

de Sociedades Anónimas de 1951 puedan cubrirse a la luz de las normas interpretativas de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989. Así, la Ley de 1951 guardó silencio sobre las reglas a aplicar en el caso de extinción del usufructo y la Ley de 1989, al regular la liquidación del usufructo, se limitó a explicitar unas reglas silenciadas, sin introducir modificación alguna (SSTS de 22 de octubre de 1990, de 6 de marzo de 1991, de 9 de abril de 1992, de 24 de noviembre de 2006 y de 20 de abril de 2009). Por todo ello, los supuestos surgidos durante la vigencia de la anterior norma, deberán ser interpretados en base al artículo 68. 1 de la ulterior ley en lo que a las consecuencias derivadas de la extinción del usufructo se refiere, permitiendo al usufructuario, finalizado el usufructo, exigir al nudo propietario el incremento de valor experimentado por las acciones usufructuadas. (STS de 27 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos.]

HECHOS.—En 1975 demandante y demandado otorgan escritura pública de capitulaciones matrimoniales en la que se constituye un derecho de usufructo a favor de la parte actora sobre las acciones de una sociedad. En vista de la política de crear reservas y no distribuir dividendos de la sociedad, en el año 2001 la usufructuaria renuncia a su usufructo. Tras ello, interpone una demanda contra el nudo propietario de dichas acciones en reclamación del incremento estimado del valor de éstas durante el usufructo.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda, por entender que con arreglo a la normativa vigente en el momento de la constitución del usufructo (Ley de Sociedades Anónimas de 1951) no corresponde a la usufructuaria dicho incremento del valor de las acciones.

La sentencia de apelación, por el contrario, estimó el recurso y la demanda interpuesta por la usufructuaria, al sostener aplicable a la liquidación del usufructo la solución prevista en el artículo 68 de la Ley de Sociedades Anónimas vigente en el momento de la renuncia (Ley de 1989).

Contra la expresada sentencia el demandante interpone recurso de casación. Alega la inaplicación del artículo 2.3 CC y de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de retroactividad de las normas. El Tribunal Supremo desestima este recurso y confirma la sentencia impugnada.

NOTA.—Para entender el exacto alcance del recurso es necesario constatar las normas vigentes y las derogadas. La Ley de Sociedades Anónimas de 1951 no regulaba ninguna regla aplicable en el caso de liquidación del usufructo, ya fuese por extinción del usufructo manteniéndose la sociedad, ya por disolución de la sociedad subsistiendo el usufructo. Este vacío fue completado por la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, que en su artículo 68.1, establece el derecho del usufructuario para, una vez finalizado el usufructo, exigir del nudo propietario el incremento de valor experimentado por las acciones usufructuadas correspondiente a los beneficios de la explotación de la sociedad. Este último precepto ha sido derogado por el artículo 128.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se prueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. (G. M. A.)

2. Cómputo del plazo tras la interrupción de la prescripción.–

Declara el Tribunal Supremo que, a diferencia de la suspensión, la interrupción de la prescripción implica la amortización del tiempo pasado, que se tiene por no transcurrido, de suerte que, a partir de la interrupción, hay que comenzar a computar el nuevo plazo para que se cumpla el tiempo de la prescripción (SSTS de 6 de marzo de 2003, 2 de noviembre de 2005 y 16 de abril de 2008). La interrupción, por tanto, inutiliza el tiempo transcurrido para el cómputo, mientras que la suspensión lo paraliza (STS de 16 de marzo de 2006 y 12 de junio de 2007). Por tanto, aunque la jurisprudencia propugna una interpretación restrictiva de la prescripción, ello no puede llevar a una ampliación de los plazos legales, ni a la interpretación de los casos de interrupción en sentido extensivo, por la inseguridad e incertidumbre que llevaría consigo la existencia y virtualidad del derecho mismo (STS de 15 de julio y 2 de noviembre de 2005 y 16 de abril de 2008). **(STS de 10 de septiembre de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.–El 15 de diciembre de 2001 tuvo lugar un incendio que causó una serie de daños en una nave industrial. El propietario de la misma reclamó extrajudicialmente la indemnización de los daños la presunta responsable del incendio el 10 de diciembre de 2002 y el 2 del mismo mes, a su aseguradora. Al no haberse producido actuación alguna a este respecto, el propietario de la nave industrial siniestrada llevó a cabo una nueva reclamación extrajudicial contra la presunta responsable del daño el 12 de diciembre de 2003, siendo recibida la reclamación por ésta el día 15. Ante la negativa al pago, interpuso entonces demanda el propietario de la nave industrial, reclamando la mencionada indemnización. La presunta responsable del daño se opuso, alegando la prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual ejercitada. Tal excepción fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia, quien desestimó la demanda. El demandante interpuso entonces recurso de apelación, alegando que el plazo de prescripción interrumpido por reclamación extrajudicial en diciembre de 2002 concluía el 15 de diciembre de 2003, sobre el argumento de que el cómputo del plazo tenía que comenzar, tras cada interrupción, desde el día en que se produjo el hecho dañoso (15 de diciembre de los años sucesivos). La Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia. El propietario de la nave industrial interpuso tras ello recurso de casación, sobre el mismo argumento, que el Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (A. M. M.)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Derecho al honor, libertad de información y libertad de expresión: ponderación en casos de colisión.–Como regla general, la jurisprudencia considera que el derecho a la libertad de información y a la libertad de expresión tienen una posición prevalente sobre el derecho al honor (STS de 11 de marzo de 2009). No obstante, en los casos de colisión entre estos derechos fundamentales es preciso llevar a cabo una ponderación para lo que resulta oportuno utilizar distintos criterios. En primer lugar, es oportuno determinar si

la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo o profesión con proyección y notoriedad pública, ya que el peso de la libertad de información en esos supuestos es más intenso (SSTC de 24 de abril de 2002 y 6 de julio de 2009 y SSTS de 17 de diciembre de 1997, 25 de octubre de 2000 y 14 de marzo de 2003). En segundo lugar, la libertad de información para prevalecer sobre el derecho al honor debe cumplir el requisito de veracidad, que no implica total exactitud, a diferencia de la libertad de expresión que protege la emisión de opiniones (entre otras SSTC de 21 de enero de 1988, 12 de noviembre de 1990, 21 de diciembre de 1992, 31 de mayo de 1993, 30 de junio de 1998, 15 de julio y 25 de octubre de 1999 y 27 de febrero de 2006) y; finalmente, en tercer lugar, la transmisión de la noticia no puede sobrepasar el fin informativo dándole un matiz injurioso desproporcionado o denigrante, dado que no se reconoce un derecho al insulto (SSTC de 5 de mayo de 2000, 6 de mayo de 2002, 19 de junio de 2006, 17 de enero, 4 de junio de 2007 y 14 de abril de 2008 y SSTS de 18 de febrero y 17 de junio de 2009).

Por todo ello, el derecho a la libertad de información del presidente de una comunidad de propietarios en relación con la gestión de su predecesor en el cargo se encuentra amparado por el cargo de representación que ostenta y por su deber de informar al resto de comuneros. La información sobre las irregularidades en la gestión tienen relevancia pública para el conjunto de los propietarios de la comunidad y la crítica a las actuaciones del gestor anterior está amparada por el derecho a la libertad de expresión. Si en estos casos se antepusiera el derecho al honor de dichos gestores, cualquier crítica de su gestión sería obstaculizada; así la carga de asumir la crítica severa e incluso inconveniente se impone a quienes se ven involucrados en estos cargos representativos (**STS de 26 de octubre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor, don E. antiguo presidente de una comunidad de propietarios, demanda por supuesta intromisión ilegítima en su derecho al honor a don L., actual presidente de la comunidad. El demandado redactó una comunicación e informe que remitió a todos los copropietarios con ocasión de la celebración de una junta extraordinaria, donde daba cuenta de las supuestas irregularidades cometidas por el actor en la gestión de la comunidad y afirmaba que era hora de «poner a raya al señor don E.».

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por considerar que las expresiones fueron vertidas en el seno de una situación conflictiva existente en una comunidad de propietarios sobre cuestiones que afectan a todos los copropietarios, sin que las referencias al actor en esas circunstancias constituyan una intromisión ilegítima en el honor del mismo. La Audiencia Provincial confirma la sentencia recurrida. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo, igualmente, lo desestima. (*S. E. M.*)

4. Ponderación entre libertad de información y derecho a la intimidad. Doctrina general del Tribunal Supremo.—La técnica de ponderación exige valorar tanto el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión como el peso relativo de ambos. En este último sentido, debe tenerse 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 o se trata, simplemente, de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones. En concreto frente al derecho al honor, la información difundida debe cumplir el requisito de veracidad, por la que se entiende el resultado de una razonable diligencia por constar la noticia de acuerdo con las pautas profesionales. Cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no sólo al personaje a quien corresponde el ejercicio de funciones oficiales, sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a éstas está justificada por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje político al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje político. La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público. Por último, la ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico.

Aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso concreto.—La persona afectada goza de cierta celebridad y conocimiento público pero esta celebridad no deriva de ejercicio de funciones públicas, lo que hace débil el grado de afectación de la libertad de información frente a la protección del derecho a la intimidad. Además, la captación tuvo lugar, al menos en parte sustancial, en el interior del domicilio de la demandante, tras una puerta de cristal. Se verificó mediante inmisión en ámbitos físicos considerados típicamente reservados a la vida personal y familiar. Comprendía escenas de la vida privada, acordes con la existencia de una relación personal. La información se refería a hechos que objetivamente forman parte de la intimidad de las personas y se encaminaba a divulgarlos. Por último, no existe prueba alguna de que la demandante consintiera la revelación de los aspectos de su vida privada divulgados, ni que con anterioridad hubiera dado lugar, mediante sus pautas de comportamiento, a entender que las escenas divulgadas, se hallaban total o parcialmente privadas de carácter doméstico.

Revisión en casación de la cuantía de indemnizaciones por resarcimiento de daños.—Esta Sala tiene reiterado que tal revisión no tiene acceso a la casación, salvo que se revise por error notorio o arbitrariedad cuando existe una notoria desproporción, o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación del *quantum*. En este caso, la Sala considera que la fundamentación del motivo presentado es insuficiente para desvirtuar las apreciaciones de la sentencia recurrida, pues no se aportan datos objetivos o precedentes que, en aplicación de los criterios previstos en la LPDH, sean suficientes para justificar el incumplimiento o la defectuosa aplicación de los criterios establecidos en la LPDH, la notoria desproporción de la indemnización concedida, o su falta de equidad o desigualdad en relación con casos similares, teniendo en cuenta que la fijación de la cuantía de la indemnización, que parte de la importancia notoria

del medio en que se produjo la difusión, se realiza mediante una comparación con supuestos de daño moral contemplados en diversas sentencias de los tribunales, aunque no sean sobre idéntica materia, y se apoya expresamente en el hecho de que la parte demandada, pudiendo hacerlo, no aportó datos sobre determinados factores que según el artículo 9 LPDH pueden ser reveladores de la gravedad de la lesión efectivamente producida. (**STS de 8 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña Claudia solicitó de A3T la indemnización de 90.000 euros en concepto de indemnización por el daño moral producido en virtud de una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad, consistente en un programa producido y emitido por la entidad demandada se reprodujo una grabación obtenida a través de las ventanas en el interior de una propiedad privada, en la que se la observa con su pareja despidiéndose en el interior de su casa, y se completaron las imágenes con una voz en off que realizaba comentarios en tono sarcástico e hiriente. El Juzgado estimó parcialmente la demanda y, entre otros extremos, condenó a la demandada al abono de una indemnización de 3.000 € en concepto de daños morales. La Audiencia Provincial, estimando el recurso interpuesto por la actora, revocó la sentencia recurrida únicamente en cuanto a la cuantía de la indemnización concedida, que elevó a 90.000 €. (S. M. S.)

5. Libertad de expresión y libertad de información. Necesidad de distinción.—Declara el Tribunal Supremo que el libre ejercicio de los derechos de libre expresión y libre información garantizan un interés constitucional relevante, como es la formación y existencia de una opinión pública libre, condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático. Ambos vienen reconocidos en el artículo 20 de la Constitución, y su distinción no es sencilla, puesto que, como declara el Tribunal Constitucional (SSTC 29/2009 y 77/2009, respectivamente, de 26 de enero y 23 de marzo), la expresión de pensamientos, ideas y opiniones —garantizada por la libertad de expresión— necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos —garantizada por el derecho a la libertad de información— y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o una vocación a la formación de una opinión. Sin embargo, tal distinción es necesaria porque, en caso de colisión de tales derechos con los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen, la ponderación sobre la primacía de unos u otros opera de forma diferente. Por tanto, el primer paso que hay que dar antes de entrar a cualquier ponderación, es determinar si el derecho que entra en conflicto con el honor, la intimidad o la propia imagen es la libertad de expresión o la de información.

Derecho a la intimidad como límite a la libertad de información.— Definido por numerosas sentencias el derecho a la intimidad como la garantía al individuo de un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares (entre otras, SSTC de 16 de noviembre de 2009 y 8 de febrero de 2010 y SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre y 115/2000, de 10 de mayo), su

delimitación cuando entra en conflicto con la libertad de información viene condicionada por dos factores: que la información verse sobre hechos de trascendencia pública, en el sentido de noticiables, y que la información sea veraz. Para lo primero, el Tribunal Constitucional establece que se ha de tener en cuenta la relevancia de la materia, el interés público, su contribución a la formación de una opinión pública libre y la persona objeto de la información (SSTC 107/1988, 172/1990 y 15/1993, entre otras muchas); para lo segundo, afirma la jurisprudencia constitucional que veracidad no debe confundirse con la exigencia de concordancia con una realidad incontrovertible de los hechos, sino que consiste en la exigencia de una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (v. gr., SSTC 219/1992 y 41/1994).

Derecho a la propia imagen como límite a la libertad de información.—El Tribunal Constitucional define el derecho a la propia imagen como el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de un sujeto que pueden tener difusión pública y el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde. El límite a este derecho, cuando entra en colisión con la libertad de información se pondera, a partir de la existencia de un interés público en la captación o difusión de la imagen, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (entre otras, SSTC 156/2001, de 2 de julio y 77/2009, de 23 de marzo).

Refuerzo de los límites a la libertad de información en el caso de menores de edad.—Afirma el Tribunal Constitucional que, en el caso de que el conflicto entre los derechos al honor, intimidad o propia imagen, por un lado, y la libertad de información, por otro, se manifieste respecto de un menor de edad, hay que añadir un segundo límite a los límites generales entre estos derechos: atender al interés del menor. Por tanto, aun cuando la utilización de la imagen o el nombre de un menor no suponga menoscabo en su honra o reputación o no sea contraria a sus intereses, lo que parece excluir aquí el concepto de intromisión ilegítima, conforme al artículo 4.3 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el menor sigue conservando sus derechos a la intimidad y propia imagen y, en atención al interés del menor, hay que establecer una superprotección que obliga a ser sumamente cautelosos en cuanto a la información que se suministra de los mismos, aunque tenga interés público (STC 169/2009, de 11 de marzo). Este segundo límite, además, opera, incluso, como excepción a la regla prevista en el artículo 2.2 LO 1/1982, relativa al consentimiento a la intromisión prestado por el menor o por sus representantes legales: el consentimiento, para ser válido, ha de constar por escrito y comunicarse al Ministerio fiscal. **(STS de 26 de julio de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En un programa de televisión intervienen las abuelas de dos menores de edad, relatando datos pertenecientes a la intimidad de los mismos relacionadas con la tutela o guarda de los menores, a los que se identifica con claridad con su imagen. Ni los menores de edad afectados, ni sus representantes legales habían prestado consentimiento previo a este relato de su vida y circunstancias. Frente a estos hechos, el Ministerio Fiscal interpone demanda contra las dos intervinientes en el programa, la cadena de

televisión que emitió el programa, su director, la productora del programa, la directora del mismo y la presentadora, solicitando que se declare que se ha producido una intromisión ilegítima en la intimidad de los menores y un uso ilegítimo de su imagen, y que se dé publicidad a la sentencia que, en su día, se pronuncie en ese sentido y se condene solidariamente a los demandados a indemnizar a cada uno de los menores con una elevada suma de dinero.

La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda, rebajando la suma solicitada como indemnización. Interpuesto recurso de apelación por parte de los demandados, éste se estima parcialmente, ya que se revoca la condena a dar publicidad a la sentencia condenatoria y se absuelve de la demanda a la presentadora del programa. Contra esta sentencia interponen sendos recursos de casación la cadena de televisión que emitió el programa, por un lado y, por otro, la productora del mismo y su directora. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos. (A. M. M.)

6. Actos del representante legal realizados sin la autorización judicial.—El artículo 166 CC debe integrarse con lo que dispone el artículo 1.259.1 CC, cuando dice que «ninguno puede contratar a nombre de otro (...) sin que tenga por la ley su representación legal». De ahí surgen los siguientes argumentos favorables a la ineficacia del acto realizado sin representación legal: *a)* el artículo 166 CC es una norma imperativa, que coincide con lo dispuesto en el artículo 1.259 CC y, a salvo la ratificación, su incumplimiento lleva a la aplicación del artículo 6.3 CC, es decir, la nulidad del acto; *b)* el fin de protección de la norma contenida en el artículo 166 CC es la salvaguardia del interés de los menores, que no pueden actuar por sí mismos y que pueden encontrarse en situaciones de desprotección cuando alguien contrata en su nombre y obliga sus patrimonios sin el preceptivo control, ya que deberán asumir las correspondientes deudas; *c)* la actuación de los padres siempre debe tener como finalidad el interés del menor, tal como dispone el artículo 154.2 CC; *d)* el propio artículo 1.259 CC va a permitir que el contrato pueda ser objeto de ratificación por el propio interesado cuando sea favorable a sus intereses.

La autorización judicial para la realización del acto por el representante legal cuando la ley lo requiera tiene naturaleza imperativa en el CC y no es un simple complemento del acto a realizar. La autorización judicial no es un complemento de capacidad como ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que es un elemento del acto de disposición, puesto que los padres solos no lo ostentan. El acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el artículo 166 CC, constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente la eficacia definitiva de que se produzca la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita. Por tanto, no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aún no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.259.2 CC. No siendo ratificado el acto, éste será inexistente.

Esta doctrina debe aplicarse también a los casos de actuación del tutor sin autorización judicial. En efecto, el artículo 271 CC enuncia los actos que el tutor no puede llevar a cabo sin autorización judicial y el artículo 272 CC permite obtenerla *a posteriori* únicamente en el caso de la partición hereditaria. (STS de 8 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La familia X había formado un grupo de sociedades al que pertenecían las sociedades G.C., hoy B.H., demandante en este pleito. A G.C. pertenecía la sociedad C.E., hoy B.F., dentro de la que se incluía B.A., entre otras. Después de un largo periodo de enfrentamientos entre dos ramas de la familia y de las correspondientes negociaciones, se consumó la separación de los hermanos doña R., doña Re., doña I., don Fe. y don F., de los otros miembros de otra rama de la misma familia. Los dos últimos se encontraban incapacitados y sus tutoras eran sus hermanas doña R. y doña Re. Estos cuatro hermanos son los demandados en este pleito.

Habiendo llegado a un acuerdo, la mayoría de las acciones que don Fe. y don F. poseían en el G.C. y E.I. fueron aportadas en fecha 30 de julio de 1996 a otras dos sociedades B. y N.D., manteniendo dichos demandados 21.458 acciones cada uno de ellos en G.C.

El 25 de octubre de 1996 el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vitoria-Gasteiz dictó un Auto autorizando a las cotutoras doña Re. y doña R. para realizar diversos actos en relación con la liquidación de las relaciones de sus hermanos incapacitados dentro del grupo de empresas B.

El 31 de octubre de 1996 se firmaron una serie de contratos, cuya finalidad era documentar los acuerdos a que se había llegado para la salida de los hermanos Fe., I., Re., F., y R. del grupo de empresas B. Se concedió a don Fe. y a don F. un equivalente de 13.843 acciones de una sociedad filial del grupo denominada C.E., en una de cuyas sociedades, B.A., prestaban sus servicios ambos como trabajadores y ello con la finalidad de no verse apartados de dicha empresa.

El mismo día 31 de octubre de 1996, doña R. y doña Re. en su condición de tutoras de don Fe. y don F., después de manifestar que ambos son propietarios de 13.843 acciones de la sociedad C.E., que habían adquirido el 30 de diciembre de 1991 por adjudicación realizada en esta misma fecha en la reducción de capital de G.C., otorgaron con don L., primo suyo, un contrato privado denominado «de opción de compra y venta de las referidas acciones». Don L., como representante de G.C., se obligaba a comprar dichas acciones en el supuesto de que las cotutoras decidieran la venta de las mismas, en el caso y para los supuestos de que don Fe. y don F. dejaran por cualquier causa de trabajar en sociedades y empresas participadas directa o indirectamente por C.E. Asimismo doña Re. y doña R., en la representación que ostentan, conceden a la Mercantil G.C., quien acepta, opción de compra sobre las referidas acciones.

