conductor de la motocicleta asegurada–, no puede obviarse que al fallecer éste por el accidente, y extinguirse con su muerte su posible responsabilidad criminal, el procedimiento penal no se dirigió contra dicho conductor sino únicamente contra el del camión contrario, de forma que Seguros Vitalicio no se personó en las actuaciones penales, ni, consecuentemente, tampoco se dictó título ejecutivo contra dicha entidad aseguradora sino contra el Consorcio de Compensación de Seguros, al creerse, equivocadamente, que la moto carecía de seguro en el momento del siniestro por encontrarse suspendido debida al impago de la prima;

b) Esta última cuestión resultó igualmente controvertida en el pleito civil en el que se dirigió por primera vez demanda contra la aseguradora recurrida, cuya tramitación, en consecuencia, y en vista de las razones esgrimidas, debe reputarse necesaria para acabar con la incertidumbre suscitada respecto del derecho de los familiares del ocupante a reclamar la indemnización que legalmente les correspondía de ser considerados perjudicados, pues solo con la sentencia de apelación quedó descartado el impago de la prima y pudo descartarse la excepción personal determinante de la suspensión de cobertura que la aseguradora entendía oponible al asegurado fallecido y a sus familiares; y

c) Todo lo cual permite concluir que si la aseguradora se negó a cumplir o demoró en exceso el cumplimiento de sus obligaciones no fue únicamente por considerar excesiva la indemnización solicitada, o por discrepar del grado de culpabilidad atribuido, sino que puede afirmarse que su negativa se asentó en una duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar, que lejos de derivar de una confusa u oscura redacción de las cláusulas de la póliza –pues de ser así tampoco había razón para justificar su conducta– trae causa directa del cuestionamiento mantenido en la instancia respecto de la vigencia de la póliza suscrita al tiempo de ocurrir el accidente. (STS de 26 de marzo de 2012; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–Aunque hay varios protagonistas en el hecho luctuoso la acción ejercitada se concreta sólo respecto de algunos eventuales responsables. Hay una colisión entre un camión-trailer y una moto con dos ocupantes que fallecen en el accidente. En el juicio de faltas se absuelve al conductor del camión. Se observa indecisión posterior de los familiares del ocupante de la moto, propietario de ésta, causada por una información inexacta del FIVA relativa a la suspensión del seguro por impago de la prima; lo que

explica la demanda inicial acumulada contra el Consorcio, quien resulta absuelto. Finalmente el recurso de casación se dilucida entre la aseguradora de la moto y los familiares del ocupante.

NOTA.—Es una novedad atribuir la condición de perjudicado, a efectos de la aplicación del Sistema de Valoración en materia de indemnización por accidentes de circulación, al menor acogido por la familia del fallecido propietario de la moto. El TS *ex abundantia* acumula argumentos para justificar la legitimación de aquel por vía analógica. [En la doctrina reciente *cfr.* Cerdeira Bravo de Mansilla, *Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines*, ADC, 2012, p. 1001 y ss.]. También hace aplicación del novedoso concepto de *vinculación afectiva* «*more fraterno*», acaso innecesario porque en el caso se trataría más bien de la relación entre hermano mayor y hermano menor, en la que aquél parece «hacer de padre» en el seno de una familia acogedora. Cierta novedad, por su poca frecuencia en la práctica casuística, es negar en el caso los intereses moratorios dada la concurrencia de circunstancias justificativas de la conducta de la aseguradora, solución de aprobar (G.G.C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

25. Legitimación activa del Presidente para instar acciones judiciales en defensa de la Comunidad de propietarios.—La representación del Presidente de una Comunidad tiene por base la ejecución de acuerdos de la Junta sobre asuntos de interés general para los propietarios (art. 13.3 LPH). La voluntad del Presidente no suple, corrige o anula la de la Junta. Ello, junto con el carácter imperativo de las normas sobre Propiedad Horizontal, trata de impedir que su voluntad personal sea la que vincule a la Comunidad.

La LPH únicamente exige, de modo expreso, el acuerdo previo para que el Presidente pueda ejercitar acciones judiciales en defensa de la Comunidad de Propietarios en los supuestos concretos de acción de cesación de actividades prohibidas por los estatutos que resulten dañosas para la finca (art. 7.2 LPH) y de reclamación de cuotas impagadas (art. 21 LPH). Ahora bien, eso no significa que dicha facultad de representación que se atribuye de modo genérico al Presidente le permita decidir unilateralmente sobre otros asuntos (ej.: la realización de obras en elementos privativos de un comunero que comporten alteración o afectación de los elementos comunes). Por tanto, el acuerdo previo también será necesario en los casos en los que los estatutos de la Comunidad expresamente lo prevean o en el supuesto en el que el Presidente ejercite acciones judiciales no en calidad de tal, sino individualmente como copropietario. (STS de 27 de marzo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una Comunidad de Propietarios formula demanda solicitando que se declarase que las obras de ampliación ejecutadas por la demandada en su vivienda ático (supresión del muro de cerramiento y sustitución de éste por una gran cristalera) alteran la fachada, y la condenase a deshacer todo lo realizado. La demandada excepcionó falta de legitimación activa del Presidente de la

