

# Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **M.<sup>a</sup> Carmen CRESPO MORA, Gabriel GARCÍA CANTERO, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Sebastian LÓPEZ MAZA, M.<sup>a</sup> Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Sara MARTÍN SALAMANCA, Gemma MINERO ALEJANDRE, M.<sup>a</sup> Isabel MONDÉJAR PEÑA, Laura ZUMAQUERO GIL.**

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

## I. DERECHO CIVIL

### 1. PARTE GENERAL

**1. Cómputo de plazos.**–El cómputo de los plazos establecidos por años se computan de fecha a fecha. En estos supuestos el cómputo debe además realizarse tomando como referencia final el mismo día del mes y no el anterior, pues ese es el sentido literal de la expresión usado por el legislador «de fecha a fecha», y el que mejor se adecua a la intención de que el plazo fijado por meses o años sea íntegro. Lo anterior se debe a que el día inicial no puede comprenderse en su totalidad, pues normalmente el plazo arranca con la realización de una determinada actividad que tiene lugar durante el transcurso del día inicial y no con anterioridad a él. Cuando se trata de un cómputo retrospectivo no hay razones para alterar la regla. (**STS de 14 de junio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–In S.A., reclama una cantidad a la entidad Fernández S.L., sobre la base de un contrato de concesión del suministro del agua concertado con ella el 11 de julio de 1997. Dicha cantidad asciende a 68.115.955 pesetas, por el agua suministrada por la actora a la demandada, más los envases en los que se contenía dicho líquido. La entidad Fernández S.L., se allana a 65.068.137 pesetas, pero no al abono de la factura correspondiente a los envases y palés

suministrados por la entidad In S.A. (3.047.818 pesetas). El motivo de su negativa al abono de tal cantidad era que consideraba que para Inalsa supondría un enriquecimiento injusto, por no acreditar la entrega de los envases a Fernández S.L., y porque la factura a que se refieren esos envases es de febrero de 2001, de 6000 cajas, casi las mismas que a la firma del contrato en 1997, cuando dos meses después el contrato finaliza, considerando Fernández S.L., que el período de carencia de 90 días estaba aún en vigor.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y desestimó íntegramente la demanda reconvenzional presentada por la parte demandada, mediante la que solicitaba el pago de una indemnización conforme a lo establecido contractualmente, al haber puesto fin al contrato la parte demandada, sin cumplir los plazos fijados. Consideró, respecto a los importes a cuyo pago no se había allanado la demandada que se referían a facturas por servicios efectivamente prestados por la actora y a los que debía hacer frente la demandada. En cuanto a la demanda reconvenzional, fundada en el hecho de que la actora había denunciado con un día de retraso el contrato, por lo que al no haberse prorrogado el contrato, debía indemnizarle con la cantidad de 135.802.859 pesetas, el juez declaró que debía rechazarse en aplicación del artículo 5 CC. Razonó que el cómputo de los plazos por meses, debe realizarse de fecha a fecha, por lo que establecido en el contrato, que expiraría tres años después de su fecha de inicio (11 de julio de 1997) si así lo denunciaba alguna de las partes tres meses antes de su finalización, al no discutirse que la demandada conoció de la voluntad de no renovación por escrito de 11 de abril de 2000, no había lugar a establecer indemnización alguna a favor de la parte demandada.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó íntegramente el recurso de apelación formalizado. El Tribunal Supremo no ha lugar al recurso de casación. (M. C. L. J.)

**2. Actos propios y fiducia *cum amico*.**—En la fiducia *cum amico* el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño, teniendo solo una titularidad formal, sin perjuicio del juego del principio de la apariencia jurídica, de modo que el dominio sigue perteneciendo al fiduciante en cuyo interés se configura el mecanismo jurídico, lo que acentúa la nota de la confianza. La jurisprudencia ha admitido la posibilidad y validez de esta figura, salvo finalidad fraudulenta.

La doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables. Sin embargo, el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos solo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieren creado una situación o relación de Derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. Constituye un presupuesto necesario para la aplicación de esta doctrina que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica que afecte a su autor, y que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad según el sentido que, de buena

fe, hubiera de atribuirse a aquélla; situación de incompatibilidad que no existe cuando la base de la acción se encuentra precisamente en la afirmación de que se han venido realizando actos de reconocimiento de propiedad a favor de quien no era titular real del dominio. No cabe acudir a la doctrina de los actos propios del fiduciante para sostener que de los mismos se desprende la efectiva titularidad del fiduciario (STS de 23 junio de 2006) pues no concurren en tales actos –que inciden sobre el mantenimiento de la apariencia de una situación no real– los requisitos para que los mismos creen estado y hayan de considerarse vinculantes para quien los protagoniza. (STS de 17 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La entidad X presentó demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia contra una entidad Inmobiliaria, interesando que se dictara sentencia por la cual: 1.º) Con estimación de la pretensión principal deducida, se declare el dominio de la actora sobre la finca Y, ordenando la inscripción de la propiedad de la misma a favor de la demandante en el Registro de la Propiedad; y 2.º) Subsidiariamente, en base a lo dispuesto en el artículo 1957 CC, o alternativamente en el artículo 1959 del mismo código, se declare la propiedad como de titularidad de la entidad, al haber obtenido la misma por usucapión ordinaria o, alternativamente, extraordinaria de la misma, ordenando de igual manera la inscripción de dicho título de dominio en el Registro de la Propiedad citado.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó el recurso al considerar que existió un negocio fiduciario al considerar que la ocupación sin título sólo podía explicarse partiendo de la existencia de un negocio fiduciario concluido desde el momento en que se constituyó la sociedad con la única finalidad de figurar como propietaria del bien litigioso. No obstante, considera la Audiencia, a mayor abundamiento, que concurren en este caso los requisitos exigidos por el artículo 1959 CC para la prescripción adquisitiva extraordinaria del dominio por la posesión no interrumpida durante los años necesarios para ello, sin necesidad de título ni buena fe, y sin distinción entre presentes y ausentes, por lo que estaríamos ante la llamada prescripción «contra tabulas», en la que el dominio se gana, pese a la realidad de una inscripción registral contraria al mismo. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo no ha lugar al mismo (*M. C. L. J.*)

## 2. DERECHO DE LA PERSONA

**3. Límites al derecho a la tutela judicial efectiva. Ejercicio abusivo e infracción de otros derechos fundamentales.**—En cita de su jurisprudencia anterior, el Tribunal Supremo declara que la interposición de una denuncia o querrela penal y su publicidad, salvo excepciones, no supone per se intromisión ilegítima (SSTS de 23 de marzo de 1993, 8 de febrero y 4 de diciembre de 1997 y 16 de marzo de 2001). Tampoco la desestimación de una demanda

hace nacer inevitablemente el derecho a la indemnización de daños y perjuicios sufridos por el titular de la obra paralizada, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva no se condiciona a la estimación de la petición. La posible exigencia de responsabilidad en relación con la interposición de demandas judiciales deriva de que el derecho de todo ciudadano a la tutela judicial efectiva, que incluye, además del acceso a los tribunales, la elección de la vía judicial más conveniente, no es absoluto, pues la regla de que quien hace uso de su derecho no daña a nadie no significa que no esté sometido a límites institucionales ni, por ello, que se ampare su ejercicio abusivo. Para que haya abuso es necesario que el derecho se ejercite en extralimitación, por causa objetiva o subjetiva, en que se asienta dicho concepto, cosa que no puede afirmarse ocurra sin tener en cuenta las circunstancias de cada caso (SSTS de 29 de diciembre de 2004, 28 de enero y 18 de mayo de 2005 y 29 de septiembre de 2007). **(STS de 26 de mayo de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D. Juan interpuso contra Dña. Ana una querrela por injurias y calumnias por las manifestaciones que ésta había realizado en los escritos civiles en los que había asumido la defensa de la ex esposa de D. Juan. El Juzgado de lo Penal dictó sentencia que absolvía a la querrelada de los citados delitos fundándose en el ejercicio de la libertad de expresión en el seno de un proceso judicial por los letrados de las partes, que en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica posee además una singular calificación al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del artículo 24 CE, sin que la querrelada hubiese sobre pasado los límites normales de la defensa.

Tras ello, Dña. Ana interpone contra D. Juan una demanda de protección civil de su derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de la asistencia y defensa profesional y por lesión de su derecho a la integridad moral, su honor e intimidad profesional. Interpuso, además, una acción aquilina por las lesiones morales y quebranto económico, así como una acción de jactancia para que se adoptaran medidas de protección frente a futuras agresiones del demandado —al haber anunciado éste nuevas querrelas contra la demandante frente a cada escrito que ésta presente en defensa de su ex esposa—.

Juzgado y Audiencia Provincial desestiman en su integridad la demanda y el posterior recurso de apelación interpuesto por Dña. Ana. Entienden, en síntesis, que el enfrentamiento no penetra en el mundo de lo antijurídico.

Interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por la demandante sólo ha sido admitido este último, por referirse el procedimiento a derechos fundamentales. La parte recurrente trata de demostrar que la querrela que contra ella interpuso el recurrido constituyó un atentado a su derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de asistencia y defensa y que lesiona su integridad moral, su honor y su intimidad profesional y por ello solicita que se revisen en abstracto los parámetros considerados por la sentencia recurrida para desestimar su recurso de apelación. En aplicación de la doctrina expuesta, el Tribunal Supremo no acoge el razonamiento de la recurrente, pues entiende que su

aplicación al caso examinado conduce a la conclusión de que no puede estimarse que la interposición de la querrela por injurias y calumnias fue abusiva. (G. M. A.)

**4. Ausencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad. Utilización del nombre de la demandante, previo consentimiento, mientras estaba vigente la relación contractual con la empresa para la que trabajaba.**—El artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la imagen considera intromisión ilegítima en los derechos reconocidos por el artículo 2 de la Ley, la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos. No existirá intromisión ilegítima si el titular manifiesta su consentimiento para dicho uso.

**Discriminación por razón de sexo: resolución unilateral del contrato de arrendamiento de servicios tras baja maternal.**—La prueba evidente de que existe una relación de causalidad entre la resolución del contrato de arrendamiento de servicios y la posterior baja maternal constituye una discriminación por razón de sexo, contraria al artículo 14 CE (STS de 20 de abril de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—La parte actora interpone demanda, frente al titular de la clínica para la que trabajaba, solicitando una indemnización por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la discriminación por razón de sexo sufrida, al resolverse, de forma unilateral, por parte de la empresa, el contrato de arrendamiento de servicios celebrado entre las partes, y ello como consecuencia de la baja maternal disfrutada por la demandante. La demandante reclama a su vez una indemnización, por daño moral, por intromisión ilegítima en su derecho a la imagen, tras ser utilizado su nombre, sin su consentimiento, a pesar de haber finalizado ya la relación contractual que la unía con la empresa.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda al considerar que existe una clara discriminación por razón de sexo. Primeramente porque se contrató a otra persona en su lugar, aparentemente de forma temporal mientras la demandante no se incorporaba nuevamente a su puesto de trabajo, cuando se trataba realmente de una contratación definitiva, que vislumbraba la intención de dar por finalizada la relación con la demandante, puesto que, tal y como quedó demostrado en el pleito no había trabajo para los dos; en segundo lugar, porque se resuelve el contrato que la clínica celebró con la demandante como consecuencia de la baja maternal.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por el demandado al considerar que no hay base suficiente para entender que se ha producido una discriminación por razón de sexo, además de no existir fundamento para considerar que existe una intromisión ilegítima en su derecho a la imagen por el uso de una placa con su nombre, puesto que ni ha quedado demostrado que la demandante tenga un prestigio profesional superior al demandado que le haga obtener un beneficio económico por ello, ni tampoco que haya transcurrido un tiempo excesivo entre la retirada

de la placa y el requerimiento que hace la demandante en este sentido. Interpuesto recurso de casación por la parte actora en la instancia, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso.

NOTA.—La Sentencia que anotamos plantea dos cuestiones de especial interés desde el punto de vista de los derechos constitucionales que entran en conflicto. El litigio surge a partir de la extinción unilateral de la relación contractual de prestación de servicios que unía a la demandante y al demandado, coincidiendo este hecho en el tiempo con la finalización de la baja maternal disfrutada por la parte actora. La demandante, profesional de la cirugía estética, había celebrado en el año 1999 un contrato de arrendamiento de servicios con la clínica, titularidad del demandado, extendiéndose dicha relación contractual hasta el año 2005, momento en el cual la actora se queda embarazada. Mediante este contrato la demandante se comprometía a prestar sus servicios en la clínica del demandado a cambio de un porcentaje sobre el total facturado al cliente. Aprovechando la baja maternal, el demandado contrata a otra persona en su lugar, ocultándole a la demandante tal circunstancia, a pesar de haberle prometido su continuidad en la empresa. Tras conocer la demandante esta circunstancia, se pone en contacto con el demandado, quien le comunica que se trataba de una medida temporal, y que ello no le impediría tener trabajo, quedando demostrado en el pleito que había contratado al médico de forma indefinida y que además no había suficiente trabajo para ambos. Ante tales circunstancias se plantea el problema de la posible existencia de discriminación por razón de sexo.

El Tribunal Constitucional, en aplicación del artículo 14 CE, ha declarado ilegítimo todo comportamiento que suponga trato diferenciado entre las personas, en el que operen como factores determinantes los motivos que el propio artículo recoge, entre ellos la discriminación por razón de sexo. Este principio de no discriminación por razón de sexo viene a ser identificado con la prohibición de tratar a la mujer de manera inferior, limitando sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor que se encuentra ínsito en su condición de mujer. No será necesario, para que exista tal discriminación, que quede probada la existencia de un tratamiento peyorativo por el simple hecho de ser mujer, sino que bastará el mero hecho de discriminación que tenga relación de conexión directa con alguna circunstancia consustancial al sexo de la persona, como es el caso de perjudicar a una mujer por su embarazo o por solicitar la baja laboral por maternidad, claro caso éste de discriminación por razón de sexo. (Sobre este particular, vid. SSTC de 7 de junio de 1994 [RTC 1994/173], 23 de julio de 1996 [RTC 1996/130], 29 de enero de 2001 [RTC 2001/20], 25 de febrero de 2002 [RTC 2002/41], 30 enero de 2003 [RTC 2003/17], 15 de enero de 2007 [RTC 2007/3]).

Sobre este particular, resulta interesante el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Sevilla al recurso de apelación interpuesto por el demandando. Considera la Audiencia que no existe discriminación por razón de sexo al encontrarse las partes en un plano de igualdad, puesto que el arrendamiento de servicios no se caracteriza precisamente por implicar subordinación o sometimien-

to de una de las partes a la otra. Parece más que evidente que no es necesario, para que exista una discriminación por razón de sexo, que exista una relación de subordinación entre la parte que discrimina y la discriminada. Si evidentemente se demuestra, como es el caso, que no se han reiniciado las relaciones comerciales con una mujer por razón de su sexo o de circunstancias intrínsecas a su identidad sexual, como es la maternidad, es evidente que existe una discriminación contraria al artículo 14 CE.

La segunda cuestión objeto de litigio aparece relacionada con la posible vulneración del derecho fundamental a la imagen. Tras alegar la demandante el uso no consentido de su nombre para fines comerciales, el Tribunal Supremo analiza la veracidad de tal afirmación. Es cierto que el artículo 7 LPDH considera intromisión ilegítima el uso del nombre de otra persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Pero también es cierto que ese uso deberá ser no consentido, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2 de la propia Ley. Teniendo en cuenta que la demandante prestó su consentimiento a la utilización de una placa con su nombre en la puerta de la clínica, y que tras cesar en la prestación de sus servicios, se retiró dicha placa del local, no habiendo quedado acreditado el beneficio que tal uso aportó al negocio, ni tampoco que su nombre se utilizara con fines publicitarios, parece razonable el pronunciamiento del Tribunal Supremo, negador de cualquier infracción al respecto. (*L. Z. G.*)

**5. Intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la intimidad.**—«Con la difusión de los pormenores íntimos a los que se refiere la demanda todas aquellas declaraciones que destacan la preferencia del artículo 20 de la Constitución cuando entra en colisión con la materia protegida «del honor», bien porque afecta al interés público, bien porque se escude en el denominado «reportaje neutral» o por el contraste que se haga de la noticia, deben ceder cuando de manera zafia y vulgar, con palmaria intención de menoscabar la reputación ajena, en asuntos en los que su actividad más íntima queda expuesta a la curiosidad de las masas, se atenta a la intimidad y por tanto a la dignidad de alguien sin otra justificación conocida que no sea la del lucro, finalidad normal de la actividad de toda empresa mercantil. Este tipo de información exagerada, interesada y ofensiva debe merecer, como ha merecido, el reproche y sanción de los Tribunales de Justicia cuando cualquier persona perseguida (también un grande de España) impetre la debida tutela (...). La infidelidad de una mujer es materia que le deshona y también a su familia y objetivamente afecta a su ámbito de intimidad más digno de protección (...).» (**STS de 5 de mayo de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La demandante, mujer de notoria proyección pública, interpone demanda sobre infracción ilegítima del derecho al honor y a la intimidad por la emisión en un programa de televisión de las supuestas infidelidades de la actora durante su matrimonio; infidelidades que, según la cadena, culminaron con el nacimiento de un hijo extramatrimonial. La parte actora solicita el abono de

una indemnización, cuya cuantía asciende a 300.000 euros, por los daños morales sufridos.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda interpuesta, condenando a los demandados a abonar a la actora la cuantía de 90.000 euros, así como a publicar a su costa el fallo de la sentencia en tres periódicos de difusión nacional, además de divulgar el contenido de la sentencia en el propio programa televisivo en el que se emitió la noticia. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada en la instancia, la Audiencia Provincial desestima el recurso. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

NOTA.—En la Sentencia que anotamos el Tribunal Supremo se ha manifestado contrario a la prevalencia del derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor y a la intimidad, al considerar que la proyección pública de determinado sujeto no es justificación suficiente para limitar de manera absoluta el derecho al honor y a la intimidad del personaje, en aras a la libertad de información. La ausencia de interés general del reportaje publicado, cuya finalidad no es otra que satisfacer la curiosidad humana, así como la falta de prueba de la veracidad de tales afirmaciones, no siendo tampoco de aplicación la teoría del reportaje neutral al realizarse valoraciones y comentarios de todo tipo, conducen al Tribunal Supremo a considerar, en consonancia con el pronunciamiento de la Audiencia Provincial, que existe una clara intromisión ilegítima del derecho al honor y a la intimidad de la demandante.

Por lo que respecta al segundo motivo del recurso de casación, relativo a la necesidad de atender a los usos sociales como elementos delimitadores de los derechos fundamentales invocados, el Tribunal Supremo, a pesar de admitir la conducta proclive de la demandante a airear su vida privada en los medios de comunicación, considera que el hecho de «abrir la vida privada a ciertos aspectos no supone que se pueda entrar en toda la vida íntima de una persona», teniendo en cuenta además que la demandante nunca ha revelado hechos relativos a su vida sexual o procreativa. (*L.Z.G.*)

**6. Protección del derecho al honor y prestigio profesional.**—La jurisprudencia constitucional y la ordinaria admiten la procedencia de considerar incluido en la protección del honor el prestigio profesional, tanto respecto de las personas físicas como de las personas jurídicas. Sin embargo, no siempre el ataque al prestigio profesional se traduce en una trasgresión del honor. El prestigio profesional, que es el que tiene toda persona cuando actúa dentro del área de su actividad laboral, artística, deportiva, científica o similar y que tiene repercusión en el ámbito social forma parte del marco externo de trascendencia en que se desenvuelve el honor, pero se exige, para que el ataque al mismo integre además una trasgresión del derecho fundamental, que revista un cierto grado de intensidad.

**Libertades de expresión e información, derecho al honor y prestigio profesional.**—La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información porque no comprende la narración de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante las siguientes técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso:

1. El peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. La ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático; debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige.

2. El peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. La ponderación debe tener en cuenta si la crítica se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de expresión es más intenso, como establece el artículo 8.2.A LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. La «proyección pública» se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias. La protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1.a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto. No basta la mera crítica de la actividad profesional, sino que es menester la descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional de una persona, especialmente mediante infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad; cosa que dependerá de las circunstancias del caso. (STS de 13 de abril de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Dña. Raquel y Dña. Sara interpusieron demanda de protección del derecho al honor y a la intimidad contra Dña. Ana, G. T., S.A., A. E. S.L., y B. TV, por las manifestaciones realizadas por Dña. Ana en diversos programas y solicitaron que la sentencia que se dictara fuera publicada en tres periódicos de difusión nacional y difundida en tres programas de televisión; así, como en los telediarios de la cadena. Solicitaban también que se condenase solidariamente a los codemandados a abonar a Dña. Raquel la cantidad de 300.000 € y a Dña. Sagrario a la cantidad de 3.000 € en concepto de daños morales y que se requiriese a los demandados para que en lo sucesivo se abstengan respectivamente de hacer manifestaciones y producir programas de televisión que vulneren el derecho al honor de las demandantes.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto. El Tribunal Supremo no ha lugar al recurso de casación al considerar, al igual que las instancias previas, que en este caso debía prevalecer el derecho a la libertad de expresión frente el dere-

cho al honor de las recurrentes. Se basó en que la exposición de D.<sup>a</sup> Ana no era injuriosa ni insultante y que en el ejercicio del derecho a la réplica debía prevalecer el derecho a la libertad de expresión de la misma. (M. C. L. J.)

### 7. Confrontación entre libertad de información y derecho al honor.

**La doctrina del reportaje neutral.**—Los requisitos que ha de reunir un reportaje para que pueda tener la condición de «reportaje neutral» son los siguientes: *a)* El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTS de 15 de febrero de 1994 y 26 de marzo de 1996). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones. *b)* El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia. Si se reelabora la noticia, no hay reportaje neutral y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido (STS 21 abril 2010).

**Derecho al honor y veracidad de las informaciones.**—La exigencia de la veracidad de la información está concebida, pues, como elemento nuclear del derecho en el Artículo 20.1, *d)* CE, que reconoce el derecho a «*comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*». Por ello se debe entender cumplido este requisito cuando el informador realice con carácter previo, una labor de investigación de los hechos sobre los que versa la información, de acuerdo con el nivel de diligencia exigible a un profesional de la información, porque no es canon de veracidad la intención de quien informa, sino su diligencia.