B.H., actual denominación de C.E., demandó a D. Fe. y D. F. y sus hermanas y tutoras doña R. y doña Re., así como a éstas a título personal. Efectuó diversas peticiones, desistiendo más adelante de

las cuatro presentadas como principales y definitivamente pidió: *a)* que se condene a los demandados a solicitar autorización judicial *a posteriori* para enajenar las 21.458 acciones de las que los hermanos D. Fe. y D. F. eran titulares en la sociedad G.C.; *b)* que se les condene a otorgar el contrato de concesión recíproca de opción de compra y venta de dichas acciones y a otorgar los respectivos contratos.

Los demandados contestaron diciendo que estas acciones se conservaron porque los hermanos incapaces trabajaban en una de las empresas del grupo, de modo que el mantenimiento de su condición de accionistas les proporcionaba seguridad en su puesto de trabajo dada su condición; que las acciones cuya venta se reclama tienen un valor simbólico ya que constituyen únicamente el 2'5% del total y que no se había pedido autorización para dicha venta, de modo que el contrato privado de 31 de octubre de 1996 era nulo.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, por lo que se recurre en apelación por la parte demandante B.H. La Audiencia Provincial también desestima el recurso.

La demandante B.H. presenta recurso de casación. El conjunto de las operaciones económicas llevadas a cabo entre las dos ramas de la familia X para facilitar la salida de una de ellas del complejo económico, con las correspondientes compensaciones, no acabó de consumarse. Los hermanos don Fe. y don F. han mantenido la titularidad de unas acciones en una de las sociedades del grupo, con la finalidad de asegurar su puesto de trabajo en una de las empresas participadas, lo que implica, en realidad, mantener su participación en las juntas generales de la sociedad, a pesar de ostentar una posición minoritaria. Esta es la razón del presente litigio. Se alega la infracción del artículo 271 CC. Según el Alto Tribunal, debe declararse la nulidad del contrato de opción de compra y venta de las acciones que retuvieron los incapaces en la liquidación de su participación en las empresas del grupo familiar B. Las acciones les pertenecen y, además, no podrá ejercitarse dicha opción en el caso de que se hubiesen cumplido las condiciones que se preveían, pues el contrato de opción de compra y venta no fue autorizado judicialmente, como debería haberlo sido según el artículo 271 CC, y por ello procede declarar su nulidad. Además, no es posible obligar al tutor a pedir una autorización *a posteriori* para convalidar un contrato nulo, como pretende la recurrente, ya que constituye un acto inútil, por no poder garantizarse en ningún caso la obtención de dicha autorización, ya que puede ser posible que el juez, a la vista de los intereses de los sometidos a tutela, no acceda a ella.

Por otro lado, viene a sugerir la recurrente que la declaración de nulidad de este contrato de opción arrastra consigo la de los demás. Este motivo no se estima por el Tribunal Supremo. La operación de salida de la rama Fe., I., Re., F., y R. de las empresas B. se planificó como un conjunto, pero no se ha demostrado a lo largo del procedimiento que los contratos celebrados tengan causa recíproca, de modo que la falta de validez de uno de ellos pueda producir, por arrastre, la nulidad de los demás. La figura a la que se refiere la recurrente sólo sería posible en el caso de que los respectivos nego-

cios se hallaran recíprocamente condicionados, lo que no ocurre en este caso. En conclusión, el TS termina desestimando el recurso de casación. (S. L. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

7. Obligaciones solidarias. Acción de repetición.—Nuestro sistema, de forma idéntica a la prevista en otros sistemas próximos, regula la acción de repetición del deudor solidario que paga íntegramente la deuda y en el segundo párrafo del artículo 1.145 CC dispone que «el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo». Esta regla, acogida en el artículo 1.135 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de obligaciones publicado en enero de 2009 por el Ministerio de Justicia exige determinar la cuota interna de responsabilidad de los codeudores «lo que a cada uno corresponda». En este sentido, bien que con referencia a la solidaridad derivada del proceso constructivo, pero aplicable al presente supuesto, la sentencia número 274/2010, de 5 de mayo, afirma: «En la misma línea, esta Sala viene manteniendo (por todas, STS de 16 de julio de 2001, con cita de las SSTs de 12 de julio de 1995 y 4 de enero de 1999) que satisfecha la condena impuesta por solo uno o varios de todos los condenados solidariamente en un proceso anterior, el artículo 1.145 CC permite que aquel o aquellos que cumplieron con el total de la deuda puedan acudir a otro posterior en ejercicio de la acción de reembolso o regreso para debatir la distribución del contenido de la obligación entre todos los intervinientes en el proceso constructivo, desapareciendo entonces la solidaridad que rige en las relaciones externas, frente al perjudicado acreedor, para pasar a regir en las internas (entre deudores solidarios) la mancomunidad». Pues bien, la sentencia recurrida, en interpretación de lo pactado que debe ser respetada por esta Sala por las razones indicadas, ha entendido que en las relaciones internas subyacentes Cinematográfica asumió sobre sí las «cargas laborales», por lo que el motivo hace supuesto de la cuestión y debe ser rechazado.

Enriquecimiento injusto. Requisitos.—Nuestro ordenamiento positivo no regula de forma específica el enriquecimiento injusto, aunque en el propio Código Civil se contienen diversas manifestaciones de tal regla, como la prevista en el artículo 1.158 y en el propio artículo 1.145, lo que no ha sido obstáculo para que haya sido reconocido como fuente de obligaciones per la jurisprudencia. Ahora bien, para que haya lugar al enriquecimiento injusto es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) Que el demandado haya experimentado un enriquecimiento, ya sea aumentando su patrimonio, ya evitando su disminución. 2) Que tal incremento carezca de razón jurídica que lo sustente. 3) Que cause un correlativo empobrecimiento del demandante, ya sea provocándole un detrimento patrimonial, ya frustrando una ganancia. Pues bien, en el caso enjuiciado la recurrente olvida que, en contra de lo que pretende, las sentencias de la jurisdicción de lo laboral han declarado su deber de hacer frente a las indemnizaciones derivadas de la ruptura de los contratos que la vinculaban con los trabajadores del cine, por lo que su empobrecimiento está justificado. A partir de aquí, su derecho a resarcirse no puede ser llevado al terreno del enriquecimiento injusto, al desenvolverse en el de la liquidación de la relación interna entre responsables solidarios deter-

minante o causa de que la demandada deba permanecer o no indemne, y de que sea la recurrente la que deba asumir o no sobre sí el costo de las indemnizaciones. (STS de 21 de septiembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—La entidad mercantil L arrendó un local destinado a cinematógrafo situado en la Gran Vía de Madrid a la sociedad Cinematográfica D, S. A. En fecha 2 de octubre de 1998, las partes llegaron a un acuerdo por el que, en el plazo de dos meses, la arrendataria pondría el local a disposición de la arrendadora «libre de ocupantes, de personal laboral y de enseres», a cambio de la oportuna indemnización. Paralelamente, la sociedad Cinematográfica D, S. A. procedió al despido de los trabajadores del cine, despido que fue declarado improcedente por la jurisdicción laboral, que condenó solidariamente a la sociedad arrendadora y arrendataria al pago de las indemnizaciones laborales pertinentes al entender que existía una reversión del negocio y una sucesión de empresas entre ambas sociedades. La sociedad Cinematográfica D, S.A. abonó a los trabajadores la totalidad de las indemnizaciones, pero al ejercer la oportuna acción de regreso contra la sociedad arrendadora, ésta se negó al pago al considerar que el contrato suscrito por ambas partes estipulaba que el local se cedía «libre de personal laboral».

Por ello, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Madrid que se estimó íntegramente. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid la revocó. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

8. Obligaciones recíprocas. Efectos.—Las obligaciones recíprocas tienen unos efectos específicos debidos a su interconexión o interdependencia. El primero es la necesidad de cumplimiento simultáneo, en el sentido de que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir a su deudor que cumpla, si a su vez no ha cumplido o cumple al tiempo u ofrece cumplir la otra obligación recíproca de la que es deudor. Si el acreedor exige el cumplimiento de la obligación recíproca al deudor, sin que aquél haya cumplido u ofrezca cumplir la suya, este deudor podrá oponerse y rechazar la acción de cumplimiento, mediante la llamada excepción de incumplimiento contractual. Así se deduce de los artículos 1.100 II y 1.124 CC (SSTS de 9 de diciembre de 2004, 4 de abril de 2003, 17 de febrero de 1998). (STS de 13 de octubre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los demandantes, como compradores, y los demandados, como vendedores, celebraron un contrato privado para la compraventa de dos inmuebles en el que se pactó, entre otros extremos, un plazo de dos meses para el otorgamiento de escritura pública.

Transcurrido el plazo pactado, la escritura pública no se otorgó. En los días inmediatamente posteriores al transcurso de dicho plazo de dos meses, los compradores citaron a los vendedores en la notaría para el otorgamiento de la escritura, que no se llevó a cabo por incomparecencia de los vendedores.

Unos días después, los vendedores enviaron un fax a los compradores comunicándoles que, habiendo transcurrido el plazo de dos meses acordado en el contrato, procedían a su resolución y a hacer suya la cantidad de 12.000 euros entregada como señal en aplicación de los artículos 1.124 y 1.454 CC.

Los compradores interpusieron demanda contra los vendedores pidiendo: (a) el cumplimiento del contrato mediante el otorgamiento de escritura pública e indemnización de perjuicios; (b) subsidiariamente, la entrega a los compradores del doble del importe de las arras, y (c) subsidiariamente, la devolución a los compradores del importe de las arras.

La sentencia de primera instancia acogió la segunda de las peticiones subsidiarias de la demanda, condenando a los vendedores a la devolución del importe de las arras. La sentencia fue recurrida en apelación por los demandados e impugnada por los demandantes.

La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación de los demandados y desestimó la impugnación de los demandantes. Declaró lo siguiente: (a) el contrato privado es una compraventa perfeccionada; (b) las arras pactadas son penales; (c) la falta de otorgamiento de la escritura pública en el plazo pactado es consecuencia del incumplimiento de los demandantes; (d) el incumplimiento de los demandantes autorizaba a los demandados a resolver el contrato, por aplicación del artículo 1.124 CC pero no por aplicación del artículo 1.454 CC porque las arras pactadas son penales; (e) no procede la acción principal de cumplimiento y tampoco las subsidiarias.

Los demandantes interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación; ambos son desestimados por el Tribunal Supremo. El recurso de casación se basa en un único motivo relativo a la existencia y validez de los contratos, motivo que el Alto Tribunal desestima por no respetar la base fáctica de la sentencia impugnada y desarrollarse al margen de la *ratio decidendi* de la misma; en concreto, los recurrentes incurrían en petición de principio ya que sus alegaciones, referidas a una obligación recíproca, sólo se comprenden si se parte de la premisa del cumplimiento de los recurrentes, que la sentencia impugnada no declara, o de la existencia de un incumplimiento recíproco que la sentencia impugnada tampoco declara. (B. G. F.)

9. Contrato de obra: Resolución por incumplimiento.—En toda relación sinalagmática, con obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo para los contratantes, el incumplimiento de una de las partes —que frustra el fin del contrato— no sólo es un obstáculo para la resolución del contrato por parte del contratante incumplidor sino que legitima, además, a la otra parte para resolver el contrato o, al menos, para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones (*exceptio non adimpleti contractus*). Por consiguiente, el cese de los trabajos de obra por la contratista no supone incumplimiento cuando se debe al previo incumplimiento por la contratante de sus obligaciones de

pago. (STS de 1 de octubre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una entidad celebró un contrato con otra en virtud del cual esta última se obligaba a ejecutar una obra sobre una parcela de la primera. Por entender una y otra parte que existe incumplimiento de la contraria, se produjeron sendas resoluciones del contrato. La contratista había cesado en los trabajos de obra alegando ciertos impagos de la contratante.

En Primera Instancia, se consideró probado que las obras habían sido abandonadas en un momento dado por la contratista sin que el contrato admitiese el cese de las mismas por las razones alegadas sino, a lo más, la suspensión de las obras, y se declaró procedente la resolución del contrato por la contratante demandada reconviniente, así como la liquidación efectuada por ésta y su derecho a disponer de los materiales y maquinaria existentes en el inmueble. Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Málaga estimó en parte el recurso interpuesto por la contratista demandante reconvenida: Se consideró que la constructora no había abandonado la obra sino simplemente la había suspendido (ya que dejó los materiales y la maquinaria), y se estimó la existencia de un incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de la promotora contratante, rechazándose así que el incumplimiento fuera imputable *por entero y exclusivamente a la parte actora*. La Audiencia revocó la sentencia anterior en todo, salvo en lo relativo al derecho de la promotora reconviniente a disponer de los materiales y maquinaria existente en el inmueble (única pretensión de la reconvencción que resultó satisfecha). La promotora contratante demandada reconviniente interpuso recurso de casación, pero el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia. (C. J. D.)

10. Compraventa civil. Facultad resolutoria ex artículo 1124 CC. Plazo de prescripción.—La cuestión central a dilucidar en el caso enjuiciado es determinar el alcance de la estipulación tercera de la escritura de compraventa en la que se contenía una previsión expresa de resolución de la misma en un plazo concreto si no se cumplía con la totalidad del precio. Tal y como justifica la parte compradora en el recurso de casación, parece haber una confusión entre la facultad implícita de resolver las obligaciones (1.124 CC) y la condición resolutoria expresa pactada por las partes (1.506 CC). La posición del TS es clara cuando afirma que en tal caso nos encontramos con una condición resolutoria con eficacia real, de conformidad con el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, inscrita al amparo de los artículos 9.2.^a LH y 51.6.^a del Reglamento Hipotecario. A esta primera conclusión debe seguirle otra, a saber, la compatibilidad o no de esta condición con la previsión establecida en el artículo 1.124 CC. Y el Tribunal Supremo, se pronuncia por la complementariedad de ambas figuras. De lo anterior, concluye el TS la admisibilidad de la caducidad convencional de la acción resolutoria y destaca las diferencias existentes entre la acción proveniente de la cláusula resolutoria expresa, con eficacia real y sujeta a caducidad convencional, y la derivada de la facultad implícita de resolver las obligaciones recíprocas, contenida en el artículo 1.124 CC. La primera se encuentra sometida al plazo de caducidad

acordado por las partes; la segunda, al de prescripción, de quince años, contemplado para las acciones personales en el artículo 1.964 del Código civil (SSTS de 14 de mayo de 1996, 106/2007, de 7 febrero y 984/2007, de 13 de septiembre). (STS de 15 de octubre de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En fecha 28 de mayo de 2001, E y S vendieron a B un inmueble. En la estipulación tercera de la escritura de compraventa se establecía una facultad resolutoria de la parte vendedora de seis meses ante la falta de pago del precio. Casi un año después de que hubiese vencido el plazo para abonar el precio, los vendedores requirieron notarialmente de pago al comprador, que se opuso al requerimiento. Los vendedores interpusieron demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Puerto del Rosario solicitando la resolución del contrato de compraventa, oponiéndose la demandada por caducidad de la acción resolutoria pactada.

El Juzgado estimó la demanda por no haberse acreditado el pago del precio y por estar sujeto el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1.124 CC a un plazo de prescripción de quince años, de conformidad con el artículo 1.964 del CC. Apelada la sentencia por la parte compradora, la Audiencia Provincial estimó el recurso y, por tanto, la prescripción de la acción resolutoria en virtud de lo pactado en el contrato de compraventa. Interpuesto recurso de casación por la parte vendedora, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo. (M. C. S.)

11. Contratos. Resolución por incumplimiento. Liquidación de los daños ocasionados y abono de la cláusula penal. La moderación por los tribunales sólo puede serlo de la cantidad establecida en concepto de pena, no de la que es mero efecto del contrato.—La devolución de la cantidad que había abonado la actora a la demandada no puede ser moderada ni reducida por los tribunales, pues se trata de un pacto del contrato que debe ser cumplido, en aras al principio de autonomía de la voluntad, como previsión contractual aceptada e indiscutida: si la parte incumple, que devuelva lo cobrado anticipadamente. No es una garantía del cumplimiento de la obligación sino una lógica previsión acorde con el contrato que prevé el pago anticipado: una parte paga anticipadamente pero, si la otra incumple, le debe devolver lo que cobró. Por su parte, en la cláusula penal debe mantenerse la moderación, pero tan sólo aplicada a la parte que es verdadera cláusula penal, es decir, al pago de «otro tanto...». (STS de 2 de julio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La actora FAG, S.L. concertó un contrato de cesión de frutos cultivados con la propietaria del terreno, LM, S.A.T., en virtud del cual ésta se obligaba a sembrar las semillas proporcionadas por la primera y a regar debidamente, estando el resto de las actividades a cargo de la otra parte que abonaba por ello una serie de cantidades. En el contrato se pactó una cláusula en virtud de la cual el incumplimiento por la propietaria del terreno daría lugar a la resolución con devolución de las cantidades recibidas y otro tanto en concepto de daños y perjuicios. Producido este incumplimiento,

y requerida la contraparte, FAG, S.L. dio por resuelto el contrato y exigió el pago de las cantidades correspondientes. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron la acción en cuanto a la declaración de quedar resuelto el vínculo contractual, pero moderaron la pena establecida en el sentido de condenar al pago de una cantidad menor a la establecida en el contrato. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (*L. A. G. D.*)

12. Responsabilidad civil. Responsabilidad contractual y extracontractual. Doctrina de la unidad de culpa: no concurre si, existiendo vínculo contractual, el daño se produce en la órbita estricta de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.—La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual es relativizada por la jurisprudencia en aplicación del principio «*pro actione*», admitiendo la compatibilidad del ejercicio de las acciones por responsabilidad civil contractual y extracontractual. Es cierto que existen soluciones en las que es difícil establecer si una de las obligaciones del contrato era la de no causar el tipo de daños producidos o, por el contrario, si el contrato ha servido de marco a una actividad generadora de daños, cuya evitabilidad se configura como una obligación de dimensiones claramente extracontractuales. Ahora bien, cuando el daño pueda enjuiciarse desde una doble vertiente, contractual o extracontractual, la primera opera con carácter prioritario si los sujetos se encuentran ligados por un negocio bilateral y el daño sobreviene por un hecho realizado dentro de la rigurosa órbita de lo pactado, en desarrollo normal del contrato (STS de 13 de marzo de 2008); lo que excluye de la condición de tercero extracontractual al fabricante, por la que ha sido demandado, como aquí sucede. (**STS de 7 de octubre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La mercantil CU, S.A. demandó a WED/DI, B.V. en ejercicio de una acción de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, por los daños sufridos como consecuencia de la inhabilidad de una maquinaria adquirida por la actora a un fabricante, que no fue traído a pleito, y respecto de la cual la compañía demandada actuaba como garante. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Pamplona desestimaron la acción por falta de litisconsorcio pasivo necesario. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la actora. (*C. O. M.*)

13. Responsabilidad contractual de concesionarios de autopistas: Retención masiva de vehículos por intensas nevadas: Falta de diligencia: Relación de causalidad: Imputación objetiva: Daño moral: Devolución de peaje indebido.—Durante los días 27 a 28 febrero 2004 se produjeron importantes retenciones en la Autopista A-1 (Burgos-Armiñón), en el tramo entre Miranda y Pancorbo (PK 68 a 74), en ambos sentidos de circulación, que motivaron que cientos de vehículos quedaran bloqueados durante varias horas en la autopista. Administrativamente se resolvió no abrir expediente sancionador a Europistas Concesionaria Española SA por concurrir una causa de fuerza mayor.

En la sentencia recurrida, que ha estimado parcialmente la demanda interpuesta por AUSBANC-Concurso, no se advierte una infracción en términos generales del régimen jurídico de autopistas, de seguridad vial y de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, al sentar la conclusión de que existió una falta de diligencia por parte de la entidad concesionaria de la autopista y que concurrió un nexo de causalidad suficiente entre la falta de previsión de las circunstancias adversas, insuficiente vigilancia del punto en que se produjo el conflicto, insuficiencia de información a los usuarios, falta de coordinación con la autoridad administrativa, insuficiencia de medios de comunicación, y el resultado producido del colapso de la circulación de vehículos, ya que las consecuencias podían haberse evitado o aminorado sustancialmente en el caso de no haber existido esas deficiencias.

Existe jurisprudencia reiterada declarando que la relación contractual entre el concesionario de una autopista y el usuario de la misma impone al primero una obligación de diligencia extremada para garantizar las condiciones de seguridad adecuadas a las características de las vías de aquella naturaleza, concebidas para la circulación rápida de vehículos (SSTS de 19 de diciembre de 1995, 5 de mayo de 1998, 6 de mayo de 2004, 27 de enero de 2006, 30 de julio de 2008 y de 15 abril de 2009). Establecido el nexo de causalidad, resta en casación la facultad de examinar si se ha verificado adecuadamente la imputación objetiva del daño a la entidad demandada, lo cual integra una *quaestio iuris* que va más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, y obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado, apreciando la normalidad del riesgo creado frente a la existencia de riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias. Es cierto que se nos ofrecen como circunstancias relevantes las meteorológicas, la conducta de los conductores, la irrupción de un número de vehículos pesados inusual en la autopista, los accidentes sufridos por algunos de los vehículos, el abandono de los vehículos pesados por parte de sus conductores y la intervención inadecuada de la autoridad administrativa; pero estos factores no son suficientes para eliminar la imputación objetiva del daño a la concesionaria.