Comunidad, y, en cuanto al fondo del asunto, alegó que no se había ampliado la vivienda incorporando a la misma parte de la terraza común y que tal cerramiento no afectaba a la estética del edificio.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. Concluyó que el Presidente se hallaba legitimado activamente para accionar en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios demandante y que las obras realizadas por la demandada eran contrarias a Derecho al no haber sido autorizadas previamente por la Comunidad.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirmó íntegramente la sentencia recurrida. Por lo que respecta a la falta de legitimación activa del Presidente, entendió que, pese a que la Comunidad no había autorizado mediante acuerdo al Presidente para ejercitar acción frente a la demandada, no se precisaba de tal acuerdo para que éste actuase en defensa de aquélla. En cuanto al fondo del asunto consideró que las obras objeto del pleito eran ilegales al afectar a elementos comunes y no estar autorizadas.

El recurso de casación se interpuso por la parte demandada, alegando la infracción de los artículos 14.e), 13.3 y 7.1 LPH y 7 CC. El Tribunal Supremo entiende que el Presidente, para ejercitar acciones en defensa de la comunidad, tendrá que estar autorizado por acuerdo válidamente adoptado en Junta, salvo que actúe como copropietario o los estatutos expresamente le legitimen, supuestos no concurrentes en el presente caso. Ante la falta de acuerdo que sustente la actuación del Presidente, la conclusión ha de ser la de falta de legitimación activa de éste para formular la demanda interpuesta en defensa de la Comunidad. Al declarar esta falta de legitimación, el Tribunal Supremo no entra a conocer el fondo del asunto.

NOTA.—El artículo 13.3 LPH establece que el Presidente ostenta por Ley la representación de la Comunidad en todos los asuntos que la afecten. Sin embargo, es necesario que el Presidente obtenga el acuerdo de la Junta para actuar en tales asuntos. El Tribunal Supremo tradicionalmente ha venido negando que la falta de autorización de la Junta pueda invalidar la eficacia de la actuación del Presidente frente a terceros. Ahora bien, sí ha entendido necesario el acuerdo de la Junta cuando la actuación del Presidente tenga como consecuencia la alteración de elementos comunes o la modificación del título constitutivo o de los Estatutos. En el ámbito procesal, la jurisprudencia anterior a la Ley 8/1999 ha adoptado distintas posturas: 1) unas veces ha desestimado la excepción de falta de legitimación del Presidente actor en base al artículo 12 de la Ley de 1960 (SSTS de 3 de febrero de 1983, de 29 de abril de 1985 y de 15 de enero de 1988 y); 2) otras veces, valorando previamente el resultado favorable de la acción entablada, ha basado la legitimación del Presidente sin acuerdo de la Junta en su condición de copropietario y en que dicha actuación redundaba en beneficio de la comunidad (SSTS de 10 de junio de 1981, de 28 de marzo de 1985, de 9 de julio de 1986, de 23 de mayo de 1989 y de 28 de octubre de 1991). La evolución posterior de la jurisprudencia ha ido en el sentido de limitar ese poder representativo del Presidente y en exigir, cada vez con mayor extensión, el acuerdo de la Junta como

requisito para su legitimación, incluso en aquellos supuestos en los que anteriormente no era necesario. Además, el Tribunal Supremo ha indicado en varias ocasiones que la representación del Presidente no tiene un contenido en blanco que supla la voluntad de la Junta ni implica un vacío de competencias de ésta. Entre otras, cabe destacar: SSTS de 6 de marzo de 2000, 11 de diciembre de 2000, de 20 de octubre de 2004, 19 de octubre de 2011 y 27 de marzo de 2012. (S.L.M.)

26. Ámbito de aplicación del límite sobre reproducciones provisionales (art. 31.1 LPI).—El artículo 31.1 LPI contiene un límite al derecho exclusivo de reproducción de los autores. El mismo estaba establecido en el artículo 5.1 de la Directiva 2001/29, de derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI), como un límite de transposición obligatoria en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Según este precepto, no necesitarán autorización del autor las reproducciones que carezcan de significado económico independiente, que sean transitorias o accesorias, y que formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad sea facilitar la transmisión en red entre terceras personas por un intermediario o bien una utilización lícita de una obra. La navegación por Internet supone la realización de copias caché de las páginas web accedidas. Algunas veces son tan transitorias y provisionales, que cabe ampararlas en este precepto.

El sistema cerrado de límites a los derechos de autor.—El legislador español ha previsto una enumeración cerrada de límites a los derechos de autor, sin que quepan más de los que allí la LPI establece. El artículo 40bis LPI contiene la llamada «regla de los tres pasos». Según esta norma, los límites sólo cabe aplicarlos en ciertos casos especiales, siempre que no causen un perjuicio a la explotación normal de la obra y no atenten contra los intereses legítimos de los titulares de derechos. Como disposición común a todas las del Capítulo I del Título III, en el que se encuadra el artículo 31, el TS la considera como una manifestación en la LPI de la doctrina del *ius usus ino-cui*, del principio general del ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe (art. 7.1 CC), del principio general de la prohibición del abuso del derecho o del ejercicio antisocial del mismo (art. 7.2 CC) y de la configuración constitucional del derecho de propiedad como un derecho limitado. Habrá que analizar la concreta pretensión del autor para comprobar si en verdad la reproducción de su obra puede causar algún perjuicio a sus intereses legítimos, por remoto o indirecto que sea este perjuicio, o bien atentar contra la explotación normal de su obra, o por el contrario favorece esos mismos intereses y esa misma explotación, amparándose en ese caso en el límite del artículo 31 LPI.