**El derecho de rectificación.**—La LO 2/1984, de 26 marzo, reguladora del Derecho de Rectificación establece un procedimiento para la protección de los derechos fundamentales garantizados en el artículo 18.1 CE. El artículo 1 LO 2/1984 dispone que «*toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio*». Sin embargo, no se requiere en ninguna disposición que sea requisito necesario para la reclamación por lesiones a los derechos protegidos en el 18.1 CE el ejercicio previo del derecho de rectificación. Su ejercicio abarca las vulneraciones del derecho al honor, cuando se publican datos inexactos y perjudiciales, pero su objeto es únicamente que quien los ha publicado, publique o difunda una rectificación, no que se indemnice y repare la lesión provocada por la vulneración del derecho al honor. (STS de 1 de junio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

**HECHOS.**—La Presidenta de la Junta de personal de la Administración de Justicia y miembro del sindicato CCOO, Dña. Gloria, denunció al Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia, D. Esteban, debido a unas denuncias en las que se le acusaba de acoso sexual a la médico forense y acoso laboral a una funcionaria del juzgado. Como consecuencia, se abrieron las diligencias informativas de la Comisión Disciplina-

ria del Consejo General del Poder Judicial, quien envió el expediente al órgano competente, el Tribunal Superior de Justicia. La Sala de Gobierno del Tribunal Superior acordó el archivo de las actuaciones, sin imponer sanción disciplinaria alguna. Días anteriores al acuerdo de la Sala de Gobierno la Presidenta de la Junta emitió nota de prensa a los medios de comunicación, lo que motivó que se publicara la noticia en estos medios. La Sala de Gobierno del Tribunal Superior acordó el archivo de las actuaciones, sin imponer sanción disciplinaria alguna al juez.

Posteriormente D. Esteban presentó una demanda contra la Presidenta de la Junta de personal y CCOO, por un lado, así como sendas demandas contra todos y cada uno de los medios de comunicación y personas que difundieron la falsa información. Todas se acumularon a petición del Ministerio Fiscal. La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia estimó en parte la demanda. Desestimó la demanda presentada contra la presidenta de la junta y CCOO y estimó la interpuesta a la prensa y medios de comunicación demandados. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación que interpone D. Esteban en el sentido de que asume los pronunciamientos de la instancia, condena a Radio P., a la presidenta de la junta de personal y CCOO y absuelve a Prensa de T. y D. Carlos.

NOTA.—La sentencia recurrida confirmó la de primera instancia que absolvía a Dña. Gloria y CCOO por entender que la nota que transmitió a la prensa informando de la apertura de las diligencias informativas, quedaba amparada en el marco de la libertad sindical. La recurrida, al conocer los hechos relativos a un posible acoso sexual y un acoso laboral, actuó correctamente en condición de presidenta de la Junta de Personal poniéndolo en conocimiento del Servicio de inspección del Consejo General del Poder judicial, la Dirección provincial de Trabajo, el Ministerio de Justicia y la Presidencia del Tribunal Superior de Castilla la Mancha, porque esta actuación estaba de acuerdo con su cargo sindical. Sin embargo, no entraba dentro de sus funciones la nota de prensa que se envió a los medios de comunicación. En ella se decía que se había comunicado la conducta del juez a los medios de comunicación y el ejercicio de la libertad sindical no puede legitimar una denuncia a estos medios de una conducta que está aun pendiente de ser enjuiciada.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el conflicto entre el derecho al honor, libertad sindical y libertad de información. En las sentencias se han tenido en cuenta diversas situaciones: *a)* en general se ha considerado que las críticas o incluso las palabras injuriosas vertidas en un marco de confrontación sindical no constituyen intromisión ilegítima en el honor de las personas criticadas (SSTS 18 julio 2007; 10 diciembre 2008; 14 enero 2009; 22 diciembre 2010 y 3 marzo 2011); *b)* se ha ponderado la libertad de informar a los trabajadores de la empresa a la que iban dirigidas las informaciones que podían constituir una intromisión ilegítima al honor del afectado, siempre que en este caso se cumpliera el requisito de la veracidad (SSTS de 2 octubre 2009; 21 abril

2010 y 16 noviembre 2010); c) en cambio se ha considerado atentatorio al honor la utilización de expresiones vejatorias e insultos, imputación de conductas que podrían ser constitutivas de ilícitos punibles, etc. (STS de 18 diciembre 2002). (M. C. L. J.)

**8. Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad.**—«El derecho a la intimidad personal, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. La limitación del derecho a la intimidad personal por la libertad de expresión e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (...). La técnica de ponderación exige valorar el peso relativo de los derechos fundamentales que entran en colisión. Desde esta perspectiva, la ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales, lo cual es sustancialmente distinto de la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros, aunque se trate de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones (...); la libertad de información para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, por la que se entiende el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales (...)» (STS de 11 de abril de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Por la parte actora se interpone demanda sobre infracción del derecho a la intimidad como consecuencia de la publicación de determinados artículos, en los que se relataba el terrible incidente sufrido por una profesora de dibujo mientras se encontraba en el centro escolar en el que trabajaba. La demandante había sido agredida por una alumna, perdiendo uno de los dedos de la mano como consecuencia de tal agresión. La demandante mantuvo una conversación telefónica sobre este hecho con unos periodistas, siendo grabada la conversación sin su consentimiento.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al considerar que no existe intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad al tratarse de una noticia veraz y de evidente interés general. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto al entender que los datos revelados relativos a la identidad de la profesora no resultaban imprescindibles de cara a emitir la noticia ni la hacían adquirir la nota de mayor credibilidad, a lo que se une su intención de guardar el anonimato. Interpuesto recurso de casación por las empresas editoras, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. Esta Sentencia es objeto de un voto particular favorable a la defensa del derecho a la información.

NOTA.—Si bien no puede negarse la relevancia y el interés general de la noticia publicada, así como su veracidad, lo cierto es que en aquellos casos en los que los datos revelados de la persona no resulten imprescindibles para la transmisión de la información

pretendida, no puede prevalecer el derecho a la libertad de expresión e información sobre el derecho a la intimidad personal y familiar. (L. Z. G.)

**9. Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la imagen.**—Es doctrina jurisprudencial reiterada que el derecho a la propia imagen se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. No obstante, cuando se produce un conflicto entre tales derechos, éste debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. Esta ponderación requerirá valorar si la información vertida tiene relevancia pública o el interés general que merece otorgarle la calificación de derecho preponderante, o si simplemente busca satisfacer la curiosidad humana, en cuyo caso no merecerá tal protección. Por otra parte, es necesario que la información vertida resulte veraz para otorgar al derecho a la información un mayor peso. (STS de 6 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—Por la parte actora se interpone demanda sobre infracción del derecho al honor, a la intimidad y a la imagen como consecuencia de la emisión de un reportaje de investigación, cuyo contenido versa sobre el aumento del turismo sexual femenino en distintos países, y en el que aparecen imágenes de la demandante en top-less en una playa de Punta Cana. La demandante y su amiga fueron abordadas por dos chicas, que en ningún momento se identificaron como periodistas, y que comenzaron a charlar con ellas, procediendo a grabar con cámara oculta el contenido de la conversación que estaban manteniendo, y en la que reconocían que el interés de su viaje estaba en tener relaciones sexuales rápidas fuera de su entorno habitual.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda al considerar que existe intromisión ilegítima en el derecho a la imagen por la captación subrepticia de imágenes y palabras de la demandante mediante una cámara oculta, y su posterior emisión en un programa televisivo de gran audiencia. El Juzgado de Primera Instancia condena a la cadena a indemnizar a la demandante con la cuantía de 36.000 euros. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la cadena al considerar que el reportaje emitido contiene información de interés general, además de relatar hechos totalmente veraces. No obstante, considera que, a pesar de las prevenciones tomadas por la cadena, al poder ser la demandante perfectamente identificada, y no ser consciente de que estaba siendo grabada la conversación, existe infracción ilegítima en el derecho a la imagen, rebajando la cuantía de la indemnización a 18.000 euros. Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—La Sentencia que anotamos se pronuncia nuevamente sobre un problema de posible colisión entre el derecho a la información y la libertad de expresión y el derecho a la intimidad y a la imagen. El Tribunal Supremo se ha pronunciado acerca de la prevalencia del derecho a la imagen sobre el derecho a la información, exigiendo para que prevalezca aquel derecho la necesidad de que la

información vertida tenga relevancia pública o afecte a un personaje público y ejerza funciones oficiales, y que además resulte veraz, en el sentido de que responda a la verdad objetiva de la existencia de tal declaración (Sobre este particular puede consultarse la reciente STS de 29 de junio de 2011 [RJ 2011/5844], que recoge la doctrina jurisprudencial de nuestro más Alto Tribunal en esta materia). En los casos en los que además se produce la captación de conversaciones con cámara oculta, el Tribunal Constitucional ha reiterado la necesidad de entender que si lo transmitido, cuando existe una grabación sin consentimiento, entra en la esfera íntima del interlocutor, el comportamiento podría considerarse infractor del derecho a la intimidad (SSTC de 19 de noviembre de 1984 [RTC 1984/114], 2 de julio de 2001 [RTC 2001/156], entre otras. Más recientemente, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en esta misma línea, en la Sentencia de 16 de enero de 2009 [RJ 2009/419]).

A pesar de que en el caso concreto la información vertida debe considerarse veraz, la intromisión ilegítima concurre desde el momento en que la cadena incluye la imagen y la voz de la demandante en el reportaje, no limitándose, por tanto, a transmitir lo informado por otros, lo que la convierte en una persona conocida por buscar relaciones sexuales en una isla. La cadena hace de un elemento prescindible para el reportaje, el centro de la noticia, sin que su omisión hubiera desvirtuado el mensaje que se quería dar a los telespectadores (*L.Z.G.*)

### 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

#### **10. Contratos con consumidores. Cláusulas no negociadas individualmente en general y en la compraventa de viviendas, en particular.**

La normativa de consumo exige (1) claridad y sencillez de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente; (2) facilitar al comprador la documentación completa (arts. 10.1 y 13.2 LGCU); (3) entrega al adquirente de planos de emplazamiento y de vivienda, con descripción de sus elementos, redes, características y materiales (arts. 4 y 9 RD 515/19989, de 21 de abril, sobre promoción inmobiliaria). Así mismo, prohíbe el reenvío a documentos no facilitados previa y simultáneamente a la conclusión del contrato.

#### **Información previa al contrato de compraventa con consumidores. Valor vinculante de la publicada.**

—La presente sentencia se remite, a este propósito, a la STS de 5 de marzo de 2010, cuya doctrina puede ser sintetizada como sigue. (1) La defensa del consumidor en la adquisición de una vivienda, se articula a través de un conjunto de normas previas y posteriores al contrato, que tienen que ver con la garantía de una información precisa sobre lo que va a ser objeto de la venta y que va a obligar al vendedor a adecuarse a la normativa publicitaria en vigor, veraz y no engañosa, en el particular relativo a las características físicas y jurídicas de la vivienda; (2) se trata de un contrato que cae por sus características dentro del ámbito de aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente en el momento de la adquisición, que aparece desarrollado en el artículo 3.2 RD 515/1989, de 21 abril, con evidentes reflejos constitucionales, en el que la oferta en un sentido amplio, incluida la publici-

taria y, con mayor razón, el documento contractual, determinan el derecho del comprador a recibir, a costa del vendedor, la copia de diversos documentos sobre el objeto y precio del contrato. (3) Se trata, en definitiva, de que el consumidor tenga una representación cumplida de lo que va a adquirir y de que el vendedor asuma la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta ha alcanzado existencia real y física, cumpliendo de esa forma lo ofertado en la memoria de calidades y en la publicidad, que se integran en el contenido del contrato. **(STS de 30 de mayo de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

**HECHOS.**—La sociedad demandada era propietaria de una amplia extensión de terrenos en la zona donde se ubican los edificios de la Comunidad actora. La sociedad urbanizaba, no sólo los inmuebles de la Comunidad demandante, sino también la zona contigua del área donde se encontraban éstos ubicados.

La promoción de la venta de sus viviendas se desarrolló durante todo el 2001 con carteles publicitarios en el solar y anuncios en un diario. En ambos ámbitos publicitarios se representaban con nitidez las características urbanísticas pregonadas del complejo de bloques; en síntesis de la publicidad se desprendía que lindarían por un lado con un centro comercial, con la separación de un vial, y por otro lado con una amplia zona ajardinada, seguida de un vial que, aparentemente en el mismo nivel físico, conducía a una glorietta y separaba de otro conjunto de edificios del área urbanística. Además, en los carteles y anuncios se daba cuenta de las características del entorno que constituían el núcleo del mensaje promocional de la vendedora a los potenciales clientes, refiriéndose a ellos como «conjunto urbanístico de gran calidad, con amplios viales, espacios verdes y una orientación perfecta para aprovechar el máximo cada hora de sol».

En la actualidad este vial, en los lindes sur y oeste de los edificios de la actora, está levantado sobre un talud o escollera, privando o mermando seriamente de luces y vistas a algunos de los pisos, limitando la intimidad y aumentando la contaminación acústica de otros por la prevista circulación de vehículos; en la descrita zona ajardinada, la demandada tiene previsto levantar otro edificio, afectando igualmente la capacidad de luces y vistas y de intimidad que se desprendía de la publicidad inicial y mermando radicalmente el espacio verde común presentado en los anuncios de promoción.

El talud o escombrera del vial no era apreciable en los anuncios, ni en los iniciales de 2001, sin edificio conflictivo, ni en los posteriores de 2002 con el mismo. En el mes de mayo de 2002 se colocó una maqueta sita en las oficinas de la demandada en la que se aprecia la existencia del talud y del nuevo edificio. Esta maqueta se colocó, según la sociedad, en la oficina de ventas, no en su oficina central, donde se firmaron algunos contratos con los compradores.

En los anuncios en prensa del complejo se aprecia un edificio en lo que originalmente era zona verde sólo a partir de enero de 2002.

De los contratos aportados, 18 se formalizaron en 2001, 14 en 2002 y otros 14 a partir de 2003.

La Comunidad de Propietarios demandante solicita la condena a la demandada a realizar determinadas obras de reparación para la subsanación de los vicios constructivos, a exigir el pleno cumplimiento de la obligación de entrega de las viviendas en la forma contratada así como el abono de 521.963,8 euros en concepto de indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en lo sustancial la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso interpuesto por la demandada en el único extremo de reducir la cuantía de la indemnización.

La constructora demandada recurre en casación. (B. G. F.)

**11. Doctrina de los actos propios.**—Aunque a diferencia de otros ordenamientos —así el artículo 111.8 del Código Civil de Cataluña—, el Código Civil español carece de norma específica que se refiera de forma expresa a la prohibición de actuar contra los propios actos, la doctrina y la jurisprudencia coinciden que la clásica regla *venire contra factum proprium non valet*, de elaboración y desarrollo jurisprudencial, constituye una manifestación del principio de la buena fe, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos impone el artículo 7 CC. Con ello se trata de proteger la confianza creada por la apariencia, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuar cuando se han creado unas expectativas razonables, pues el comportamiento supone en tal caso la expresión inequívoca de una determinada voluntad en referencia a una relación jurídica o situación de hecho que impide la admisión como legítimo de un posterior comportamiento contradictorio, siempre y cuando *i*) exista un comportamiento con conciencia de crear, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica; *ii*) Esta conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior; e *iii*) Las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables (SSTS de 21 de abril de 2004 y 22 de julio de 2010).

**Interpretación de los contratos.**—Según el Tribunal Supremo, la previsión contenida en el artículo 1282 CC debe entenderse en el sentido de que, para investigar la intención de los contratantes en caso de discrepancias sobre lo que se quiso pactar es preciso tener en cuenta el principio de que cuando los términos del contrato son claros e inequívocos, lo razonable es que lo realmente convenido por los contratantes coincida con lo que declararon consentir. Sin embargo, cuando las expresiones utilizadas en los contratos son plurívocas, constituye un valioso elemento para identificar el sentido que quiso darse las prácticas del sector —como ejemplo ilustrativo, el Tribunal Supremo cita (y transcribe) en este punto la coincidencia del artículo 5:192.e) de los principios de Derecho europeo de los contratos, el artículo 4.3.e) de los Principios UNIDROIT y el artículo 1279.4 del anteproyecto de modernización del Derecho de obligaciones de la Comisión de Codificación publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009—. Ahora bien, aclara el Tribunal Supremo que a función de interpretación de los contratos corresponde a los tribunales de instancia y debe ser mantenida en casación salvo que su resultado se muestre ilógico, absurdo o manifiestamente contrario a las normas que lo disciplina.

**Motivación de las sentencias.**—El Tribunal Supremo entiende que es jurisprudencia consolidada que la motivación de las sentencias no sólo resulta una exigencia de la legalidad ordinaria —artículo 248 LPOJ y artículo 218.2

LEC–, sino también un mandato constitucional –artículo 120.3 CE– y se integra en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva –artículo 24 CE–, como derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en Derecho exteriorizando el fundamento de la decisión adoptada con la doble finalidad de garantizar la ausencia de arbitrariedad y la posibilidad de control de la aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso (SSTS de 4 de diciembre de 2007, 9 de junio y 4 de noviembre de 2010). Ahora bien, el Tribunal Supremo hace hincapié en el hecho de que el Tribunal Supremo ha puntualizado que el derecho de los litigantes a una motivación jurídica no les faculta a exigir que la argumentación sea exhaustiva en sentido absoluto y alcance a todos los aspectos y perspectivas que ofrezca la cuestión litigiosa, dado que es bastante con que se les exponga las razones decisivas que permitan, en último término, la impugnación de la decisión. A ello se debe añadir la observación de que la motivación no tiene que ver con la extensión de los fundamentos de derecho, pudiendo quedar perfectamente motivada una decisión que se apoye en argumentaciones concisas. Por ello, no cabe exigir que la motivación supere el ámbito objetivo de la propia decisión y, por tanto, del debate, delimitado por los elementos fácticos y jurídicos introducidos en el proceso en los momentos oportunos, ni cabe servirse de la exigencia de motivación como medio indirecto para cuestionar otros aspectos de la sentencia, como puede ser la valoración de la prueba (STS de 7 de abril de 2010). (**STS de 2 de mayo de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.–La compañía M, S.A., dedicada a la adquisición y promoción urbanística de terrenos, interesó frente a CR, S.L., dedicada a la misma actividad, y frente a los dos únicos socios que la integran, que se declarase que los demandados estaban obligados al cumplimiento del consorcio urbanístico suscrito entre las partes, en cuya virtud debían aportar al desarrollo urbanístico de un determinado sector los terrenos destinados a sistemas generales, ello en proporción al porcentaje de propiedad que ostentaban los terrenos incluidos en el mismo.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda por entender que el documento portado por la demandante no podía interpretarse en el sentido de imponer a los demandados la venta de unos sistemas generales adscritos provisionalmente, adquiridos a terceros una vez el Ayuntamiento rechazó los proyectos inicialmente por los promotores del sector.

La demandante originaria interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial desestima nuevamente el recurso en su integridad. Después de analizar el convenio y su desarrollo, razona que habiendo desistido las partes del convenio suscrito en uso de la facultad que en el mismo se le confería a la vista de las subsiguientes obligaciones que de dicho pacto pudieran derivarse.

Contra esta última sentencia, la demandante originaria interpone los recursos extraordinario de infracción procesal y de casación. Ambos recursos son desestimados. En primer lugar, en aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre motivación de las sentencias expuesta, el Tribunal Supremo entiende que, a pesar de no tratarse de una contestación pormenorizada, punto por punto, de cada una

de las alegaciones de las partes, la motivación es suficiente, pues la respuesta ofrecida por la sentencia recurrida ofrece un enlace lógico con los extremos sometidos a debate y el razonamiento no es ni arbitrario ni absurdo. En segundo lugar, el Tribunal Supremo considera que en el presente caso la interpretación de las expresiones contractuales llevada a cabo por la sentencia recurrida no es absurda ni ilógica, ni manifiestamente contraria a las reglas que disciplinan la interpretación contractual. (*G.M.A.*)

**12. Buena fe: actos propios y retraso desleal.**—La demandada alega infracción del principio de buena fe de la demandante porque en las temporadas litigiosas, y también en las anteriores, había dado por buena la facturación mensual por los mínimos garantizados, pese a ser conocedora de los consumos reales. El Tribunal lo rechaza, a la luz de la doctrina jurisprudencial sobre el retraso desleal y la doctrina de los actos propios, porque ambas partes han buscado por igual el mayor beneficio, RCTG, S.A. pretendiendo pagar en función de sus ventas porque, hasta entonces los mínimos garantizados eran superiores, mientras que ahora intenta que prevalezcan los mínimos garantizados por resultarle más beneficiosos; y AS, S.L., defendiendo una determinada interpretación de la cláusula sobre mínimos garantizados que por entonces pensaba la favorecería. Por tanto, la regla prevalente es que el contrato debe cumplirse en sus propios términos.

**Error invalidante; no se aprecia.**—El artículo 4 CC no autoriza la equiparación del error en el consentimiento para la perfección del contrato con la inadvertencia u omisión de una de las partes contratantes durante la ejecución del contrato acerca de la cantidad a pagar por la otra parte contratante según los propios términos del contrato.

**Interpretación de los contratos: actos coetáneos y posteriores al contrato y «lógica empresarial»: artículo 1282 CC.; regla subsidiaria de interpretación de los contratos a favor de la menor renuncia de derechos: artículo 1289 CC.; no se aprecia.**—No siendo insólito en la vida jurídica que la aplicación progresiva de porcentajes produzca aparentes contradicciones, cual sucede desde el punto de vista de la «lógica fiscal» cuando una mayor retribución del trabajo personal se traduce en una disminución del líquido a percibir por pasarse a un tramo superior. Y en cuanto a la equiparación, en el subapartado tercero, de unos descuentos como los previstos en el contrato litigioso con una renuncia, a los efectos de aplicar el artículo 1289 CC, se trata de un argumento reversible porque, como se ha razonado ya, la política de descuentos no beneficiaba solo al cableoperador sino también, al menos a medio plazo, a AS, S.L., que aseguraba clientela para el futuro sin que a partir de los 107.089 consumos tuviera que aplicar descuentos superiores al 9%, tope que, de seguir la misma lógica de este motivo, tendría que interpretarse como una renuncia de RCTG, S.A. (**STS de 21 de junio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—El litigio surgido entre AS, S.L. y RCTG, S.A. se centró en ambas instancias en la interpretación del contrato celebrado entre las dos partes litigantes el 24 de julio de 2000 y en virtud del cual AS, S.L. ponía a disposición de la demandada, a cambio de una retribución, la señal de los partidos de fútbol producidos por la primera, a fin de que la demandada pudiera retransmitirlos a

sus abonados mediante el precio que creyera conveniente en la demarcación territorial que le era propia. Con base en este contrato, AS,S.L. pedía, en el año 2006, la regularización de los pagos respecto a las temporadas 2002/03 a 2005/06, por haber facturado sólo por los mínimos garantizados y no por las ventas reales de la demandada.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. Recurrida la sentencia en apelación por ambas partes, el tribunal de segunda instancia declara estimar en parte cada uno de los recursos. Ambas partes plantean recurso de casación. (S.M.S.)