La obligación de diligencia extremada para garantizar las condiciones de seguridad adecuadas a las características de las vías de aquella naturaleza, no se compadece con la falta de previsión de las circunstancias meteorológicas adversas, pero previsibles en la época invernal en que se produjeron; en el hecho de no haberse intensificado en dichas circunstancias la vigilancia del punto en que se produjo el conflicto, de especial complejidad para el tráfico rodado; en la información insuficiente ofrecida a los conductores; en la falta de coordinación con la autoridad administrativa, reprochable en sí mismo e imputable en gran parte a la insuficiencia de medios de comunicación de que disponía la concesionaria de la autopista, pues no eran aptos para atender a situaciones de carácter extraordinario ni tenían carácter específico para su comunicación con la Administración.

Frente a estas circunstancias tienen una relevancia muy secundaria, en el orden de la imputación objetiva, los factores que la parte recurrente destaca, consistentes, básicamente, en la imprevisibilidad de las complicaciones meteorológicas, en una afluencia de vehículos extraordinaria, en la conducta inadecuada de los conductores y en la falta de medidas de restricción adoptadas por la Administración. En efecto, las complicaciones meteorológicas no son imprevisibles en la época del año en que se produjeron y habían sido previstas por algunas autoridades de tránsito; la afluencia extraordinaria de vehículos, de haber sido advertida a

tiempo, podía haber dado lugar a propuestas dirigidas a la Administración y a la adopción provisional de medidas urgentes por parte de los propios agentes de la concesionaria; la conducta de los conductores, aun pudiendo ser inadecuada, no era imprevisible dadas las extraordinarias circunstancias existentes y las condiciones temporales y de otra índole en que se produjo la información; y cualquiera que fuera la adecuación de las medidas llevadas a cabo por la Administración, o por ella omitidas, no fue posible la coordinación con los agentes de la concesionaria –que resulta esencial en una situación de aquella naturaleza–, entre otras razones porque su servicio de comunicaciones resultaba colapsado en circunstancias extraordinarias.

Legitimación de Asociación de consumidores en defensa de intereses difusos: Requisitos.—El artículo 11.3 LEC. sólo permite el ejercicio de acciones de consumo cuando se refieran a usuarios no determinados o determinables, a las asociaciones representativas, y se remite a la ley para determinar la concurrencia de este requisito. Tal remisión hay que entenderla hecha al artículo 20.3 LGDCU 1984, en la cual se establecía únicamente como requisito general para poder gozar de cualquier beneficio otorgado por dicha ley que la asociación de consumidores figurase inscrita en el Registro del Ministerio de Sanidad y Consumo, incluyéndose en tal beneficio la legitimación para el ejercicio de las acciones en defensa de los consumidores (artículo 20.1). En este caso la inscripción en el referido Registro se consideró suficientemente justificada en la audiencia previa, y se admite como probada por la sentencia recurrida, quedando evidenciada mediante la resolución administrativa posterior que acordó excluir a la asociación demandante del expresado Registro. Por razones de vigencia temporal es inaplicable al caso la falta de pertenencia al Consejo de Consumidores, requisito introducido sin eficacia retroactiva por Ley 44/2006, de 29 diciembre, y actualmente recogido en el artículo 24.3 del TRLGDCU.

La resolución administrativa de exclusión del Registro, fundada en el incumplimiento de sus deberes, tiene un contenido materialmente sancionador, y esta circunstancia impedía su ejecución en tanto no se acreditase que había ganado firmeza, que no se había solicitado su suspensión cautelar o que la jurisdicción contencioso-administrativa había denegado la suspensión; en el presente caso la resolución fue impugnada y suspendida en dicha vía. El carácter constitucional de la exigencia de inscripción en el Registro no es obstáculo a que su exclusión, impuesta con carácter sancionador, no pueda ser ejecutada si no ha ganado firmeza (**STS de 15 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Complejo supuesto de hecho que afectó a miles de usuarios de una autopista, bloqueados durante varias horas por las extraordinarias circunstancias climatológicas producidas y por el deficiente funcionamiento de los servicios de aquella. La asociación de consumidores actora que ejerció una acción en defensa de los intereses difusos, durante la tramitación del proceso ha visto discutida su legitimación procesal, finalmente admitida por la Sala, al estar suspendida cautelarmente dicha exclusión en vía contencioso-administrativa. La inevitable intervención de la Administración en los hechos, amenazaba que el proceso se perdiera en la denostada *peregrinación de jurisdicciones*, que afortunadamente no se ha dado.

Interesa recoger la especificación de las indemnizaciones otorgadas, respecto de las cuales la Sala hace suyas las determinaciones

de la s. de apelación. Así se condena a la concesionaria de la Autopista:

«1.º A que indemnice por daño moral en la suma de 150 euros a los posibles afectados por la retención producida en la autopista AP-1 los días 27 y 28 febrero 2004 que reúnan la condición de consumidores y usuarios según la LGDCU de 1984 (excluyendo a todos aquellos particulares o empresas que hubiesen usado del servicio de la autopista para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros) y que acrediten que personalmente se encontraban en ella entre las dieciséis horas y el cierre oficial de la autopista (aproximadamente sobre las diecisiete horas) del día 27 febrero, mediante la pertinente documentación (como por ejemplo los billetes de autobús para los viajeros en este medio de transporte u otros justificantes válidos y eficaces a tal fin), o en otro caso, dicho importe de abonará por vehículo que acredite su presencia en la citada autopista en ese mismo espacio de tiempo mediante la correspondiente tarjeta de peaje o justificantes de su pago (bancarios, manuales, automáticos u otros pertinentes y suficientes).

2.º A que indemnice en el importe previsto en la Tabla de Tarifas, según la categoría de los distintos vehículos correspondiente al tramo Armiñón-Castañares o viceversa, a los titulares o poseedores de los vehículos que abonaron el peaje, afectados por la citada retención de la AP-1 que acrediten ser consumidores y usuarios en los términos expuestos antes, y que se encontraban en la autopista entre las dieciséis horas y el cierre oficial producido aproximadamente sobre las diecisiete horas del día 27 de febrero, mediante la aportación de aquellos documentos suficientes y eficaces justificativos de dicho pago.

En todo caso, los posibles beneficiarios que reúnan los datos, características y requisitos necesarios fijados en esta resolución, sólo podrán instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la Asociación AUSBANC-Consumo ante el JPI n.º 6 de Burgos en la forma y procedimiento previsto en el artículo 519 LEC.» (G. G. C.)

14. Lucro cesante. Falta de prueba.—El núcleo de la discusión entre las sociedades P, compradora, y L, vendedora, se centra en la determinación de las razones por las que se producen los que en todo el procedimiento se denominan «incumplimientos»: por una parte, el de P, que según los recurrentes incumplió el contrato al conocer la situación económica real de la empresa que quería adquirir, y por otra parte el de L, que vendió una sociedad por un precio que los resultados producidos por los análisis económicos confirman que no se ajustaba a su real situación económica. En realidad L incumplió el contrato de compraventa, puesto que vendió una sociedad con un elevado nivel de pérdidas y otras problemáticas que se consideran probadas en la sentencia recurrida. Por ello, P ante este incumplimiento, optó por ofrecer una reducción del precio o la resolución, lo que está admitido como uno de los remedios para el incumplimiento en los textos europeos (artículo III.-3:601 *Draft of Common Frame of Reference*, que permite al acreedor reducir el precio cuando el cumplimiento no es conforme con los términos de

la obligación; también en el artículo 1.197 de la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, 2009). Estaba en su derecho la compradora de pedir la devolución del precio avanzado, pero al no haber recurrido la demandante en casación, debe mantenerse esta parte de la sentencia en virtud del principio dispositivo. Dicho lo anterior y con esta base, debe examinarse la argumentación del primer motivo del recurso interpuesto por la vendedora L. En primer lugar, es cierto que cuando la recurrente vendió a A, ésta pagó por las acciones un precio inferior al inicialmente ofrecido. Pero la sentencia recurrida señala que no se ha probado que la cuantía reclamada esté en relación con los daños y perjuicios causados con la resolución del contrato. Por esto hay que decir que en el primer punto del recurso de casación, la recurrente hace supuesto de la cuestión, porque la sentencia recurrida dice claramente que no existe prueba del daño que reclama. En segundo lugar, no debía expresarse ningún elemento para lo que el recurso denomina «cálculo ponderado». Simplemente, la sentencia recurrida no considera probado que se hubiesen generado los daños que hubieran dado lugar a admitir la reclamación, cuando afirma que no se «constata por el Tribunal en cuanto a la cuantía reclamada la relación de estos con la resolución contractual, no se prueba ni la pérdida de imagen en el mercado, ni en sus agentes, ni el menoscabo económico que se dice sufrió esta entidad en dicha suma». Se trata, en definitiva, de un problema de prueba. En tercer lugar, lo mismo ocurre con la pretendida infracción de los artículos 1.106 y 1.107 CC, a los que se deben aplicar los mismos argumentos utilizados hasta aquí.

Inexistencia de compraventa de sustitución.—Se insiste en el motivo primero en la infracción de lo que se denomina «compraventa de sustitución», con la cita del artículo 75 de la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 1980, y de las SSTS de 7 de junio de 1969, 3 de mayo de 1949, 6 de marzo de 1979, 27 de octubre de 1992, 14 de mayo de 2003. Para rechazar esta argumentación, hay que determinar en qué consiste una compraventa de sustitución. La doctrina ha considerado que una compra de reemplazo o de sustitución «consiste en permitir al comprador, ante el incumplimiento del vendedor, y siempre que actúe de buena fe, adquirir de una fuente alternativa mercancías similares (de igual calidad y cantidad), y en permitirle que reclame al vendedor la diferencia que, en su caso, haya tenido que satisfacer al tercero por esa compraventa de reemplazo». En la argumentación del recurso se plantean dos cuestiones: una, la pretensión de aplicar el esquema de las compras de reemplazo y otra, la asimilación con el lucro cesante. En relación a la primera cuestión, la cita del artículo 75 de la Convención es superflua porque no es aplicable, al excluir el artículo 2, *d*) de la Convención su aplicación a las compraventas «de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio»; el artículo 75 de la Convención se refiere a mercaderías y no existe un mercado de acciones en el sentido pretendido con la argumentación de la recurrente. Pero, además, no puede equipararse la compraventa de reemplazo con el lucro cesante, como claramente pone de relieve la propia sentencia citada como infringida, de 14 de mayo de 2003. (STS de 3 de septiembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.— El día 15 de marzo de 2002 la empresa P compró todas las acciones de la empresa L y efectuó un pago a cuenta. Aunque la vendedora aportó un informe sobre su situación financiera en la misma fecha, en un momento posterior P descubrió mediante

auditoría que L tenía unas pérdidas económicas superiores a las descritas. Tras conocer el desinterés de P en abonar el resto del precio, al parecer L vendió sus acciones a una tercera empresa, A, a un precio inferior al inicialmente ofrecido por P.

La compradora interpuso demanda contra L con la que solicitó la resolución del contrato de compraventa y la vendedora formuló reconvencción con la que pidió indemnización por lucro cesante. Mediante la reconvencción la vendedora sostuvo que debía ser resarcida por la diferencia entre el precio de las acciones acordado con P y el menor importe abonado finalmente por A.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Madrid desestimó la demanda mediante sentencia de 12 de julio de 2004, estimó parcialmente la reconvencción y declaró resuelto el contrato de compraventa por parte de la vendedora por incumplimiento de la compradora sin admitir la indemnización del daño solicitada. La sentencia de 5 de mayo de 2006 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó los recursos de apelación interpuestos por ambas partes. La vendedora recurre en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

NOTA.— Al solicitar la resolución del contrato tras constatar la situación económica real de la vendedora, la compradora alegó que estaba en su derecho de pedir una reducción del precio pactado. Probablemente una reducción del precio de las acciones no superior al importe pagado finalmente por la tercera empresa, A, llevada a cabo por vía extrajudicial, habría podido ser una solución satisfactoria para ambas partes. Como bien señala la sentencia, ese remedio para el incumplimiento está plenamente admitido en los textos europeos (artículo III.-3:601 *Draft of Common Frame of Reference*) y, en nuestra opinión, podría desempeñar un importante papel en esos casos. Con todo, la reducción del precio debía haberse efectuado sin demora, puesto que la posterior resolución de la vendedora —admitida en primera instancia y no impugnada por P— y venta de acciones a A abortó esa posibilidad. (*J. M. B. S.*)

15. Cláusula penal. Facultad moderadora prevista en el artículo 1.154 CC.—El artículo 1.154 CC remite al juicio de equidad del juez para la moderación de la pena convencional cuando la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor y los contratantes hubieran previsto la pena para el caso de incumplimiento total. En una situación así, la equidad reclama una disminución de la sanción si el deudor cumple en parte o deficientemente (STS de 1 de junio de 2009 y las que en ella se citan). Según doctrina constante del Tribunal Supremo, tanto el uso de la facultad moderadora establecida en el artículo 1.154 CC como la decisión sobre la improcedencia de hacer uso de tal facultad, son facultades que no pueden ser alteradas en vía casacional cuando se basan en una valoración lógica y racional asentada en bases fácticas incontrovertibles (STS de 10 de marzo de 2009 y las que en ella se citan).

Interpretación de los contratos.—Es doctrina constante de este Tribunal que la interpretación de los contratos le corresponde a los tribunales de instancia, por lo que la realizada por éstos debe prevalecer y no puede ser revisada en casación salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente iló-

gico, irracional o arbitrario. Por tanto, no procede su revisión cuando el recurrente se limita a pretender que se sustituya la interpretación realizada por el tribunal de instancia por sus propias conclusiones al respecto, pues como ya ha reiterado la Jurisprudencia, lo discutible no es la oportunidad o conveniencia de la interpretación sino la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción con el raciocinio lógico. Debe prevalecer el criterio del juzgador de instancia aunque la interpretación plasmada en la sentencia no sea la única posible o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud. **(STS de 1 de octubre de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Las partes celebraron un contrato de compraventa de tres fincas colindantes entre sí. La compradora presentó una demanda solicitando la nulidad del contrato por existencia de error en el consentimiento, alegaba que no fue informada por los vendedores acerca de la verdadera situación urbanística de las fincas; alternatively, solicitaba la rescisión del contrato porque existía una diferencia de cabida, que al ser menor a la indicada en el contrato inhabilitaba los terrenos para su edificación. Los demandados se opusieron a la demanda y, en reconvención, solicitaron que se resolviera el contrato por incumplimiento de la compradora de su obligación de pagar el precio y se condenara a esta última a perder 190 millones de pts. de los 200 que ya había entregado a cuenta del precio.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda y estimó la reconvención aunque, haciendo uso de la facultad moderadora del artículo 1.154 CC condenó a la compradora a la pérdida de 47 millones de pts. Ambas partes recurrieron en apelación. La sentencia de la Audiencia estimó desestimó el recurso de la compradora y estimó en parte el recurso de los vendedores, condenando a la compradora a la pérdida de los 190 millones entregados. Según la sentencia de la Audiencia, la cláusula penal que se aplica en este caso contempla un cumplimiento parcial por lo que no es posible hacer uso de la facultad de moderación que prevé el artículo 1.154 CC. La compradora presenta un recurso de casación alegando infracción del artículo 1.154 CC. (*L. P. S. M. P.*)

16. Cláusula penal. Función y generación de efectos.—La pena es debida aunque el incumplimiento no haya producido daños, ya que como afirma la sentencia número 1261/1998, de 12 de enero de 1999, haciendo suya la de 8 de junio de 1998: «El artículo 1.152 del Código Civil autoriza a insertar en las relaciones obligacionales cláusula penal que actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios (SSTS de 28 de junio de 1991, 7 de marzo de 1992, 12 de abril de 1993 y 12 de diciembre de 1996)».

Cláusula penal. Facultad de moderación del Juez en el Fuero Nuevo de Navarra, en el Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones y en los PECL.—A diferencia de lo previsto en el primer párrafo de la Ley 518 del Fuero Nuevo de Navarra, que dispone que «La estipulación de

pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de una prestación lícita obliga al promitente, y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial», la tendencia doctrinal que aflora en el artículo 1.150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones, elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009, apunta a la posibilidad de moderación de las cláusulas penales incluso en supuestos en que se estipuló con el carácter «inmoderable»: «El juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido». Y también apunta en este sentido el apartado 2 del artículo 9:509 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos de la Comisión Lando: «Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias».

Cláusula penal y enriquecimiento injusto.—Como sostiene la sentencia número 356/1993, de 12 de abril, no cabe hablar de enriquecimiento injusto toda vez que la condena a pagar «lo fue por consecuencia del incumplimiento del contrato que los relacionaba, conforme quedó definido, al ser resuelto el mismo y presentarse como la consecuencia pactada de la cesación negocial que fue perfectamente convenido, aceptada, con acomodo a la normativa legal y la concurrencia de justa causa (...)». (**STS de 5 de octubre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—El 16 de mayo de 1991 Ediciones Z., S.A., como editora de la revista I., y doña Maite suscribieron un contrato por el que ésta, a cambio del pago de un precio, autorizaba la publicación de un reportaje fotográfico de desnudos de su cuerpo en la revista.

En la estipulación tercera de dicho contrato se pactó la cláusula penal siguiente: «La publicación de cualquier fotografía del reportaje objeto de este contrato que no haya sido previamente aprobada por doña Maite, así como su divulgación en cualquier otro medio de comunicación distinto de I. generará para Ediciones Z., S.A. la obligación de indemnizar a doña Maite por el daño a su imagen e intimidad pactando como cláusula penal inmoderable la cantidad de cincuenta millones de pesetas (50.000.000 de pesetas)».

En cumplimiento de lo pactado doña Maite posó desnuda y dio su visto bueno a varias fotos que fueron publicadas en la revista I. el día 6 de junio de 1991 cobrando por ello el precio pactado. En la portada del número 6 del periódico C., editado por la persona jurídica denominada S., S.L. del jueves 6 de junio de 1991 aparece publicada una de las fotografías integrantes del reportaje fotográfico de desnudos de doña Maite publicado en I.

La demandante, doña Maite, solicita la condena de la demandada al pago de la cláusula penal pactada.

La sentencia de primera instancia estima íntegramente la demanda. La sentencia de apelación desestima el recurso.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los demandados. (B. G. F.)

17. Arrendamiento de obra: resolución.—Ante la petición de resolución del contrato de obra (1.124 CC) a instancia de la contratista S., S.L.U., el Tribunal declara su improcedencia al determinar cómo hecho incontrovertible el retraso en la ejecución de la obra por parte de ésta desde la primera certificación, por la evidente falta de terminación de la obra en 31 de julio de 2002 y, sobre todo, que la causa fundamental de ese retraso fue la carencia de medios materiales y humanos de la contratista para una obra de ese tamaño y envergadura, y por este método de prescindir de lo fundamental, desplazando la atención sobre lo accesorio, el simple retraso de la promotora en el pago de algunas certificaciones se presenta como una mora permanente que oculta el indubitado y evidente retraso permanente de la contratista por causas sólo a ella imputables.