Cuando el uso de una obra no pueda ampararse en ninguno de los límites previstos en la LPI, habrá que ver si cabe incluirlo en la cláusula general del artículo 40bis LPI, por no incumplirse ninguno de los tres requisitos. Así, los buscadores de Internet facilitan en general el acceso a las páginas web y el conocimiento de su contenido, que es la intención de los autores respecto de sus obras. Si un buscador utiliza una obra sin el consentimiento del autor, éste no puede solicitar el cierre del buscador, pues constituiría un abuso del derecho. Lo correcto a estos efectos sería solicitar la eliminación de la copia

caché o de los fragmentos de página web reproducidos en los resultados de la búsqueda.

Por otro lado, el sistema americano de límites, denominado *fair use*, es, al contrario que el español, un sistema abierto. No hay un listado cerrado de límites, sino una cláusula general donde cabe hacer uso de las obras sin consentimiento del autor siempre y cuando se respeten los requisitos apuntados en la Sección 107 de la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA). El Tribunal Supremo utiliza este precepto para amparar las copias de partes de páginas web realizadas por un buscador de Internet, dada la imposibilidad de aplicar ninguno de los límites de la Ley española. En este sentido, entiende que la aplicación en España de la doctrina del *fair use* no altera el sistema de fuentes, pues de otra manera tendría que entenderse que la doctrina del levantamiento del velo en materia de sociedades también vulnera ese sistema de fuentes por no tener su origen en España. (**STS 3 de abril de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El actor ha creado una página web de apuestas *on line*. Interpone demanda contra *Google Spain* por haber reproducido de forma no autorizada dicha página web en su motor de búsquedas (copias caché y fragmentos de la página web), obteniendo la demandada beneficios a cambio. Se solicita el cierre de *Google*, el pago de una indemnización y la publicación de la sentencia en un diario nacional.

El Juzgado Mercantil desestimó la demanda, realizando las siguientes consideraciones: 1) al ser un motor de búsqueda, sólo quedaba reproducida una pequeña parte del contenido de la página web, al objeto de orientar al usuario; 2) la reproducción por *Google* podía quedar amparada por el límite del artículo 31.1 LPI, por ser temporal y transitoria; 3) el actor, al hacer una página web, persigue su máxima difusión, algo a lo que contribuye la demandada; 4) se trata de una utilización encuadrable entre los usos sociales tolerados; 5) *Google* pone a disposición de los titulares de páginas web un procedimiento de simple solicitud por el que excluir de modo definitivo su página web de la base de datos; 6) el artículo 15 Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) excluye de responsabilidad a este prestador de servicios de intermediación.

La Audiencia Provincial confirma el fallo de la sentencia de instancia, pero utilizando distintos argumentos: *a)* cabe la aplicación del límite del artículo 31.1 LPI, al menos respecto de las copias realizadas por los robots de búsqueda de *Google* del código HTML de las páginas web visitadas periódicamente, en la medida en que se realiza para indexar la información y facilitar después las búsquedas solicitadas; *b)* en cuanto a la reproducción parcial de la página web, se trata de reproducciones tan efímeras, incidentales y mínimas, que carecen de relevancia infractora, pues se trata de facilitar al usuario la búsqueda entre los resultados obtenidos; *c)* las copias caché realizadas en los ordenadores de *Google* resultan necesarias para el funcionamiento de Internet; *d)* a la demandada se le aplicaría el artículo 17 LSSI, y no el artículo 15 LSSI; *e)* a las copias caché no les sería aplicable el artículo 31.1 LPI, pues el servicio caché no es necesario para la búsqueda, que queda cumplida con la relación de hipervínculos, si bien hay que entender que tales

actos carecen de entidad suficiente como para considerarlas infractoras de los derechos de autor; *f*) el artículo 40bis LPI permite cuestionar los límites más allá de la literalidad de los preceptos que los regulan; *g*) cabría aplicar la doctrina anglosajona del *fair use*, utilizando sus cuatro criterios (Sección 107 DMCA); *h*) se trata de trasladar a la propiedad intelectual el *ius usus inoqui* para evitar extralimitaciones absolutas; *i*) no cabe sancionar y prohibir una actividad que no sólo no perjudica al titular de derechos sobre un sitio web, sino que le beneficia; *j*) el autor ha puesto su página web a disposición del público sin restringir el acceso.