**13. Seguro. Interpretación de condiciones generales contra *proferentem*.**—La aplicación del canon hermenéutico contra *proferentem*, que recoge el artículo 1288 CC como sanción por falta de claridad para proteger al contratante más débil está relacionado con la especial protección que se confiere a los consumidores. Esta regla de interpretación solo entra en juego cuando exista una cláusula oscura o sea oscuro todo el contrato, pues, ante esa falta de claridad y de transparencia, con la consiguiente imposibilidad de conocer la voluntad común, se ha de proteger al contratante que no causó la confusión. (STS de 7 de junio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D. Narciso tenía suscrito un contrato de seguro de accidentes con A. Seguros. En las condiciones particulares tras la descripción de la profesión, como «albañiles escayolistas y encofradores» se garantiza la «muerte» por un capital de 10 millones de pesetas, la «invalidez permanente absoluta y parcial» por un capital de 25 millones de pesetas, revalorizables anualmente ambas cantidades, y la «incapacidad temporal accidente» con un capital de 5 000 pesetas no revalorizable.

El 27 de julio de 2002, D. Narciso sufrió un infarto de miocardio tras una discusión familiar. El 13 de mayo de 2004, con notificación al interesado de fecha 2 de junio de 2004, el INSS declaró la incapacidad permanente en grado de total para la profesión habitual del afectado.

D. Narciso interpuso demanda por reclamación de cantidad por importe de 175 044,38 euros frente a la compañía aseguradora. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La sentencia estableció: (a) que el origen de la incapacidad era el infarto de miocardio sufrido; (b) este infarto se valoró como accidente a efectos de cobertura; (c) se declaró que estaba asegurada la incapacidad permanente absoluta y la parcial y que la falta de concreción en las condiciones particulares, llevaba a considerar que la incapacidad total sufrida debía ser incluida en el ámbito de cobertura y por el capital asegurado; (d) la cantidad devengaba el interés previsto en el artículo 20 LCS desde la fecha de declaración de la incapacidad.

La Audiencia Provincial revocó la sentencia dictada en primera instancia. Estimó parcialmente el recurso de apelación de la aseguradora: (a) mantuvo la definición como accidente del infarto sufrido tras una trifulca familiar, siendo esta la situación desencadenante del infarto, desde una situación física del asegurado que era

desconocida hasta el momento del siniestro; (b) en cuanto a la cobertura de la incapacidad total, se señalaba que la cobertura era clara (incapacidad absoluta e incapacidad parcial) y desde su literalidad, se definen los riesgos cubiertos, constituyendo cláusulas delimitadoras. No cumpliéndose las condiciones de la incapacidad absoluta, se incluye el siniestro dentro de las incapacidades parciales, concediendo un 20% del capital asegurado, según baremo; (c) en cuanto a los intereses, «no se constata la existencia de elementos que permitan considerar la existencia de mora que determina su imposición».

D. Narciso interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo casó la resolución impugnada y desestimó el recurso de apelación de la aseguradora en lo relativo a la cuantía a indemnizar por acaecimiento del siniestro, que ha de ser la solicitada en la demanda, 175 044, 38 euros, como cantidad actualizada del capital pactado, confirmando así en esta cuestión la sentencia de primera instancia. El Alto Tribunal condenó a la citada entidad al abono por la incapacidad en grado parcial el 20% del capital asegurado, intereses legales desde la fecha de la sentencia de la instancia y sobre la cantidad definitivamente reconocida.

NOTA.—El Tribunal Supremo en esta sentencia casa la sentencia recurrida al considerar que la interpretación contra *proferentem* más adecuada es la de entender que la incapacidad permanente total, dadas las circunstancias del contrato, que asegura a un trabajador de una profesión determinada, ante la falta específica de previsión, equivale a una incapacidad permanente absoluta y como tal ha de ser baremada. Para el Tribunal Supremo las condiciones particulares son oscuras: primero, por no hacer mención a la invalidez permanente total y segundo, porque no al hacer mención a este tipo de invalidez, el asegurado desconoce cómo va a ser indemnizada. (M. C. L. J.)

**14. Principio de relatividad de los contratos: artículo 1257 CC.**—En el presente caso se produjo un conflicto de posible cesión doble de unos mismos derechos, similar al de una doble venta, pero al que las dos demandadas fueron ajenas por igual. De aquí que no les sea imputable la consecuencia litigiosa de dicho conflicto, esto es la eventual lesión de unos derechos de la demandante, porque si bien es cierto que a las demandadas les es directamente atribuible la retransmisión del partido litigioso, causa inmediata del daño según la demanda, también lo es que la causa esencial de ese mismo daño no podía ser otra que el convenio de 21 de diciembre de 2000 entre la Federación y la Liga Profesional, en el que a su vez se fundaba el informe de la Federación respondiéndolo a la consulta previa al partido. Por tanto, de la misma forma que en la doble venta no es generalmente uno de los compradores, sino el vendedor, quien responde frente al otro por los perjuicios sufridos, en el presente caso tampoco deben responder frente a Audiovisual quienes, como las demandadas, actuaron bajo la cobertura de la Federación fundada en el convenio de 2000, convenio al que las demandadas eran tan ajenas como al contrato de 1997 en que AS, S.L. funda sus derechos y al que sin embargo no fue ajeno el equipo visitante, al haberlo celebrado, como una de las dos partes contratantes, la Liga Profesional a la que dicho club de fútbol

bol estaba asociado. Todo lo anterior no significa ignorar la posible responsabilidad de terceros por la lesión de un derecho de crédito, admitida por doctrina y jurisprudencia de esta Sala sobre la eficacia indirecta, refleja o mediata del contrato para los terceros, que se traduce en el deber de respeto a la situación jurídica creada impidiéndoles celebrar con alguna de las partes un contrato incompatible con el ya existente, sino únicamente declarar que, en el presente caso, el eventual perjuicio de los derechos de la demandante no es imputable al contrato entre las demandadas, sino al convenio del año 2000 entre la Federación y la Liga Profesional. (**STS de 17 de junio de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El presente litigio se origina en 2002, por la retransmisión televisiva de un partido de fútbol de los treintadosavos de final de la Copa del Rey, a partido único, en el campo del equipo más modesto, no perteneciente a la Liga Profesional. La entidad AS, S.L., titular de los derechos audiovisuales del otro club desde el año 1997, demanda tanto a la entidad radiodifusora TAM, S.A. como al equipo local (UDSSR), por haberse infringido sus derechos de grabación y retransmisión. Las demandadas opusieron fundamentalmente un informe de la Real Federación Española de Fútbol, que, en respuesta a una consulta del equipo local, el día antes de la celebración del partido, había comunicado la existencia de un convenio entre la Federación y la Liga Nacional de Fútbol Profesional, firmado en el año 2000, según el cual, la Federación se reservaba la explotación de los derechos audiovisuales correspondientes a las dos primeras eliminatorias y a la final de la Copa, correspondiendo en este caso los derechos en cuestión al club local.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Recurrido el fallo en apelación, el recurso es estimado en parte. Presenta recurso de casación TAM, S.A. (*S. M. S.*)

**15. Nulidad de pleno derecho del contrato celebrado.**—«(...) la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de un negocio jurídico, ciertamente reconocida por la jurisprudencia, no supone que siempre haya de ser declarada. (...) la jurisprudencia siempre ha exhortado a la prudencia y moderación de los tribunales a la hora de declarar de oficio la nulidad de un negocio jurídico, pues la sanción de nulidad debe reservarse a los casos en que concurren trascendentales razones que hagan patente el carácter de acto gravemente contrario a la ley, a la moral y al orden público; y de otro, que en materia de relaciones jurídicas similares a la aquí litigiosa, sobre estaciones de servicios, la nulidad no puede apreciarse de oficio por los tribunales al margen de las pretensiones iniciales de las partes, y menos aún haciendo de la casación un litigio totalmente diferente del planteado en primera instancia (...).».

**El recurso de casación no es una tercera instancia.**—«Dado que todo juicio sobre el cumplimiento o incumplimiento de un contrato tiene un componente de hecho y otro de derecho, versando el juicio de hecho sobre qué fue lo sucedido entre las partes según el resultado de la prueba practicada, y el de derecho, a partir del anterior sobre si hubo o no incumplimiento de contrato, a qué parte ha de imputarse el incumplimiento y si este tuvo o no la suficiente entidad para justificar la resolución del contrato a instancia de la

otra parte contratante, mediante el recurso de casación únicamente podrá intentarse la revisión del juicio de derecho, pero siempre respetando el juicio de hecho contenido en la sentencia recurrida, ya que de no ser así el motivo incurrirá en el vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión» (STS de 9 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La sociedad demandante celebra un contrato con una compañía de productos petrolíferos, mediante el cual se constituye a favor de la petrolífera un derecho de superficie sobre unas fincas contiguas propiedad de la sociedad, en las cuales se construye una gasolinera, que a su vez se cede, para su explotación, a la demandante. El derecho de superficie se constituye por un período de veinticinco años, a cambio de un importe de diez millones de pesetas. Por otra parte, las partes celebran un contrato de arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento, mediante el cual la empresa petrolífera cede a la sociedad su explotación en régimen de arrendamiento durante veinticinco años. La sociedad demanda a la petrolífera solicitando la nulidad de todos y cada uno de los contratos celebrados al incumplir la normativa comunitaria; en concreto el artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. La petrolífera contesta a la demanda solicitando la desestimación íntegra de la misma, y plantea reconvenición con fundamento en el incumplimiento del contrato de arrendamiento de industria y de exclusiva de abastecimiento como consecuencia de determinados impagos y el retraso en el pago de los suministros de carburante y combustibles a que venía obligada. La demandada solicita se declare resuelto el contrato de industria y de exclusiva de suministro, así como la obligación de pagar a la demandada la cantidad adeudada, además de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara nulos los contratos celebrados por contravenir el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actual TFUE), la Ley española de Defensa de la Competencia, así como los artículos 6.3 y 1275 CC. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia y desestima la demanda entendiendo incumplido el contrato por parte de la actora, por lo que procede a declarar la resolución del mismo y a decretar el desahucio y la entrega de la posesión a la petrolífera, condenando a su vez a la sociedad a abonar lo adeudado. Interpuesto recurso de casación por la actora en la instancia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.—El Tribunal Supremo, en la Sentencia que anotamos, resuelve un conflicto directamente conectado con el Derecho de la Competencia. El litigio se centra en la validez o nulidad de los contratos de suministro y arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento celebrados entre las partes litigantes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en cuyo artículo 81 se prohíben los llamados acuerdos colusorios, es decir, los acuerdos entre empresas cuyo fin primordial resulte ser limitar, falsear o impedir la competencia dentro del mercado común, precepto que ha sido literalmente acogido por

nuestra Ley de Defensa de la Competencia de 1991, en su artículo 1. Concretamente la práctica colusoria que se alega es aquella consistente en «fijar directa o indirectamente los precios de compra u otras condiciones de transacción». Los contratos celebrados bajo esta circunstancia se considerarán nulos de pleno derecho, según lo dispuesto en el artículo 81.2 TCUE.

El Tribunal Supremo se ha manifestado contrario a la declaración de nulidad de dichos contratos con fundamento en que «la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de pleno derecho de un negocio jurídico, ciertamente reconocida por la jurisprudencia, no supone que siempre haya de ser declarada», debiendo atender a circunstancias tales como la existencia de un acto gravemente contrario a la ley, la moral o el orden público. Pero, lo cierto es que el acto jurídico realizado, de ser nulo, deberá considerarse así con independencia de que los tribunales posteriormente declaren dicha nulidad mediante resolución judicial. La sentencia en estos casos no es constitutiva, sino meramente declarativa.

Por otra parte, el que, tal y como considera el Tribunal Supremo, la existencia de un Reglamento Comunitario que desarrolla lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado, como es el alegado en el proceso como principalmente infringido, no impida que los Estados miembros apliquen en sus territorios la legislación nacional, que proteja otros intereses legítimos distintos de la competencia, como es el caso de los artículos del Código Civil relativos a la necesidad de cumplimiento de lo expresamente pactado, no es óbice para afirmar que debe mantenerse la vigencia de un contrato, si éste es nulo, en aplicación de la normativa comunitaria.

Cuestión distinta es, de admitirse la validez de los contratos celebrados, la del posible incumplimiento de contrato por parte de la demandante en la instancia, tras el impago de los suministros recibidos. En ese caso podrán realizarse valoraciones, siempre y cuando se trate de aspectos relativos a la infracción del artículo 1124 CC y la jurisprudencia que lo interpreta, y no respecto a cuestiones relativas a lo que se consideran hechos probados. (*L. Z. G.*)

**16. Donación de bienes muebles. Forma.**—Las dos formas que, alternativamente, exige el artículo 632 CC para la donación de bienes muebles tienen un carácter solemne, pues ha de hacerse necesariamente por escrito, aunque sea privado, y constar en la misma forma la aceptación — escrito que cumple idéntica función esencial que la que el artículo 633 atribuye a la escritura pública en la donación de inmuebles— o, si la donación fuera verbal, realizarse con la «*entrega simultánea de la cosa donada*». De no cumplirse alguna de esas dos formas, la escrita o la real, la donación no producirá efectos. La forma escrita ha de ser la de una donación — a cual tiene que ser aceptada también por escrito, sea el mismo u otro—, de donde se sigue que no vale como forma de donación un escrito otorgado para dar apariencia a una compraventa. (**STS de 14 de abril de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—D. Bartolomé y Dña. Amalia constituyeron una sociedad patrimonial, en la que aparecían como únicos socios dos

empleados de confianza –D. Francisco y Dña. Encarna–, con el compromiso asumido por los mismos de transmitirles las participaciones cuando fueran requeridos a ello por los verdaderos titulares. De esta forma, pese a la apariencia de ser otros los titulares, las participaciones en que se dividía el capital de P. 2000, SL. pertenecieron, por mitad, a D. Bartolomé y Dña. Amalia, los cuales habían estado casados y trataban –principalmente, en otro proceso del que el terminado con aquella resolución traía causa – de liquidar su sociedad de gananciales. Sirviéndose de una simulada venta, que había sido formalizada mediante escritura pública, los aparentes socios, supuestos vendedores, donaron las participaciones sociales al hijo común de los verdaderos titulares (D. Andrés), siguiendo las instrucciones de sus ocultos mandantes.

D. Bartolomé interpuso demanda de juicio ordinario contra Dña. Amalia, D. Andrés, Dña. Encarna y D. Francisco en la que solicitaba que se declare la existencia de un negocio jurídico fiduciario; se declare la nulidad de pleno derecho por falta de cause (inexistencia de precio) del contrato de compraventa de participaciones sociales de P. 2000, SL; se ordene la cancelación de la inscripción de esta transmisión en el registro mercantil; se condene a doña Encarna y don Francisco a transmitir a don Bartolomé la mitad de las participaciones sociales de P. 2000, SL. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirma la desestimación de la demanda. El Tribunal Supremo confirma la decisión de la segunda instancia.

NOTA.–Para el Tribunal Supremo en esta sentencia la escritura de venta de las participaciones no vale como forma escrita de donación, ya que el documento no fue la expresión formal de un contrato de tal clase, sino un artificio para ocultarlo bajo la apariencia de otro. Aunque no constan donadas las participaciones por escrito, cabe que la donación de bien mueble se perfeccione de palabra, con entrega simultánea de la cosa. (*M. C. L. J.*)

**17 Donación de inmuebles.**–Cuando una persona entrega dinero a su hijo para que compre una cosa, no le hace donación de ésta, sino que, en realidad, hace donación del dinero. En consecuencia, su valor actualizado deberá traerse a colación en la partición del patrimonio hereditario de sus padres. Por tanto, no hay negocio fiduciario ni negocio simulado.

**Modo de practicarse la colación.**–Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (así, SSTS de 17 de diciembre de 1992, 21 de abril de 1997, 15 de febrero de 2001 y 24 de enero de 2008), la colación es la adición intelectual al activo hereditario que hacen los legitimarios, del valor de los bienes que han recibido del causante a título gratuito. La colación lleva a una menor participación en la herencia, que será equivalente a lo que recibió gratuitamente en vida del causante, aunque no evita las operaciones de computación e imputación que prevén los artículos 818 y 819 CC. De acuerdo con el Tribunal Supremo (SSTS de 8 de julio de 1995, 14 de diciembre de 2005 y 18 de octubre de 2007), el valor de los bienes donados será el del momento de la partición.

**Dispensa de colación.**–La voluntad de dispensar la colación ha de ser manifestada expresamente, con expresiones claras e indudables y se puede

acordar en cualquier tiempo, tanto en el propio texto del contrato de donación o posteriormente, en otro acto *inter vivos* o en el propio testamento. (STS de 19 de mayo de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Tres compañeros que ejercen como notarios en Almería, deciden trasladarse a Madrid. Por ello, compran por terceras e iguales partes dos pisos contiguos en dicha capital, para montar en ellos la notaría. Cada uno de los referidos notarios compra una parcela de garaje en el mismo edificio y también, entre todos, dos trasteros unidos para dedicarlos a archivo de la notaría. Finalmente dos de ellos deciden no trasladarse a Madrid y venden sus participaciones indivisas en los dos pisos y los dos trasteros y sus respectivas plazas de garaje al compañero que se traslada. Éste escritura los bienes, por motivos fiscales, a nombre de su hijo pequeño. Aunque consta aparentemente el hijo como comprador, quien paga el precio es el notario, que figura únicamente como titular de la tercera parte de los pisos y trasteros y de la plaza de garaje. Posteriormente, el notario y su mujer transmiten mediante una simulación de compraventa la tercera parte indivisa de uno de los pisos al hijo, para que concurra en el mismo la plena propiedad. Fallecidos tanto los padres como el hijo, los hermanos de éste formulan demanda contra su viuda y sus hijos, solicitando que se declare la pertenencia al patrimonio hereditario de uno de los pisos y anexos, la nulidad de los contratos de compraventa simulados y la validez de la donación disimulada, que tiene carácter colacionable.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandados. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

**18. Accidente laboral: Muerte por rotura de cable de izado: Responsabilidad de la aseguradora: No hay justificación de la demora: Intereses del artículo 20 LCS.**—La negativa de la aseguradora a cumplir con su deber de satisfacer la prestación frente a la perjudicada no puede reputarse como justificada por las siguientes razones:

a) Porque no es cierto que haya sido imprescindible el pleito para eliminar una incertidumbre racional sobre la verdadera causa del siniestro, toda vez que forma causa del sustrato fáctico en que se apoya la sentencia recurrida, que lo que provocó el accidente fue la rotura del cable por el estado del mismo, lo cual no lo hacía idóneo para sostener o elevar el peso del puente, así como que la empresa propietaria y suministradora del cable, a la sazón encargada de instalar el puente mediante un camión grúa, ni demostró un adecuado mantenimiento del cable, ni respetó los márgenes de seguridad entre el peso máximo permitido y el peso del puente, datos objetivos que, en lo esencial, la aseguradora de la grúa pudo conocer de forma casi inmediata a la producción del siniestro, gracias al atestado, aportado a las diligencias en las que se personó, donde se expresa el parecer de la fuerza instructora sobre la referida causa del siniestro con exclusión de otras posibles concausas.

b) Porque tampoco el pleito ha sido necesario para eliminar una incertidumbre racional relativa a la cobertura del hecho causante del accidente ya

que, por más que sea posible, en hipótesis, dados los confusos términos en que se encuentra redactada la póliza, sostener, como hace la aseguradora, que únicamente estaba incluido el riesgo del transporte, y no el montaje o izado de los objetos, tampoco puede reputarse ilógica la interpretación que se hace en la instancia, aquí no controvertida, de que tales riesgos sí estaban comprendidos, fundamentalmente, en atención al hecho incuestionable de la que empresa asegurada realizaba sus trabajos mediante camiones y grúa y que en este tipo de camiones, precisamente el izado y desplazamiento de la carga a través de la grúa incorporada al camión es labor propia del transporte para el que está concebido el vehículo, como entiende acertadamente la sentencia recurrida.

c) Porque la mera iliquidez inicial o la diferencia cuantitativa entre la indemnización reclamada y la concedida no se ha considerado por la jurisprudencia como causa que justifique la mora, dado el carácter meramente declarativo del derecho del perjudicado que tiene la sentencia que la concreta, y la posibilidad de que pudiera abonarse por la compañía al menos esta última, o lo que entendiera debida, no obstante discutir luego su procedencia, lo que no hizo.

d) Porque, además de lo dicho sobre que los primeros indicios ya permitirían excluir la incidencia causal del comportamiento de la víctima, la doctrina expuesta no reconoce justificada la negativa fundada en la falta de culpa, ya sea por atribuirse en exclusiva al perjudicado o porque se disiente del grado de responsabilidad que ha de corresponder en supuestos de posible concurrencia causal de conductas culposas.

De lo anterior se sigue que procede imponer a la aseguradora los intereses del artículo 20 LCS sobre la suma concedida, desde la fecha del siniestro y hasta el momento de su consignación, al tipo legal del dinero incrementado en un 50% anual durante los dos primeros años, y al mínimo del 20% a partir de dicha fecha (**STS de 11 de abril de 2011**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Xiol Ríos.] (*G. G. C.*)

**19. Culpa extracontractual: Lesiones por caída en puerta de acceso a cuarto de calderas de Comunidad de propietarios: Culpa exclusiva de la víctima: Doctrina general sobre el régimen de la responsabilidad civil en el Código civil.**—En estos litigios cabe discutir en casación el juicio del tribunal de instancia sobre el criterio de imputación subjetiva de los daños al causante y sobre los aspectos de la relación de causalidad con base en la doctrina de la imputación causal, pero no la determinación objetiva de los hechos sobre la existencia o inexistencia del daño y sobre las circunstancias de la acción u omisión. La jurisprudencia de esta Sala no ha llegado a erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC, y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. Tampoco ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño. Es un criterio de imputación del daño al que lo padece la asunción de los riesgos generales de la vida, de los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar o de los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida. Así la STS de 22 de febrero de 2007 ha declarado que en los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario no

procede una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados.