Cláusula penal moratoria. Moderación judicial.—Es evidente que la cláusula penal moratoria (1.153 CC), por su propia naturaleza, presupone que el contratista puede continuar ejecutando la obra después de la fecha pactada para su terminación, ya que en otro caso, es decir, si indefectiblemente el comitente tuviera en tal caso que dar por resuelto el contrato sin poder exigir la continuación de la obra, tesis que parece ser la de este motivo, nunca habría lugar a la aplicación de la cláusula penal moratoria. Si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala es claramente contraria a la moderabilidad de las cláusulas penales moratorias por ser en tales casos el mero retraso, por sí solo, inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular contemplados en el artículo 1.154 CC (SSTS 13 de febrero de 2008, 14 de septiembre de 2007, 20 de junio de 2007 y 23 de octubre de 2006 entre otras muchas), también lo es que en casos como el presente, en los que el tribunal de instancia aprecia determinados incumplimientos no esenciales del comitente, se admite no tanto una moderación cuanto una compensación fundada en el artículo 1.103 CC que queda confiada al prudente arbitrio del tribunal sentenciador (STS 29 de marzo de 2004 en rec. 1.475/98). (**STS de 28 de octubre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—En fecha 29 de agosto de 2001, la mercantil A.R., S.L. celebró un contrato de obra con la también mercantil S., S.L.U., por la cual ésta se obligaba a construir un edificio destinado a apartamentos que debía terminarse el 31 de julio de 2002. Ante una serie de incumplimientos de A. R., S.L., el 17 de setiembre de 2003, S., S.L.U., interpuso demanda contra aquélla solicitando se declarase la resolución del contrato de obra suscrito entre ambas partes. La sociedad A.R., S.L., formuló reconvencción solicitando que se condenara a la actora inicial al pago de la cláusula penal prevista en el contrato.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Girona estimó en parte tanto la demanda como la reconvencción. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial de Girona las desestimó. Interpuesto, por un lado, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, por la constructora contratista S., S.L.U., y de otro, interpuesto recurso de casación por la promotora comitente A.R., S.L., el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los mismos. (*M. C. S.*)

18. Arras penales.—El concepto de arras en el artículo 1.454 CC que se alega como infringido, es más reducido que el que ha sido adoptado por la

jurisprudencia en la interpretación de dicha disposición. La sentencia de 31 de julio de 1992, seguida por otras muchas de esta Sala, distingue tres tipos de funciones que las arras pueden cumplir: «como señal de la celebración de un contrato, en que la cantidad entregada es anticipo o parte del precio (arras confirmatorias), como garantía del cumplimiento o arras penales, que se pierden si el contrato se incumple, pero que no permiten desligarse del mismo; y como arras penitenciales, que son las únicas que permiten resolver o desistir del contrato (...)», pero la propia sentencia añade que es doctrina reiterada que la utilización de la palabra «señal» no expresa necesariamente la facultad de desistir del contrato, sino que debe ser estimada como anticipo del precio. Al mismo tiempo, la sentencia de 25 de octubre de 2006 dice que «la calificación de esta cláusula es clara: es una cláusula penal que se impone a la vendedora, caso de que incumpla (...). Se puede calificar de arras penales que no son sino una cláusula penal, por la que la parte puede exigir el cumplimiento de la obligación y sólo en caso de incumplimiento, exigir que se ejecute dicha cláusula». Asimismo la sentencia de 29 de junio de 2009 insiste en que las arras penales no permiten desistir del contrato, cuando afirma que «encaja también en las de carácter penal, las cuales, a diferencia de las penitenciales, se pactan como simple garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, pero no al objeto de que las partes puedan desistir lícitamente del contrato con tal proceder» (asimismo SSTs de 16 y 24 de marzo de 2009). El examen de la cláusula transcrita en el fundamento primero de esta sentencia lleva a la conclusión de que se trata de una cláusula penal en el sentido descrito en la sentencia de 25 de octubre de 2006. Se pactaron arras penales como garantía del cumplimiento, que no permitían a los vendedores desistir del contrato, como hicieron, porque éste era firme, aunque sometido a condición, a la que no se imponía ningún tipo de plazo. **(STS de 27 de octubre de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.— En septiembre de 2002, H compró a M, JE, L, M y J una finca mediante un documento privado denominado «señal de compraventa» y abonó una cantidad de dinero en el momento de la firma. Al parecer, las partes pactaron el pago completo del precio en el momento de otorgar escritura pública y que la misma debería formalizarse —textualmente— «una vez que se haya aprobado el expediente de recalificación por parte de la administración», sin hacer referencia a plazo alguno.

En noviembre de 2004 los vendedores enviaron un burofax a H por el que le comunicaron que desistían y ponían a su disposición una suma de dinero equivalente al doble de la cantidad abonada por el comprador. La recalificación urbanística de la finca no tuvo lugar hasta el año 2005 — la sentencia no expresa la fecha.

Recibida la comunicación de desistimiento, H interpuso demanda en la que solicitó que se declarara la validez del contrato de compraventa y la obligación de los vendedores de otorgar escritura pública. Los vendedores a su vez formularon reconvencción en la que pidieron la declaración de la nulidad del contrato y, subsidiariamente, el desistimiento.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huelva estimó la demanda y desestimó la reconvencción mediante sentencia de 13 de diciembre de 2005. Interpuesto recurso de apelación por los vende-

dores, la sentencia de 5 de junio de 2006 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Huelva lo estimó y revocó la sentencia apelada. El comprador recurre en casación tras considerar que las arras habían sido pactadas como indemnización por incumplimiento de obligaciones derivadas de la compraventa y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

19. Acción revocatoria por fraude de acreedores. Cómputo del plazo de caducidad. Determinación del *dies a quo*. Suspensión del cómputo del plazo.—Dado que la realidad demuestra que los comportamientos fraudulentos suelen rodarse de cierta clandestinidad, la jurisprudencia, para no perjudicar los legítimos derechos al cobro de los acreedores, aplica un criterio flexible y adaptado a las circunstancias del caso a la hora de establecer el día inicial del cómputo de los cuatro años. Y así, exige en ocasiones que el acto fraudulento no permanezca oculto (STS de 4 de septiembre de 1995). En otras ocasiones mantiene la teoría de la insatisfacción («nichte-befriedigungstheorie»), según la cual el cómputo del plazo de caducidad no se inicia cuando se tiene noticia del hecho, sino cuando el derecho queda insatisfecho y se conoce la trascendencia lesiva del hecho (SSTS de 16 de febrero de 1993, de 1 de diciembre de 1997 y de 27 de mayo de 2002). Queda suspendido el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción revocatoria por fraude de acreedores mientras se siga procedimiento penal en caso de delito perseguible de oficio, pues amén del carácter exclusivo y excluyente que tiene la jurisdicción penal respecto a cualquier otra (artículos. 111 y 114 LECrim), parece más adecuado a la realidad no exigir a quien es víctima de un comportamiento fraudulento desplegar actividades que momentáneamente se revelan como inútiles, incurriendo en gastos innecesarios. Por lo que cabe no computar, a efectos de la caducidad, aquel tiempo durante el que por ley no pudo ejercitarse la acción. (**STS de 5 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—La entidad financiera CGAG concedió en enero de 1994 un crédito a la mercantil IAEM, S.A. por un importe de 601.012 €. Dicho crédito fue afianzado por los esposos L.E. y M.L., a la sazón administradores y titulares, junto con sus hijos, de la sociedad prestataria. Meses después el matrimonio se deshizo de la propiedad de diversos bienes inmuebles mediante su aportación a otra sociedad de la que también eran únicos titulares, así como por donación a sus hijos. En 1997 el banco interpuso querrela criminal por alzamiento de bienes, que fue archivada. En 2002 demandó a la sociedad beneficiaria del crédito así como a los avalistas y a los hijos de éstos, ejercitando una acción de reclamación de cantidad por el importe debido, y otra revocatoria por fraude de acreedores respecto a las transmisiones llevadas a cabo. El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción de reclamación de cantidad pero desestimó la revocatoria por entenderla caducada. La Audiencia Provincial de Granada estimó el recurso de apelación de la actora y dejó sin efectos las enajenaciones impugnadas. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de los demandados. (*L. A. P. M.*)

20. Sociedades Anónimas. Personalidad jurídica: levantamiento del velo por sucesión fraudulenta de empresas.—El fundamento de la pretensión actora reside en la existencia de una sucesión de empresas efectuada para un fin fraudulento: burlar el cumplimiento de obligaciones contractuales y eludir el pago de lo debido. La «causa petendi» y la «ratio decidendi» coinciden en la existencia de una actuación fraudulenta de las dos codemandadas determinante de responsabilidad a través de la doctrina del levantamiento del velo. La misma constituye un importante mecanismo jurídico para corregir las consecuencias dañosas para terceros derivadas de un ejercicio abusivo de la figura de la persona jurídica. Y esto es lo que ha sucedido en el caso respecto de la sociedad I.T.C., S.L. y del administrador M. Dice el juzgador «a quo» respecto de éste (el aquí recurrente) que «utiliza fraudulentamente una sociedad de responsabilidad limitada, para llevar a cabo una actuación personal, la continuación del negocio de la empresa B, en beneficio exclusivo, amparándose en la limitación de responsabilidad de la sociedad para eludir posibles responsabilidades», y añade que «I.T.C., S.L. no deja de ser un instrumento de M para materializar la distracción del negocio de B a favor suyo...». En definitiva, las actoras se ven defraudadas en sus relaciones negociales con la sociedad B por una actuación ilícita en su conjunto efectuada por el administrador M. La aplicación a los hechos del caso —incólumes en casación— de los efectos de la doctrina del levantamiento del velo tiene un sólido apoyo en la normativa del Código Civil que sanciona el fraude (art. 6.4) y el ejercicio abusivo del derecho (art. 7.2) y exige que los derechos se ejerciten de buena fe (art. 7.1) y en la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 22 de febrero, 30 de mayo, 29 y 30 de octubre, 29 de noviembre y 19 de diciembre de 2007, 1 de febrero de 2008, 3 de abril y 7 de julio de 2010), siendo de resaltar por su paralelismo con el supuesto que se enjuicia la Sentencia de 30 de mayo de 2008, en la que se señala que «la persona que “instrumenta” la sociedad causante del daño debe responder, sin que se pueda amparar en la responsabilidad limitada de la misma». **(STS de 19 de octubre de 2010; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—En fecha 22 de julio de 2003, las entidades mercantiles I.M.B., S.A. e I.M.T., S.A. instan demanda contra I.T.C., S.L. y M a raíz de una actuación fraudulenta por parte de éste que era socio y administrador único de B.,S.L, sociedad que vació de contenido económico, dando lugar al incumplimiento de las obligaciones contractuales que ésta tenía contraídas con las demandantes, creando una nueva sociedad, I.T.C., S.L., en la que asume la práctica totalidad del capital social (99%), para suceder a la anterior en la actividad que venía desarrollando, eludiendo las responsabilidades existentes.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barcelona desestimó la demanda entendiendo que el presupuesto y fundamento de la pretensión de la parte actora era el laudo arbitral. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso presentado por la parte actora y condena a los demandados a pagar solidariamente a las demandantes al apreciar una sucesión fraudulenta de empresas. Interpuesto por M recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (M. C. S.)

21. Compraventa de inmuebles: Motivación de las sentencias.—El TC ha establecido que la exigencia de motivación no impone ni una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate (STC de 25 de junio de 1992), y que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 CE (STC de 16 de noviembre de 1992); por otra parte ha sentado que no se requiere una argumentación exhaustiva y pormenorizada de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide (SSTC de 12 de noviembre de 1990, 28 de enero de 1991 y 25 de junio de 1992).

Error en la valoración de la prueba: Recurso extraordinario por infracción procesal.—Dicho motivo no está previsto como concreto en el artículo 469.1 LEC. siendo lista cerrada la enumeración de los mismos. En realidad lo que pretende el recurrente es convertir la casación en una tercera instancia, mediante una conjunta valoración de los medios de prueba, lo que no es posible, ni tiene fundamento alguno querer hacer valer determinados documentos, no advirtiéndose arbitrariedad ni error notorio al valorar la prueba pericial.

Obligaciones del vendedor: Saneamiento por evicción: Cláusula de estilo sobre inexistencia de carga o gravamen: artículo 1.483 CC: Tasa por mantenimiento de elementos comunes.—La circunstancia de hacerse constar en los contratos de compraventa de fincas la existencia o no de cargas o gravámenes no aparentes que pesan sobre ella, fundada en el carácter conmutativo de este contrato del que, a su vez, se deriva la necesidad de la equivalencia entre las recíprocas prestaciones, tiene como finalidad la de eludir las consecuencias rescisorias e indemnizatorias que nacen de la omisión en el contrato de su constancia, al amparo del artículo 1.483 CC; por ello, en realidad, la mención de las cargas o gravámenes sobre la cosa vendida lo que hace es delimitar el objeto del contrato fijando su contenido y las obligaciones que en cuanto a la entrega de la cosa vendida asume el vendedor (STS de 15 de diciembre de 1992). Para fijar el contenido de la expresión convencional de que la vendedora asegura que la finca vendida *está libre de cargas, gravámenes, así como de arrendatarios* hay que partir del texto del artículo 1.483 CC, que ha sido interpretado por la doctrina científica en el sentido de que tales gravámenes han de ser constitutivos de derechos reales, limitativos de los derechos de goce o disposición del propietario, en tanto que la carga impone al propietario la obligación de satisfacer una prestación, generalmente periódica, a favor del titular del derecho; por el contrario, no se incluyen las limitaciones legales del dominio que tienen carácter institucional y configuran el contenido normal del dominio por lo que no pueden ser desconocidas por el comprador, como sucede en este caso, en el que lo que se califica de carga no son más que gastos de mantenimiento de un elemento común a las viviendas que integran la Comunidad demandante, el sometimiento a una tasa que, debida o indebidamente, gira la administradora a la Comunidad como beneficiaria de un servicio público por vertido de las aguas procedentes de la capa freática y que esta conocía desde el año 2001, además de tratarse de un problema común y conocido de todos los edificios de la zona, y que si bien afecta directa y esencialmente al predio, no tiene más consecuencia que su abono en una cifra cuya importancia tampoco se acredita por cuanto el nivel freático se caracteriza por ser fluctuante; razón por la que no tiene reflejo alguno en los distintos contratos de compraventa, como tampoco lo tienen en otras situaciones similares a las que puede verse

afectado el inmueble. La solución constructiva era correcta y de ello sólo podrá derivar un mayor o menor coste de mantenimiento para los vecinos, más que como imposición de una carga oculta de mala fe a los compradores, sino como efecto de la misma.

Daños y perjuicios.—El referido gravamen no es tal, y la promotora vende el inmueble con una solución constructiva adecuada y anterior a los contratos privados de compraventa, que cuenta con las licencias correspondientes, que está funcionando de forma correcta y que era conocido para el comprador el costo del gasto de mantenimiento a partir del momento en que se le gira la tasa, pues antes, pese a conocerla, no la pagaba.

Legislación de consumidores.—La sentencia no aplica esta normativa, la cual, además, no tiene incidencia alguna en los hechos salvo que se exija una información reforzada sólo justificada en razón a los intereses subjetivos y posteriores que cada vecino tenga de ese o de cualquier otro gasto, que resulte de una construcción que, aun correctamente ejecutada, pueda derivar en orden a su mantenimiento (**STS de 30 de septiembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La Presidenta de una Comunidad de propietarios demanda al grupo de empresas PRASA reclamando el abono de una suma cercana al millón de euros como indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la carga o gravamen oculto o desconocido consistente en la sujeción a la tasa de vertido a la red municipal de aguas (EMASA), procedentes de la capa freática a través de los pozos extractores situados en la segunda planta sótano del edificio. La demanda se ampara en los artículos 1.483, 1.101 y 1.270 CC. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando al pago de una suma que representaba la quinta parte de la reclamada. La Audiencia Provincial estimó la apelación interpuesta por la parte demandada, absolviéndola de la reclamación, basada en que la prueba permite deducir que la actora conocía tanto la carga que soportaba el edificio, por causa de las fluctuaciones importantes en el nivel freático, como la existencia de bombas de extracción.

NOTA: Un tanto singular resulta el planteamiento procesal del caso pues aunque el argumento principal gira en torno a la interpretación del artículo 1.483 CC, no se invoca en la demanda ningún contrato concreto de compraventa (cuya fecha sería, por ej., decisiva, para la eventual prescripción extintiva de la acción), con la subsiguiente identificación del comprador y del piso afectado. En realidad se ejercita una acción indemnizatoria con base en dicho precepto, y aunque la presidenta de la Comunidad tiene legitimación para accionar, entiendo que hubiera debido proporcionar los datos aludidos. El rechazo del recurso se basa en una opinión doctrinal y jurisprudencial reiterada (cfr. García Cantero, *Com. Albaladejo*, XIX, 2.^a ed, Madrid 1991, pág. 340). (*G. G. C.*)

22. Compraventa de inmueble. Resolución por impago del precio.—Según declara el Tribunal Supremo, para estar en presencia de un incumplimiento resolutorio no se exige una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento sino que, atendiendo a criterios objetivos, se exige que el

incumplimiento sea esencial. Así sucede en el caso de incumplimiento de la obligación de pago del precio, cuando ni siquiera se ha pretendido su consignación, puesto que impide al vendedor obtener lo buscado con la conclusión del contrato de compraventa (SSTS de 31 de enero de 2008, 9 de marzo de 2005, 10 de mayo de 2007 y las que en ellas se citan).

Compraventa de inmueble. Incumplimiento del pago del precio y defectos en el inmueble comprado.—Afirma el alto tribunal que la negativa de la parte compradora a pagar el precio sólo estaría justificada cuando el incumplimiento de la vendedora se hubiera referido a prestaciones esenciales y no a prestaciones complementarias que no impiden la realización del fin del contrato, como es el caso de simples desperfectos en el inmueble entregado. (STS de 6 de septiembre de 2011; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Las partes celebraron un contrato de compraventa de un chalet que estaba en construcción. En el momento de celebrar el contrato, la compradora pagó parte del precio dejando el resto para el momento del otorgamiento de la escritura pública. Antes de terminar las obras, el promotor y la compradora estuvieron de acuerdo en que esta última ocupara el chalet. La compradora detectó la existencia de defectos en la construcción y los reclamó al vendedor promotor. Estuvo dando largas para el otorgamiento de escritura y en ningún momento intentó pagar el precio o consignarlo. Por todo ello, la vendedora envió a la compradora un requerimiento notarial dando por resuelto el contrato de compraventa.

La compradora presentó una demanda solicitando el cumplimiento del contrato y el resarcimiento de los daños y perjuicios por los defectos de la construcción. Al mismo tiempo, la vendedora ejercitó la acción resolutoria del contrato por incumplimiento. Ambos procedimientos se acumularon. El Juzgado de primera instancia estimó la demanda de la compradora y desestimó la de la vendedora. La vendedora presentó un recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia provincial que confirmaba la sentencia apelada y denegaba la resolución del contrato por incumplimiento por considerar que la falta de pago del precio se debía a circunstancias ajenas a la voluntad del comprador. En el recurso, la vendedora alega infracción del artículo 1.504 CC. (L. P. S. M. P.)

23. Contrato de opción de compra de inmuebles: Ejercicio de la opción mediante declaración de voluntad recepticia: Efectos.—La posición de la Sala ante jurisprudencia no coincidente sobre el momento en que produce efecto la declaración recepticia, es que se ha de partir de la finalidad de la declaración de voluntad del optante que, si por un lado constituye una declaración unilateral, por otro no es más que la aceptación de lo ofrecido de forma irrevocable durante el plazo fijado. Esta finalidad de *prestación del consentimiento* a efectos de *perfección* del contrato optado aparece claramente reconocido en reiterada jurisprudencia (STS de 14 de febrero de 1997, con cita de la anterior); precisamente de su carácter recepticio deriva la exigencia de que llegue a su destinatario.

Sistemas del perfeccionamiento del contrato.—Es cierto que la teoría de la emisión no resulta extraña a nuestro sistema, en el que han convivido tres

regímenes diferentes: 1) el fijado por el artículo 54 CCOM que seguía el criterio de la emisión; 2) el originario del segundo párrafo del artículo 1.262 CC adscrito al régimen de la cognición; y 3) el de la recepción seguido por la Convención de Viena de 1980, ratificado por España, sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, en su artículo 18, ap. 2. Pero los regímenes civil y mercantil se han unificado por aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, incorporándose al artículo 1.262 ap. 2 la siguiente regla: *Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe.*

No parece inútil mencionar que en el mismo sentido apunta el artículo 1.250 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones, elaborado por la Comisión de Codificación y publicado por el Ministerio de Justicia en enero de 2009, y que también se orientan en este sentido los Principios Lando de Derecho Europeo de los contratos (núm. 1, del art. 2:205 y núm. 1, del artículo 2:206).

En este contexto jurisprudencial y legislativo, la Sala fija como doctrina que, tanto si se entiende que por el contrato de opción se emite una oferta contractualmente irrevocable –como apunta el artículo 1.331 CC.it.–, como si se sostiene que el contrato de opción constituye un contrato de promesa –figura a la que alude el artículo 410 CC port.–, o una promesa unilateral aceptada, o le atribuye una naturaleza diferente, la declaración del optante tiene carácter recepticio, y para que sea eficaz, si otra cosa no se pactó, debe ser conocida por el *concedente* dentro del plazo fijado o, alternativamente, habiéndose remitido al concedente dentro del expresado plazo, el destinatario no puede ignorarla sin faltar a la buena fe, por haber llegado a su círculo de interés, lo que, desde luego, no supone una aplicación retroactiva de la norma y, menos aun, de criterios doctrinales manifestado en estudios prelegislativos, sino aplicación del criterio de la cognición matizado por los principios de auto-responsabilidad o de razonable posibilidad de conocimiento de la aceptación por el recurrente.

Buena fe objetiva.—En este caso, ha quedado demostrado que la comunicación dentro de plazo quedó frustrada por no hallarse en su domicilio la concedente, siendo indiferente si faltaba mucho o poco para el agotamiento del tiempo fijado en el contrato, dado que todo él era válido. Para decidir si la comunicación podía o debía ser conocida por su destinatario no es suficiente la utilización de criterios de buena fe subjetiva, ya que la seguridad jurídica y el principio de auto-responsabilidad imponen estar a la buena fe objetiva, como estándar de conducta socialmente admisible (así SSTs de 19 de enero y 22 de diciembre de 2005, y las que citan). La buena fe objetiva exigía de la concedente no obstaculizar el conocimiento del ejercicio del derecho de opción, ausentándose dentro del plazo concedido a la optante del domicilio en el que debía notificarse el ejercicio del derecho, sin indicar otro lugar en el que recibir razonablemente cualquier comunicado al respecto.