El demandante recurre en casación, recurso que es desestimado por el Tribunal Supremo sobre la base de los siguientes argumentos: 1) hay que tener en cuenta que lo pretendido por el recurrente no es que *Google* elimine de su buscador la copia caché de la página, ni los fragmentos de la página visibles al mostrarse los resultados de la búsqueda, sino el cese absoluto del funcionamiento del propio motor de búsqueda; 2) las actividades de *Google* cuestionadas se ajustan a los usos sociales tolerados; 3) de aceptarse los argumentos del demandante, impediría incluso actividades de difusión de su página web que le benefician, sin causarle ningún perjuicio, por la sola circunstancia de que se obtienen ingresos mediante enlaces patrocinados; 4) la pretensión del actor de que se cierre el buscador de *Google* se considera prohibida por el artículo 7.2 CC, como abuso del derecho de autor o ejercicio antisocial del mismo, por cuanto al amparo de la interpretación restrictiva de los límites al derecho de autor pretende perjudicar a *Google* sin obtener ningún beneficio propio, sino fama o notoriedad; 5) la existencia de enlaces patrocinados no impide la aplicación del artículo 31.1 LPI, pues la ausencia de significación económica independiente se refiere a los propios actos de reproducción; 6) la desestimación del recurso no supone la creación de una nueva excepción no contemplada en la LPI ni legitimar las actividades de *Google* por la excepción del artículo 31.1 LPI.

NOTA.—El Tribunal Supremo hace una interpretación incorrecta del sistema español de límites al derecho de autor. Como bien indica, tenemos un sistema cerrado de límites, por lo que no cabe incluir ningún otro adicional ni siquiera a través de la regla de los tres pasos (art. 40bis LPI). Tal precepto no sirve para declarar lícitos actos que no atentan contra los derechos de los autores y que no pueden cobijarse bajo ningún límite ya creado, sino para interpretar los límites que ya existen. Las copias, tanto caché como de partes de una página web, realizadas por el buscador *Google*, y por extensión por cualquier otro, no cumplen los requisitos del artículo 31.1 LPI, sobre todo porque tienen un significado independiente, que se traduce en los ingresos por publicidad que recibe el citado buscador. Ahora bien, lo anterior no significa que el autor cuya página web ha sido reproducida por *Google* pueda solicitar el cierre del buscador, algo totalmente fuera de lugar, sino que podrá solicitarle que retire de sus búsquedas la obra en cuestión. Lo normal es que los autores quieran aparecer en las búsquedas que realizan estos motores de Internet, pues permiten que las obras sean más fácil y rápidamente difundidas. Por otro lado, no cabe hacer uso de la doc-

trina americana del *fair use*, dado su carácter abierto en cuanto a los límites al derecho de autor, totalmente incompatible con nuestro sistema, como he señalado. (S.L.M.)

27. Usufructo sobre participaciones sociales. Derecho del usufructuario frente a la nuda propietaria. Prohibición de enriquecimiento injusto del nudo propietario a costa del usufructuario cuando repetidamente dejen de repartirse los dividendos. Beneficios destinados a reservas.—No cabe duda, de que el sentido general de la jurisprudencia en cuanto al derecho del usufructuario frente a la nuda propietaria, es que, el derecho del usufructuario no puede quedar vacío de contenido por el abuso de derecho del nudo propietario, y ello aun cuando la decisión de aplicar los beneficios a reservas favoreciera los intereses sociales y la acción del usufructuario se fundara bien en la prohibición del enriquecimiento injusto, bien en el artículo 1258 CC o bien en su artículo 1256 CC, que prohíbe que el cumplimiento de los contratos se deje al arbitrio de una de las partes. Éste ha sido pues el fundamento del Tribunal Supremo para el presente caso, apoyado en reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 19 de diciembre de 1974, 16 de julio de 1990, 28 de mayo de 1998 y 27 de julio de 2010). Así pues, la doble circunstancia que envuelve al presente contrato: constitución del usufructo sobre «dividendos distribuidos» y exclusión de las reglas de liquidación previstas con carácter general en el artículo 68 LSA de 1989, prescribe que, en caso de conflicto, los tribunales deban interpretar el título constitutivo del usufructo, en este caso —la escritura pública de 29 de octubre de 2000—, de un modo que el derecho del usufructuario no quede absolutamente vacío de contenido, pues según el ya mencionado artículo 1258 CC los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también, a todas las consecuencias que, «según su naturaleza, sean conformes a la buena fe»; conforme al artículo 1289 CC «si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses», y en fin, según la jurisprudencia, tanto el artículo 1258 CC como su artículo 1256 impiden que el nudo propietario pueda de hecho, mediante su voto exclusivamente o uniendo el suyo a los de otros en contra del usufructuario, vaciar de contenido el derecho del usufructo. (STs de 20 de marzo de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—G. demanda a su anterior pareja M., alegando enriquecimiento injusto en perjuicio de su derecho como usufructuario de participaciones sociales. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando al pago del monto solicitado por la parte actora. Recurrida ante la Audiencia Provincial la anterior sentencia por la parte demandada, se estimó parcialmente, revocando en el único sentido de reducir en un 25% el importe de la condena, y manteniendo los demás pronunciamientos de la misma.