Como declaran las SSTs de 31 de octubre y 29 de noviembre de 2006, 22 de febrero y 17 de diciembre de 2007, en relación con caídas en edificios en régimen de propiedad horizontal o acaecidas en establecimientos comerciales, de hostelería o de ocio, muchas sentencias de esta Sala han declarado la existencia de responsabilidad de la comunidad de propietarios o de los titulares del negocio cuando es posible identificar un criterio de responsabilidad en el titular del mismo, por omisión de medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o precaución que debían considerarse exigibles. Pueden citarse, en esta línea, las SSTs de 21 de noviembre de 1997 (caída por carencia de pasamanos en una escalera), 2 de octubre de 1997 (caída en una discoteca sin personal de seguridad); 12 de febrero de 2002 (caída durante un banquete de bodas por la insuficiente protección de un desnivel considerable); 31 de marzo y 20 de junio de 2003 (caída en zona recién fregada de una cafetería que no se había delimitado debidamente); 26 de mayo de 2004 (caída en unos aseos que no habían sido limpiados de un vómito en el suelo); 10 de diciembre de 2004 (caída en las escaleras de un gimnasio que no se encontraba en condiciones adecuadas); 25 de marzo de 2010 (caída de una señora de 65 años, afectada de graves padecimientos óseos y articulares, al entrar en un restaurante y no advertir un escalón en zona de penumbra y sin señalización).

Por el contrario, no puede apreciarse responsabilidad en los casos en los cuales la caída se debe a la distracción del perjudicado o se explica en el marco de los riesgos generales de la vida por tratarse de un obstáculo que se encuentra dentro de la normalidad o tiene carácter previsible para la víctima. Así SSTs de 28 de abril y 14 de noviembre de 1997, y 30 de marzo de 2006 (caída al suelo en restaurante de un cliente cuando se dirigía a los aseos por escalón que debía ser conocido por la víctima); 7 y 17 de mayo, y 26 de julio de 2001, 13 de marzo y 6 de junio de 2002 (caídas sin la prueba de la culpa o negligencia de los respectivos demandados); 10 de diciembre de 2002, 6, 12 y 16 de febrero de 2003 (caída en la escalera de un centro comercial, de un hotel, en terreno anejo a obra y en una discoteca); 17 de junio de 2003 (daño en la mano por la puerta giratoria de un hotel que no podía calificarse de elemento agravatorio del riesgo); 2 de marzo de 2006 (tropiezo en una manguera de los servicios municipales de limpieza que no suponía riesgo extraordinario y era manejada por empleados con prendas identificables); 31 de octubre de 2006 (caída en exposición de muebles por tropiezo con escalón de separación de nivel perfectamente visible); 29 de noviembre de 2006 (caída en un bar); 22 de febrero de 2007 (caída en un mercado por hallarse el suelo mojado por agua de lluvia); 30 de noviembre de 2007 (caída a la salida de un supermercado); 11 de diciembre de 2009 (caída de un ciclista en el desarrollo de una carrera por causa de la gravilla existente en la bajada de un puerto).

**Falta de prueba de la culpa: No hay responsabilidad por riesgo.**—La recurrente no combate la valoración probatoria efectuada por el tribunal de instancia por alguna de las vías que excepcionalmente resultan compatibles con la naturaleza de este recurso. La Sala de instancia no cita elemento alguno de orden fáctico que permita identificar la existencia de una negligencia por parte de la comunidad de propietarios, del portero o de la administración demandados. Considera inaplicables los reglamentos de prevención de incendios invocados de contrario; en todo caso, estos últimos no serían aplicables en virtud del principio de imputación objetiva, pues el daño producido no

tiene relación con el objeto de la misma. Afirma que la demandante, que acudía frecuentemente al inmueble y lo conocía perfectamente, por causas desconocidas, se dirigió al cuarto de calderas, abrió la puerta y se precipitó por la misma pese a ser advertida por una vecina de su error, siendo su conducta anómala la que produjo el resultado lesivo.

La parte recurrente intenta que se aplique la teoría del riesgo, a falta de prueba que permita atribuir culpa a negligencia a la parte demandada, pero no puede ser acogido por las siguientes razones: 1.<sup>ª</sup>) No se aprecia la concurrencia de riesgos de carácter extraordinario derivados de la ubicación o características de la puerta de acceso al cuarto de calderas, que impliquen o supongan un riesgo anormal en relación a los parámetros medios; 2.<sup>ª</sup>) En esas circunstancias no le era exigible a la comunidad demandada un deber de previsión mayor que a la propia accidentada; 3.<sup>ª</sup>) No se ha acreditado la incidencia en la producción de la caída de elementos de los que fuera responsable la comunidad responsable, como el defectuoso estado de la puerta de acceso, el incumplimiento o infracción de norma o medida de seguridad aplicable; 4.<sup>ª</sup>) No se ha acreditado la causa que provocó la caída de la accidentada una vez que ella misma abrió la puerta de acceso al cuarto de calderas; y 5.<sup>ª</sup>) Esto implica la inexistencia del nexo causal que debe concurrir entre la acción u omisión y el evento dañoso. Siendo exclusiva la culpa de la víctima tampoco procede estimar la concurrencia de culpas. (STS de 31 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Sentencia que puede calificarse de «pedagógica», amparada quizá en la sencillez de la resolución del pleito, que venía claramente orientada por las sentencias absolutorias en ambas instancias. Es de agradecer el excelente resumen de la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad por caídas en recintos habitualmente cerrados o, de alguna manera, vigilados o controlados. Muchas de las numerosas sentencias aquí citadas han sido anotadas en el ADC, aunque parece de escasa utilidad su actual mención pormenorizada, sin perjuicio de completarlas con la STS de 17 de diciembre de 2009, que excluye la responsabilidad por caída en el interior de un templo por falta de prueba (cfr. ADC, 2011, p. 442 y s.). En cambio esta sentencia anotada servirá probablemente de punto obligado de referencia en el futuro para casos similares. (G. G. C.)

**20. Culpa extracontractual: Accidente de circulación: Recursos extraordinarios: Doctrina general sobre la no revisibilidad en casación de hechos probados.**—El régimen de recursos extraordinarios establecidos en los artículos 468 y 469 y DF 16 LEC 2000, establece la separación entre las cuestiones procesales y las sustantivas, y según tiene declarada de manera constante la jurisprudencia, estas últimas, consistentes en la infracción de normas civiles y mercantiles, son las únicas que se pueden plantear en el recurso de casación, cuya función es contrastar la correcta aplicación de dicha norma sustantiva al supuesto fáctico. Dado que la casación no es una tercera instancia. No es posible plantear mediante el recurso de casación temas relativos al juicio de hecho, como son los errores en la valoración de la prueba, siendo también inaceptables todas las apreciaciones de la parte recurrente que directa o indirectamente cuestionen o se aparten de las declaracio-

nes de hecho efectuadas en la resolución recurrida (entre otras, SSTs de 18 de junio de 2009, y 5 de mayo y 4 de noviembre de 2010).

**Cuantía del daño: Factor corrector por incapacidad permanente: Régimen aplicable, determinación y límites a su revisión en casación.**—Ha declarado constantemente esta Sala, a partir de las SSTs de 17 de abril de 2007, del Pleno de la misma 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, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado*, rechazándose la aplicación retroactiva de las sucesivas reformas de la normativa aplicable a la materia.

Esta Sala ha venido reiterando que la función de cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales de instancia, atendidos los hechos probados y el principio de indemnidad de la víctima, con la consecuencia de que sólo puede ser revisada en casación si la determinación realizada resulta manifiestamente errónea o ilógica. Según STS de 15 de diciembre de 2010, esta regla tiene dos limitaciones: 1.<sup>a</sup>) que el Tribunal no puede alterar los términos en que el debate fue planteado, y deberá resolver en atención a las circunstancias concurrentes, determinando la indemnización que corresponda con arreglo a dicho sistema, sin salirse del mismo para procurar indemnizaciones distintas, puesto que lo contrario haría incongruente la resolución y supondría un evidente desajuste en la determinación y cuantificación del daño en un sistema en el que los valores de días y puntos están directamente calculados en previsión y ponderación de sus inherentes factores de corrección; y 2.<sup>a</sup>) que aun siendo posible revisar en casación la aplicación de la regla, en ningún caso puede ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía fijada por la norma para cada concepto que el tribunal haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado; en consecuencia, la fijación de la puntuación, dentro de la horquilla o margen que señala la norma, es cuestión de hecho, no revisable en casación.

**Intereses de demora: Recargo del artículo 20 LCS: Pasividad injustificada de la aseguradora.**—La aseguradora no puede ampararse en las consignaciones realizadas para impedir el recargo, pues la primera se hizo excediéndose del plazo trimestral legal, y de no existir prueba en contrario, se presume que el asegurador conoció el siniestro gracias a la comunicación del asegurado. Y si debe tenerse por acreditado que conoció el siniestro y pudo averiguar las consecuencias que había provocado, carece de justificación la pasividad con la que actuó, manifestada en el hecho de eludir poner en marcha los medios a su alcance (sus servicios médicos) y esperar a lo que resultara del informe forense de sanidad ya que, para que esta conducta tuviera el resultado que pretendía, habría sido necesario que desde un principio hubiera actuado conforme a la ley, completando la cantidad consignada hasta la suma indicada por el Juzgado a la vista del avance o los avances de sanidad que se emitieran, o a la vista del resultado del informe de sanidad si esta hubiera sido la decisión del juzgado. Tal conducta negativa se basó en la mera discrepancia en torno a la cuantía, y no en la necesidad de eliminar una incertidumbre en torno al nacimiento mismo de la obligación de indemnizar a cargo de la aseguradora. Todo ello sin perjuicio de reconocer valor liberatorio, por su importe, a las sumas consignadas por la compañía a cuenta del precio. (STS

de 19 de mayo de 2011; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

**21. Culpa extracontractual: Responsabilidad de centro docente: Daños causados por caída de árbol sobre alumna dentro del recinto: Nulidad de dictamen pericial: Parcialidad del perito que también asiste a la paciente: No hay indefensión.**—Carecen de consistencia los reproches de falta de motivación a la resolución que acordó la nulidad del dictamen pericial y falta de notificación a las partes, ya que la nulidad se acordó en el acto del juicio, en presencia de las partes y del propio perito y por las razones alegadas por las partes demandadas; la parte actora la recurrió en reposición y se dictó auto razonando sobre la extralimitación del perito al prescribir tratamiento médico a la demandante, comprometiendo así la imparcialidad y objetividad a que está sujeta por las normas de LEC; la sentencia de apelación consideró procedente la nulidad por conculcar el artículo 335 LEC, por haber quebrado el perito todas las garantías de imparcialidad y objetividad que persigue aquel precepto procesal, más aún cuando el artículo 41.3 del Código Deontológico establece una prohibición expresa entre la actuación como peritos y la asistencia médica al mismo paciente, lo que está acreditado por su propio reconocimiento. En trámite casacional cabe decir que la nulidad del dictamen pericial acordada en instancia, no sólo no causó indefensión a la actora sino que remedió por adelantado la que se hubiera podido producir más adelante en el proceso, mediante el nombramiento de otro perito cuya imparcialidad y objetividad no se cuestionan y que para su dictamen tuvo en cuenta el informe del primer perito.

**Cuantía indemnizatoria: Utilización del sistema de baremos.**—Aunque la motivación de la sentencia recurrida sobre la posibilidad de aplicar en este caso el sistema de valoración anexo a la Ley de Circulación de Vehículos a Motor, adolezca de algún argumento no del todo acertado (así entender que el sistema de baremación acabó con un claro vacío legal), de suerte que su aplicación al presente caso sería *por analogía*, lo cierto es que la lectura completa de su 6.º FD permite comprobar que la verdadera razón para aplicarlo es que, aun considerando que la fijación del quantum indemnizatorio está encomendada al arbitrio, valoración y reglas de la sana crítica del correspondiente juzgador, nada impide su aplicación al supuesto de autos para evitar, en la medida de lo posible, resoluciones totalmente dispares, sin perjuicio de que tal baremo, para el supuesto que nos ocupa, no sea vinculante pudiéndose erigir como criterio orientador; más adelante, en el 8.º FD se afirma que dicho baremo no vincula de modo absoluto a los juzgadores. Al razonar así, la sentencia recurrida se ajustó, en lo esencial, a la jurisprudencia de esta Sala que, ya sin fisuras, admite la aplicación del sistema en cuestiones a casos de responsabilidad ajenos al ámbito de la circulación de vehículos a motor, no ciertamente por analogía, puesto que no hay vacío legal, pero sí con carácter orientativo para reparar el daño conforme a criterios de equidad e igualdad, sin discriminación ni arbitrariedad (SSTS 11 de noviembre de 2005, 10 de febrero de 2006, 2 y 22 de julio de 2008, 9 de marzo y 10 de diciembre de 2010, y 9 de febrero de 2011).

**Prueba rigurosa de casos excepcionales.**—En ausencia de prueba sobre casos excepcionales que permitan aplicar criterios correctores según sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 25 de marzo de 2010, la sentencia recurrida explica, por un lado, que ha tenido en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la víctima, los padecimientos sufridos y que le

quedan por sufrir, acogiendo la máxima valoración permitida por cada concepto, y asimilando su situación a la invalidez permanente total porque las secuelas limitan enormemente a la víctima, aun no estando impedida para estudiar, y los posibles enfoques profesionales de la misma, y, por otro, que lo solicitado como renta vitalicia no se corresponde en realidad con esta figura, la conclusión no puede ser otra que la desestimación del motivo por no permitir aplicar la doctrina de esta Sala pues lo excepcional de la corrección se corresponde con una rigurosa exigencia de prueba (SSTS de 25 y 29 de marzo, y 5 de mayo de 2010 (**STS de 13 de abril de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Se reclaman los daños causados a una alumna de 15 años de edad, de un Colegio Alemán, dotado de Residencia, sin que en ningún lugar de la sentencia se nos describan las lesiones y secuelas sufridas, aunque se desprende que son graves al equipararse en la sentencia a las causantes de incapacidad permanente total, que sólo permitirá seguir estudiando a la perjudicada y, eventualmente, ocupar algún puesto laboral. En la demanda se solicita una suma —sin duda, exorbitante— total que excede de 3.758.000 euros, otorgándose algo más de la sexta parte de dicha cantidad en primera instancia, reduciéndose todavía en apelación a poco más del tercio de esta última suma (230.419 euros). El Tribunal Supremo mantiene esta cuantía. El supuesto guarda alguna relación con el caso resuelto por STS de 5 noviembre 2009 (ADC, 2011, pp. 446-447) (los hechos también ocurren en el jardín de un centro docente), pero varían las circunstancias (en la sentencia aquí extractada se trata de alumnos-residentes sin caracteres especiales, y allí de un centro de discapacitados uno de los cuales, en cierto momento, elude la vigilancia de la monitora y se accidenta gravemente); por último, la cuantía indemnizatoria también varía considerablemente (excede poco de la cuarta parte respecto del centro de educación especial). (G. G. C.)

**22. Culpa médica: Cambio de operación programada, según decisión adoptada en el quirófano, sin consentimiento del paciente: Deber de información: Falta de consentimiento: Cuantía del daño.**—Es hecho probado que no hubo consentimiento para realizar la intervención que se la practicó. La intervención que se propuso, para lo que la paciente solicitó y obtuvo autorización de su compañía aseguradora, A., fue para comprobar un menisco dañado mediante artroscopia; pero en ningún caso para seccionar y extraer la plica medial o interna y liberar el alerón o retináculo rotuliano externo, que es la que se llevó finalmente a cabo una vez comprobado que la operación programada era innecesaria por no estar afectado el menisco. Es decir, se produjo un cambio de cirugía en quirófano sin el consentimiento previo de la paciente que lo había dado para una intervención clínica distinta dentro de la cual autorizaba un posible cambio de la técnica quirúrgica empleada, que nada tiene que ver con una intervención diferente de la que había sido programada en razón de la patología que se detectó en el momento de la operación y no es la fase previa de diagnóstico, de la que no derivaba ningún riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo que pudiera justificarla. Se trata de una intervención que en ningún caso debió realizar-

se sin antes comprobar que el paciente había sido previamente informado y que le ha generado un daño por el que debe ser indemnizado. No es el daño que resulta de la intervención programada puesto que no se produjo, sino el daño que resulta de la que sí se llevó a cabo con la que no sólo no logró mejorar sus dolencias en la rodilla, sino que se le privó de conocer los riesgos y beneficios posibles para su salud, puesto que ninguna información hubo respecto de una actuación médica que desconocía.

La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a efecto la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía de la paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad.

La estimación del motivo supone asumir la instancia para cuantificar el daño en 30.000 euros teniendo en cuenta la intervención médica realizada, de menor entidad de la que había sido proyectada inicialmente, así como las circunstancias concurrentes pues aun cuando no se derivó ninguna consecuencia respecto de las lesiones que presenta la paciente, lo cierto es que tampoco puso fin a sus dolencias. Esta indemnización se declara actualizada, en su naturaleza de deuda de valor, al presente momento procesal y devengará el interés del dinero incrementado en dos puntos desde la presente resolución hasta su completo pago (**STS de 13 de mayo de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Supuesto poco frecuente el de llevar a cabo una intervención quirúrgica distinta de la programada, sin concurrencia de circunstancias de urgencia o peligro de muerte del paciente. Sin que pueda calificarse de banal el cambio en quirófano, no se duda en calificar de daño moral grave por practicarse sin consentimiento de la paciente, aunque la intervención se realizó correctamente y sin perjuicio (tampoco, beneficio) para aquélla. Es un supuesto de pura violación del derecho a la información, cuya cuantía se cifra moderadamente en una suma que representa la sexta parte de la reclamada. Sentencia de aprobar (*G.G.C.*)

**23. Culpa médica: Intervención por hernia discal: Fallecimiento a los 35 días de la operación: Relación de causalidad.**—La relación de causalidad, desde el punto de vista fáctico, es competencia de la Sala de instancia, y se caracteriza por la omisión de una conducta que de haber sido observada habría evitado —con certeza, o en un juicio de probabilidad cualificado—, el resultado dañoso (STS de 8 de mayo de 2001). Es evidente que los hechos sobre los cuales la sentencia recurrida fundamenta sus conclusiones impiden establecer esa relación ni poner a cargo del médico, con criterios de imputación objetiva, determinadas circunstancias que justificarían o descartarían la imputación de los daños, como es la falta de medios en la clínica Clideba que obligaron al traslado de la paciente a otro centro hospitalario, cuando se niega como causa del fallecimiento una mala praxis médica y cuando la lesión de la arteria hipogástrica izquierda durante la intervención practicada no era probable, sino meramente descartable por tratarse de una complicación de carácter excepcional. La obligación del médico es de medios y no de resultados y estos medios

que se deben poner a disposición del paciente se deben valorar no sólo en función de la economía del contrato de prestación de los servicios médico-sanitarios fundándose en la evolución posterior de la misma, lo que se conoce como la prohibición de regreso, para responsabilizar al médico de la materialización de un riesgo excepcional del que había sido previamente informada la paciente, que hacía innecesarios más medios de los que se disponían en esos momentos de una previsión lógica y ponderada de la intervención llevada a cabo.

**Responsabilidad basada en la Ley de Consumidores.**—Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, la responsabilidad fundada en la LGDCU no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*; sino únicamente es aplicable a los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios (SSTS de 5 de febrero de 2001, 26 de marzo y 17 de noviembre de 2004, 5 de enero de 2007, 4 de junio de 2009 y 29 de octubre de 2010); aspectos que, en el caso, tampoco fueron desatendidos por parte de quien venía obligada a prestarlos en virtud del seguro de asistencia sanitaria, puesto que no puede hablarse de imputación objetiva del fallecimiento de la paciente por el pretendido funcionamiento defectuoso del servicio, cuando no existe nexo causal directo entre el daño y los servicios puestos a su disposición en virtud del seguro concertado.

**Información personalizada.**—Se proporcionó a la paciente una información personalizada de la intervención quirúrgica a desarrollar, incluso de los riesgos más relevantes entre los que se encontraba la lesión del vaso abdominal. Sin duda, el médico debe informar también al paciente de todas aquellas circunstancias que puedan incidir en la decisión que pueda adoptar, entre ellas, la del centro sanitario en el que se va a llevar a cabo la intervención, a fin de que pueda acudir a otro distinto del que le correspondía como beneficiaria de una relación de seguro, cuyo contenido y alcance debe conocer en cuanto a la disposición de medios que debían ponerse a su alcance. Ocurre que aceptó ser intervenida en el mismo y que la denuncia por información deficiente resulta civilmente intranscendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; no existe ningún daño vinculado a la ausencia o deficiencia de medios, por parte de CASER, que hubiera sido de causa determinante, ni siquiera influyente, en el fatal desenlace por el que se reclama indemnización. (STS de 20 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G.G.C.)

**24. Culpa médica: Diagnóstico pre-natal erróneo: Niña nacida sin brazo derecho: Privación de la posibilidad de abortar: Daño moral: Cuantificación.**—Es cierto que a la paciente se le suministró información sobre el curso del embarazo, pero esta información estuvo basada en un diagnóstico erróneo consistente en no haberse detectado las anomalías que presentaba el feto, que no se justifica por el carácter falible de las pruebas de imagen por ecografía, de lo que sí estaban informados los padres de la niña. El hecho de que se diga en el informe que *en el momento de realizar la exploración, no se observan anomalías morfológicas fetales mayores, si bien no pueden descartarse las que no tienen expresión ecográfica o se presentan de forma tardía*, supone simplemente que no se advierten otras anomalías fetales distintas de las que sí se observaron y de la que derivó la información equivocada que se proporcionó a la paciente.