Irrelevancia de la no inscripción del poder de quien aceptó la opción.—Sin perjuicio de los efectos de la publicidad material negativa que pueden derivarse del artículo 20 CCOM la falta de inscripción del apoderado no afecta a la validez de los actos de aceptación realizados por éste, ni supone defecto de capacidad ni en el poderdante ni en el apoderado. La fehaciencia exigida en el pacto quinto se refiere a la comunicación de la aceptación, no a la representación.

Inexigibilidad del pago simultáneo.—Se había pactado el pago del precio dentro de los cinco días naturales siguientes al último día del plazo señalado para el ejercicio de la opción, cuando la sociedad agotase el plazo concedido. Es cierto que la libertad de pactos consiente que el ejercicio de la opción se supedite al simultáneo ofrecimiento de pago, o a su consignación (así en los casos resueltos por SSTs de 19 de mayo de 2003 y 5 de julio de 2006), en cuya hipótesis tal ofrecimiento o pago opera como requisito o condición ineludible para el ejercicio de la opción. Ahora bien la interpretación razonable de lo estipulado en el pacto tercero —*en el momento de su ejercicio, al contado, y en el momento de formalizarse la correspondiente escritura*— conduce a entender que el momento del pago al contado era el de la formalización de la correspondiente escritura, es decir, en un momento posterior al del ejercicio de la opción.

Contrato a favor de persona a designar.—Es una modalidad admitida por la jurisprudencia, caracterizada porque una de las partes queda identificada alternativamente: *el estipulante o la persona que él designe*; lo que tratándose de un contrato de opción suele identificarse con la denominada en el tráfico *opción mediatoria*, por lo que procede estimar la demanda.

Imprudencia de intereses.—En nuestro sistema rige el principio de libertad de pactos y el principio nominalista, de tal forma que si las partes no estipularon la estabilización del precio en función de las oscilaciones del mercado, a salvo los excepcionales supuestos en que cabe aplicar la regla *rebus sic stantibus*, sobre las mismas recaen las consecuencias beneficiosas para una y perjudiciales para otra de la evolución de los costes de bienes y servicios. Lo expuesto supone que, una vez perfeccionada la compraventa, la dilación en su consumación pueda suponer que el precio no coincida con el que se fija usualmente para la adquisición o venta de bienes similares. Pero ello por sí solo no faculta a ninguna de las partes para interesar el incremento o disminución del precio estipulado cuando la contraparte no ha incurrido en mora. Esto es lo que pretende la demandada pese a que ha sido la propia parte la que se ha opuesto al cumplimiento del contrato en el momento estipulado, y ha conservado en su poder la cosa ya vendida. **(STS de 17 de septiembre de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

NOTA.—Sentencia dictada por el Pleno de la Sala 1.^a, que cuenta con el Voto particular del Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz, concurrente con el fallo, aunque discrepante en los fundamentos (entiende que la opción se perfecciona desde el momento en que se emita la opción, aunque llegue a conocimiento del concedente fuera de plazo).

Sorprende que en ambas instancias la demanda del optante fuese desestimada. En este sentido puede entenderse que la aportación de esta s. consiste en aclarar que la buena fe a que se refiere la redacción vigente del artículo 1.262 párr. 2.º CC es la calificada de objetiva, que, en el caso, obligaba a la concedente a facilitar el ejercicio de la opción cuando esta decide ausentarse de su domicilio en los días finales del plazo de ejercicio (por ej. dejando indicaciones precisas sobre su residencia temporal para posibilitar la notificación).

En el tema del llamado *contrato a favor de persona por designar*; ha advertido recientemente Cámara Lapuente, *Algunas modalidades de contratos. I. El contrato para persona a designar ...* (en

el vol. «Anotaciones españolas al Proyecto de Pavía», coord. García Cantero, Zaragoza 2005, pp. 366 y ss.), que como contrapunto a los artículos 70 y 71 del Proyecto de Pavía, los PECL no dedican a esta modalidad contractual una sección específica ni una categoría independiente, aunque implícitamente puede estar embebida en el régimen de la representación (*G. G. C.*)

24. Impugnación del derecho de opción en dos procesos consecutivos. Inexistencia de cosa juzgada. La cuestión a decidir en el segundo proceso –invalidez del contrato por carecer de un elemento esencial– no coincide ni se asemeja a la de la contienda judicial que se alega como precedente, en la que lo que se discutía era el comportamiento cumplidor o no de la sociedad optante.—En los procesos respecto a los que se postula la aplicación del principio de cosa juzgada, las acciones discutidas –de resolución por incumplimiento, en el primer proceso, y la acción de nulidad, en el segundo– se fundan en distinta *causa petendi*. La primera acción da por supuesta la existencia y la validez del contrato, mientras que la segunda tiene como presupuesto fáctico la inexistencia de los elementos sustanciales del mismo. Por tanto, no se aprecia la existencia de cosa juzgada, dada la diferente naturaleza de las acciones de resolución por incumplimiento y de nulidad que fueron planteadas en los dos procesos entre los que pretende establecerse la relación de cosa juzgada. La petición de nulidad por ilicitud de objeto planteada en el primero de los litigios se formuló en relación con el pacto relativo al cumplimiento de la condición a que se sometió la opción, pero en dicho proceso no se planteó cuestión alguna relativa a la concurrencia de los requisitos que exige la validez del derecho de opción. **(STS de 29 de septiembre de 2010, no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Inmobiliaria AF, S.A, suscribió un contrato con don Íñigo, por el que este último –como propietario de unos terrenos– autorizaba a la inmobiliaria a realizar las gestiones necesarias para la recalificación de aquéllos como urbanizables; a cambio le concedía un derecho de opción de compra sobre los mismos siempre que se produjera la indicada recalificación. Tras la muerte de don Íñigo, ocupan su posición jurídica en el contrato sus hijos. Éstos interpusieron demanda contra la Inmobiliaria instando la resolución del contrato por incumplimiento de la actividad destinada a obtener la recalificación urbanística. En este proceso también se planteó la nulidad del contrato por ilicitud del objeto en relación con la recalificación urbanística que constituía la condición. El proceso concluyó con sentencia desestimatoria. Efectuada la recalificación urbanística de las parcelas, la Inmobiliaria requirió a los hijos de don Íñigo para el cumplimiento de la opción de compra. Ante su negativa la Inmobiliaria insta judicialmente el cumplimiento del contrato de opción de compra. Sus hijos opusieron la inexistencia de objeto de la opción por falta de determinación del precio. La Inmobiliaria alegó cosa juzgada respecto a la causa de oposición opuesta. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda de la inmobiliaria. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia lo desestima, confirmando la sentencia de instancia y declarando la inexistencia de cosa juzgada. El TS desestima el recurso de casación (*C. O. M.*)

25. Contrato de permuta. Obra futura (cambio de suelo por vuelo).—

El contrato de permuta de solar por edificio a construir es una modalidad contractual atípica, admitida por la Sala Primera, entre otras muchas, en SSTS de 13 de marzo de 1997, 3 de octubre de 1997, 1 de diciembre de 2000, 26 de febrero de 2001, 6 de febrero de 2002, 26 de abril de 2007, 8 de mayo de 2008, 6 de julio de 2009, 3 de noviembre de 2009, 20 de noviembre de 2009, 13 de noviembre de 2009 y 13 de abril de 2010. Presenta conexión con tres figuras contractuales tipificadas en el CC, como son la compraventa, la permuta y el arrendamiento de obra, lo que implica que las normas reguladoras de estos contratos serán de aplicación subsidiaria, en defecto de lo libremente estipulado por las partes con base al principio de libertad contractual (por todas, STS de 7 de abril de 1999).

Entrega de la cosa vendida. Buena fe.—A diferencia del contrato de permuta de bienes presentes, en que ambas cosas existen y están determinadas desde su celebración, y pueden ser adquiridas por los permutantes desde ese momento, en el de permuta de suelo por edificio a construir estamos ante un contrato cuyo objeto es cierto, en cuanto determinable sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes contratantes (SSTS de 31 de diciembre de 1999, citada por la de 13 de abril de 2010, y de 20 de noviembre de 2009) pero que, independientemente de cómo acuerden las partes denominar a este negocio, lo que lo singulariza es que con él se pretende desvincular la cesión del solar a la entidad encargada de construir del derecho personal que ostenta el cedente del terreno sobre la edificación futura, de manera que mientras el dominio sobre el solar lo adquiere la parte cesionaria del mismo en el acto de la firma de la escritura pública (de permuta, cesión o venta de cosa futura), la propiedad sobre el edificio pendiente de construir o sus partes (pisos o locales concretos), cuya entrega conforma la contraprestación de la cesionaria del suelo, depende, primeramente, de que efectivamente esta última cumpla el compromiso asumido de edificar; y en segundo lugar, de que se haga entrega del mismo pues la mera perfección del contrato —título— no produce efectos traslativos del derecho real sino va seguido del modo o tradición.

Para dilucidar cualquier controversia relativa al contenido del contrato y a las concretas obligaciones derivadas del mismo para cada una de las partes, y, en particular, para aclarar si queda a cargo de la adquirente de la edificación futura, tras su entrega, la obligación de otorgar acta acreditativa de que la misma se produjo, no obstante tener que partir de la voluntad común manifestada por los contratantes dentro de su ámbito de la autonomía de la voluntad contractual, no cabe obviar que es doctrina reiterada de esta Sala (SSTS de 23 de noviembre de 1962, 16 de septiembre de 1979, 9 de octubre de 1993, 26 de octubre de 1995, 17 de febrero de 1996, 10 de octubre de 1997, 10 de octubre de 2001, 20 de diciembre de 2004, 13 de julio de 2007, 16 de marzo de 2009 y 7 de diciembre de 2009), que el artículo 1.258 CC es un precepto que posibilita la —heterointegración— del contrato completándolo con la exigencia de otras obligaciones que constituyen derivaciones necesarias o naturales de las pactadas. En particular, la jurisprudencia declara que el precepto se proyecta sobre lealtades y fidelidades recíprocas; supone una exigencia de coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y en el ámbito de los negocios; impone comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención del fin propuesto, comprendiendo las obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento; no solo es complemento de lo convenido, sino que regula los efectos que durante la vigencia del pacto, puedan y deban producir determinados acaecimientos y la

reacción ante los mismos; y, sobre todo, busca proteger la confianza. Así lo viene repitiendo la doctrina jurisprudencial dictada en aplicación del citado artículo 1.258 CC, en relación con el 7.1 CC, que hace hincapié en la exigencia de una conducta coherente en el tráfico jurídico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás (SSTS de 9 de mayo de 2000, 25 de enero de 2002, 26 de julio de 2002, 13 de marzo de 2003, 23 de mayo de 2003, 8 de marzo de 2006, 6 de abril de 2006, 9 de abril de 2007, 31 de octubre de 2007 y 7 de diciembre de 2009); protección de la confianza que el acto o conducta de una persona suscita objetivamente en otra u otras (SSTS de 20 de febrero de 2003, 22 de mayo de 2003); confianza fundada en un comportamiento futuro coherente (SSTS de 10 de mayo de 2004, 15 de diciembre de 2004, 30 de diciembre de 2004, 4 de febrero de 2009, 28 de febrero de 2009 y 26 de mayo de 2009); cuando se han creado en otra persona expectativas razonables (SSTS de 27 de septiembre de 2005, 28 de octubre de 2005, 28 de julio de 2006, 17 de octubre de 2006 y 15 de junio de 2007). **(STS de 13 de octubre de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Mediante documento privado, elevado con posterioridad a escritura pública, las entidades litigantes suscribieron un contrato que denominaron de compraventa, permuta o cesión, en virtud del cual la hasta entonces propietaria del solar, valorado en 104.000.000 de pesetas, aceptaba su cesión en propiedad a la contraparte a cambio de 50.000.000 de pesetas y del pleno dominio del local comercial que se ubicaría en la planta baja del edificio a construir por la cesionaria del suelo en el plazo de dos años.

La entidad cesionaria del suelo y obligada a la entrega del local formuló demanda por la que solicitaba la condena de la contraparte a otorgar la correspondiente acta de entrega del local, una vez verificada ésta. La entidad demandada se opuso a dicha pretensión aduciendo el previo incumplimiento de la constructora, tanto por entregar un local distinto al pactado como por hacerlo con retraso. En atención a estos hechos formuló reconvencción solicitando una indemnización.

El Juzgado desestimó la demanda y estimó en parte la reconvencción. Aunque el Juzgado consideró probado que se había entregado una cosa distinta a la pactada y que además se había entregado después del plazo estipulado, sólo concedió una indemnización por el retraso.

La Audiencia Provincial rechazó el recurso de la parte actora y estimó parcialmente el de la demandada reconviniente, lo que supuso la revocación de la sentencia apelada en el único extremo de elevar la indemnización por demora.

Contra ésta última sentencia recurrió en casación la parte actora. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso estimando que, a pesar de que en la mencionada escritura pública no se hizo mención alguna a la obligación de otorgar acta de entrega de los locales, este hecho no es factor decisivo para excluir tal obligación, por derivar ésta de modo implícito de la propia naturaleza del contrato y de la buena fe objetiva que ha de presidir cualquier relación contractual. (*M. L. K.*)

26. Permuta de cosa futura: contrato perfecto y no tratos preliminares.—En el presente supuesto, se considera contrato de *permuta de cosa futura*, el cambio de parcela por parte de edificación a construir. Este contrato, reconocido por doctrina y jurisprudencia, es de enorme difusión en la realidad social, válido de la misma manera que la compraventa de cosa futura, y encajable en el concepto de permuta que da el artículo 1.538 del CC (SSTS de 8 de marzo de 2001 y 19 de julio de 2002, que citan numerosas sentencias anteriores).

El contrato de *permuta de cosa futura* es un contrato perfecto por el consentimiento, objeto y causa; aunque deba ser complementado, en el presente caso, con posterioridad, en determinados aspectos, que pueden salvarse por el uso, la práctica, los acuerdos o tratos previos o, en suma, por la buena fe contractual, que proclama el artículo 1.258 CC y constituye un principio general del Derecho. (STS 1 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El pleito partió de dos contratos, uno de compraventa en escritura pública y otro de permuta de cosa futura en documento privado, ambos de fecha 8 de mayo de 2002. La demanda tenía por objeto, básicamente, el cumplimiento del contrato de permuta y, subsidiariamente, la resolución del contrato de compraventa.

En el contrato de compraventa, la actora vendió a la demandada una parcela de un proyecto de reparcelación. En el contrato de permuta, la demandada se comprometió, de manera formal y expresa, a permutar a la actora la finca comprada a cambio de un local comercial que se describe someramente.

Las sentencias de instancia estiman la demanda y, en consecuencia, declaran la obligación de la demandada de dar cumplimiento al contrato de permuta con la consecuente elevación a escritura pública. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D. L.)

27. Contratos de arrendamientos urbanos sometidos a la LAU de 1964. Prórroga forzosa. Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril. El sometimiento de estos contratos al régimen de prórroga forzosa exige un acuerdo expreso.—Tras la vigencia del Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, los contratos de arrendamientos urbanos sometidos a la LAU de 1964 tendrán la duración que libremente estipulen las partes. Para que queden sujetos al régimen de prórroga forzosa del artículo 57 LAU de 1964, es necesario que exista un acuerdo expreso en tal sentido, sea explícito o implícito, pero nunca tácito; de forma que, a falta de cláusula, la deducción de la duración indefinida debe ser clara y terminante. Así pues, la utilización de la expresión «tiempo indefinido» no equivale a someter el contrato al régimen de prórroga forzosa *ex* artículo 57 LAU de 1964, por no ser términos equivalentes y por exigirse una deducción inequívoca del articulado del contrato. Debiendo estarse, ante la duda, al régimen general delimitado por el citado Real Decreto-ley, esto es, a la naturaleza temporal de tales contratos. (STS de 7 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Las sucesoras del primitivo arrendador demandaron en 2004 al arrendatario solicitando la resolución del contrato por expiración del término. El arrendamiento, sometido a la L.A.U.

de 1964, se había celebrado en junio de 1993, vigente ya el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, en el que se suprimió la obligatoriedad de la prórroga forzosa; y en él se había pactado la duración del mismo «por tiempo indefinido». El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que, de la cláusula en cuestión y de las circunstancias personales del contrato, estaba sometido al régimen de prórroga forzosa. La Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso de apelación de las actoras y consideró que el pacto de duración indefinida era ineficaz y, dada la naturaleza temporal del arrendamiento, procedía su extinción. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del demandado. (I. D. L.)

28. Contratos de arrendamientos urbanos sometidos a la LAU de 1964. Vivienda de protección oficial. Renta superior a la permitida administrativamente. Aplicación de la disposición adicional primera de la LAU de 1994: nulidad de la cláusula aunque el contrato sea anterior a la entrada en vigor de la LAU de 1994.—De acuerdo con la más reciente jurisprudencia, no se puede poner en duda que la disposición adicional primera, ap. 5 de la LAU de 1994 va a afectar a cualquier contrato con independencia de la fecha de su celebración, incluso a los anteriores a los que la jurisprudencia daba cobertura. A partir de la entrada en vigor de esta Ley no es ni ética ni jurídicamente sostenible admitir que existen dos suertes de contratos de arrendamientos, unos amparados en una jurisprudencia permisiva y otros sujetos a la regla sancionadora impuesta por dicha disposición adicional primera. La cláusula que establece una renta superior a la permitida administrativamente es nula y obliga a las partes a acomodar la renta a las previsiones de la propia disposición adicional primera, con devolución de lo pagado en exceso, salvo para los contratos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, en los que no será procedente esta devolución, pero sí la adaptación de la renta pactada a las previsiones legales (STS de 14 de mayo de 2009). (STS de 14 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El arrendatario de una vivienda de protección oficial demandó la nulidad de la cláusula que le imponía una renta superior a la permitida administrativamente. El contrato, suscrito en 1988, estaba sujeto a la LAU de 1964, y el actor pedía la aplicación de la disposición adicional primera de la LAU de 1994. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda al considerar que el régimen legal aplicable al contrato no sancionaba con la nulidad este tipo de cláusulas, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar. El Tribunal Supremo acogió la tesis del actor y entendió que también a los contratos sometidos a la LAU de 1964 era aplicable la sanción de nulidad prevista en el ap. 5 de la disposición adicional primera de la LAU de 1994. No obstante, teniendo en cuenta que la vivienda había quedado liberada en precios a partir de 1993, antes incluso de la entrada en vigor de la LAU de 1994, consideró innecesaria la adaptación pretendida y no dio lugar al recurso de casación del actor. (I. D. L.)

29. Contratos de arrendamientos urbanos sometidos a la LAU de 1964. Desahucio por falta de pago de las cantidades asimiladas a la renta: importe de las obras de reparación necesarias. Aplicación de la disposición transitoria segunda de la LAU de 1994: las cantidades invertidas en reparaciones necesarias pueden ser repercutidas sobre el inquilino.—La entrada en vigor de la LAU de 1994 permite considerar que la causa resolutoria prevista en el artículo 1.14.1.^a de la LAU de 1964 comprende, en la actualidad, el impago de las cantidades referidas tanto a servicios y suministros producidos a partir de la vigencia de la Ley de 1994, así como al importe de las obras necesarias para mantener la vivienda en estado de servir para el uso convenido, en virtud de la aplicación de la disposición transitoria segunda, ap. C), 10.3 y 10.5 de la LAU de 1994. Pues una interpretación integradora de ambas normas (las leyes de 1964 y 1994) lleva a estimar su necesaria calificación como «cantidad asimilada a la renta». Una interpretación diferente obligaría al arrendador a iniciar procedimientos sucesivos de reclamación contra el arrendatario incumplidor respecto de una obligación periódica de la que debe responder durante la vigencia del contrato, lo que exige su necesaria asimilación a estos efectos de obligación de pago de la renta. Esta línea jurisprudencial de interpretación ha sido recogida respecto al incumplimiento de otras obligaciones, como la del pago del I.B.I. por el arrendatario (SSTS de 12 de enero de 2007, de 24 de septiembre y de 7 de noviembre de 2008); y en un supuesto como el presente se ha resuelto de la misma manera en la STS de 10 de marzo de 2010. **(STS de 7 de julio de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Las propietarias de una vivienda sobre la que existía un arrendamiento concertado en 1947 demandaron el desahucio del inquilino por impago de determinadas cantidades asimiladas a la renta, relativas a obras hechas en la vivienda así como a gastos de comunidad, al amparo de lo previsto en la disposición transitoria segunda de la LAU de 1994. El arrendatario se opuso alegando la improcedencia del cobro de tales sumas al no estar previstas en la LAU de 1964 aplicable al contrato, así como la enervación de la acción por consignación de los importes reclamados. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Madrid estimaron el fondo del asunto pero declararon enervada la acción. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del inquilino demandado. *(I. D. L.)*

30. Arrendamientos urbanos. Arrendamiento de vivienda sometido a la LAU de 1964. Subrogación del cónyuge viudo: para que la viuda continúe en el contrato debe comunicar al arrendador su intención de subrogarse en la posición del finado.—Las SSTS de 2 de mayo de 2005 y 3 de abril de 2009 han señalado que el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges constante el matrimonio no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento. Para llegar a esta conclusión se razonó que el contrato de arrendamiento urbano se celebra entre dos personas, que adquieren la condición de arrendador y arrendatario, respectivamente, en la relación jurídica creada por el contrato. Los derechos y obligaciones que se generan con el

contrato afectan exclusivamente a las partes y a sus herederos, tal como establece el artículo 1.257 CC. Esto no significa que no pueda producirse la substitución de una de las partes del contrato por fallecimiento del titular, pero para ello se requiere que se cumplan los requisitos exigidos en la ley reguladora del arrendamiento y, entre ellos, la comunicación al arrendador en la forma establecida en la Ley, es decir, se debe aplicar el artículo 16 LAU, por remisión de lo prescrito en la disposición transitoria segunda B, de la LAU.