Ambas partes recurrieron de casación, fundamentándose la del demandante en un solo motivo, con la finalidad de que se mantenga la cantidad acordada a su favor por la sentencia de Primera Instancia. Por su parte, la nuda propietaria demandada, interpuso recurso de casación, articulado en tres motivos, todos con la finalidad de que se desestime totalmente la demanda, a razón de lo pactado en el contrato de usufructo celebrado entre ella y el demandante, en el

que básicamente se pacta; el usufructo de las participaciones del demandante se extiende, entre otras únicamente, a las participaciones referidas, pero no a los derechos de asunción preferente que acompañan a las mismas. Ni a las nuevas participaciones sociales que la propietaria suscriba haciendo uso de dichos derechos de asunción. El usufructo otorga al usufructuario, exclusivamente, el derecho a los dividendos distribuidos por las sociedades durante el usufructo. Todos los demás derechos inherentes a la cualidad de socio corresponderán a la propietaria, particularmente los de asistencia y voto en las Juntas Generales y de asunción de nuevas participaciones en las ampliaciones de capital. Y por último, No tendrá derecho el usufructuario, en el momento de la extinción del usufructo o en el caso de liquidación de la sociedad, a participar en las reservas acumuladas por estas sociedades, durante el período de duración del usufructo. El Tribunal Supremo desestimó dicho recurso, considerando que la sentencia recurrida brinda una solución equilibrada y razonable en atención, primero, a que después de constituido el usufructo el demandante aún consintió la aplicación a reservas de los beneficios sociales del ejercicio 2000 y, segundo, al hecho probado de la conveniencia objetiva de aplicar beneficios a reservas por la política de crecimiento de las sociedades, teniendo en cuenta las reglas de extensión del usufructo sobre las participaciones sociales anteriormente señaladas.

NOTA.—El Tribunal Supremo, ha considerado aun de validez la LSA de 1951, permaneciendo intacto su sentido general de que el usufructo no puede quedar absolutamente vacío de contenido. Lo que en la realidad sucede, es que, la jurisprudencia de esa Sala hubo de suplir la imprevisión de la LSA de 1951 interpretándola conforme a las normas generales de las obligaciones y contratos en relación con las reglas del usufructo. Y si bien es cierto que la LSA de 1989 y LSRL de 1995, por remisión, arbitró un remedio expreso en el artículo 68 de la LSA de 1989, este se ha revelado insuficiente frente a actuaciones abusivas o de mala fe del nudo propietario, que deben seguir siendo evitadas por los tribunales si conducen a que el usufructo quede, de hecho, vacío de contenido. (G.A.L.)

DERECHO DE FAMILIA

28. Separación matrimonial: Pensión pactada en convenio regulador: Infracción procesal: Denegación de prueba: Indefensión.—Dice la STS de 22 de febrero de 2012 que el derecho a utilizar los medios pertinentes de prueba debe entenderse incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, pero este derecho no configura un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ni desapodera al Juez de su derecho a enjuiciar su pertinencia y sus consecuencias para la solución de la cuestión planteada. Corolario de eso es que en ningún caso podrá considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente [...] en aplicación estricta de normas legales, cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda.

En este caso, la denegación de la prueba en la segunda instancia debe considerarse correcta porque las pruebas pedidas en primera instancia y no practicadas por causa imputada a quien las solicitó (art. 460, 2, 2 LEC) no son definitivas para determinar la extinción de la pensión compensatoria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 101 CC, porque la prueba debía referirse a la fijación de la causa que motivó la pensión y no la constituye la prueba de los ingresos del marido deudor. En definitiva, no se trataba de discutir si había o no participación en los ingresos, sino si había desequilibrio: Tal como se argumentará en el examen del recurso de casación, la pensión que aquí se discute no era en puridad una pensión compensatoria, porque tiene que ver con la liquidación de los bienes gananciales, por lo que la prueba pedida no hubiera añadido ningún elemento nuevo que permitiera la alteración del resultado probatorio, en cuyo caso sí hubiera producido indefensión.

Naturaleza jurídica del convenio regulador y de la pensión pactada.— En 2002 se dicta entre las partes una sentencia de separación, con convenio regulador, que contenía la siguiente: *«Cláusula séptima.—Por el notorio desequilibrio económico que esta separación produce a la esposa, en relación con el nivel de vida que venía disfrutando constante el matrimonio, el marido se compromete a abonarle por el concepto de pensión compensatoria la cantidad de doscientas cincuenta mil pesetas mensuales [...]. Teniendo en cuenta que la esposa percibirá una remuneración mensual de aproximadamente doscientas mil pesetas (200.000) por su participación (33,33%) en la comisión del seguro de accidentes laborales contratado por MAPFRE con la compañía mercantil ALTADIS, S.A., esta situación no altera en absoluto la cuantía por pensión compensatoria que se ha fijado en su favor. Con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o comercial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo».*

Independientemente de la denominación que las partes hayan establecido para el derecho pactado en el convenio regulador, debe partirse de dos elementos reiterados en la doctrina de esta Sala: 1.º) La pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien puede afectar; se rige por el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración. 2.º) Los cónyuges pueden pactar además lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación (la STS de 31 de marzo de 2011 confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la trascendental STS de 2 de abril de 1997).

El convenio regulador es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos, como es el que ahora nos ocupa (un supuesto parecido en STS de 4 de noviembre de 2011), por lo que debe examinarse si se ha aplicado por parte de la sentencia recurrida el completo acuerdo de las partes.