El derecho a recibir información tiene por objeto no sólo el conocimiento por la gestante de la finalidad y naturaleza de las pruebas que se realizan para seguir la evolución del embarazo, sino la que resulta de las pruebas en cuanto puedan tener incidencia en la *lex artis*. En el caso del diagnóstico prenatal, dice la STS de 21 de diciembre de 2005, se traduce en la información que por parte de los profesionales que practican la prueba, se debe proporcionar a quien presta su consentimiento y se somete a ellas de todas las posibilidades efectivas de irregularidades o de riesgo para el feto, incluso las más remotas, que pudieran acaecer y tomarse en consideración en el plano científico y en el experimental, es decir, toda la información médicamente conocida y constatada, incluida la que resulta de una estadística de resultados, pues esto es su finalidad y lo que va a permitir a los interesados tomar la decisión que consideren más conveniente, tanto de presente como de futuro.

La información errónea e incompleta equivale a falta de información y conforma una actuación médica deficiente que resulta especialmente grave no sólo en aquellos casos en que la mujer se somete voluntariamente a unas pruebas encaminadas al diagnóstico de una eventual patología prenatal, por la especial situación de riesgo de la gestante, como es la amniocentesis o la biopsia coral, sino en aquellos otros que se desarrollan a partir de un control ginecológico normalizado y continuado mediante el cual es posible conocer si el feto padece enfermedades que pueden condicionar desfavorablemente su calidad de vida futura. En ambos casos la finalidad común del diagnóstico prenatal es la de descartar serias afecciones de carácter cromosómico o de otra naturaleza especialmente grave y tranquilizar a los padres, dándoles la posibilidad de poner fin al embarazo a través de lo que se conoce como *aborto terapéutico o eugenésico*, o de continuar con el mismo disponiendo, a partir de la información que se les proporciona, de tiempo suficiente para adaptarse a la idea y tomar las previsiones para el cuidado y atenciones del recién nacido.

Sin duda, la decisión de abortar no está vinculada necesariamente a un complejo debate jurídico más allá de lo que resulta de la privación a la mujer del derecho a tomar una decisión de forma voluntaria y libre en relación a su práctica, que puede o no coincidir con la continuación del embarazo en razón a criterios de los más variados, como señaló la STC 58/1985, derivados del vínculo natural que se establece entre la madre y el *nasciturus* o de ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales (STS de 21 de diciembre de 2005). La alegación y prueba de que la mujer hubiese interrumpido su embarazo de haber conocido un defecto congénito del feto, no sólo afecta a la libertad, autonomía e intimidad de la gestante, sino que pone en evidencia la dificultad de establecer una relación entre la falta de información por el médico y el que la gestante opte por poner fin al embarazo mediante el aborto, en lo que esta Sala ha calificado de *debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, que no hacen más que añadir una cierta complejidad probatoria* (sentencia citada), porque carece de una respuesta cierta y ofrece un curso causal inseguro o simplemente especulativo, que esta Sala ha resuelto en ocasiones mediante un juicio de probabilidad objetivo.

El daño es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable –daño moral–, y de la necesidad de hacer frente a

gastos o desembolsos extraordinarios o especiales –daños patrimoniales– teniendo en cuenta en cualquier caso que no estamos ante la concepción no deseada de un hijo, sino ante un embarazo voluntario en el que el niño no representa un daño más allá de lo que comporta ese plus que resulta de la incapacidad (STS 21 de diciembre de 2005).

Asumiendo funciones de instancia, para la valoración del daño, siempre difícil e insegura para su determinación y aseguramiento de la profesión médica, cuando se trata de daños morales; daños que son los únicos que se justifican en la demanda al amparo de una privación del derecho a abortar que se materializa en la información errónea proporcionada después de las veinte semanas de embarazo, impidiéndola decidir en torno a su interrupción, y que se justifica en el trastorno que ambos progenitores primerizos sufrieron tras el nacimiento de su hija por su malformación congénita; trastorno depresivo mixto, con ansiedad, pensamiento catastrófico y anticipación ansiosa de sucesos negativos –la madre–, y trastorno adaptativo mixto, con ansiedad y estado de ánimo depresivo, acontecimientos negativos que afectan al desarrollo y calidad de vida futura de su hija, ideas de culpabilidad y temor a tener más hijos –el padre–; todo lo cual, debidamente valorado, determina una indemnización de 30.000 euros a cada uno de los padres. **(STS de 31 de mayo de 2011;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

#### 4. DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**25. Usucapión ordinaria *secundum tabulas*: bienes poseídos en calidad de condueño.**–Reconoce jurisprudencia reiterada (SSTS de 4 de diciembre de 1969 y 15 de diciembre de 1993) que, para que la finca propiedad común pueda ser usucapiada por uno o más condueños frente a otro u otros, es necesario que aquellos ejerciten su posesión precisamente en concepto de dueño, lo que comporta el carácter exclusivo de la posesión a título de dominio. En consecuencia, cuando se ejerce un dominio en concepto de copropiedad, no de propiedad exclusiva, se da una situación de copropiedad incompatible con la usucapión. **(STS de 27 de abril de 2011;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**–Tres hermanos firman un documento en 1970 reconociendo la copropiedad de dos viviendas escrituradas a nombre de uno de los hermanos, un apartamento escriturado a nombre de otro y un establecimiento comercial escriturado a nombre del tercero. En el documento se admite que, con independencia de la titularidad formal, para la adquisición de los inmuebles y establecimiento comercial contribuyeron los tres por terceras partes cada uno. No obstante, tiempo después uno de los hermanos vende el apartamento escriturado a su nombre. Por ello, los herederos de otro de los hermanos demandan a sus tíos solicitando que se declare que una parte de los inmuebles reseñados pertenece a su causante.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial confirma la sentencia apelada. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (M. C. C. M.)

**26. Actio communi dividundo. Concepto.**—La llamada *actio communi dividundo* proveniente directamente del Derecho romano, regido por el principio de *nemo invitus compellitur ad communionem*, está recogida en el artículo 400 del CC, que permite a todo copropietario pedir la división de la cosa común, como facultad imprescriptible del derecho de propiedad, *res merae facultatis*. El ejercicio de esta acción es la exigencia coactiva de la división, cuando no se ha conseguido por acuerdo de los interesados o «por árbitros o amigables componedores», como dice el artículo 402 CC. La práctica de la división, cuando queda sometida al ejercicio de la acción, queda al buen sentido de la decisión judicial —discrecional, que no arbitraria— a la luz de la prueba practicada, especialmente la pericial, y a la vista de las pretensiones de las partes.

**Actio communi dividundo. Práctica de la división.**—El artículo 406 CC se remite a las reglas concernientes a la división de la herencia para la división de la cosa común y es el artículo 1061 CC el que proclama el principio de igualdad entre los partícipes de la comunidad en el sentido de que no se trata de una igualdad matemática o absoluta, tal como resume la sentencia de 16 de enero de 2008 en los siguientes términos: «La jurisprudencia ha declarado, en la interpretación de este precepto, que la partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación (SSTS de 30 de enero de 1951, 14 de diciembre de 1957 y 25 de marzo de 1995) y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso (SSTS de 8 de febrero de 1974, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 1998). Sin embargo, también se ha precisado que no se trata de una igualdad matemática o absoluta (SSTS de 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980 y 14 de julio de 1990), sino de una igualdad cualitativa (STS de 13 de junio de 1992); que la norma tiene un carácter orientativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974 y 7 de enero de 1991); está dotada de un grado de imperatividad sólo relativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 14 de julio de 1990, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 2 de noviembre de 2005); y no puede aplicarse cuando la infravaloración de los bienes se aplica en proporción semejante a todos los que integran el caudal relicto (SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1991)». (**STS de 26 de mayo de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Tres hermanos y una entidad son copropietarios de una explotación agrícola y uno de ellos (D. Enrique) ejercita la acción de división de finca registral frente a la sociedad, que se allana, y frente a su hermana (Dña. Estefanía) y su hermano (D. Constancio) que se oponen, no a la división, sino al modo de practicarla que pretende aquel demandante.

El Juzgado de Primera Instancia ordena la división, valorando la prueba practicada y atendiendo las pretensiones de las partes y aumenta el valor inicial del conjunto. Lo cual es confirmado por la sentencia de la Audiencia Provincial que la modifica atendiendo al incremento de valor aludido.

El resultado final, es decir, la división acordada judicialmente, no es aceptado por la hermana, Dña. Estefanía, ni por el hermano, don Constancio, del demandante, ya que tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial habían partido de la propuesta por este últi-

mo. Ante tal disconformidad, ambos formulan sendos recursos, de casación la primera y por infracción procesal y de casación el segundo. (*B. G. F.*)

**27. Disolución de la comunidad de bienes. Interpretación del artículo 404 CC.**—De acuerdo con el artículo 404 CC, que supedita al convenio entre los comuneros la adjudicación de la cosa indivisible a uno de ellos indemnizando a los demás, se considera como fórmula procedente para poner fin a la comunidad, la venta de los bienes con reparto del precio entre los comuneros en proporción a sus cuotas. En este sentido, reconoce la jurisprudencia de manera reiterada (entre otras, SSTS de 1 de abril de 2009, 29 de marzo de 2010 y 11 de mayo de 2011) que el dato determinante para poner fin a la comunidad no puede ser la conveniencia o interés particular de uno o varios de los comuneros. No obstante, ello no impide que la venta en pública subasta pueda quedar descartada por no quererla ninguno de los condueños. (**STS de 3 de mayo de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Una copropietaria solicitó judicialmente la disolución de la comunidad de bienes en pro indiviso existente sobre distintos bienes mediante la venta en pública subasta de los mismos, con distribución del precio resultante entre los partícipes en proporción a sus respectivos derechos sobre los bienes. Los demandados mostraron su conformidad con la división de los bienes comunes, pero se opusieron a su venta en pública subasta por considerar posible la formación de lotes.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. (*M. C. C. M.*)

**28. Indivisibilidad material de las fincas titularidad de los comuneros: necesidad de acudir a la venta en pública subasta.**—Es doctrina jurisprudencial reiterada que la indivisibilidad jurídica de un objeto en copropiedad se produce cuando con tal división la cosa se convierte en algo inservible para el uso al que se la destina, sufre un anormal desmerecimiento u origina un gasto considerable a los participantes (SSTS de 9 de febrero de 1983, 30 de noviembre de 1979, 13 de julio de 1996, 12 de marzo de 2004, 3 de febrero de 2005, entre otras). En tales casos la solución pasa por aplicar lo dispuesto en el artículo 404 CC, es decir, la adjudicación a uno de los condóminos a cambio de precio o la venta en pública subasta con reparto del precio obtenido entre los comuneros. (**STS de 11 de abril de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Por la parte actora se solicita la disolución de la comunidad de bienes existente sobre un piso y un local titularidad de los demandantes y los demandados mediante su venta en pública subasta. El Juzgado de Primera Instancia acuerda la disolución de la comunidad de bienes procediendo a la venta en pública subasta, al considerar indivisibles los bienes objeto de cotitularidad. La

parte demandada recurre la sentencia al considerar que las fincas objeto de litigio resultaban perfectamente divisibles. La Audiencia Provincial considera inviable la división material de las fincas, no sólo porque se mermaría considerablemente el valor de las mismas, sino también porque el resultado de tal división incumpliría la normativa urbanística. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto, considerando que la enajenación de las fincas era la solución más viable y que menores perjuicios ocasionaba a ambas partes.

NOTA.—El Tribunal Supremo en la Sentencia que anotamos no hace más que aplicar la doctrina jurisprudencial existente hasta el momento en materia de indivisibilidad jurídica de un bien en copropiedad. La indivisibilidad jurídica de la finca es un concepto distinto de la mera indivisibilidad material. Cuando se habla de indivisibilidad jurídica se hace referencia a la imposibilidad de dividir la finca sin infringir, con tal división, la normativa administrativa, hacer la cosa inservible para el uso al que se la destina o minusvalorar la cosa como consecuencia de tal operación. Este concepto es utilizado por el Tribunal Supremo para negar la división, al considerarla inviable por existir problemas de índole funcional y urbanístico, y limitar de forma considerable el acceso a las fincas. (*L.Z.G.*)

**29. Acción de deslinde. Función.**—La necesidad del deslinde se produce por la imposibilidad de la parte actora de determinar de modo exacto en su demanda por la indefinición material del lindero-hasta dónde llega físicamente su propiedad y, en consecuencia, poder identificar con precisión cuál es la porción de terreno que posee indebidamente la parte demandada, pues en caso de que pudiera hacerlo procedería el ejercicio de la reivindicatoria con adecuada identificación del terreno reclamado. En el caso del deslinde, la parte actora conoce la extensión que figura en su título y, en su caso, la que aparece en el de su colindante, pero a falta de fijación del lindero exacto sobre el terreno y de acuerdo entre las partes sobre ello, resulta necesario confrontar los títulos con la realidad física y proceder en consecuencia a fijar la línea perimetral común a ambas fincas que resulta indicada por aplicación de las normas del CC.

**Ejecución del deslinde. Artículos 385 y 387 CC.**—En virtud del artículo 385 CC el deslinde se hará en conformidad con los títulos de cada propietario y, a falta de títulos suficientes, por lo que resultare de la posesión en que estuvieren los colindantes. El artículo 387 CC, por su parte, aporta la solución de atender a los títulos si fueren suficientes y si los mismos indicasen un espacio mayor o menor del que comprende la totalidad del terreno, distribuir proporcionalmente el aumento o la falta. (**STS de 18 de mayo de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Hasta el día 14 de octubre de 1959 existía una finca perteneciente a varios propietarios quienes, mediante manifestación directamente efectuada ante el Registrador de la Propiedad, dividieron esa finca original en tres, que pasaron a ser las números 5.500, 5.502 y 5.503. Son las primeras dos fincas las que interesan a efectos del presente litigio. Y así, la finca 5.502 tenía como límite Sur y Este únicamente a la finca 5.500.

La finca 5.502 fue adquirida mediante adjudicación directa de la Tesorería General de la Seguridad Social por la mercantil demandante el día 8 de noviembre de 1995, sin que hubiera llegado, sin embargo, a ostentar su posesión.

La finca 5.500 fue adquirida mediante contrato de fecha 1 de marzo de 1985 por la demandada.

Las fincas cuyo deslinde se ventila en el presente litigio, sufrieron diversas vicisitudes que nos limitaremos a resumir brevemente.

De la finca 5.502 se segrega, en la parte norte, una finca en el año 1968.

De la finca 5.500 se segrega una finca en el año 1961; y en el año 1997 la demandada cede al Ayuntamiento una parte de la finca 5.500.

Partiendo de tales hechos, y tras diversos cálculos, no siempre claros a juicio de quien realiza el presente extracto, considera la Audiencia que, siendo algo inferior la cabida total real de ambas fincas que la cabida total registral derivada de los títulos, la falta debe distribuirse proporcionalmente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 387 del CC. La Audiencia considera que ha de estarse al concreto deslinde propuesto por el perito de designación judicial. El Tribunal Supremo confirma dicha decisión. (*B. G. F.*)

**30. Propiedad horizontal. Cambio de uso de los trasteros bajo cubierta permitido en los Estatutos. Alteración de elementos comunes, consecuencia ineludible del ejercicio de la facultad concedida al propietario en el título constitutivo. Inexistencia litis consorcio pasivo necesario si varios copropietarios ejecutan obras similares.**—El título constitutivo o los estatutos pueden permitir la conversión del uso de cualquier elemento de la propiedad horizontal, distinto del inicialmente configurado, y este cambio puede ser realizado por su propietario sin necesidad de consentimiento de la Comunidad siempre que no se afecte a la seguridad o estabilidad del edificio, aspecto éste que sí puede y debe controlar la comunidad de propietarios para evitar los posibles excesos en su ejecución.

La ejecución de las obras permitidas en el título constitutivo puede afectar a la configuración externa del edificio y a ciertos elementos comunes, al ser esta afectación una consecuencia ineludible del ejercicio de la facultad concedida al propietario en el título constitutivo.

Aunque varios copropietarios hayan realizado obras semejantes, no puede entenderse que exista litis consorcio pasivo necesario. Para que se estime mal constituida la relación jurídico-procesal es preciso que no hayan sido convocadas al litigio cuantas personas concretas puedan resultar afectadas por la decisión judicial. En este supuesto no puede haber una situación litis-consorcial necesaria porque no hay un vínculo legal, ni una relación inescindible que haga necesaria la presencia de los dos comuneros que han llevado a cabo actuaciones independientes en sus respectivas propiedades, sin vinculación alguna entre ellos. El único legitimado pasivamente para soportar la correspondiente acción es el copropietario ejecutor de las obras cuestionadas, sin que haya necesidad de demandar a los otros copropietarios, por más que estos hayan ejecutado obras similares. (**STS de 1 de junio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—En el título constitutivo de la propiedad de la Comunidad de Propietarios X., consta que cualquier copropietario puede, sin consentimiento de la Comunidad y de ningún propietario singular, efectuar las obras provisionales o definitivas de cerramiento de la terraza, mediante cualquier tipo de elemento arquitectónico, siempre que se cuente, cuando sea necesario, con la preceptiva licencia municipal. También se autoriza al dueño de cualquier elemento de la división horizontal a atribuirle un uso diferente al que inicialmente tiene, especialmente para convertir en vivienda o local comercial cualquier elemento de la propiedad horizontal, sin necesidad de consentimiento de los demás propietarios de elementos del edificio o de la Junta de Propietarios, con tal de que el nuevo uso no contravenga ninguna disposición legal o administrativa, ni se produzca en las plazas de aparcamiento del garaje o en los trasteros del sótano y entreplanta del edificio.

La demandada Dña. C., es propietaria de un apartamento en la Comunidad de Propietarios demandante, además tiene el uso y disfrute exclusivo y excluyente sobre la terraza existente encima del mismo y el mismo derecho sobre noventa metros cuadrados de superficie de la terraza existente en la cubierta. Dña. C. al amparo de las cláusulas estatutarias indicadas procedió a efectuar las obras pertinentes que le permitían el uso de la superficie bajo cubierta de su propiedad como ático, para cuya realización obtuvo la correspondiente licencia municipal

Ante estos hechos, la Comunidad de Propietarios solicita a Dña. C. que restituya el trastero de su propiedad y la terraza del edificio a su estado primitivo, efectuando para ello las obras precisas. La demandada contesta a la demanda oponiéndose a la pretensión de la actora.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estima, absolviendo a la demandada de todos los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante. (*M. I. M. P.*)

**31. Propiedad horizontal. Obras permitidas en los Estatutos para facilitar la explotación de locales. Alteración de elementos comunes: obras que exceden de la facultad otorgada en el título. Inexistente abuso de derecho al pedir la demolición de las obras. Consentimiento tácito de la Comunidad a tales obras.**—La autorización contenida en los Estatutos para ejecutar obras en el interior de los locales trata de favorecer su explotación, sin ella se limitaría la posibilidad de su utilización comercial, al exigirse el consentimiento unánime de todos los propietarios para la realización de obras de ese género. Sin embargo dicha autorización estatutaria no debe entenderse exenta de limitaciones, resulta inadmisibles que tales obras afecten a elementos comunes, ello desconocería la esencia del régimen de propiedad horizontal que impone a los dueños de espacios privativos limitaciones para realizar alteraciones en elementos comunes.

Aunque las obras realizadas no causen ningún daño a la seguridad del edificio, no resulta abusivo instar su demolición cuando éstas chocan con

el prevalente respeto a los elementos comunes y con la necesidad de impedir actuaciones indiscriminadas y fuera de control de cada uno de los comuneros.

Respecto del consentimiento tácito como determinante de la renuncia al derecho a impugnar las obras realizadas, reitera el Tribunal Supremo su doctrina jurisprudencial que exige el transcurso pacífico de largo tiempo sin formular reclamación alguna. (**STS de 13 de junio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Dña. L. realiza una serie de obras tendentes a adecuar el local de su propiedad como balneario urbano spa. Estas obras han consistido en la construcción de un refuerzo mediante perfiles de acero y a modo de estructura (vigas y pilares) en la planta destinada a garaje, adosadas a las paredes y techo, así como la colocación de un pilar metálico en el hueco de escalera y la construcción de un altillo utilizando vigas y viguetas con demolición en parte del forjado doble para ganar altura. También se procedió a la colocación de una red de tuberías en los elementos comunes del edificio.

La Comunidad de Propietarios demanda que las obras ejecutadas por Dña. L. sean demolidas y reparados los daños y perjuicios causados. La demandada contesta a la demanda oponiéndose a la pretensión de demolición y allanándose a la pretensión indemnizatoria.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, y condena a la demandada a demoler el refuerzo y los pilares y vigas colocadas y a retirar la instalación de tuberías instalada por el techo de local destinado a garaje y la conexión de agua. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial lo desestima, confirmando la resolución de Primera Instancia al estimar que no hubo consentimiento tácito de la Comunidad y que los Estatutos de la Comunidad no autorizan a realizar las obras objeto del proceso, al resultar acreditado que éstas afectan directamente a la estructura y configuración de elementos comunes del edificio. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada al estimar que las obras realizadas comportan una alteración estructural y una ocupación de elementos comunes inadmisibles, aunque ello no repercuta en la seguridad del edificio por el detrimento que esta actuación supone para los otros copropietarios o la propia comunidad que no podrá en el futuro tener la libre disposición del espacio indebidamente ocupado. (*M. I. M. P.*)

**32. Propiedad horizontal. Realización de obras de alteración en la fachada del edificio por los titulares de locales comerciales. Inaplicación artículos 581 y 541 CC.**—Dichos preceptos, reguladores de las servidumbres, se refieren al derecho del dueño de un propietario de una pared no medianera y contigua a finca ajena a abrir huecos o ventanas y definen los signos aparentes de servidumbre. No son aplicables, por tanto, a los derechos de un propietario que tiene su local en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal: en concreto, la apertura de huecos realizada por el propietario de un local, nada tiene que ver con un derecho de servidumbre.

**Propiedad horizontal. Realización de obras de alteración en la fachada del edificio por los titulares de locales comerciales. Excepciones a la regla de la unanimidad de la Junta de Propietarios.**—Con carácter general el artículo 12 LPH, en relación con la regla primera del artículo 17 LPH, exige la unanimidad de la Junta de propietarios para adoptar acuerdos que impliquen una modificación de los elementos comunes, por constituir una modificación del título constitutivo [SSTS de 22 de octubre de 2008 (RC núm. 245/2003), de 15 de diciembre de 2008 (RC núm. 861/2004) y de 17 de febrero de 2010 (RC núm. 1958/2005)].