La subrogación en la posición del arrendatario forma parte del contenido del contrato de arrendamiento y no tiene relación con el régimen económico de gananciales.—La subrogación en la posición del arrendatario forma parte del contenido del contrato de arrendamiento y no tiene relación con el régimen de bienes, pues los contratos producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos y, por ello, las posiciones contractuales de cada uno de los cónyuges en los contratos de arrendamiento que hayan concluido no forman parte de la sociedad de gananciales, porque, además, se trata de derechos personales. En este sentido, el derecho a la subrogación por causa de muerte forma parte del contenido del contrato de arrendamiento, que es independiente del régimen de bienes que ostente el titular de la posición de arrendatario, siendo la persona que tiene derecho a subrogarse en la posición del arrendatario la que está determinada en la legislación especial reguladora de este tipo de contrato, por lo que debe cumplir los requisitos establecidos en el artículo 16 LAU, aplicable en este caso en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda B, de la LAU (**STS de 9 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La cuestión a decidir es eminentemente jurídica. Consiste en determinar si al contrato de arrendamiento —celebrado exclusivamente por uno de los cónyuges, constante el matrimonio, para vivienda familiar y suscrito antes de 1975—, debe aplicarse el régimen de subrogación establecido en el artículo 16 LAU de 1994 o, si por el contrario, puede considerarse que el arrendatario contrató por sí mismo y como representante de su esposa, con lo que ésta devendría de derecho en arrendataria sin necesidad de la subrogación. El Juzgado de Primera Instancia se inclina por la segunda solución y desestima la demanda de la arrendadora que solicitaba la resolución del contrato por falta de subrogación. La Audiencia revoca la sentencia. Interpuesto recurso de casación el TS desestima el recurso (*C. O. M.*)

31. Arrendamiento para uso distinto del de vivienda (LAU-1994). Duración anual del contrato, con posibilidad de prórroga por el mismo periodo de tiempo, a voluntad del arrendatario que es persona jurídica.—Procede integrar la cláusula contractual sobre duración del contrato y acudir a la analogía del arrendamiento con la figura del usufructo y, en consecuencia, entender que cuando —como aquí sucede— el arrendatario es persona jurídica la duración máxima que cabe imponer al arrendador, sin perjuicio de que la voluntad de las partes pueda llevar los efectos del contrato más allá del indicado tiempo, es la de treinta años que la ley establece como límite temporal para el usufructo en el artículo 515 CC (STS de 9 de septiembre de 2009) (**STS de 14 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—En un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda sujeto a la LAU-1994, se pactó una duración anual del contrato, prorrogable por el mismo período de tiempo, a voluntad de la arrendataria que era una entidad mercantil.

La arrendadora, persona física, entendió que esta cláusula sobre la duración contractual suponía dejar en manos de la arrendataria, de modo indefinido, la duración del mismo, por lo que interpuso demanda de desahucio por expiración del plazo contra la arrendataria, al haber transcurrido el primer año del contrato, con intervención provocada de otra sociedad mercantil que actuaba como subarrendataria.

Su demanda no prosperó en ambas instancias. El TS no dio lugar al recurso de casación (*I. D. L.*)

32. La solidaridad tácita en los casos de cesión de arrendamiento de un local comercial al resto de arrendatarios vivos.—

Cuando, en un contrato de arrendamiento urbano (de vivienda o de local de negocio), existe una pluralidad de arrendatarios, debe entenderse que el uso de la vivienda o local de negocio se cede a todos los inquilinos mancomunadamente, por cuanto la mancomunidad es la regla y la solidaridad la excepción, debiendo ser esta última expresamente pactada. Al excluirse de la relación arrendaticia uno o varios de los arrendatarios plurales, si el resto de arrendatarios continuaban ocupando y/o explotando el local de negocio, se producía un cambio subjetivo en la persona del arrendatario al adquirir los restantes inquilinos una cuota abstracta proporcional al número de arrendatarios subsistentes, en sustitución de la cuota ideal arrendaticia del arrendatario ausente, lo cual era interpretado como una cesión o traspaso de parte de la vivienda o local. Al realizarse de forma distinta a lo autorizado en el capítulo IV de la LAU de 1964, da origen a la causa resolutoria del contrato de arrendamiento prevista en el artículo 1.14.5.^a del citado texto legal. Esta doctrina jurisprudencial no constituye un óbice para que, en aplicación de los artículos 1.137 y 1.138 CC, las partes, en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, pudieran pactar la solidaridad de la obligación, en cuyo caso la renuncia, abandono, fallecimiento o jubilación de uno de los arrendatarios no daría origen a modificación contractual alguna, al producirse una subrogación automática del resto de deudores solidarios.

No obstante lo anterior, debe decirse que, si bien para estos casos, inicialmente, la Sala era partidaria de exigir un pacto expreso de solidaridad, la más reciente jurisprudencia ha interpretado que, aunque la solidaridad no se presume, como dice el artículo 1.137 CC, tampoco impide que pueda ser aplicable la solidaridad tácita cuando entre los obligados se da una comunidad jurídica de objetivos, manifestándose una interna conexión entre todos ellos a partir de las pruebas que en autos se practiquen o de la interpretación que los Tribunales puedan hacer de un determinado contrato. Se hace una interpretación correctora al artículo 1.137 CC para alcanzar y estimar la concurrencia de solidaridad tácita pasiva, admitiéndose su existencia cuando del contexto de las obligaciones contraídas se infiera su concurrencia, conforme a lo que declara en su inicio el artículo 1.138 CC, por quedar patente la comunidad jurídica con los objetivos que los recurrentes pretendieron al celebrar el contrato. Cabe admitir una solidaridad tácita cuando aparece de modo evidente una intención de los contratantes de obligarse *in solidum* o desprenderse

dicha voluntad de la propia naturaleza de lo pactado, por entenderse, de acuerdo con las pautas de la buena fe, que los interesados habían querido y se habían comprometido a prestar un resultado conjunto, por existir entre ellos una comunidad jurídica de objetivos. (STS de 30 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Don A., en su propio nombre y en el de la Comunidad de Herederos de doña D., presentó demanda por la que solicitaba la resolución del contrato de arrendamiento, de fecha 1 de julio de 1957, sobre un local comercial en el cual figuraban como arrendatarios doña G. y don E. Basaba la acción ejercitada en la afirmación de que, siendo arrendatarios mancomunados los citados demandados junto con su hermana doña P. por terceras partes iguales, una vez producido el fallecimiento de esta última, la continuación en el contrato de arrendamiento por los otros dos arrendatarios suponía una cesión incontestada del artículo 114.5 LAU de 1964, al haber asumido los arrendatarios mancomunados la posición de la fallecida.

Los demandados, doña G. y don E., opusieron que, cuando se subrogaron en el lugar de su padre, inicial arrendatario, D. J.A., remitieron un comunicado a la parte actora en el que se ponía de manifiesto no un pacto tácito, sino expreso, de solidaridad entre los arrendatarios, lo que evidencia que los mismos eran y han sido una unidad subjetiva. Según ellos, no es necesario un pacto expreso de solidaridad, dado que actuaban por su propia naturaleza, como lo que la jurisprudencia y la doctrina ha venido a señalar como el «pacto tácito de solidaridad».

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, al considerar que la relación que unía a los arrendatarios era de solidaridad tácita, no de mancomunidad, puesto que se presume más el carácter solidario que el mancomunado de los arrendatarios, en una explotación conjunta del local comercial. La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, que fue resuelto en sentido desestimatorio, al considerar la Audiencia que era de aplicación la jurisprudencia del Tribunal Supremo que permite la existencia de obligaciones solidarias no declaradas así expresamente pero de las que pueda deducirse tal naturaleza al venir determinada por la conexión o comunidad jurídica de objetivos o intereses entre las prestaciones de los diversos deudores, como sucedía, a su juicio, en el presente caso.

Contra esta resolución, se interpone recurso de casación, alegándose la infracción de los artículos 1.137 y 1.138 CC, por un lado, e infracción de los artículos 114.5.ª, 30 y 32 LAU de 1964, y de la jurisprudencia del TS sobre este asunto, por otro. Lo que el recurrente somete a examen de la Sala es la consideración o no de la posición de arrendatario en el contrato de arrendamiento como de naturaleza mancomunada. Determinar que existe una relación obligacional mancomunada conllevaría la aplicación del artículo 114.5.ª LAU de 1964 y, por tanto, la resolución del arriendo por cesión del contrato no realizada conforme a la Ley. Según el TS, de la prueba practicada que existía una relación de solidaridad tácita por la conexión o comunidad jurídica de objetivos o intereses entre

las prestaciones de los diversos deudores. Teniendo esto en cuenta, concluyó que, tras el fallecimiento de una de las coarrendatarias, se había producido una subrogación automática del resto de arrendatarios solidarios, y negó la existencia de una cesión o subrogación realizada contrariamente a lo dispuesto en el capítulo IV de la LAU de 1964 que pudiera dar lugar a la estimación de la demanda. De ahí que el Alto Tribunal termine desestimando el recurso. (S. L. M.)

33. Responsabilidad por vicios en la construcción. La regla de responsabilidad.—La responsabilidad de las personas que intervienen en el proceso constructivo es, en principio, y como regla general, individualizada, personal y privativa, en armonía con la culpa propia de cada uno de ellos en el cumplimiento de la respectiva función específica que desarrollan en el edificio, desde el momento en que existen reglamentariamente impuestas las atribuciones y cometidos de los técnicos que intervienen. Lo dice ahora el artículo 17.2 LOE y lo reiteraba la jurisprudencia en aplicación del artículo 1.591 CC (SSTS de 29 de noviembre de 1993; 1 de junio de 1994 y 30 de julio de 2008, entre otras). Supone, por tanto, que para poderlas incluir en el círculo de responsables solidarios se hace necesario, primero, que conste su culpa o negligencia, y, después, que no se pueda deslindar tal culpa de la correspondiente a los demás agentes en el proceso constructivo.

Distinción entre legitimación pasiva y litisconsorcio en relación a las diversas personas que intervienen en la edificación.—La primera se identifica con el autor o responsable del daño causado, frente al cual el perjudicado dirige su acción para hacerle responder de lo que se le reclama en el pleito, y el demandado puede, mediante la prueba que practique, acreditar la ausencia de culpabilidad civil para exonerarse de responsabilidad por no haber concurrido al daño que le imputa. La segunda tiende a garantizar la presencia en el juicio de todos a quienes interesa la cuestión sustantiva en litigio, bien sea por disposición legal, bien por razón de no ser escindible la relación jurídica material, siendo una exigencia de naturaleza procesal que se funda en el principio de audiencia y de prohibición de la indefensión y que robustece la eficacia del proceso evitando resultados procesales inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio, o impidiendo sentencias contradictorias, pero que desaparece ante la presencia de diversos agentes en la producción del daño mediante culpa extracontractual, en cuanto ordinariamente puede dar lugar a una solidaridad impropia, que no invalida la relación jurídico procesal por la falta de alguno de los posibles responsables (SSTS de 18 de abril y 31 de mayo de 2006, y 31 de enero 2007).

La figura del promotor: caracteres, el promotor no constructor, el promotor vendedor y el promotor en la LOE.—La jurisprudencia sentada en aplicación del artículo 1.591 CC parte de la caracterización del promotor como beneficiario económico del negocio constructivo (STS de 13 de diciembre de 2007) y esta misma jurisprudencia ha venido declarando con reiteración que el hecho de que la promotora no sea constructora no le priva de la legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de responsabilidad decenal (SSTS de 21 de febrero de 2000, 8 de octubre de 2001 y 13 de mayo de 2002). Según la STS de 10 de noviembre de 1999, la doctrina jurisprudencial al incorporar la figura del promotor al ámbito de los responsables que, por desfase histórico, contempla de forma incompleta el artículo 1.591 del CC, a través de la figura, sí contemplada, del *contratista*, no ha dicho que el promotor solo

responde cuando deba responder el constructor, porque ello supondría exonerar al promotor no constructor (que nunca construye, ni puede por tanto causar el daño propio de los demás agentes), entre otros casos, cuando los vicios fueren imputables a los técnicos, y haya existido culpa *in eligendo* en la elección de estos por parte del promotor que los contrató. Además, si el promotor es también vendedor, y como tal está obligado, en virtud del contrato, a entregar la cosa en condiciones de servir para el uso que se la destina. Si la edificación padece vicios ruinógenos que la hacen inidónea, es responsable de estos vicios frente al comprador. El promotor, según la STS de 12 de marzo de 1999, viene a hacer suyos los trabajos ajenos, realizados por personas a las que ha elegido y confiado, y los enajena a los adquirentes de los pisos. Su obligación de entrega, caso de que tengan vicios incursos en el artículo 1591 del CC, la ha cumplido de modo irregular, defectuoso, y no puede quedar liberado alegando la responsabilidad de terceros ligados con él mediante los oportunos contratos. El promotor en la LOE figura como uno más de los agentes que la misma refiere, y si no fuera por la declaración inicial contenida en su artículo 17, relativo a que *las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de edificación responderán frente a los propietarios y adquirentes de los edificios...*, se podría decir que la LOE constituye al promotor en responsable exclusivo de los defectos constructivos, o lo que es igual, en garante de la calidad del producto final elaborado. El promotor, dice el artículo 17.3, responde solidariamente, *en todo caso* con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionado por vicios o defectos de construcción. Significa que responde aun cuanto estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo, pues otra interpretación no resulta de esas palabras «*en todo caso*» que señala la norma con la que se pretende unir a responsables contractuales con extracontractuales o legales y con la que se establece la irrenunciabilidad de la misma (SSTS de 24 de mayo y 29 de noviembre de 2007, y 26 de junio 2008).

La ruina del artículo 1.591 CC: especial referencia a la ruina funcional.—La existencia de ruina, a los efectos del artículo 1.591 CC, precisa de una doble apreciación: una, de índole fáctica, que consiste en la fijación de los hechos y circunstancias que integran el defecto constructivo, incluida la entidad o gravedad del mismo; y otra, de índole jurídica, que consiste en la calificación de aquella base fáctica como constitutiva de ruina, en alguna de las modalidades que la jurisprudencia admite como tal: física, potencial o funcional. Interesa resaltar que el concepto de ruina funcional gravita en torno a la idoneidad de la cosa para su normal destino y al valor práctico de la utilidad y seguridad de una adecuada construcción. Los desperfectos y deficiencias existentes trascienden de meras imperfecciones corrientes, y hacen difícil o penosa la normal utilización y habitabilidad del inmueble, convirtiendo su uso en irritante o molesto, y en tal sentido han de ser reputadas deficiencias graves, constitutivas de vicios ruinógenos a los efectos de la responsabilidad decenal el artículo 1.591 CC (SSTS de 21 de marzo de 2002, 13 de febrero de 2007 y 5 de junio de 2008).

Plazos de garantía y prescripción: diferencias.—La garantía es el medio que la Ley ofrece a los adquirentes de viviendas y locales para protegerles durante un plazo determinado —diez años— de los daños causados por una mala construcción (tres plazos en la LOE). Si el daño surge dentro de este plazo los agentes responderán en función de su intervención en la obra. El término no es de prescripción, ni de caducidad, sino de garantía (SSTS de 4

de octubre de 1989, 15 de octubre de 1990 y 14 de noviembre de 1991), en el sentido de que para que nazca la acción de responsabilidad *ex lege* es requisito imprescindible que los vicios o defectos se exterioricen o produzcan dentro de su vigencia a contar *desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas o desde la subsanación de éstas* (artículos. 6.5 y 17.1 LOE), suprimiendo el punto de partida anterior «*desde que concluyó la construcción*», vigente en el momento de los hechos, que tanto dividió a la doctrina a la hora de concretarlo: *a)* el de la terminación material de la obra; *b)* el de la entrega o puesta a disposición de la obra, y *c)* aquel en que la obra ha sido aprobada y recibida por el comitente.

La prescripción, por el contrario, tiene que ver también con el paso del tiempo pero de una forma distinta puesto que no es más que el cumplimiento del plazo que la Ley concede a los perjudicados para hacer efectivo su derecho mediante el ejercicio de las acciones correspondientes. **(STS de 19 de julio de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El presente pleito tiene origen en una demanda interpuesta por varias Comunidades de Propietarios y otros, frente a los promotores-constructores de los inmuebles sobre las que se constituyeron, en la que se solicitaba la declaración de ruina funcional de numerosos defectos y patologías sufridas en los diversos edificios, la condena de las partes codemandadas a efectuar las obras necesarias para las reparaciones de los desperfectos existentes, así como por incumplimiento de los contratos de venta en virtud de los cuales se adquirieron los inmuebles.

El juzgado estimó la demanda, calificó de ruina funcional los diversos defectos existentes en los edificios y declaró la responsabilidad solidaria de los demandados en la reparación de los daños. La audiencia confirmó la sentencia de primera instancia. El TS no dio lugar a los recursos de casación (*I. D. L.*)

34. Contrato de obra. Responsabilidad por vicios constructivos: inadecuación de la obra al proyecto inicial aprobado por el Ayuntamiento. La infracción de las condiciones urbanísticas no constituye ruina funcional en los términos del artículo 1.591 CC, sino que se trata de un supuesto de incumplimiento contractual.—Es la propia construcción la que intrínsecamente debe presentar la situación de ruina por lo que no cabe extender tal concepto al incumplimiento de condiciones urbanísticas que, por su propia naturaleza, son cambiantes y ajenas a la propia realidad física de la obra. Si así se admitiera, cabría la posibilidad de que, por el cambio de la regulación administrativa, lo que sería inicialmente ruinoso dejara de serlo sin alteración física alguna de la obra. **(STS de 28 de septiembre de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Callecer.]

HECHOS.—La infracción urbanística consistente en inadecuación de la obra al proyecto inicial aprobado por el Ayuntamiento, impide a los dueños de una edificación obtener la correspondiente licencia de apertura. Por ello, la Comunidad de Propietarios del edificio afectado demanda a la constructora, a la promotora y demás técnicos que intervinieron en el proceso de edificación. Soli-

cita la declaración de ruina funcional por infracción urbanística y, en consecuencia, la condena solidaria de todos los demandados a adecuar la obra a las exigencias de la normativa urbanística, reparar las imperfecciones y anomalía existente en la misma y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la empresa constructora y a la promotora a ejecutar las obras necesarias para la legalización del edificio y su adecuación a la normativa urbanística. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes la Audiencia los desestima. El TS desestima el recurso de casación de la actora. (C. O. M.)

35. Contrato de obra. Diferencia entre defectos de ejecución de la obra y defectos de terminación o remate. Los defectos de acabado no constituyen vicios ruinógenos y no pueden considerarse un incumplimiento contractual cuando el contratista no ha tenido oportunidad de corregirlos.—Los defectos de acabado se presentan puntualmente a la finalización de la obra, y son reparables fácilmente; mientras que los vicios constructivos afectan a toda una unidad de obra. Tales defectos de acabado no constituyen vicios ruinógenos incardinables en el artículo 1.591 CC. Sin que sea imputable al contratista la falta de reparación de los mismos cuando el dueño retira de la obra al constructor, impidiéndole la terminación y corrección de tales deficiencias. (STS de 26 de octubre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La promotora de la obra y su contratista se demandaron mutuamente, pidiendo la primera el abono de las cantidades señaladas en el contrato por el incumplimiento de la constructora; y la segunda el pago de los importes aún adeudados por el trabajo realizado, imputando el retraso en la entrega de la obra a las continuas variaciones que la propiedad hacía en el proyecto y que incidían negativamente en el ritmo de los trabajos llevados a cabo. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron parcialmente la demanda reconventional de la empresa constructora y condenaron a la propietaria al abono de las cantidades pendientes, absolviéndole de la obligación de responder por los defectos de acabado ya que, al haber sido retirados de la obra, no habían tenido oportunidad de corregirlos. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la promotora. (L. A. G. D.)