De acuerdo con lo dicho hasta aquí hay que reconocer que el pacto contenido en la cláusula séptima del convenio regulador, relativo al pago de una pensión compensatoria no tuvo como función la compensación del desequilibrio económico que pudiera surgir como consecuencia de la separación, sino que tuvo otra función que aparece en dicha cláusula al decir que «con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e ini-

ciar otra vida, vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo». Esta parte del pacto no ha sido tenida en cuenta por la sentencia recurrida y constituye una expresión clara de que era voluntad expresa de ambos que la denominada pensión debía abonarse a pesar de la actividad laboral o negocial de la acreedora de dicha pensión.

De ahí se concluye que fuera cual fuera la razón y el origen de este pacto, que no se ha impugnado, la entrada en el mercado de trabajo de la esposa no permite la extinción de la pensión compensatoria pactada con estas condiciones, porque en dicho pacto no se contempla el desequilibrio, sino que se acuerda el pago de una cantidad, abstracción hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de la esposa.

En este punto la Sala debe asumir la instancia y declarar que se mantiene la pensión pactada a favor de la esposa en el convenio regulador homologado en la sentencia de 22 de enero de 2002 en el procedimiento de separación consensual. En lo demás se mantiene la sentencia recurrida de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de septiembre de 2010. (**STS de 20 de abril de 2012**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Hay cierta confusión en los hechos de la demanda interpuesta por el marido pues dice que «se acuerde la extinción de la pensión compensatoria a favor de la esposa desde la fecha de nulidad del matrimonio y subsidiariamente desde la fecha de la presentación de esta demanda» (Antecedente de Hecho 1.º). Como resulta inimaginable que se confundan los efectos de la separación con la nulidad, cabría preguntar: ¿ha habido, además, entre los cónyuges un proceso canónico o civil de nulidad del matrimonio? Lo cierto es que en ningún otro lugar de los autos se vuelva a aludir a tal eventualidad, lo que cabría atribuirlo, por tanto, a un *lapsus calami*; es curioso que tampoco los cónyuges hayan transformado su separación consensual en divorcio. Aquí estamos formalmente ante un proceso de modificación de medidas provisionales, de las que llama la atención la cuantía de la, supuesta, aparente (¿o simulada?) pensión compensatoria; la reconvenición de la esposa sobre la cuantía de la pensión alimenticia del hijo, se desestima en la instancia, y no se recurre en casación. El resultado final es dejar las cosas tal como se resolvió en la sentencia de 2002, pero con una importante aclaración técnica: No es un caso de pensión o prestación compensatoria, sino una cláusula atípica del convenio regulador; parece que se trata de un caso de alimentos pactados aludidos en la fórmula general del artículo 153 CC; aunque de no fácil encaje, por otra parte, en el contrato contemplado en los nuevos artículos 1.791 y ss. CC. Parece que existe cierta relación con los *Agreements marriage* del derecho anglosajón. El tema en profundidad no se debate en casación, aunque la aludida cláusula 7.ª del convenio parece insinuar o encubrir importantes relaciones económicas —antes y después de la sentencia— que las partes concuerdan en no desvelar en este proceso. En todo caso, la hipótesis fáctica aquí contemplada resulta poco frecuente en las crisis matrimoniales que llegan a los tribunales, y podría calificarse de que va a *contracorrente* la pactada en la citada cláusula del convenio regulador (en

la práctica suele tratarse, más bien, de *blindar* anticipadamente a una de las partes respecto a las consecuencias económicas de una futura crisis, y así se pactan minuciosamente renunciadas anticipadas a la pensión compensatoria, o se fijan topes cuantitativos o temporales a la misma etc.) Sobre la aquí cit. STS de 31 de marzo de 2011, en un caso similar, v. su extracto y anotación en ADC, 2012, p. 962-965. Puede hablarse, por tanto, de reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial sobre la validez de tales acuerdos (*G.G.C.*)

29. Divorcio: Guarda y custodia compartida: Interés del menor: Doctrina jurisprudencial.—Los criterios que han de valorarse en la atribución de la guarda y custodia compartida, han sido analizados por la STS de 8 de octubre de 2009, según la cual el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Del estudio del Derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de los respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Estos criterios deben atender a la protección del interés del menor, y así el artículo 92 debe ser interpretado con esta finalidad, sin perjuicio de que la medida que se acuerde pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior.

La revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el Juez ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (SSTS de 21 y 22 de julio de 2011), pues el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor en interés de éste.

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial al caso conduce a la desestimación del recurso por las siguientes razones: El recurrente no alega la vulneración del principio del interés del menor, único supuesto en que procede la revisión en casación. Alega que la custodia compartida puede ser solicitada también únicamente por uno de los progenitores, lo que también recoge la recurrida que requiere además el informe favorable del Ministerio Fiscal. (*NOTA: Aunque la sentencia dice que el punto está pendiente de decidir por el TC, en el momento de extractarla ha recaído ya sentencia estimatoria que elimina la regla de que el informe favorable del Ministerio Fiscal sea condicionante*). Además en el caso aquí tratado tal cuestión no resulta determinante ya que la desestimación se basó en la conflictividad entre los cónyuges para denegar la custodia. Esta última circunstancia es negada, sin más por el