Esta doctrina general ha sido matizada por la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> Tribunal Supremo, que ha declarado que las exigencias normativas en materia de mayorías deben interpretarse de modo flexible cuando se trata de locales comerciales situados en edificios en régimen de propiedad horizontal. Es muy frecuente que, en el momento de construirse los edificios, sus locales se configuren con una pared de ladrillo para que el adquirente adecue la fachada de acuerdo con las necesidades estéticas inherentes al negocio que se va a desarrollar. Los locales comerciales están destinados a albergar diferentes negocios, de modo que para su correcto desarrollo es necesaria la instalación de elementos externos tendentes a la captación de clientela, que necesariamente van a afectar a elementos comunes del edificio, y en especial a la fachada.

La STS de 11 de noviembre de 2009 (RC núm. 625/2005), así como la STS de 30 de septiembre de 2010 (RC núm. 1902/2006), declaran que no cabe idéntica interpretación entre locales de negocio y pisos, con fundamento en que los primeros se ubican generalmente en las plantas bajas y los segundos en las siguientes, y aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales. De este modo, los propietarios de los locales comerciales situados en la planta baja pueden ejecutar obras que supongan la alteración de la fachada del edificio, siempre y cuando su realización no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general o perjudique los derechos de otros propietarios, cuando ello sea preciso para el desarrollo de su actividad comercial.

En definitiva, el fundamento esencial que permite prescindir de la regla general de la unanimidad para la realización de obras en la fachada se sustenta en la actividad económica a desarrollar en los locales comerciales, que precisarán escaparates o colocación de rótulos o cualquier otra actuación similar sobre la fachada para dar a conocer su negocio y permitir el desarrollo de su actividad. (**STS de 18 de mayo de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—La comunidad de propietarios de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal presentó demanda de juicio ordinario contra los propietarios de un local situado en los bajos del edificio, que habían realizado una serie de obras consistentes en la apertura de diferentes huecos en la fachada interior del edificio sin haber obtenido el consentimiento de la comunidad de propietarios.

Los demandados alegaron que no era preciso el consentimiento de la comunidad de propietarios e indicaron, entre otros extremos, que no estaban dando uso comercial al local, sino privado. En defi-

nitiva, se opusieron a la demanda y a su vez formularon demanda reconvenional

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la demanda reconvenional. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación formalizado por los demandados.

Los demandados interponen recurso de casación alegando, en síntesis: (a) su derecho a abrir huecos y ventanas en su local al amparo de los artículos 581 y 541 CC, reguladores de las servidumbres; (b) la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales respecto a si es necesario el consentimiento unánime de la comunidad de propietarios para proceder a la válida modificación de la fachada del edificio, mediante la apertura de huecos o ventanas en la pared, cuando quien lleva a cabo resulta ser el propietario de un local comercial.

El Tribunal Supremo desestima el recurso al considerar que los motivos invocados no son aplicables al caso concreto, pues, como se recordará, los propios recurrentes admiten que el local está destinado a un uso privado, no comercial. (B. G. F.)

**33. Realización de obras de alteración en la fachada del edificio por los titulares de locales comerciales.**—Con carácter general, para la realización de obras que afectan a elementos comunes de los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal es necesario el consentimiento unánime de todos los copropietarios (SSTS de 15 de diciembre de 2008 o de 17 de febrero de 2010). Sin embargo en situaciones en las que los propietarios de locales comerciales precisan la apertura de huecos en la fachada del edificio, el Tribunal Supremo considera que las exigencias normativas en materia de mayorías deben ser interpretadas de modo flexible. Los locales comerciales están destinados a albergar diferentes negocios, de modo que para su correcto desarrollo es necesaria la instalación de elementos externos tendentes a la captación de clientela, que necesariamente van a afectar a elementos comunes del edificio, y en especial a la fachada. Aunque la fachada es todo lo correspondiente al exterior del inmueble en su completa superficie, la zona relativa a los pisos constituye una situación arquitectónica más rígida, mientras que en las plantas bajas existe una mayor flexibilidad, en atención a la naturaleza de la actividad que se vaya a llevar a cabo en los locales. Estos argumentos permiten que los propietarios de los locales comerciales situados en la planta baja puedan llegar a ejecutar válidamente obras adecuadas a las necesidades de la actividad comercial a desarrollar, que supongan la alteración de la fachada del edificio, siempre y cuando su realización no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general o perjudique los derechos de otros propietarios, sin el requisito del consentimiento unánime de los copropietarios. (STS de 1 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una Comunidad de vecinos viene manteniendo múltiples litigios con la entidad mercantil propietaria de los locales 5, 6, 7 y 8, lo que motivó que, a través de su Presidente entablara negociaciones al objeto de zanjar tan desagradable y antieconómica situación. Fruto de dicha negociación, se celebró Junta General Extraordinaria el día 18 de marzo de 2005, a la que asistieron los

propietarios actores. En ella se acordó por unanimidad facultar al Presidente para consensuar un acuerdo con la mercantil que respetase la cesión de un local y una terraza, y autorización de comunicación interna de locales. Avanzando en el proceso transaccional, se celebró Junta General Extraordinaria el día 3 de diciembre de 2005, donde por mayoría –y con expreso voto en contra de uno de los actores– se ratificó nuevamente lo antes aprobado por unanimidad, con la añadidura, en uno de los puntos, de que la cesionaria podría, en referencia al uso de terraza y unión de locales, aperturar luces de la forma más amplia posible en la fachada del local 7, así como colocar rejas de seguridad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda en la que se solicitaba que se declarara la nulidad de todos los acuerdos adoptados en la segunda Junta extraordinaria, por no haberse obtenido la unanimidad necesaria para su válida aprobación. Tras analizar el acuerdo impugnado, consideró que casi todos los acuerdos ya se habían aprobado unánimemente por la comunidad en la Junta anterior. Por ello, únicamente declaró la nulidad de uno de los acuerdos que entendió que no era reflejo de los aprobados previamente por unanimidad: el que autorizaba al cesionario a abrir luces de la forma más amplia posible en la fachada del local 7 en función de sus intereses.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso formalizado por la parte actora y estimó en parte el formalizado por la comunidad demandada. Llegó a la misma conclusión que el Juzgado de Primera Instancia, pero en relación con el acuerdo conflictivo, señaló que la apertura de huecos en la fachada del edificio realizada por el propietario de un local comercial no exigía el consentimiento unánime del resto de los copropietarios para su válida ejecución. No obstante, la Audiencia subrayó la necesidad de condicionar la facultad del propietario del local de abrir huecos en la fachada, a que las obras que se realizaran preservaran en todo caso la seguridad estructural del edificio.

La parte actora formalizó recurso de casación, alegando la infracción del artículo 17 LH, en relación con el artículo 12 de la misma ley, así como de la jurisprudencia que lo interpreta y desarrolla. El motivo es desestimado por el Alto Tribunal, que se pronuncia en el mismo sentido que la Audiencia Provincial. (S. L. M.)

**34. Propiedad horizontal. Impugnación de acuerdos. Las cláusulas estatutarias de exoneración de gastos basadas en el no uso del servicio por los locales, comprenden tanto los gastos ordinarios como los extraordinarios.**—El Tribunal Supremo reitera su interpretación de las cláusulas contenidas en los Estatutos de la Comunidad de Propietarios que exoneran a los propietarios de los locales comerciales de contribuir a los gastos por los servicios que no utilicen. Tal exoneración no debe ser interpretada restrictivamente, comprende no sólo los puros y simples gastos de conservación y mantenimiento, sino que debe interpretarse extensivamente. El no uso del ascensor; origina que dichos propietarios deban quedar exonerados de contribuir a los gastos derivados de dicho servicio, incluidos los originados por su reforma o sustitución, al resultar evidente que la intención de los Estatutos comunita-

rios fue la de exonerar a los locales de todo gasto ordinario o extraordinario derivado de los servicios que no se utilicen con el fin de respetar el principio de equidad. (STS de 7 de junio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D. A. demanda a la Comunidad de Propietarios X., solicitando la nulidad del acuerdo que le obliga, como propietario de locales, a contribuir al gasto de la sustitución del ascensor y a que le sea devuelto el depósito de 900 euros efectuado para el supuesto de tener que contribuir a dichos gastos. La Comunidad demandada contesta a la demanda oponiéndose a la pretensión de la actora.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por apreciar procedente que el actor contribuya a los gastos de sustitución del ascensor por considerar que esta obligación se encuentra implícita en su condición de copropietario de los elementos comunes del inmueble, y que la cláusula estatutaria sólo le exonera de la contribución a los gastos periódicos y ordinarios de los servicios que no utilice, entre los que no se incluye la sustitución del ascensor para su adecuación a la normativa vigente. Interpuesto recurso de apelación por el actor, la Audiencia Provincial lo desestima y confirma la sentencia dictada en primera instancia. El Tribunal Supremo casa la Sentencia recurrida así como la dictada por el Juzgado de Primera Instancia y, en su lugar, estima la demanda formulada contra la Comunidad de Propietarios, y declara que el demandante no tiene obligación de abonar cantidad alguna correspondiente a los gastos para la sustitución del ascensor, debiendo devolverse el depósito efectuado al considerar que las exenciones genéricas de gastos que afectan a los locales contenidas en las cláusulas estatutarias con apoyo en el no uso del servicio, comprenden tanto los gastos ordinarios como los extraordinarios. (M. I. M. P.)

**35. Propiedad intelectual. Protección de los derechos exclusivos. Indemnización: art. 140 LPI. Reproducción de obras en porcentajes superiores al 10% de la licencia tipo.**—Esta cuestión fue resuelta en la STS de 17 de mayo de 2010, que fijó como doctrina jurisprudencial que «la indemnización que debe fijarse al amparo del artículo 140 LPI por reproducción sin autorización por medio de fotocopias en establecimientos abiertos al público con arreglo a las tarifas generales de la sociedad demandante CEDRO, cuando esta se acoge a la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación, debe fijarse en el importe de la tarifa general fijada para la autorización de reproducciones del 10% de las obras, multiplicado por cinco. Si se prueba de manera suficiente que el porcentaje de promedio de reproducción de todas las obras fotocopias es inferior o superior al 50% de las obras la tarifa podrá multiplicarse por un coeficiente superior o inferior, y no podrá exceder de diez veces su importe». (STS de 6 de junio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La entidad de gestión CEDRO interpone demanda contra el titular de un establecimiento comercial en que se realizaba reprografía no autorizada de obras. Se interesaba la condena del

demandado a indemnizar, en concepto de daños y perjuicios, en la cantidad que resultara de multiplicar por diez el importe resultante de aplicar las tarifas generales de CEDRO al número, modelo y características de las máquinas fotocopiadoras existentes en el establecimiento del demandado durante el ejercicio en el que constaba que había realizado dicha actividad ilícita, optando por reclamar la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación.

El Juzgado de lo Mercantil estimó parcialmente la demanda, sin aplicar ningún tipo de coeficiente multiplicador. La Audiencia Provincial revocó en parte la sentencia recurrida, en el sentido de aplicar el propuesto por la demandante. (S. M. S.)

**36. Propiedad intelectual. Protección de los derechos exclusivos. Indemnización: artículo 140 LPI. Reproducción de obras en porcentajes superiores al 10% de la licencia tipo.**—La contradicción jurisprudencial existente ha sido resuelta ya por la STS de 17 de mayo de 2010, en la que se sienta la siguiente doctrina unificadora: La indemnización que debe fijarse al amparo del artículo 140 LPI por reproducción sin autorización por medio de fotocopias en establecimientos abiertos al público con arreglo a las tarifas generales de la sociedad demandante CEDRO, cuando ésta se acoge a la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación, debe fijarse en el importe de la tarifa general aprobada para la autorización de reproducciones de 10% de las obras, multiplicado por cinco. Si se prueba de manera suficiente que el porcentaje de promedio de reproducción de todas las obras fotocopias es inferior o superior al 50% de las obras la tarifa podrá multiplicarse por un coeficiente superior o inferior, y no podrá exceder de diez veces su importe. (STS de 8 de junio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El objeto del proceso versa sobre la infracción de los derechos de autor mediante la actividad de fotocopiado en establecimiento abierto al público de obras impresas, y concretamente sobre la fijación de la indemnización a percibir por la entidad de gestión CEDRO cuando opta por la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación. En primera instancia se estimó en parte la demanda deducida por CEDRO y, apelado el fallo por ambas partes, se estimó el recurso presentado por la entidad de gestión. Presenta recurso de casación la parte demandada. (S.M.S.)

**37. Acción declarativa de la prescripción de la acción hipotecaria. Legitimación actica y diferencias con las acción de rectificación.**—Ante una dificultad para identificar cuál es la acción ejercitada, el Tribunal Supremo aclara que ha de estarse siempre al suplico de la demanda, pues es éste el que marca cuál es la efectiva acción que se ejerce. Con ello, el Tribunal Supremo elimina la necesidad de la *editio actionis* romana, que exigía la identificación formal de la acción. Cuando la acción ejercitada es la declaración de prescripción, la petición requiere del ejercicio de la acción contradictoria del derecho real de hipoteca inscrito, cumpliendo con ello con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 38 LH. Entiende el Tribunal Supremo

que la referencia del artículo 38 LH a la demanda de nulidad o cancelación del asiento registral no limita la legitimación activa, sino que se entiende cumplida en quien ejercita la acción principal relativa al derecho real. Por tanto, la legitimación activa es distinta a la exigida por el artículo 40 LH para la acción de rectificación, que sólo da legitimación al titular registral.

**Prueba documental mediante escritura pública de hipoteca.**—El derecho al empleo de medios de prueba pertinentes e idóneos para acreditar los hechos base fáctica de la pretensión es un derecho constitucional que no puede obviarse. En un supuesto de hecho consistente en la prescripción de la acción hipotecaria, el título de hipoteca cuya prescripción se mantiene es un medio pertinente, por esencial para la apreciación o no de un acto interruptivo de la hipoteca. De no admitirse éste se estarían infringiendo los artículos. 281 y 283 LEC, así como el artículo 24 CE. (**STS de 27 de mayo de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

**HECHOS.**—El proceso viene referido a un préstamo con garantía hipotecaria concedido por resolución de 1973 por el Fondo Nacional de Protección al Trabajo —dependiente actualmente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, que es la parte demandada— formalizado en escritura pública otorgada el 29 de octubre de 1973. El préstamo vencía a los diez años, amortizable en diez anualidades. éste se concedió a la entidad Cooperativa LT, sobre cuya fábrica se constituyó la hipoteca. La entidad COR, S.L. compró la finca hipotecada a la cooperativa, en escritura de 10 de abril de 2002 y, en septiembre de ese mismo año, la vendió a TGI, S.L. En septiembre de 2001 se expide certificación de cargas y por resolución del Ministerio se da por vencido el préstamo.

La entidad COR, S.L. interpuso demanda, cuyo suplico tenía el siguiente tenor; «1.º) Declarar extinguida por prescripción de la acción hipotecaria la hipoteca. 2.º) Ordenar la cancelación de la citada hipoteca, librando mandamiento del Registro de la Propiedad».

Las sentencias de primera y segunda instancia han desestimado dicha demanda por falta de legitimación activa, aplicando el artículo 40 LH, que dispone que la rectificación del Registro sólo podrá ser solicitada por el titular del dominio o derecho real que no está inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial se formularon por la parte demandante sendos recursos por infracción procesal y de casación. El Tribunal Supremo estima ambos recursos. Respecto del recurso por infracción procesal, entiende que la aportación de la escritura pública cuya extinción se pretende es un medio de prueba pertinente y útil. Respecto del recurso de casación, entiende que, a la vista del suplico de la demanda anteriormente reproducido, la acción ejercitada no es la de rectificación que el artículo 40 LH contempla, sino la acción declarativa de la prescripción de la acción hipotecaria, contemplada en el artículo 1964 CC, cuya legitimación activa es diferente. Por ello, el Tribunal Supremo ordena que se dicte nueva sentencia sobre el fondo (prescripción de la hipoteca y subsiguiente cancelación de su inscripción registral) partiendo de la legitimación activa de la entidad demandante. (*G. M. A.*)

**38. Doble inmatriculación. Necesaria prueba de la identidad de las fincas.**—El Tribunal Supremo vuelve a reiterar que la doble inmatriculación es una situación patológica que se produce en el Registro de la Propiedad, consistente en que una misma finca conste inmatriculada dos veces en folios diferentes y con distinto número. Esta situación genera una situación irregular que, como contraria a la exigencia de folio único para cada finca, determina la neutralización de cualquier efecto positivo de la publicidad registral que pudiera derivar de los respectivos asientos. El artículo 313 RH contempla tal situación, regula los trámites para conseguir la concordancia del Registro con la realidad y, a falta de acuerdo, reserva a los interesados, titulares registrales contradictorios, las acciones de que se consideren asistidos sobre declaración del mejor derecho al inmueble, que podrán ejercitar en el juicio declarativo correspondiente.

Para ejercitar con éxito esta acción declarativa que prevé el artículo 313 RH derivada de una doble inmatriculación es presupuesto necesario la prueba del dominio y la coincidencia de las fincas en cuestión. Si resulta probado que las dos fincas no coinciden, no hay una doble inmatriculación. (**STS de 2 de junio de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

**HECHOS.**—Los demandados adquirieron la finca objeto de la controversia a través de una escritura de herencia. A juicio de los demandantes existe una doble inmatriculación registral y solicitan que se declare su existencia y se proceda a anular la hoja registral abierta a favor de los demandados.

Los demandados contestan a la demanda oponiéndose a la pretensión de los actores.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda por no resultar acreditado que la finca registral de la demandada fuera físicamente la misma que la de los demandados. Interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la Audiencia Provincial lo desestima y ratifica lo declarado por el Juzgado de que ambas fincas son distintas, que no coinciden ni en la superficie, ni en los linderos, ni en los datos que constan en las escrituras públicas que a ellas se refieren. El Tribunal Supremo, tras estimar probado la falta de coincidencia de las fincas, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante. (*M. I. M. P.*)

**39. La doble inmatriculación.**—Según el Tribunal Supremo, se trata de una situación patológica que se produce en el Registro de la Propiedad, consistente en que una misma finca consta inmatriculada dos veces en folios diferentes y con distinto número. Se genera una situación irregular que, como contraria a la exigencia de folio único para cada finca, determina la neutralización de cualquier efecto positivo de la publicidad registral que pudiera derivar de los respectivos asistentes. En el campo del Derecho Civil, son dos los criterios sentados por la doctrina de esta Sala (ej.: SSTS de 30 de noviembre de 1989 y de 30 de diciembre de 1993): *a)* el de la prevalencia de la hoja registral de la finca cuyo dominio sea de mejor condición atendiendo al Derecho Civil, pero con abstracción de las normas inmobiliarias registrales; *b)* el de la prevalencia de la hoja registral de finca cuya inmatriculación sea

más antigua por ser la primera que acudió al Registro en orden al tiempo. La regla general la constituye el primero de los criterios jurisprudenciales, y solo para ciertos casos en los que concurran circunstancias cuyos particulares será en los que se puede aplicar el segundo criterio. Conforme al primer criterio, la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular, porque la protección a uno de los titulares supondría para el otro el desconocimiento de los mismos principios básicos de la publicidad, legitimación y prioridad. De atenernos a este segundo criterio hubiese bastado que el legislador así lo hubiere sancionado y de no hacerlo lo que no cabe pensar es que lo remitiera a un juicio ordinario declarativo. **(STS de 3 de junio de 2011; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Por la parte demandante se ejercitó la acción reivindicatoria y la prevalencia en la doble inmatriculación respecto a una determina finca inscrita en el Registro de la Propiedad de Almería, frente a don X, titular de la misma finca en el mismo Registro, el cual formuló demanda reconvenzional ejercitando acción declarativa de dominio respecto a su finca e interesando la declaración de prevalencia sobre la finca del actor. Ambas accedieron al Registro de la Propiedad al amparo del artículo 205 LH.

El Juzgado de Primera Instancia consideró que el demandado era poseedor de la finca antes que el demandante. Entiende que aquél ha demostrado su mejor condición en el título de dominio sobre su finca, frente a la finca registral del actor, debiendo procederse, como impone el artículo 38 LH, a la cancelación del asiento correspondiente a esta finca. Igualmente, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación planteado por el actor.

El actor formula recurso de casación, basado en dos motivos: 1) la presunción de exactitud registral y la normativa sobre la doble inmatriculación; 2) la usucapión. Respecto al primero de ellos, alega como vulnerados los artículos 34, 35 y 36 LH, en relación con los supuestos de doble inmatriculación del artículo 313 del RH. Según el Tribunal Supremo, la cuestión de la prevalencia del mejor derecho en caso de doble inmatriculación no se resuelve por normas hipotecarias, sino por la normativa de Derecho civil. Aquéllas se neutralizan y conforme a ésta, se llega a la conclusión del mejor derecho de dominio de la parte demandada. Por otro lado, apunta el Alto Tribunal que no cabe la alegación del artículo 34 LH, ya que el principio de la fe pública registral, aspecto de la general presunción de exactitud registral, se puede aplicar a ambos litigantes y, en consecuencia, queda neutralizado. De ahí que acabe desestimando el recurso de casación del actor. (S. L. M.)

**40. La doble inmatriculación.**—La doble inmatriculación se produce cuando una misma finca consta inmatriculada en el Registro de la Propiedad dos veces en folios diferentes y con distinto número. Se genera, entonces, una situación irregular que, al ser contraria a la exigencia de folio único para cada finca, determina la neutralización de cualquier efecto positivo de la publicidad registral que pudiera derivar de los respectivos asientos. A esta

cuestión se refiere el artículo 313 del RH: los titulares registrales contradictorios disponen de las acciones sobre declaración del mejor derecho al inmueble, que podrán ejercitar en el juicio declarativo correspondiente.