36. La responsabilidad civil del abogado.— La responsabilidad civil profesional del abogado exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

(i) El incumplimiento de sus deberes profesionales. En el caso de la defensa judicial estos deberes se ciñen al respeto de la *lex artis* (reglas del oficio), esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos

que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos (STS de 14 de julio de 2005).

(ii) La prueba del incumplimiento. La jurisprudencia ha establecido que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y del alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS de 14 de julio de 2005, 21 de junio de 2007).

(iii) La existencia de un daño efectivo consistente en la disminución cierta de las posibilidades de defensa. Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: SSTS de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006). El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). Debe apreciarse, en suma, una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1.101 CC.

(iv) Existencia del nexo de causalidad, valorado con criterios jurídicos de imputación objetiva. El nexo de causalidad debe existir entre el incumplimiento de los deberes profesionales y el daño producido, y solo se da si este último es imputable objetivamente, con arreglo a los principios que pueden extraerse del ordenamiento jurídico, al abogado. El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS de 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006, 30 de marzo de 2006, 26 de febrero de 2007, entre otras). La propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una

omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones (STS de 30 de noviembre de 2005). Este criterio impone descartar la responsabilidad civil del abogado cuando concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar la influencia de su conducta en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales de la actuación judicial (STS de 23 de julio de 2008).

(v) Fijación de la indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades. No es necesario que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del abogado. No puede, sin embargo, reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción. En caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción.

Los deberes del abogado.—El abogado tiene un deber de lealtad en el desempeño del cargo que comporta cumplir las instrucciones de su cliente. Demostrada la existencia de esas instrucciones, únicamente podía ser determinante de responsabilidad el hecho de no haber cumplido adecuadamente el deber de información sobre las posibilidades de fracaso de la acción. Es a la parte demandante, a quien corresponde la carga de su prueba.

No puede, por el contrario, aceptarse la posición de que el abogado puede actuar en contra de las instrucciones de su cliente cuando se trata de aspectos técnicos; pues puede ocurrir que el cliente opte por una vía de defensa más conveniente a sus deseos o intereses de toda índole, aunque comporte menores posibilidades de buen éxito. (STS de 14 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xíol Ríos.]

HECHOS.—El 22 de mayo de 1989 D. Desiderio y D. Eutimio sufrieron graves lesiones en un accidente de trabajo a consecuencia de la actuación de una grúa. En resultado de este acontecimiento, tuvieron lugar diligencias penales y fueron presentadas dos demandas civiles. Terminadas las diligencias penales, una con sentencia absolutoria, y otra con archivo por prescripción, y desestimadas las acciones civiles, ambos accidentados ejercitaron acción de responsabilidad contractual contra dos abogados contratados por ellos con ocasión de mencionadas diligencias y acciones por negligencia profesional en la llevanza de éstas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por entender que *a)* no cabe la solidaridad entre los demandados, pues su respectiva actuación profesional estuvo diferenciada en el tiempo, *b)* no hubo negligencia en dirigir la acusación contra el propietario de la grúa, pues este constaba como conductor en el informe de la Inspección del Trabajo y contra él dirigió también la acusación el Ministerio Fiscal, *c)* la demanda no se dirigió contra el encargado de la obra o contra la empresa contra los instrucciones de los clientes y la falta de litis consorcio fue apreciada de oficio por el Juzgado, *d)* no se apeló la sentencia que declaraba prescrita

la acción por falta de instrucciones de los clientes, e) don Leandro, segundo de los abogados actuó condicionado por las actuaciones penales y civiles emprendidas con anterioridad.

La Audiencia Provincial de Tarragona confirmó esta sentencia fundándose en las mismas razones.

Las partes demandantes interpusieron recurso de casación fundándose éste en que a) la sentencia de apelación no apreció que el abogado incurrió en negligencia en fijarse exclusivamente en el informe de la Inspección de Trabajo para formular la acusación exclusivamente contra el propietario de la grúa, b) que la sentencia exculpa indebidamente al abogado del hecho de no dirigir la acusación contra otras personas por el hecho de haber recibido instrucciones de sus clientes, cuando en cuestiones técnicas el abogado debe actuar con autonomía y, c) que la sentencia apreció indebidamente que uno de los abogados no era responsable por actuar por sustitución, pues esta circunstancia no exime de la aplicación de la debida diligencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (M. L. K.)

37. Responsabilidad contractual. Aplicación del plazo de prescripción previsto en el artículo 1.964 CC.—La sentencia tiene en cuenta que el planteamiento de la acción por la demandante vino justificada en un supuesto de culpa contractual, «pues el objeto de cobertura era que su asegurado recibiera una asistencia sanitaria y un tratamiento adecuado» y declara que la acción frente a FREMAP no ha prescrito, pues «aun cuando se entienda que desde el mismo día en que se produce el accidente vascular se conocía el alcance del daño producido, el 10 de noviembre de 1994, y dado que se ejercita la acción contractual, el plazo sería el prevenido en el artículo 1.964 CC, quince años, y por ello la acción no estaría prescrita al ejercitarse la demanda, el 21 de julio de 2000». En lo que aquí interesa los alegatos de la recurrente respecto de la responsabilidad extracontractual se construyen al margen de lo consignado en la Sentencia de la Audiencia, de la existencia de vínculo contractual entre la parte actora y la codemandada, que deriva directamente del contrato de asistencia y resulta de los hechos tenidos en cuenta, por lo que la impugnación de la Sentencia se articula al margen de los presupuestos que determinan estar en presencia, respecto de dicho codemandado, de daños derivados de culpa contractual que deja sin contenido la aplicabilidad del plazo de prescripción del artículo 1.968.2 CC que se pretende, para someterla al de quince años de las acciones personales, del artículo 1.964 CC.

Contrato de clínica o de hospitalización. Concepto y características.—Lo cierto es que entre la Policlínica y los actores medió una clara y evidente relación de contrato que la propia sentencia califica de clínica u hospitalización definido en la sentencia de esta Sala de 4 de octubre de 2004, con cita de las sentencias de 11 de noviembre de 1991 y 12 de marzo de 2004, como un contrato atípico, complejo, perfeccionado por el acuerdo de voluntades entre el paciente y una clínica privada que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, según la modalidad bajo la que se haya estipulado, pero que, en todo caso, comprende los llamados extramédicos (de hospedaje o alojamiento) y los denominados asistenciales o paramédicos, aunque también puede abarcar los actos pura y estrictamente médicos, siendo para ello necesario que el paciente haya confiado a la clínica su realización por medio

de sus propios facultativos (el contenido de la reglamentación negocial depende, al fin, de la autónoma voluntad de los contratantes). Esta relación de la Policlínica con el paciente se mantuvo a lo largo de varios años, y al margen de la necesidad o no del gasto generado por la estancia en sus instalaciones, en sede de causalidad, o de una posible minoración a través de la atención del enfermo en un centro adaptado a las circunstancias del caso, cuestiones que han quedado fuera del recurso, lo cierto es que se trata de un gasto hospitalario originado por la atención y cuidados al Sr. Segismundo, a partir de una relación de contrato bilateral con la fuerza obligatoria que impone la normativa que se recoge en los preceptos del Código civil citados en el motivo. La sentencia recurrida, al rechazar la reconvencción, ha ignorado e inaplicado los artículos pertinentes del Código civil desconociendo la existencia del contrato de hospitalización, sus efectos y sus requisitos, amén de su fuerza obligatoria; razón por la cual, esta Sala al asumir la instancia, deberá mantener en este aspecto la sentencia del Juzgado, estimatoria de la reconvencción y de la consiguiente condena de los reconvenidos al pago de los gastos ocasionados hasta el momento de la reclamación. **(STS de 22 de julio de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—En fecha 10 de noviembre de 1994, S sufrió un accidente laboral. Una vez intervenido quirúrgicamente, quedó afectado de un síndrome vegetativo crónico. Ante ello, M, en nombre de su marido y en el de su hijo menor de edad, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Sebastián contra la Policlínica G, el médico anestesista, la compañía de seguros A, la compañía de seguros B y la mutua patronal F solicitando la condena solidaria de todos ellos al pago de una indemnización de cerca de 200 millones de ptas. La policlínica G formuló reconvencción solicitando una indemnización como consecuencia de los gastos hospitalarios devengados por el período en que S estuvo internado en las instalaciones de la policlínica.

El Juzgado estimó en parte la demanda e íntegramente la reconvencción. Apelada la sentencia, la Audiencia de San Sebastián la revocó en el sentido de desestimar la reconvencción y de aumentar las cuantías indemnizatorias a percibir por M. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo al estimar la demanda reconvenccional, pero manteniendo el pronunciamiento indemnizatorio fijado por la Audiencia. (A. S. C.)

38. Intereses remuneratorios. Prescripción.—La parte demandada en la instancia, deudora y ahora recurrente en casación plantea en este motivo la prescripción de los intereses convencionales, llamados también compensatorios o remuneratorios. La posición de la jurisprudencia ha sido la de entender que siendo unos pagos que deben hacerse por años o en plazos más breves, como dice el artículo 1.966, número 3.º, se les aplica la prescripción de cinco años. Esta es la posición que ha mantenido la jurisprudencia, con alguna aislada excepción (como la de 3 de febrero de 1994) en sentencias que vienen de la de 14 de noviembre de 1934, que casó la sentencia de la Audiencia Provincial que no había aplicado el artículo 1966 CC a los intereses del préstamo; y, entre otras, la de 30 de diciembre de 1999 que aplica el anatocismo, pero no a los intereses compensatorios previstos por el transcurso de cinco

años. Sin embargo, en el caso presente, como en tantos en la realidad social, no se aplica esta prescripción, sino la ordinaria para las acciones personales, de quince años conforme al artículo 1964, segundo inciso. Ello, porque cuando los intereses se capitalizan y reclamados judicialmente resultan de una resolución judicial como es el auto aprobando el remate, los intereses han perdido su naturaleza jurídica propia y han pasado a formar parte del capital, constituyendo un todo con éste. Así, cuando la entidad bancaria demandante hizo la liquidación de capital pendiente (que era el total), intereses convencionales (del 16% anual) y de los intereses moratorios (del 29% anual) y, celebrada la subasta, el resto formó un todo unitario que es el reclamado en el presente proceso, cantidad global que prescribiría a los quince años. Distinto es el caso de los intereses moratorios, que doctrina y jurisprudencia consideran que prescriben a los quince años, en todo caso, lo cual no deja de ser harto discutible. Pero hay más. En el desarrollo del motivo se dice que resta por pagar 999.999 pesetas del capital, más los intereses convencionales y moratorios y no es así. El artículo 1.173 del Código civil dispone que si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses. Lo cual constituye un límite al criterio principal de imputación que el artículo 1.172 atribuye al deudor: no se puede hacer la imputación a la obligación principal (el capital) sin estar cumplida la obligación accesoria (cubiertos los intereses), «no puede imputar el pago parcial de lo debido al pago del principal sin estar antes satisfechos los intereses» dice la sentencia de 24 de octubre de 1994 en lo que insiste la de 25 de junio de 1999. Por lo cual, en el caso presente, la cantidad obtenida en la subasta se imputa a los intereses, completos, y a parte del capital. La consecuencia es que no cabe hablar de prescripción de intereses porque éstos han sido pagados y en la demanda rectora del presente proceso se está reclamando la parte de capital no satisfecha y los intereses moratorios de la misma.

Intereses moratorios. Carácter abusivo. Nulidad parcial.—La entidad bancaria demandante no ha recurrido en casación y ha quedado incólume el carácter abusivo de la cláusula que fija el interés de demora en el 29% anual. El problema se plantea al aplicar la normativa correctora al interés abusivo. Al tiempo de celebrar el contrato de préstamo, en 1993, estaba vigente la ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. La nulidad radical no se ha pretendido en ningún momento, pero sí se ha interesado la nulidad parcial en el sentido de minorar el interés, lo que ha hecho la sentencia de primera instancia, aplicando la norma limitativa del interés en el descubierto de cuenta corriente del artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo. Solución aceptada por la entidad bancaria demandante y no por la Audiencia Provincial que no la alteró por mor del principio de interdicción de *reformatio in peius*. No se trata de aplicar disposiciones posteriores a la fecha de celebración del contrato, sino de interpretar y aplicar la norma vigente, de 1984, a la luz de la legislación posterior adaptada a la realidad social, conforme al artículo 3.1 CC. Declarada abusiva la cláusula que impone el interés moratorio en el 29% anual, se declara la nulidad parcial de la misma en el sentido de fijarlo en un montante que resulta no de la aplicación analógica, ni mucho menos la aplicación retroactiva de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, sino inspirándose en ella, como interpretación, fijando la tasa anual equivalente en 2,5 veces el interés legal del dinero. De nuevo hay que recordar que aquel carácter abusivo y esta tasa la había determinado la sentencia de primera ins-

tancia, a la que se aquietó la entidad bancaria demandante, que no formuló recurso de apelación. Las sentencias de instancia han determinado que esta minoración del interés moratorio tenga una limitación temporal. La razón de ello es la aplicación, no interpretación, de la Ley de Crédito al Consumo y también la aplicación del artículo 1.154 CC. Ninguna de las dos normas es aplicable: una por posterior, otra por no ser cláusula penal la cuestión de intereses moratorios. Al entender esta Sala que se fija un determinado interés por interpretación del artículo 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984 a la luz de normas posteriores, no tiene sentido la limitación temporal. Por tanto, el interés moratorio queda fijado en la tasa que se ha indicado desde la fecha misma en que empezaron a devengarse. **(STS de 23 de septiembre de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Con fecha 5 de febrero de 1992, F suscribió un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad bancaria B. Las partes acordaron un interés remuneratorio del 16 por ciento y un interés moratorio del 29 por ciento, ambos anuales. Tras impago de los plazos pactados, la prestamista resolvió el contrato, el día 12 de marzo de 1993, e instó procedimiento de ejecución de la hipoteca. Realizada la subasta de la finca hipotecada, el 24 de julio de 2002 la entidad bancaria interpuso demanda con la que reclamó a F el pago de la parte del crédito no satisfecho mediante la ejecución de la hipoteca y los intereses devengados con posterioridad.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Madrid estimó en parte la demanda mediante sentencia de 1 de septiembre de 2005, y condenó al prestatario a pagar los intereses moratorios sobre el principal al tipo del 29 por ciento anual desde la fecha de 12 de marzo de 1993 hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo. En consecuencia, la sentencia de instancia condenó a F a pagar un tipo de interés moratorio equivalente a 2,5 veces el interés legal del dinero únicamente a partir del 25 de mayo de 1995. Interpuesto recurso de apelación por parte de F, la sentencia de 24 de mayo de 2006 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid lo desestimó. F recurre en casación por considerar prescrita la acción para reclamar los intereses convencionales y, asimismo, abusiva la cláusula del contrato de préstamo que estableció los intereses moratorios. El Tribunal Supremo, tras no admitir la aplicación de una limitación temporal a la minoración del interés moratorio, declara haber lugar al recurso. *(J. M. B. S.)*

39. Transacción judicial. Concepto y requisitos.—Aunque después no lo regula de forma expresa, el Código civil admite la figura de la transacción judicial que queda incluida en la definición que proporciona el artículo 1.809. De acuerdo con la doctrina de esta Sala, este tipo de transacción es aquella que efectúan las partes para acabar un pleito ya comenzado, de modo que es necesario que no sólo se adopte el acuerdo, sino que, además, se incorpore a los autos. La antigua sentencia de esta Sala de 21 abril 1942 dice que junto al aspecto de tratarse de un acto de Derecho material, la transacción en este caso integra un acto procesal propiamente dicho, de modo que para que fina-

lice el proceso iniciado, la transacción se debe incorporar en aquellos supuestos en que debe pedirse la ejecución al organismo jurisdiccional. Esta postura ha sido ratificada por lo dispuesto en el artículo 19 LEC, previéndose, además, el procedimiento para incorporar el acuerdo transaccional en el artículo 415 LEC.

Dicho lo anterior y al entrar en la argumentación para justificar el rechazo del recurso se debe decir, en primer lugar, que la parte recurrente insiste en que se trató de una transacción extrajudicial, sin duda por el hecho de que fue concluida por ambas partes fuera del proceso. Pero ello no califica sin más a la transacción con la categoría que pretende darle el recurrente, porque el objeto de dicha transacción era la finalización de un litigio y por ello ambas partes se comprometieron a ratificar los documentos en presencia del Juez, para que la homologara. Por tanto se trata de una transacción judicial, cuya eficacia depende del cumplimiento de los actos posteriores que, además de forma expresa, las partes incluyeron en su contrato. El convenio debe calificarse como transacción judicial, porque pretendía poner fin a un pleito ya comenzado y por ello se debe aplicar el artículo 19 LEC. En segundo lugar, el recurrente pretende que la calificación del contrato de transacción como judicial vulnera las disposiciones sobre exigencia de forma en los contratos, ya que considera que ninguna norma la exige para la validez de este contrato. Aparentemente este razonamiento sería impecable si no fuera porque no se trata de una cuestión de forma, sino de cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley y en los acuerdos de las partes expresados en el propio convenio para la eficacia de este tipo de transacción, como antes se ha expresado. En tercer lugar, a partir de la STS de 21 de abril de 1942, se interpreta que para que sea eficaz una transacción judicial, es preciso que se incorpore en el pleito seguido, porque sólo así quedará ultimado el proceso pendiente. Esta doctrina es la que ha incorporado a la sentencia que ahora se recurre. Y finalmente, las partes quisieron una transacción judicial, como se deduce de las cláusulas del contrato, como antes se ha argumentado. Para ello debía cumplir tres requisitos: presentación, ratificación y homologación. Ni se ratificaron las partes ni se homologó el convenio transaccional, porque no se presentó al Juez del procedimiento. De modo que hay que concluir que la presente es una transacción judicial con unos requisitos exigidos por las propias partes, por lo que, no ratificada, carece de eficacia (**STS de 14 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Con fecha 22 de junio de 2001, J suscribió un acuerdo de transacción con R y H en cuya virtud todos ellos se comprometieron a no reclamar nada referente a la compraventa de un local celebrada por ambas partes. Asimismo, previeron solicitar la finalización de un procedimiento judicial que mantenían a raíz de la mencionada compraventa, así como ratificar el acuerdo de transacción y su homologación judicial. Ello no obstante, con fecha 7 de septiembre de 2001 fue notificada a las partes una sentencia de 3 de septiembre dictada en el marco del mencionado procedimiento judicial que condenaba a J a restituir el local y a R y H a devolver el precio de la compraventa; mientras que J no presentó el acuerdo transaccional al Juzgado hasta el día 14 de septiembre de 2001.

Frente a la ejecución de la sentencia realizada el día 5 de diciembre de 2002 solicitada por R y H, J interpuso demanda con la que pidió principalmente que se declarara la validez de la transac-

ción y la nulidad de las actuaciones llevadas a cabo a raíz de la sentencia.

La sentencia de 21 de diciembre de 2005 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Donosti desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por parte de J, la sentencia de 9 de mayo de 2006 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa confirmó la sentencia apelada. J recurre en casación, entre otros motivos, por entender que las partes habían suscrito un acuerdo de transacción extrajudicial válido con independencia de la forma utilizada y que producía los efectos previstos por el artículo 1.816 del Código Civil. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

40. Prohibición de enriquecimiento injusto. Compraventa.—El enriquecimiento injusto, que aparece en dos textos del Digesto, está recogido en las Partidas (VII, 34,17) con el concepto que se mantiene hoy: *ninguno non deve eriqueszer tortizeramente con daño de otro* y que ha sido desarrollado por reiterada jurisprudencia, que lo proclama como un principio general del Derecho (STS de 8 de mayo de 2006) y que constituye una fuente de obligaciones, la de reparar el perjuicio ocasionado: el que se ha enriquecido, lo ha hecho sin causa y, por ello, debe restituir al empobrecido aquello en que se enriqueció (SSTS de 27 de septiembre 2004, 27 de octubre de 2005, 18 de noviembre de 2005).

Los presupuestos del enriquecimiento injusto, como ha destacado numerosa doctrina y reiterada jurisprudencia (SSTS de 19 de diciembre de 1996, 5 de mayo de 1997, 25 de septiembre de 1997, 31 de octubre de 2001, 27 de noviembre de 2004, 27 de octubre de 2005, 18 de noviembre de 2005) son, en primer lugar, el enriquecimiento de una persona, como incremento patrimonial; en segundo lugar, el correlativo empobrecimiento de la otra parte, como pérdida o perjuicio patrimonial; en tercer lugar, inexistencia de causa que justifique la atribución patrimonial del enriquecido, supuesto que no se da cuando media una relación jurídica que la fundamente: carácter de subsidiariedad que se ha destacado jurisprudencialmente (así, SSTS de 4 de noviembre de 2004 y 24 de junio de 2010 que cita numerosas anteriores).