recurrente, lo que supone una alteración de la base fáctica basada en que aquellos se comunican exclusivamente por mensajes de «sms». La STS de 22 de julio de 2011 ha declarado que las relaciones entre los cónyuges son relevantes para el tema cuando afectan, perjudicándolo, el interés del menor. En el presente caso la valoración conjunta de la prueba determinó que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y por confirmación la de la Audiencia Provincial, consideraran que *era más conveniente para la pequeña la atribución a la madre de la guarda y custodia, estableciendo un régimen de visitas amplio a favor del padre*. La resolución se basa, por tanto en el interés de la menor en atención a la prueba practicada. Como se señala en la STS de 3 de octubre de 2011, este Tribunal no puede entrar a valorar de nuevo la prueba practicada, sino sólo comprobar si se ha decidido teniendo en cuenta el interés del menor. Al haberse atendido en el caso planteado al interés del menor, y no haberse justificado que se haya atendido incorrectamente a este interés en función de la prueba practicada, el motivo debe desestimarse, sin perjuicio de que pueda volver a plantearse un procedimiento de modificación de medidas si concurren circunstancias para ello. (STS de 9 de marzo de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Puede verse la anotación de la STS de 7 de abril de 2011, extractada en ADC, 2012, p. 952-955, sobre la controvertida figura de la custodia compartida en el CC, que algún autor se ha apresurado a calificar de *malograda* [Tena Piazuelo, *Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿Niños «de primera»?*, en «Revista Aranzadi Civil», 2011, p. 82 y ss. pregunta razonablemente: ¿Por qué, transcurrido un lustro, las decisiones de los tribunales han conseguido alterar tan poco la realidad? La custodia de la madre es prácticamente automática, y en los casos en que se otorga al varón (9,7% de las rupturas, según el INE, para 2009) es por demérito de la mujer] (G.G.C.)

30. Divorcio: Atribución del uso de la vivienda: Derecho de las hijas mayores de edad: artículo 96 CC: Doctrina jurisprudencial.—La STS 624/2011, de 5 de septiembre, del Pleno de esta Sala distingue los dos párrafos del artículo 96 CC en relación a la atribución de la vivienda que constituye el domicilio familiar cuando los hijos sean mayores de edad. Dice que en el primer párrafo se atribuye el uso de la vivienda a los hijos «como concreción del principio *favor filii*», pero que cuando sean mayores de edad, rigen otras reglas.

Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1 CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el artículo 96 CC no depara la misma protección a los mayores.

Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1 CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 CC, respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplado en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y ss. CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquélla, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y ss. CC. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, con base en los preceptos indicados, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse no a tenor del párrafo 1.º, sino del párrafo 3.º del artículo 96 CC, según el cual: «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

Aplicando esta doctrina procede estimar el recurso interpuesto por el ex marido y progenitor de las hijas, dado que: 1.º La vivienda se atribuye a las hijas mayores de edad, sin limitación de plazo, forzando el artículo 96.3 en una especie de interpretación analógica con el artículo 96.1; 2.º La vivienda que constituyó el domicilio conyugal podría haberse atribuido a la ex-esposa con base en su propia necesidad e interés, debidamente probado, pero no se hizo; 3.º No constituye un interés digno de protección conforme al artículo 96.3 el hecho de la convivencia de la madre con sus hijas mayores, ya que éstas no tienen derecho a ocupar la vivienda que fue vivienda habitual durante el matrimonio de sus padres; 4.º En el supuesto de que las hijas mayores precisaran alimentos legales, incluyendo la vivienda, el obligado a prestarlos puede efectuar la elección del artículo 149 CC. (**STS de 30 de marzo de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—La sentencia extractada hace un profundo análisis del artículo 96 CC en relación con la denegación de la atribución *ratione matrimonii* al cónyuge no titular de la vivienda cuando los hijos son mayores, que es plenamente de aprobar ya que hasta podría configurar un verdadero abuso de derecho (como para otro supuesto lo calificó la STS de 29 de marzo de 2011, extr. en ADC, 2012, pp. 955 y ss.). En caso de necesidad de vivienda los hijos mayores disponen de la acción de alimentos legales, pero resulta preferente la protección de los menores mientras conservan esta cualidad, fundamentada en la convivencia familiar. Si con arreglo al artícu-

lo 96.3 CC el juez atribuye la vivienda al cónyuge no titular, en mi opinión el otro cónyuge no podría oponerse legalmente a que, de hecho, convivieran con el progenitor judicialmente adjudicatario, pues la dicción legal hay que entenderla así: No habiendo hijos *menores ... (G.G.C.)*

31. Régimen matrimonial primario: *Litis expensas*: Régimen vigente: Requisitos.—Las *litis expensas* aparecen reguladas en el artículo 1318.3 CC dentro de la regulación de las cargas del matrimonio. Tienen un origen jurisprudencial, derivadas del deber de alimentos entre cónyuges y justificadas en un régimen de comunidad de bienes para facilitar que la mujer pudiera litigar tanto en pleitos de separación o nulidad contra su propio marido, y también en pleitos contra terceros, siempre que redunden en beneficio de la propia comunidad. El artículo 1.318.3 CC contiene una redacción poco clara que, además, debe complementarse con el artículo 3.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que establece que los medios económicos del solicitante de justicia gratuita serán valorados individualmente, cuando «dicho solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia».