En el campo del Derecho Civil, son dos los criterios sentados por la doctrina del Tribunal Supremo: *a)* el de la prevalencia de la hoja registral de la finca cuyo dominio sea de mejor condición atendiendo al Derecho Civil, abstractándose de las normas inmobiliarias registrales; *b)* el de la prevalencia de la hoja registral de finca cuya inmatriculación sea más antigua por ser la primera que acudió al Registro en orden de tiempo. El criterio prioritario es el primero, pues de haber querido aplicar el segundo, el legislador lo habría establecido. Conforme a este primer criterio, la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular, pues la protección a uno de los titulares supondría para el otro el desconocimiento de los mismos principios básicos de la publicidad, legitimación y prioridad. Las SSTS de 30 de diciembre de 1993 y de 29 de mayo de 1997 utilizan como criterio accesorio el de la inmatriculación anterior del título.

**La presunción de exactitud registral.**—Esta presunción es esencial para la eficacia del Registro de la Propiedad. Se traduce en el principio de legitimación registral (eficacia defensiva de la inscripción) recogido en los artículos 38, 97 y 1.3 LH, y el principio de fe pública registral (eficacia ofensiva de la inscripción), que proclaman los artículos 32 y 34 LH. Al ser esenciales, se exigen unos presupuestos de hecho que son inamovibles. El artículo 34 LH establece como presupuestos: la adquisición de quien aparece como titular registral con poder de disposición, a título oneroso, inscrito su derecho y todo ello con la concurrencia de la buena fe. Ésta no es un estado de conducta, sino de conocimiento e implica el desconocimiento de la inexactitud del Registro basado en el error o, en sentido positivo, creencia o confianza en la exactitud del Registro, y no sólo se refiere al desconocimiento total, sino también a la posibilidad de conocer la inexactitud del Registro. (STS de 13 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

**HECHOS.**—Se plantea un caso de doble inmatriculación. El demandante interpone demanda para defender su titularidad. Una de las codemandadas ejercita en demanda reconventional la acción declarativa de dominio de la misma finca alegando esencialmente que la adquirió por compraventa, es decir, a título oneroso, de titular registral, el otro codemandado, de buena fe e inscribió su derecho, por lo que tiene la protección del Registro de la Propiedad que el artículo 34 LH le confiere. Las sentencias del Juzgado Primera Instancia y de la Audiencia Provincial declaran probado que no hubo buena fe por parte del demandado-actor reconventional.

Se interpone recurso de casación por el comprador y por el vendedor mismo. El primero alega, principalmente, la infracción del artículo 34 LH. El Tribunal Supremo acoge la solución de la sentencia recurrida. A juicio del Alto Tribunal, el comprador principal no puede estar amparado en su titularidad por el artículo 34 LH, pues no procedió de buena fe, en el sentido de desconocimiento de la inexactitud registral, al omitirse las más elementales diligencias de aseguración y constatación de la titularidad del transferente, máxime en una operación con asesoramientos de profesionales

tanto jurídicos como técnicos del sector inmobiliario. Por tanto, no se puede otorgar a la recurrente la protección registral del precepto citado. En cuanto al recurso planteado por el vendedor, alega, entre otras cosas, la infracción del artículo 38 LH. Apunta el Tribunal Supremo que este precepto es expresión de la presunción de exactitud registral y se conoce como «principio de legitimación registral». Conforme a este principio, se presume que los derechos inscritos existen y pertenecen al titular registral, aunque se trata de una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario. Las sentencias de instancia han declarado que la inscripción de la finca de este recurrente está vacía de contenido. La prueba ha destruido la presunción del artículo 38 LH, por lo que el Tribunal Supremo desestima ambos recursos de casación. (S. L. M.)

**41. Doble inmatriculación. Acción declarativa de dominio. La presunción de exactitud registral del artículo 38 LH.**—El Tribunal Supremo vuelve a reiterar que la doble inmatriculación es una situación patológica que se produce en el Registro de la Propiedad cuando una misma finca consta inmatriculada dos veces en folios diferentes y con distinto número. Esta situación genera una situación irregular que, como contraria a la exigencia de folio único para cada finca, determina la neutralización de cualquier efecto positivo de la publicidad registral que pudiera derivar de los respectivos asientos. El artículo 313 RH contempla tal situación, regula los trámites para conseguir la concordancia del Registro con la realidad y, a falta de acuerdo, reserva a los interesados, titulares registrales contradictorios, las acciones de que se consideren asistidos sobre declaración del mejor derecho al inmueble, que podrán ejercitar en el juicio declarativo correspondiente.

El artículo 38 LH no resulta de aplicación en los supuestos de doble inmatriculación, porque la normativa hipotecaria se neutraliza. Esta norma, expresiva de la presunción de exactitud registral y del principio de legitimación registral o eficacia defensiva de la inscripción, constituye una presunción *iuris tantum*, lo que determina que la protección que brinda el Registro de la Propiedad al titular inscrito cede ante la prueba en contrario.

La acción declarativa de dominio ejercitada ante la existencia de una doble inmatriculación, se debe resolver según reiterada doctrina jurisprudencial teniendo en cuenta dos criterios ordenados jerárquicamente. El primer criterio es estimar la prevalencia de la inscripción de la finca cuyo dominio sea de mejor condición conforme al Derecho civil puro, con omisión de las normas de índole hipotecaria, ya que la existencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular, porque la protección a uno de los titulares supondría para el otro el desconocimiento de los mismos principios básicos de la publicidad, legitimación y prioridad. Si el criterio anterior no bastara para la resolución del supuesto, subsidiariamente debe estimarse la prevalencia de la hoja registral de la finca cuya inmatriculación sea más antigua por ser la primera que acudió al Registro. (STS de 9 de junio de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La demandada adquirió unas fincas y declaró un exceso de cabida que hizo constar en el Registro, provocando una

doble inmatriculación de ese exceso de cabida en perjuicio de la demandante, la entidad M. D., S.L., que se ve obligada a ejercita una acción declarativa de dominio para que sea estimado su mejor derecho sobre ese exceso de cabida. La actora solicita que se declare, si procediera, la existencia de una doble inmatriculación parcial de la finca y que, en consecuencia, se declare nulo el exceso de cabida inscrito en el Registro de la Propiedad. También solicita la rectificación del antiguo asiento registral de la finca de los demandados, reduciendo la extensión objeto de la doble inmatriculación.

La demandada contesta a la demanda oponiéndose a la pretensión de la actora.

El Juzgado de Primera Instancia que estima íntegramente la demanda, declara el dominio de la actora, la nulidad de la escritura pública donde surge la doble inmatriculación, ordena la rectificación del asiento reduciendo la cabida, e impone a los demandados las costas causadas. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial lo desestima y confirma la sentencia dictada en primera instancia. El Tribunal Supremo al estimar como hecho probado que la entidad actora ha demostrado la titularidad sobre la finca registral afectada por la doble inmatriculación y que sus límites están perfectamente identificados con la descripción que de la misma consta en la inscripción de la finca que es su antecedente, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada. (*M. I. M. P.*)

#### **42. Normativa aplicable a la falta de resolución por la DGRN.**

Según el TS, la aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo al ámbito de la calificación registral no puede aceptarse con carácter general. La función de calificación presenta particularidades de notoria importancia respecto del régimen de las actividades de las Administraciones Públicas. Estas particularidades justifican su tratamiento específico desde el punto de vista normativo y jurisdiccional. Desde este último punto de vista, la revisión de la actividad registral inmobiliaria no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino que es una de las expresamente atribuidas al orden jurisdiccional civil por razón de la naturaleza privada y patrimonial de los derechos que constituyen su objeto (art. 3.a LJCA). En consecuencia, entiende el Alto Tribunal que la naturaleza de acto administrativo que tienen las resoluciones de la DGRN por las que se resuelven recursos contra las calificaciones negativas de los registradores de la propiedad no permite, sin más, proyectar el régimen administrativo general sobre su regulación, pues esto podría determinar efectos incompatibles con los principios del sistema registral en el que se desenvuelve la función de calificación de los registradores y el examen de su legalidad por la jurisdicción civil.

Si no puede partirse de una aplicación automática del régimen administrativo, parece razonable esperar del legislador una remisión específica a los aspectos de dicho régimen que considere aplicables a la función registral. El artículo 327 LH contiene remisiones concretas al régimen administrativo, pero no se advierte una remisión de esta naturaleza con respecto al silencio administrativo, sino que los efectos del silencio se regulan de manera específica estableciendo que el recurso se entenderá desestimado por el transcurso de un determinado plazo. El legislador trata de destacar el carácter espe-

cífico del procedimiento de resolución de recursos por la DGRN, especialmente en materia de silencio administrativo, respecto del régimen administrativo general.

El Tribunal Supremo expone las siguientes razones: 1) se establece un régimen de caducidad automática del asiento de presentación en función de la extinción del plazo de interposición de la demanda civil contra la resolución de la DGRN (art. 327.11.º LH, según la redacción introducida por la Ley 62/2003), el cual tendría poco sentido en el caso de que la DGRN pudiera, y estuviera obligada, a dictar una resolución posterior en sentido contrario; 2) se establece el carácter potestativo del recurso ante la DGRN, como alternativa a la interposición de la demanda civil (art. 324.1 LH, según la redacción introducida por la Ley 24/2005) –la vía jurisdiccional como cauce específico para la revisión de la legalidad de la función de calificación por parte de los registradores de la Propiedad está expedida, a elección del legitimado, desde el primer momento–; 3) la posibilidad de que la DGRN pudiera modificar la decisión una vez transcurrido el plazo para resolver crearía una situación de inseguridad jurídica; 4) el sistema registral está encaminado a la protección de derechos de carácter privado, que no son los propios del interés general a cuya consecución va dirigida la actividad administrativa –mientras en la regulación general del silencio administrativo opera de manera prevalente la voluntad de favorecer al administrado frente al ejercicio de las potestades exorbitantes por parte de las Administraciones Públicas en su actividad encaminada a la protección del interés general, en el ámbito registral predomina la protección de los derechos de los terceros que, habiendo obtenido la inscripción de su derecho, pueden resultar afectados por el acceso al Registro de un derecho reconocido por la DGRN con carácter extemporáneo y, en algunos casos, con varios años de retraso respecto del momento en que debió decidirse el expediente–. (**STS de 18 de mayo de 2011**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–El 28 de mayo de 2002 fue otorgada escritura de préstamo hipotecario. La referida escritura pública fue presentada para inscripción en el Registro de la Propiedad. La inscripción interesada resultó denegada mediante nota de calificación negativa de fecha 9 de julio de 2002, por considerar el registrador insuficiente el mero juicio del notario autorizante en materia de representación según lo contenido en los artículos 18 LH y 98 Ley 24/2001, de 27 de diciembre. El notario autorizante interpuso recurso gubernativo ante la DGRN el día 16 de julio de 2002. Por medio de resolución de fecha 28 de marzo de 2005, la DGRN estimó el recurso y revocó la calificación del registrador al entender que el juicio de suficiencia contenido en la escritura es congruente y coherente con el negocio jurídico documentado en el título. Cuando recayó la resolución de la DGRN, los otorgantes de la escritura pública de préstamo hipotecario habían subsanado por su cuenta las deficiencias opuestas por el registrador y la escritura había sido inscrita al margen del recurso gubernativo interpuesto por el notario. El registrador de la propiedad formuló demanda de juicio verbal frente al notario y a la DGRN, en la cual interesaba que se confirmase la nota de calificación negativa y se dejase sin efecto la resolución expresa dictada por la DGRN, en fecha 28 de marzo de 2005, ya que dicha resolución se había dictado cuando ya había una resolución firme sobre la

materia, emanada de la DGRN, en vía de silencio, así como al hecho de que lo decidido contravenía lo dispuesto, en materia de representación, en la Resolución de 12 de abril de 2002.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Entendió acreditada la falta de objeto del pleito, ya que la escritura sobre la que se emitió la nota negativa de calificación fue subsanada con posterioridad y accedió finalmente al Registro de la Propiedad, por lo que, no existía controversia que resolver.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por el registrador y desestimó el interpuesto por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Revocó la sentencia recurrida en el sentido de estimar la demanda formulada por el registrador contra la DGRN y contra el notario, y acordó dejar sin efecto la resolución de fecha 28 de marzo de 2005. En síntesis, mantiene la Audiencia Provincial que resulta de aplicación el artículo 327.9 LH, el cual fija un plazo de caducidad de tres meses para resolver sobre los recursos gubernativos interpuestos, por lo que, la resolución extemporánea y estimatoria del recurso planteado por el notario autorizante, dictada por la DGRN, en fecha 28 de marzo de 2005, carece de efectos.

La DGRN interpone recurso de casación por infracción del artículo 327.10.º LH. Según la DGRN, la LH no establece especialidad alguna en el régimen general del silencio administrativo. Defiende una interpretación del silencio negativo de conformidad con los preceptos administrativos vigentes. Sin embargo, el Alto Tribunal entiende que el transcurso del plazo impuesto a la DGRN en el artículo 327.9 LH para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador, determina que se entienda desestimado el recurso y comporta la nulidad de una resolución del recurso recaída con posterioridad al transcurso de este plazo. En este caso, interpuesto por el notario recurso gubernativo ante la DGRN el día 16 de julio de 2002 frente a la calificación negativa del registrador, la DGRN no resolvió expresamente en el plazo de tres meses establecido en el artículo 327.9.º LH, sino que lo hizo en fecha de 28 de marzo de 2005, esto es, casi tres años después de la interposición del recurso gubernativo. Por tanto, no constando resolución expresa en el plazo de los tres meses indicados, se ha de entender desestimado el recurso gubernativo por vía de silencio, quedando sin efecto la resolución dictada en 2005. De ahí que al Alto Tribunal concluya desestimando el recurso. (*S. L. M.*)

**43. Aplicación supletoria de las normas del procedimiento administrativo al ámbito de la calificación registral: régimen general del silencio administrativo.**—El transcurso del plazo impuesto en el artículo 327, párr. 9.º LH para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador, determina que se entienda estimado el recurso y comporta la nulidad de una resolución del recurso recaída con posterioridad al transcurso de este plazo.

La revisión de la actividad registral inmobiliaria no corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino que es una de las expresa-

mente atribuidas al orden jurisdiccional civil por razón de la naturaleza privada y patrimonial de los derechos que constituyen su objeto (art. 3.a LJCA).

La naturaleza de acto administrativo de las resoluciones de la DGRN por las que se resuelven recursos contra las calificaciones negativas de los registradores no permite proyectar el régimen administrativo general sobre su regulación, pues esto podría determinar efectos incompatibles con los principios del sistema registral en el que se desenvuelve la función de calificación de los registradores y el examen de su legalidad por la jurisdicción civil.

Si no puede partirse de una aplicación automática del régimen administrativo, parece razonable esperar del legislador una remisión específica a los aspectos de dicho régimen que considere aplicables a la función registral. Concretamente, los efectos del silencio se regulan de manera específica estableciendo que el recurso se entenderá desestimado por el transcurso de un determinado plazo. En definitiva, pues, en el ámbito registral predomina la protección de los derechos de los terceros que, habiendo obtenido la inscripción de su derecho, pueden resultar afectados por el acceso al Registro de un derecho reconocido por la DGRN con carácter extemporáneo. (STS de 31 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En 2003 se otorgó escritura pública en la que se documentaba el cambio de uso de un apartamento de local a vivienda. No obstante, la inscripción resultó denegada mediante nota de calificación negativa de fecha 22 de julio de 2003 por considerarse que no se contaba con la licencia que requería el cambio de destino. La interesada interpuso recurso gubernativo ante la DGRN el 29 de julio de 2003. Por medio de la resolución de fecha de 9 de mayo de 2005, la DGRN estimó el recurso y revocó la calificación del registrador. El registrador formuló demanda contra la DGRN, solicitando que se confirmase la nota de calificación negativa y se dejase sin efecto la resolución expresa de la DGRN.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda por entender que la calificación del registrador era ya firme. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia dictada en Primera Instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la DGRN. (M. C. C. M.)

## 5. DERECHO DE FAMILIA

**44. Divorcio: Efectos respecto de los hijos: Padre procesado por exhibicionismo, luego absuelto: Derecho de visita: Interés del menor.**—La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público; se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. Este principio e impone a los jueces y tribunales, según establecen los artículos 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección. Por esta razón, en este punto no rige el principio de justicia rogada. En este caso, el interés de la menor ya está protegido puesto

que en el momento de interponerse el recurso de casación, estaba suspendido el régimen de visitas establecido en la Sentencia de la Audiencia Provincial.

**Absolución penal del padre.**—El padre recurrido ha aportado la sentencia en la que se le absolvía del delito de exhibicionismo —no de abusos sexuales, como afirma la recurrente—; la absolución determina que el planteamiento del propio recurso haya perdido interés, ya que lo que se pide a este Tribunal carece de utilidad al haber sido absuelto el padre de la menor del delito que se le había imputado.

**Procedimientos sobre guarda y custodia: Cambio de circunstancias.**—Las resoluciones dictadas en los procedimientos sobre guarda y custodia de menores siempre pueden ser modificadas cuando se produzca un cambio de circunstancias, por lo que estos procedimientos están siempre abiertos al cambio de las resoluciones adoptadas y en ellos no rige el principio de justicia rogada, teniendo el juez a su disposición una absoluta libertad de medios probatorios (art. 752 Lec y STS 28 septiembre 2009). Por ello las decisiones tomadas hasta el momento para la guarda y custodia de la menor pueden ser modificadas cuando se demuestre que resulte conveniente al interés de la niña un régimen u otro de visitas y guarda y custodia, puesto que en este punto la única utilidad a tener en cuenta es la del menor y no la de los padres, como ha sido repetidamente puesto de relieve por esta Sala en sentencias recientes (SSTS de 31 de julio y de 28 de septiembre 2009, de 11 de marzo y de 1 de octubre 2010 y de 11 febrero de 2011, entre otras) (**STS de 25 de abril de 2011**; No ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (*G.G.C.*)

**45. Divorcio: Atribución de la vivienda: El artículo 96 no admite limitaciones temporales.**—El artículo 96 CC establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden; se trata de una regla taxativa que no permite interpretaciones temporales limitadoras; incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación, y por ello los ordenamientos españoles que han regulado la materia han adoptado esta regla (así el artículo 233-20-1 CCcat). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio, o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien.

La Sentencia recurrida impone un uso restringido en el tiempo de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de guarda y custodia, se mantiene «al objeto de que al tiempo de la deseable liquidación de la sociedad conyugal se reparta el patrimonio acumulado eliminando la carga que siempre supone el mantenimiento de la vivienda familiar», momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la s. recurrida. Y aunque ésta pudiera llegar a ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos a la ley (art. 117.1 CE). Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa se opone al artículo 96.1 CC. En efecto,

esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá, a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (art.s 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del Menor. Esta doctrina se había proclamado ya, entre otras, en SSTs de 9 de mayo de 2007, de 22 de octubre y de 3 de diciembre de 2008, en las que se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios; y se ha formulado en STS de 1 de abril de 2011 que, aunque referida a la atribución del uso al hijo de una pareja no casada, es plenamente aplicable a los casos de separación o divorcio de parejas casadas. (STS de 14 de abril de 2011; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Esta interpretación jurisprudencial se aprueba por la doctrina más reciente: Se dice así que «es plausible esta actitud de nuestro moderno legislador de dar la preeminencia en el aprovechamiento del hogar familiar a los hijos de la pareja afectada por la causa matrimonial, pues son sin duda sus intereses los más necesitados de protección» (Rams Albesa, en Lacruz, Elementos, IV [ed. Madrid 2005] p. 101). Y también que «esta atribución es independiente de la titularidad sobre la vivienda, o sobre el derecho que permite su utilización, que bien podría corresponder al cónyuge no beneficiado», con cita incluso de la Sentencia aquí extractada (Martínez de Aguirre, Curso, IV, 3.ª ed. 2011, p. 183). (G. G. C.)

**46. Sociedad de gananciales: Liquidación: Denegación de pruebas en segunda instancia: Recurso por infracción procesal.**—Debería haberse aceptado la proposición de prueba consistente en la petición a Hacienda pública de los certificados de renta de los años 1989 hasta 2000. La razón denegatoria relativa a la protección del derecho a la intimidad de la persona cuyo certificado de renta se pide deja de tener razón de ser cuando quien lo solicita es uno de los cónyuges y más en este caso en que el régimen de su matrimonio son los gananciales. El artículo 1383 CC impone a los cónyuges el deber de *informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya*. Dado que estas actividades tienen su reflejo en la declaración de la renta, no es una petición contraria a la ley la efectuada por la recurrente, porque se trata de una información a una de las partes de la sociedad de gananciales y no a terceras personas, en cuyo caso quizá podría alegarse la protección del derecho a la intimidad, pero que no tiene ninguna razón de ser en este caso dada la obligación impuesta en el artículo 1383.

Las mismas razones avalan la petición de los certificados a las entidades financieras C. y CM; es más, no se sabe cuales son las razones que les han llevado a no responder a la petición de prueba efectuada por el Juzgado de Primera Instancia, porque se han limitado a no decir nada al respecto. (STS

**de 6 de junio de 2011;** ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Los cónyuges otorgan en 1996 capitulaciones matrimoniales pactando la separación de bienes, sin que se liquidara el régimen de gananciales hasta entonces vigente; en 1999 se decreta la separación y el divorcio. Ambos cónyuges, por separado, solicitan, respectivamente, la liquidación y la nulidad de las capitulaciones, siendo acumulados los procesos. Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal, reponiendo las actuaciones a la fase de prueba de la segunda instancia para que se practiquen dos pruebas solicitadas en primera instancia por la mujer. Interesante aplicación del —en su día— novedoso deber establecido en el artículo 1383 CC en la reforma de 1981.

NOTA.—Sobre este deber recíproco de información económica llegó a decirse inicialmente que no era posible tratar a los cónyuges como si fueran socios de una sociedad mercantil (lo que es indiscutible pero no justifica su total rechazo); siendo más seria la objeción de que en las actividades profesionales y económicas hay un límite de deber de secreto que no debe traspasarse. Por ello Pretel Serrano, *Com. al art. 1383*, «Comentarios del Ministerio de Justicia», II, p. 736) lo sitúa razonablemente en una zona intermedia entre el deber de respeto a la actuación individual y la necesaria colaboración entre cónyuges. Siendo oportuna su invocación en la s. extractada para rebatir las excusas de la Agencia Tributaria para no certificar sobre la declaración de renta del marido (*G.G.C.*)

**47. Unión de hecho: Ruptura: Guarda del hijo común encomendada a la madre: Fecha del momento del devengo de alimentos.**—Los alimentos debidos a los hijos menores de edad en casos de separación de sus progenitores participan de los que deben prestarse como consecuencia de la patria potestad y de los alimentos entre parientes en general, aunque tienen características propias como consecuencia de las circunstancias en que se declara la obligación de prestarlos. La regla general en los temas de disolución del matrimonio por divorcio es que la sentencia produce efectos desde la firmeza, porque se trata de constituir una situación nueva y por ello el artículo 89 CC establece que la sentencia en que se declare el divorcio «producirá efectos a partir de su firmeza», lo que se confirma en el artículo 95 CC, en relación al momento en que tiene lugar la liquidación del régimen económico matrimonial. Sin embargo, en materia de alimentos, el artículo 148 CC contiene una norma distinta, que si bien evita los efectos retroactivos de la obligación de prestar alimentos al momento en que se produce la necesidad, establece que los alimentos «no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda».