De la interpretación conjunta de ambas disposiciones, hay que llegar a las siguientes conclusiones en lo que se refiere a la aplicación del beneficio cuando un cónyuge litiga en contra del otro: 1.º Los gastos que el cónyuge acredite para seguir un litigio que sostenga contra el otro cónyuge, deben ser costeados por el caudal común. 2.º A falta de caudal común, el cónyuge que no tenga bienes propios debe acudir al beneficio de la justicia gratuita, porque sólo hay derecho a *litis expensas* a costa del otro cónyuge cuando la posición de éste impida al litigante obtener el beneficio y a la vista de lo que dispone el artículo 3.3 Ley 1/1996; en este caso la existencia de intereses familiares contrapuestos permite la valoración individual de los medios económicos del litigante, por lo que la posición económica del cónyuge «rico» no va a impedir la obtención del beneficio de la justicia gratuita. 3.º Subsidiariamente, cuando ello no sea posible, deberá aplicarse la última parte del artículo 1.318.3 CC, de modo que los gastos judiciales se «sufragarán a costa de los bienes del otro cónyuge». Es en este momento en que interviene la previsión del artículo 36.4 de la Ley 1/1996, que prevé la coexistencia de las *litis expensas* y del beneficio de justicia gratuita.

Aplicando esta doctrina al caso, debe advertirse que no consta la existencia de bienes comunes, a pesar de que las sentencias recaídas en este procedimiento parten de que no se ha procedido a la liquidación de los bienes gananciales. En el caso de que no haya bienes comunes, de lo que debemos partir, sólo debe pagar el marido si la computación de los recursos e ingresos «por unidad familiar» impidiera que la esposa pudiera obtener el beneficio de justicia gratuita, pero ello no ocurre aquí, porque: i) de acuerdo con el artículo 3.3 de la Ley 1/1996, se computan individualmente los recursos del solicitante y por ello, sólo deben tenerse en cuenta los medios propios de la esposa, y ii) partiendo de que no hay bienes comunes, debe aplicarse el segundo supuesto del artículo 1.318.3 CC y, como al objeto de obtener el beneficio de justicia gratuita sólo se valoran sus bienes, debería haberlo solicitado, lo que no efectuó.

Efectivamente, solo hay derecho a *litis expensas* con cargo a bienes privativos del otro cónyuge cuando la posición de éste impida al litigante solicitar el beneficio de justicia gratuita, y como se aprecian separadamente los

valores y recursos de ambos cónyuges, no hay derecho a demandar *litis expensas* en este caso y ello, sin perjuicio de la liquidación de gananciales. No es que se condicione el derecho a las *litis expensas*, sino que sólo hay derecho a obtenerlas cuando se dan las circunstancias previstas en el artículo 1.318, cosa que en este caso no ha ocurrido. (STS de 2 de abril de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Al contestar la esposa a la demanda de divorcio, por vía reconvenicional solicita la suma de 2.300 euros en concepto de *litis expensas*, señalando una cuenta común a plazo para obtenerla en su caso. Tanto el Juzgado de Primera Instancia de Cieza en 2009, como la Audiencia Provincial de Murcia en 2010, desestiman la reconvenición basándose en no haber solicitado previamente la asistencia judicial gratuita. Se recurre por concurrir interés casacional, al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. La desestimación del recurso desautoriza, en consecuencia, el criterio sustentado por la Audiencia Provincial de Alicante en sus sentencias de la sec. 4.ª de 14 de diciembre de 2005 y 31 de enero de 2008, y ratifica el sustentado por la sec. 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia en SS. de 8 de enero y 3 de junio de 2010.

NOTA.—Sobre la base sustancial de lo escrito por De los Mozos (*Comentarios Albaladejo*, XVIII-1, 2.ª ed., Madrid 1982, p. 108-111), he sostenido en 1994 (CASTÁN, V-1.º, 12.ª ed.) que en el 1318.3 CC se normativiza y generaliza la figura de la *litis expensas* (l.e.) como resultado de una larga evolución que tuvo en la labor creadora de la jurisprudencia de la Sala 1.ª TS, su punto de partida y una de sus fases en el derogado artículo 68-6.º CC. Era un evidente logro legislativo dejar claro que el derecho de cada cónyuge a solicitar las l.e. es independiente del régimen económico del matrimonio, y que los procesos para los que se pidan pueden ser de cualquier clase. Pero tal éxito está a punto de disolverse por ciertas circunstancias concurrentes: su naturaleza mixta sustantivo-procesal, y la evolución posterior de la última normativa, lo está oscureciendo gradualmente. ¿Con qué previsiones de éxito pueden solicitarse las l.e. en las relaciones conyugales? La Ley de 1996 omitió todo intento de coordinarse con el Código Civil, y la reforma de la LEC 2000 siguió línea idéntica, incrementando la oscuridad del régimen legal vigente. Por un lado, la imprescindible y constitucional asistencia judicial gratuita no pasa por sus mejores momentos organizativos ni financieros, y por otro la nueva ley de tasas judiciales puede ralentizar, en la práctica, la interposición de procesos no matrimoniales aunque, eventualmente, reviertan en interés de la familia. Tampoco esta sentencia aporta luz excesiva sobre una institución que, tal como está regulada, suscita, al parecer, escasas simpatías en el foro (*G.G.C.*)