La cuestión que se plantea en este recurso es si existe una diferencia total y absoluta entre los alimentos debidos en casos de procedimientos por causa de la crisis familiar y los debidos de acuerdo con los artículos 142 y ss. del CC. La STS de 5 octubre 1995 dijo ya que *no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Tit. VI del Libro I del Cc, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los debidos a los hijos menores*

como un deber comprendido en la patria potestad. Doctrina repetida en STS de 3 de octubre de 2008.

Por ello debe declararse la siguiente doctrina: *Debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el artículo 148.1 Cc, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda (STS de 14 de junio de 2011; ha lugar.)* [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

**48. Concepto de familia y vida familiar y relaciones entre progenitores e hijos.**—El Tribunal Supremo toma como base de su resolución el carácter plural del sistema familiar actual. Desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales. Además, la protección de la familia es objeto de un importante reconocimiento en los textos europeos de derechos humanos (art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Sin embargo, son muy distintos los efectos que tienen lugar entre los miembros de una pareja que convive sin estar casada y los que se producen entre los convivientes y sus hijos. Así, cuando la pareja no está casada, se debe aplicar el principio de libertad de los pactos entre sus miembros (STS de 12 de septiembre de 2005), si bien las relaciones entre padres e hijos, con independencia del matrimonio o la falta de éste, han de seguir reguladas por el principio constitucional de la protección del menor, consagrado en el artículo 39.3 CE.

**Interés del menor y bases para establecer el derecho a relacionarse con el menor.**—Siguiendo con el razonamiento anterior, el TS entiende que las discusiones sobre guardia y custodia de los menores mantenidas entre los convivientes de una unidad familiar deben contemplar siempre el prevalente del interés de los niños. Por ello, en lo que corresponde al derecho a tener relaciones entre parientes y allegados, hay que tener en cuenta que el menor no puede ver recortada la relación y comunicación con personas que le son próximas humana y afectivamente, por causa de las diferencias entre dichas personas. Si bien se debe buscar el entorno de la familia natural, ello no será así cuando exista otro más favorable al interés del menor (SSTS de 31 de julio de 2009 y de 11 de febrero de 2011). El Tribunal Supremo hace un pequeño paréntesis en su reflexión para exponer que la expresión «derecho de visitas» solamente se debe aplicar en las relaciones entre los progenitores y sus hijos, pero no así en los supuestos en los que solamente uno de los convivientes de la unidad familiar es progenitor biológico del menor, en cuyo caso es mejor hablar de relaciones personales, que es la terminología empleada en el artículo 160.2 CC. Tras ello, el Tribunal Supremo sigue exponiendo que, si bien es cierto que el artículo 160 CC no determina la extensión ni la intensidad de los periodos en los que el menor puede relacionarse con sus allegados, sino que se trata de una cuestión a decidir por el juez, éste ha de tener siempre presentes los siguientes factores: *i)* la situación personal del menor y de la persona con la que desea relacionarse; *ii)* las conclusiones a que se haya llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan

pedido; *iii*) la intensidad de las relaciones anteriores; *iv*) la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guardia y custodia; y *v*) en general, todas aquellas que sean convenientes para el menor. (STS de 12 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Dos mujeres mantuvieron una relación de pareja de forma pública y notoria, durante una década, sin contraer matrimonio. En el curso de dicha relación, una de ellas da a luz un niño, tras haberse sometido a la técnica de fecundación asistida. Tres años más tarde se rompe la relación, a consecuencia de los malos tratos producidos.

La denuncia recíproca presentada por las convivientes dio lugar a que el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Talavera impusiera a ambas la obligación de no aproximarse a una distancia de 150 m ni comunicarse durante seis meses y atribuyó la guardia y custodia a la madre biológica, con derecho de visitas a la conviviente.

Tras ello, la otra conviviente demanda a la primera, pidiendo que se elevaran a definitivas las medidas cautelares citadas, especialmente en lo relativo al régimen de visitas, que alegaba que la demandada estaba incumpliendo. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Talavera estimó esta demanda. Consideró que el derecho de visitas debía resolverse teniendo en cuenta la protección del menor y que estaba cubierto por el artículo 158 CC. En dicha sentencia se argumentaba que desde que nació el menor había tenido dos madres y que la demandante ejercía efectivamente dicho papel, luego se acordó un derecho de visitas amplio para ésta.

Contra dicha sentencia, la madre biológica interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Toledo confirma la sentencia recurrida.

Tras ello, la citada madre biológica interpone recurso de casación. La argumentación de la recurrente parte de la inexistencia de regulación sobre la materia. Expone que cuando nació el niño, fue registrado únicamente como hijo de la recurrente y que la recurrida nunca ha instado judicialmente su declaración del derecho de filiación. En su recurso, pide que se determine la extensión de la aplicación del artículo 160 CC, regulador de las relaciones entre los allegados y el menor.

El Tribunal Supremo desestima el recurso, al entender que la recurrida se puede englobar en el concepto de allegado a los efectos del artículo 160 CC y que los informes presentados coinciden en la conveniencia de que el menor se relacione con la recurrida, manteniendo el régimen actual de las relaciones personales entre ambos. (G. M. A.)

**49. Acogimiento preadoptivo: Determinación del mayor beneficio del menor: Intereses de la familia biológica en sentido amplio.**—Teniendo en cuenta que, como dice la STS de 23 de mayo de 2005, *la determinación del mayor beneficio del menor («favor filii»), independiente de que los hechos que lleven a este extremo deban mantenerse, al tratarse de una valoración, como «concepto jurídico indeterminado que es», de una calificación*

*jurídica, puede ser objeto, partiendo de ellos, de una revisión conceptual en casación, por lo cual deben examinarse los hechos en relación a la protección de dicho interés:*

1.º La niña Antonieta ha carecido de relaciones con su familia biológica casi desde su nacimiento, puesto que se han tomado decisiones por la Administración competente para evitar el desamparo del menor;

2.º El corto periodo de tiempo durante el que Antonieta estuvo conviviendo con su familia biológica, demostró la imposibilidad de estas relaciones, puesto que los abuelos paternos y la tía, hermana del padre, que era la persona acogedora, no fueron capaces por sus circunstancias personales, de hacerse cargo de la menor en condiciones que evitaran un nuevo desamparo;

3.º La acción de paternidad no matrimonial interpuesta por el padre biológico no fue iniciativa suya, sino a sugerencia de la Administración protectora para facilitar el acogimiento en familia extensa, que luego se demostró ineficaz;

4.º El padre recurrido no mostró a lo largo de una serie de años interés por relacionarse con su hija: la visitó sólo en dos ocasiones y ni tan sólo se personó en el expediente relativo al acogimiento de la niña en familia externa, a pesar de haberle sido comunicado debidamente;

5.º El informe del equipo psico-social que obra en segunda instancia, concluye que es perjudicial sacar a la niña del entorno en que ahora vive, con la familia de acogida, puesto que su hermano materno vive en la misma población y debería seguirse un complejo procedimiento, de dudoso éxito, para integrar a la niña en la familia biológica, lo que demuestra que ello no es lo que resulta más conveniente para proteger el superior interés del menor (**STS de 13 de junio de 2011**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Antonieta nació el 17 octubre 2002; tiene un hermano por línea materna nacido en 1999, que desde 2002 se encuentra declarada en situación de desamparo (que no se discute en este proceso). La niña fue inscrita como hija de Dña. Maite y de D. Balbino. Su padre biológico en realidad era D. Norberto, quien interpuso demanda de reclamación de filiación no matrimonial que fue estimada por sentencia de 10 de mayo de 2005. El padre legal, había fallecido antes de la demanda. La Junta de Andalucía comprobó que Antonieta se encontraba en situación de abandono en 2003, pues su madre Maite fue declarada no apta para su cuidado. En aquel momento la madre de D. Norberto (abuela biológica de Antonieta) se interesó por la niña y se inició un acogimiento en familia extensa, porque la abuela y la tía (madre y hermana, respectivamente, de D. Norberto) se hicieron cargo de la niña. Para poder proceder a este acogimiento la Administración aconsejó a la familia extensa que se procediera a la acción de reconocimiento de paternidad, cosa que D. Norberto hizo. Este se encontraba en prisión, y aprovechó algunos permisos penitenciarios para visitar a su hija, y según los informes del expediente, la relación era buena. El 24 de noviembre de 2005 se otorgó por la Junta de Andalucía acogimiento familiar a favor de la tía de Antonieta, pero el 13 de marzo de 2006, comparecieron los abuelos paternos ante el servicio de Protección y pusieron en su conocimiento que su hija M.ª Luisa, acogedora de su sobrina Antonieta, sufría depresión post-parto y que

estando ellos imposibilitados por edad y diversas dolencias, solicitaban del Servicio que acogiera temporalmente a la niña. A continuación se declaró la no idoneidad de la tía M.<sup>a</sup> Luisa y se suspendió cautelarmente el régimen de visitas de la familia biológica. El 25 de agosto de 2006 se dictó acogimiento provisional preadoptivo con terceras personas, que fue recurrido y confirmado el 3 de noviembre de 2006. El padre biológico manifestó al Servicio que había salido de prisión y que pensaba hacerse cargo de la niña, pese a lo cual el 3 de noviembre de 2003 confirmó el acogimiento externo. El padre ha sido toxicómano, ha estado en prisión hasta mayo de 2006, se encuentra en tratamiento de deshabitación, tiene pareja estable, se dedica a la venta ambulante en mercadillos percibiendo una remuneración suficiente. Se ha opuesto judicialmente a la resolución administrativa del acogimiento preadoptivo. El Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de desestimó la oposición por Sentencia de 23 de mayo de 2006, pero la Audiencia Provincial, sec. 2.ª de Almería por Sentencia de 23 de febrero de 2009 estimó el recurso del padre, Sentencia ahora revocada por la de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.

NOTA.—He insertado aquí la compleja historia vivida por la menor Antonieta, que habrá cumplido ya nueve años cuando el Tribunal Supremo dicta la sentencia extractada, para hacer constar como anotador que, pese a las reservas anteriormente hechas a la citada STS de 31 de julio de 2009 (cfr. García Cantero, *El enigmático artículo 172 Cc español y sus secretos familiares*, RJNot, octubre-diciembre 2010, p. 55 y ss), y después de comprobar la destacada atención efectiva, aunque con poco éxito, prestada en el caso a la familia biológica sensu lato por parte de la Junta de Andalucía, me inclino a aprobar la Sentencia extractada del Tribunal Supremo. La reacción del padre biológico ha sido notoriamente tardía, causada sin duda por su situación penitenciaria, pero que no puede en modo alguno incidir desfavorablemente en el favor *filii*. Además de ser poco razonable dilatar tanto en el tiempo el resolver la situación definitiva de la menor acogida (G.G.C.)

## 6. DERECHO DE SUCESIONES

**50. Validez del testamento ológrafo. Firma no habitual de la testadora.**—Los requisitos que exige el artículo 688 CC para el testamento ológrafo (autografía, firma, fecha y sin enmiendas) no incluye la habitualidad de la firma. Aunque la jurisprudencia y la doctrina siempre se han referido a la firma «habitual» o «usual», no significa que la misma deba ser idéntica a las anteriores sino que no sea una distinta, sin nada que ver con la que utiliza normalmente. Como habitual debe entenderse la que se usa en el momento actual, en función de la persona y sus circunstancias, sin poder obviar que la firma evoluciona a través del tiempo y no siempre es idéntica en circunstancias distintas. Por último, el Tribunal Supremo ha empleado siempre un concepto amplio de firma, sin especiales requisitos formales que irían contra la realidad social e incluso irían más allá de lo que exige el Código civil.

**Valoración del dictamen pericial médico. Falta de juicio de la testadora al otorgar testamento.**—Constituye una clara cuestión de hecho la constatación de que la testadora tenía capacidad natural, «cabal juicio» para testar. En consecuencia, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 15 de junio y 30 de septiembre de 2009 y 25 de junio de 2010), el Tribunal Supremo no puede revisar la prueba practicada, sino que ha de limitarse a ejercer un control de la aplicación correcta de la ley, sin entrar en la cuestión fáctica, que corresponde al tribunal *a quo*. Sólo si hay una equivocación patente o una arbitrariedad grosera, se puede entender que falta la tutela judicial efectiva. (STS de 5 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Doña M. otorgó en vida hasta diecisiete testamentos abiertos ante distintos notarios. En septiembre de 2003, a la edad de noventa y seis años, otorgó un último testamento ológrafo por el que legó dos casas de su propiedad a D. J. tras su fallecimiento en 2004, el Juez de Primera Instancia declaró justificada la identidad del testamento y acordó que se protocolizara. Tras todo ello, el legatario formuló demanda contra los albaceas del último testamento abierto y contra la fundación heredera conforme al mismo, en la que solicitó la entrega del legado. Quedó acreditado que la citada fundación, en virtud del testamento abierto, se adjudicó las fincas y las inscribió en el Registro de la Propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

**51. Falta de intervención del defensor judicial en interés de los menores para la práctica del inventario: anulabilidad.**—Resulta patente la posible oposición de intereses entre los menores y su madre en la formación del inventario, cuando se utiliza la partición para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre la misma y el causante. No obstante, la falta de intervención judicial en interés de los menores que exige el artículo 1057 CC, provocará anulabilidad, en cuanto pudiera ser subsanada por la conformidad posterior de los herederos y de dicho representante. (STS de 8 de junio de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Doña Elisa ejercitó acción sobre nulidad de partición hereditaria efectuada por contador-partidor respecto del causante —del que era hija extramatrimonial— que dirigió contra la viuda y sus dos hijos menores. Entre otros extremos, alegaba la falta de intervención del defensor judicial en interés de los menores, así como la realización de la conmutación del usufructo viudal por bienes inmuebles sin su consentimiento.

El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad de pleno derecho de la partición hereditaria. Sin embargo, la Audiencia Provincial revocó esta sentencia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante. (M. C. C. M.)

## II. DERECHO MERCANTIL

**52. Derecho de la competencia. Interpretación de la regulación europea sobre la materia.**—En esta sentencia, el Tribunal Supremo hace un recorrido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) referida a los Reglamentos núm. 1984/83 y núm. 2790/99, que regulan la aplicación del apartado 3 del antiguo artículo 85 del Tratado de la Comunidad Europea a determinados acuerdos de compra exclusiva y acuerdos verticales. En su apartado primero el citado precepto establece que serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas y prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior, consistiendo la sanción prevista en el apartado segundo en la nulidad de pleno derecho de los mencionados acuerdos. En el apartado tercero se establece que, no obstante, el apartado primero no será aplicable en aquellos supuestos en los que los acuerdos o prácticas contribuyan a mejorar la producción o la distribución de productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y preserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante y sin que impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos ni ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. Los dos Reglamentos citados regulan las condiciones en las que una determinada cláusula contractual o práctica puede quedar eximida de la prohibición contemplada en el apartado primero del artículo 85 del Tratado, por aplicación de la exención prevista en el citado apartado tercero de este artículo. En su sentencia de 11 de septiembre de 2008, C-279/06, el TJUE declaró que *«la fijación del precio de venta al público de los productos petrolíferos constituiría una restricción de la competencia que no estaría cubierta por la exención»* (párrafo 65). Sin embargo, a continuación, esta sentencia precisaba que *«procede comprobar si la fijación del precio de venta máximo no es, en realidad, un precio de venta fijo o mínimo, teniendo en cuenta el conjunto de las obligaciones contractuales, así como el comportamiento de las partes en el asunto principal»* (párrafo 71). La posterior STJUE de 2 de abril de 2009, C-260/07, es más clarificadora, al argumentar que *«las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público (...) pueden acogerse a la exención por categorías en virtud del Reglamento n.º 1984/83, en su versión modificada en el Reglamento n.º 1582/97 y del Reglamento n.º 279/99, si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por tanto, el revendedor tiene la posibilidad real de determinar el precio de venta al público»* y que *«en cambio, dichas cláusulas no pueden acogerse a las referidas exenciones si conduce, directamente o a través de medios indirectos o subrepticios, a la fijación del precio de venta al público o a la imposición del precio de venta mínimo por el proveedor. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar si se imponen estas restricciones al revendedor, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, así como el comportamiento de las partes del litigio principal»*. El Tribunal se hizo eco de la modificación llevada a cabo por el citado Reglamento 2790/1999, en el sentido de negar la aplicación de la exención a cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competen-

cia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años, especificando a continuación que resulta necesario que *«el proveedor sea propietario tanto de la estación de servicio que arrienda al revendedor como del terreno sobre el que aquella está construida o que, en el caso de no ser propietario, los arrienda a terceros no vinculados con el revendedor»*. Acogida esta interpretación, el Tribunal Supremo resuelve conforme a ella el litigio planteado. (STS de 5 de mayo de 2011; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—El litigio se origina con la demanda interpuesta por Inversiones A, S.A., dedicada a la venta de carburantes en una estación de servicio de la que es arrendataria, por la que se pretendía la declaración de nulidad de los contratos firmados con B España, S.A., que desde el inicio de la relación es quien le suministra en exclusiva aquellos productos. En su pretensión declarativa de la nulidad, la demandante se basó en la afirmación de la infracción del artículo 81.1 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, por entender que la demandada había impuesto los precios de reventa al público.

La demanda fue desestimada, íntegramente. También la Audiencia Provincial desestimó en su totalidad el recurso de apelación.

Contra esta sentencia, la demandante originaria plantea recurso de casación, que es desestimado por los motivos ya indicados, al entender este tribunal que el acuerdo litigioso no cumplía las condiciones de exención que, en relación con su duración, establecía el Reglamento 2790/1999.

NOTA.—Téngase en cuenta los cambios en la numeración del precepto que se comenta —que no de su contenido— en las sucesivas modificaciones el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Así, el antiguo artículo 85 pasó a convertirse en el artículo 81 del citado Tratado constitutivo, manteniendo intacto el orden de sus apartados. A día de hoy, esta norma se ubica en el artículo 101 del actual Trato de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo contenido sigue siendo el mismo. Debido a la falta de modificación de la regulación contenida en estos preceptos, los Reglamentos citados a lo largo de la STS que se comenta, dictados en desarrollo de alguno de los anteriores artículos, siguen plenamente vigentes. (G. M. A.)

**53. Reconocimiento y calificación de créditos concursales.**—La Ley Concursal señala un plazo para que los acreedores comuniquen sus créditos a la administración concursal, a fin de que sean incluidos en la lista que ésta tiene el deber de formar. Así, la regla quinta del artículo 21.1. exige que el auto de declaración de concurso contenga un llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos en el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente a la publicación de dicha resolución en el BOE, debiendo los titulares de créditos contra el concursado comunicar dichos créditos a la administración concursal, dentro del plazo señalado en este artículo 21. A su vez, el artículo 74.1 impone a la administración concursal el plazo de dos meses, a contar desde la fecha que señala, para la presentación de su informe al Juzgado del concurso.

Según entiende el Tribunal Supremo, la oportunidad de comunicar un crédito desaparece para el acreedor con el vencimiento del plazo establecido para presentar el informe por la administración concursal. Asimismo, aclara el Tribunal Supremo que la propia existencia de esos dos plazos –el de un mes para la comunicación del crédito y el de dos meses para la presentación del informe con la lista– permite deducir que cuando la Ley concursal vincula consecuencias jurídicas a la comunicación tardía del crédito –la sanción de subordinación del crédito comunicado con retraso– se refiere a la efectuada en el segundo plazo citado. Sin embargo, el Tribunal Supremo continúa afirmando que el artículo 92 de la Ley concursal, además de referirse a los créditos «comunicados tardíamente (...) incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores», se refiere a los que «no habiendo sido comunicados oportunamente» pueden incorporarse a dicha lista al resolver el Juez sobre su impugnación. Por tanto, el Tribunal Supremo entiende que con ello se abre al intérprete una segunda posibilidad: la de entender que los créditos pueden ser incluidos en la lista por el Juez al decidir sobre su impugnación, aunque no hubieran sido comunicados antes y no resulten de los libros o documentos del deudor ni constaren en el concurso de otro modo. Respecto de estos últimos también debe tener en cuenta la necesaria aplicación de la sanción de subordinación vinculada al incumplimiento de la carga de comunicación. (STS de 13 de mayo de 2011; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.–En la demanda, que abrió el trámite incidental a que se refiere el artículo 96 LC la Agencia Estatal de la Administración Tributaria impugnó la lista de acreedores de MyT, S.A., ya presentada por la administración concursal de ésta, con la pretensión de que se incluyeran en ella otros dos créditos contra la concursada en favor de la demandante.

El Juzgado de lo Mercantil desestimó íntegramente la pretensión de rectificación, al considerar que el incremento del crédito había sido comunicado extemporáneamente, después de que la administración concursal hubiere hecho entrega de su informe y lista, siendo la consecuencia de ello que el derecho quedase fuera del concurso.

La Agencia Estatal de la Administración Tributaria recurrió en apelación. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de ésta por la misma argumentación que sostenía la sentencia apelada.

Contra dicha sentencia, la demandante originaria interpone recurso de casación. Alega en él la infracción de los apartados 1 de los artículos 86 y 92 LC, que, según argumenta el Abogado del Estado, justifican cumplidamente la pretensión de que los créditos de que era titular la recurrente contra la recurrida quedaran incorporados a la lista de acreedores y calificados conforme a su naturaleza, y no como subordinados, pese a su tardía comunicación.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Supremo entiende que los créditos objeto de la certificación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria han de quedar incluidos en la lista de créditos concursales, pero que lo han de ser con la condición de subordinados. (G. M. A.)