Pero a todo ello debe añadirse algo, que en este momento se plantea por primera vez. La persona que realiza la atribución patrimonial no puede hacerlo por su propia voluntad, a plena conciencia y sin conocimiento ni consentimiento de la otra. Es decir, los supuestos de enriquecimiento sin causa no comprenden el que se haga el desplazamiento patrimonial, sin causa, de un patrimonio a otro con plena voluntad del que lo hace y sin aceptación, ni siquiera conocimiento, de la persona que se beneficia.

El enriquecimiento sin causa supone una subsidiariedad que implica la falta de causa que justifique la atribución patrimonial y si ésta se ha hecho a plena voluntad y a sabiendas por el autor, no puede luego ampararse en una falta de causa. Ésta ha sido la voluntad del autor. Podría darse una gestión de negocios ajenos, pero un enriquecimiento producido por la voluntad unilateral de una parte, no puede ampararse sino en su propia voluntad, no en una falta de causa que luego le permita dirigirse contra el que se ha beneficiado que nunca prestó su consentimiento y ni siquiera hubo un conocimiento. Admitir lo contrario sería tanto como permitir a los sujetos hacer obras en supuesto beneficio de terceros que ni lo conocen y luego exigirles los benefi-

cios. (STS de 23 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Los antecedentes fácticos parten de la venta de una serie de parcelas sitas en Nerja, efectuada por EAFSA S.A. a favor de G.C. S.A., que no es parte en el proceso y que revende la parcela litigiosa en junio de 1986 a la demandada PIN S.A. En febrero de 1992 EAFSA y GC inician un convenio urbanístico que, en consiguiente, da origen a la recalificación de los terrenos, entre ellos también el vendido a favor de PIN S.A. En mayo de 1993 la vendedora inicial, EAFSA S.A. ejercita la resolución unilateral de la compraventa de todas las parcelas a GC S.A. A consecuencia de ello, se ejercita la acción contra PIN S.A. a fin de que se reintegrara a EAFSA S.A. la posesión de la parcela adquirida y para que se declarara que era propietaria de la misma. Durante el proceso referenciado EAFSA S.A. realizó los trámites administrativos para el desarrollo urbanístico de todas las parcelas, incluyendo la que había adquirido PIN S.A. EAFSA S.A. reclama a PIN S.A. el incremento del valor que ha experimentado la parcela por razón de su aprovechamiento urbanístico obtenido por la actuación de aquella, aunque sin conocimiento ni consentimiento de ésta, basándose en la doctrina del enriquecimiento injusto.

El Juzgado de Primera Instancia condena a PIN S.A. al abono del coste correspondiente a la urbanización de la parcela, basándose en la gestión de negocios ajenos en vez de en la de enriquecimiento injusto.

La Audiencia Provincial de Sevilla revoca la sentencia, estableciendo que en ningún caso el enriquecimiento haya de vincularse a los gastos de urbanización que ocasionó a la actora la parcela que resultó ser de propiedad de la demandada y desestima la demanda entendiendo que no se dan los presupuestos del enriquecimiento injusto. Interpuesto el recurso de casación por la demandante en el que ésta insiste en la aplicación del enriquecimiento injusto, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a éste. (M. L. K.)

41. Culpa extracontractual: Daño moral por violación del deber de fidelidad: Prescripción: *Dies a quo*: Daño continuado y duradero o permanente.—Es aplicable a este caso la doctrina contenida en STS de 28 de octubre de 2009, distinguiendo entre el daño continuado y el daño duradero o permanente, que es aquel que se produce en un momento determinado por la conducta del demandado pero persiste a lo largo del tiempo con la posibilidad, incluso, de agravarse por factores ya del todo ajenos a la acción u omisión del demandado. En este caso el plazo de prescripción comenzará a correr desde que lo supo el agraviado, como dispone el artículo 1.968-2.º CC, es decir desde que tuvo cabal conocimiento del mismo y pudo medir su trascendencia mediante un pronóstico razonable, porque de otro modo se daría la hipótesis de absoluta imprescriptibilidad de la acción hasta la muerte del perjudicado, en el caso de daños personales, o la total pérdida de la cosa, en caso de daños materiales, vulnerándose así la seguridad jurídica garantizada por el artículo 9.2 CE y fundamento, a su vez, de la prescripción.

Que esta doctrina, y no la de daños continuados, es la verdadera naturaleza de aquellos cuya reparación se pidió en la demanda, lo demuestra el propio planteamiento del motivo, que presenta como continuación o agravación de los daños hechos posteriores a la propia presentación de la demanda, para, después, situar incoherentemente el comienzo del plazo de prescripción en una fecha anterior y, además, prescinde del cuidadoso análisis del tribunal sentenciador, que distingue etapas o fases según los conceptos indemnizatorios de la propia demanda y determina para cada uno de ellos la fecha límite inicial del plazo de prescripción.

De ahí que en el recurso se opte por centrar la atención en los padecimientos físicos y psíquicos del demandante derivados, tanto de la infidelidad de la esposa y del procedimiento de separación conyugal, como de la definitiva confirmación de que no era hija biológica suya la joven a quien hasta entonces había tenido por tal (hija que considera *perdida*). Por ello pretende prolongar el inicio del plazo prescriptorio hasta la fecha del informe médico de septiembre de 2005, pero sin rebatir mediante argumento alguno el razonamiento del tribunal sentenciador, compartido ahora por esta Sala, de que dicho informe no viene sino a confirmar el mismo diagnóstico del padecimiento cardíaco del actor-recurrente en el año 2001, que determinó la implantación de un marcapasos, hecho del que cualquier persona con medianos conocimientos puede deducir que la afección cardíaca será de por vida. A todo ello se une que la total confirmación de que el actor-recurrente no era el padre biológico de la referida joven se produjo mediante la notificación de la sentencia de 27 de marzo de 2003, y que la última de las transferencias bancarias de aquél a la demandada, en concepto de alimentos, tuvo lugar el 3 de noviembre de 2003, necesariamente ha de concluirse que el 15 de noviembre de 2005, fecha de presentación de la demanda, había prescrito la acción para exigir a la demandada indemnización por daños y perjuicios con base en el artículo 1.902, pues ni la separación conyugal es en sí misma ilícita, como tampoco lo es que el cónyuge ya separado conviva con otra persona, ni desde luego cabe encuadrar en el concepto de daño continuado, a efectos de que no corra el plazo prescriptorio, el recuerdo más o menos periódico, más o menos intenso u obsesivo, de lo sucedido anteriormente, incluso aunque este recuerdo pueda repercutir en el estado de salud del sujeto (**STS de 14 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—En la demanda se reclaman: *a*) daño moral por la pérdida de una hija; *b*) daño moral por los daños físicos y secuelas psicológicas; *c*) daño moral por deterioro de su fama, honor etc.; y *d*) daño patrimonial y enriquecimiento injusto por abono de alimentos a la hija después de la separación. En ambas instancias de instancia se declaró prescrita la acción ejercitada. En el recurso de casación se describe de modo genérico una situación personal que desemboca en una declaración de incapacidad total para la profesión habitual precisando asistencia psiquiátrica, que atribuye a la infidelidad de la esposa y a la crisis matrimonial sufrida. El TS niega que pueda hablarse de daños continuados a la hora de determinar el *dies a quo* del plazo prescriptorio.

NOTA.—La sentencia extractada admite implícitamente en nuestro ordenamiento la viabilidad de que entre cónyuges se planteen acciones basadas en el artículo 1.902, en caso de crisis conyugales, y, en particular, por incumplimiento de los deberes conyuga-

les; postura que sostuve hace tiempo («Comentarios Albaladejo», II, 2.^a ed., Madrid 1982, pp. 431 y s.), y recientemente comparte Alma M.^a RODRÍGUEZ GUTIÁN, *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Cizur Menor 2009, pág. 115), y que parece oportuno mantener incluso después de entrar en vigor la reforma de 2005. En el presente caso ha habido un inadecuado planteamiento procesal, agravado probablemente cuando se advirtió la probable prescripción de la acción ejercitada, que ha conducido a presentar un *totum revolutum* como base de la reclamación (G. G. C.)

42. Culpa extracontractual: Daños por incendio: Responsabilidad de la empresa propietaria de la línea de alta tensión: Doctrina del riesgo: Relación de causalidad.—

La progresiva objetivación de la responsabilidad extracontractual de quienes desarrollan actividades generadoras de riesgos, con alteración de la carga de la prueba, normalmente en aplicación de los principios de facilidad probatoria, por el que se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba sobre el origen del incendio a quien está en mejor posición para demostrar la causa del fuego, y de normalidad, que permite tener por cierto lo probable de acuerdo con criterios de lo que acontece normalmente, y la imputación de los daños causados por la actividad a cargo de quien se beneficia de la misma, no permite desconocer el resultado de la prueba sobre la inexistencia del hecho determinante de la responsabilidad, y en el presente caso en el que la demanda se basó en que el origen del incendio es imputable a la conducta de Endesa en cuanto infringió la normativa que regula la distancia entre la línea de alta tensión y los árboles sobre los que discurre el tendido, la prueba practicada ha sido valorada llegando a la conclusión de que la prueba pericial permite afirmar que no se puede considerar a la línea eléctrica de alta tensión como causante del incendio, considerando que la línea se descargó a tierra a través de la valla metálica que rodeaba el material incendiado y a través de una atmósfera altamente conductora, propiciada por los humos y vapores generados por un fuego preexistente en el descampado de C. M., S.A.; así pues, se ha declarado probado que el cortocircuito no fue la causa del incendio, sino un efecto del mismo, actuando correctamente las protecciones de la línea de alta tensión.

Infracción de normas administrativas.—Esta Sala tiene declarado que las normas de naturaleza administrativa, como el Reglamento de Líneas Aéreas de Alta Tensión aprobado por RD 3151/1968, de 28 noviembre, no pueden ser invocadas como infringidas en el recurso de casación civil si no es relación con una norma de Derecho privado de carácter sustantivo, dado que la función nomofiláctica que debe desempeñar al resolver recursos de esta naturaleza no se extiende a las normas de Derecho Administrativo (en este sentido, entre las más recientes, las SSTS de 3 de abril y 29 de junio de 2009).

Hecho causante del incendio.—El hecho ilícito denunciado es la causación del incendio como consecuencia de la ilícita omisión de medidas de mantenimiento de la distancia reglamentaria entre la línea de alta tensión y el arbolado situado debajo de los cables, habiéndose demostrado la infracción reglamentaria, pero también que de tal infracción no derivó el incendio, por lo que, al sostener que el incendio pudo evitarse o minorarse sus consecuencias, está haciendo supuesto de la cuestión (STS de 29 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—E. es titular de una línea de alta tensión, de 132 KV, que atraviesa una plantación de coníferas y la campa de las instalaciones donde C. M., S.A. desarrollaba su actividad, sitas en la carretera de Huesca, que estaban cercadas por medio de una valla metálica de escasa altura soportada por unas piquetas de hierro. Hacia las diecisiete horas del 13 de junio de 2003 se produjo un incendio que afectó a los pinos y caravanas estacionadas en la campa, que generó un espesa nube de humo negro, con partículas sólidas y la consiguiente elevación de temperatura y de la ionización de los gases, que provocó una descarga eléctrica de la línea de alta tensión a tierra. La descarga se transmitió por toda la alabrada que circunda el perímetro de dichas instalaciones, desde la altura de los postes núms. 12, 13 y 14, y desde el n.º 46 saltó a la nave de prototipos, a través del armado de una columna, y a su instalación eléctrica; ello produjo la combustión de materiales y el consiguiente incendio en las edificaciones; por otro lado, a través de la tierra llegó a afectar a la instalación eléctrica de un chalet y de una piscina particular, así como a los fusibles del transformador de C. M. y a la centralita telefónica. Los daños fueron muy cuantiosos, y varias aseguradoras abonaron una suma que excedía de dos millones de euros a los perjudicados. La demanda se interpone ahora contra Endesa y su aseguradora, por otras compañías que abonaron determinadas indemnizaciones a los perjudicados, así como por éstos en cuanto a los daños no cubiertos por el seguro. En ambas instancias se desestimaron las demandas acumuladas por entender que la distancia entre el arbolado y los conductores de la línea de alta tensión nada tenían que ver con el origen del incendio. Por ello resultaba irrelevante que Endesa hubiera incumplido la normativa administrativa sobre la distancia que las líneas debería guardar respecto del arbolado. La s. extractada rechaza el recurso y confirma las sentencias conformes de instancia. Tema complejo que giró sobre la nada fácil prueba de cómo se desarrollaron cronológicamente los hechos y de su causa originadora (G. G. C.)

43. Accidentes de circulación. Distinción entre el régimen legal aplicable y el momento de cuantificación del daño.—Las SSTs de 17 de abril de 2007, del Pleno de esta Sala (SSTS 429/2007 y 430/2007) han sentado como doctrina jurisprudencial que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado. No se considera que exista una incompatibilidad entre irretroactividad y deuda de valor, porque, según las sentencias, la tesis que ha defendido su existencia parte de una interpretación fragmentaria del artículo 1.2 LRCSVM 1995 y del Anexo, primero, LRCSVM 1995. Al contrario, debe distinguirse la regla general según la cual el régimen legal aplicable a un accidente es el vigente en el momento en que el siniestro se produce (artículo 1.2 LRCSVM 1995) y Anexo, primero, 3, LRCSVM 1995, que no fija la cuantía de la indemnización, puesto que no liga al momento del accidente el valor del punto. El daño se determina en el momento en que se produce, y este régimen jurídico afecta al número de puntos que debe atribuirse a la lesión y a los criterios valorati-

vos, que serán los del momento del accidente. Cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado. Los preceptos no citados no cambian la naturaleza de deuda de valor que la Sala ha atribuido a la obligación de indemnizar los daños personales. Sin embargo, la cuantificación de los puntos debe efectuarse en el momento en que las secuelas del accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 8 de julio de 1987, 16 de julio de 1991, 3 de septiembre de 1996, 22 de abril de 1997, 20 de noviembre de 2000, 14 de julio de 2001, 22 de julio de 2001, 23 de diciembre de 2004, 3 de octubre de 2006, entre muchas otras). La aplicación de la doctrina que acaba de exponerse al caso examinado conduce a acoger la impugnación articulada a través del primer apartado del presente motivo cuarto. **(STS de 29 de septiembre de 2010;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.— C interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Gijón contra G y la aseguradora P, S. A. solicitando una indemnización por los daños ocasionados a raíz del accidente provocado por el codemandado.

El Juzgado estimó en parte la demanda y, tomando como referencia el sistema legal de valoración del daño corporal vigente en la fecha del siniestro, condenó a ambos demandados a indemnizar solidariamente al actor con cerca de treinta mil euros, más los intereses previstos en el artículo 576 LEC. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Gijón estimó parcialmente el recurso, pero sólo en el sentido de considerar que los intereses debían ser los previstos en el artículo 20 LCS. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, al distinguir entre el régimen legal aplicable en un accidente de circulación, de la cuantificación del daño producido por aquél. (A. S. C.)

44. Valoración de los daños personales por los hechos de circulación de vehículos. Baremo.—Las SSTS de 17 de abril de 2007, del Pleno de esta Sala han sentado como doctrina jurisprudencial «que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado».

Dicha doctrina, que de nuevo se reitera en interés casacional, ha sido aplicada posteriormente por las SSTS de 9 de julio de 2008 y 10 de julio de 2008, 23 de julio de 2008, 18 de septiembre de 2008, 30 de octubre de 2008, 18 de junio de 2009 y 9 de marzo de 2010. **(STS de 26 de octubre de 2010;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En 1996 tuvo lugar un accidente de circulación, al salirse de la calzada un automóvil y colisionar lateralmente contra una motocicleta, resultando lesionados tanto el conductor de la moto como la mujer que viajaba en ella como ocupante. Cada uno de los perjudicados formuló separadamente demanda en reclama-

ción de indemnización. El Juzgado estimó totalmente la demanda de la ocupante, y sustancialmente la formulada por el conductor de la moto.

La Audiencia Provincial de Navarra acordó rechazar los recursos del conductor y su empresa, y estimar en parte el interpuesto por las demandadas, declarando que la sentencia del Juzgado es incongruente por conceder más de lo pedido desde el momento que aplica el sistema legal de valoración del daño corporal vigente al momento de dictarse sentencia cuando se pidió el vigente a fecha de la demanda, y de otra, que en todo caso el aplicable ha de ser el vigente al suceder los hechos, por haber sido ratificado dicho criterio en Junta General de la Audiencia Provincial de Navarra. Recurre en casación la parte actora-apelante.

El Tribunal Supremo estima el recurso parcialmente declarando que la Audiencia Provincial se aparta de la doctrina vigente al no distinguir entre régimen legal aplicable y cuantificación del daño, y tomar en consideración la fecha del siniestro tanto para la determinación del daño como para la cuantificación económica de dicho resultado.

NOTA.—A falta de una regulación expresa, la discusión de cómo aplicar en términos temporales las cuantías indemnizatorias señaladas en las tablas de valoración de daños se traducía tradicionalmente en una división de opiniones cuyo eje se centraba en la cuestión de cómo configurar la indemnización de daños: como una deuda de valor, o simple de dinero. Según la primera tesis, la indemnización ha de fijarse atendiendo a las pautas valorativas que estén en vigor en momento de pronunciar la sentencia. De acuerdo con la segunda, son de aplicación las cantidades vigentes en el momento del accidente. Fernando Reglero Campos, «Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor», *Lecciones de Responsabilidad civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 227. Hasta hace poco la jurisprudencia predominante entendía que estábamos ante una deuda de valor porque el nominalismo impedía la *restitutio in integrum*, Ignacio Moreno González- Aller, «Pautas para la reparación del daño en accidentes de...» *Aranzadi Social* núm. 19/2007, Aranzadi, Pamplona, 2007, texto después de la nota 10. En la jurisprudencia así, por ejemplo, SSTs de 21 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 8751], 15 de abril de 1991 [RJ 1991, 2691], 14 de abril de 2000 [RJ 2000, 3442] y 15 de febrero de 2001 [RJ 2001, 2501]. Viene aclarando el panorama la STS de 17 de abril de 2007 dictada por el Pleno de la Sala en resolución de recurso de casación fundado en el interés casacional. En consecuencia, el Tribunal Supremo buscó una tesis conciliadora entre ambas posiciones mencionadas con anterioridad, fijando para la valoración de los perjuicios derivados de un accidente el momento de alta médica, por ser un momento cierto en el que se pueden conocer el alcance de las lesiones y la entidad de las secuelas. Tal solución intenta dotar la situación de la seguridad jurídica y evitar que la dilación del ejercicio de las acciones por las partes sea aprovechado en su beneficio. Manuel Espinosa Labella, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 21/2007, BIB 2007/2436 Aranzadi, Pamplona, 2007. Cuestión distinta es la fecha para determinar que baremo

debe aplicarse, puesto que en el año 2004 la Ley de Responsabilidad Civil incorporó un nuevo baremo. A tal efecto, se considera aplicable el baremo vigente en la fecha del accidente, por aplicación del principio general de irretroactividad de las normas (art. 2.3 CC). Manuel Espinosa Labella, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 21/2007, BIB 2007/2436 Aranzadi, Pamplona, 2007. (M. L. K.)

45. Accidentes de circulación. Inexistencia de causa justificada a efectos de exonerar al asegurador de la indemnización por mora.—De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.8 LCS, la existencia de causa justificada implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador, quedando éste exonerado del recargo en que consisten los intereses de demora. En la apreciación de esta causa de exoneración esta Sala ha mantenido una interpretación restrictiva en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma (SSTS de 16 de julio de 2008, 9 de diciembre de 2008, 12 de febrero de 2009 y 4 de junio de 2009), al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados. Esta interpretación descarta que la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, justifique por sí el retraso, o permita presumir la racionalidad de la oposición. El proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación a cargo de la aseguradora. Tal cosa ocurre, según la doctrina, cuando las deudas afectan a la realidad misma del siniestro y también, cuando por circunstancias que concurren en éste o por el texto de la póliza, la duda racional alcanza a la cobertura a cargo de la aseguradora. No, por el contrario, cuando la incertidumbre surge únicamente en torno a la concreta cuantía de la indemnización o con respecto a una posible concurrencia de culpas. En aplicación de esta doctrina el motivo debe ser desestimado por cuanto no cabe calificar de razonable una oposición fundada, única y exclusivamente, en el desconocimiento de la extensión y valor económico del daño personal ocasionado y en la posible corresponsabilidad de la víctima, cuando ninguna duda ofrecía a la aseguradora ni la realidad del siniestro, ni su consideración como hecho de la circulación, ni la implicación en su causa y origen de un vehículo cuyo conductor tenía cubierta su responsabilidad civil frente a terceros en virtud de un seguro suscrito con dicha entidad, que se encontraba vigente a la fecha en que acaeció el accidente, respecto de quien la propia compañía admite que tuvo en el accidente una cuota de responsabilidad del 50%.

Accidentes de circulación. Intereses de demora. Existencia de dos tramos diferenciados.—La sentencia dictada por el Pleno de esta Sala el 1 de marzo de 2007 ha fijado como doctrina la siguiente: durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento. La doctrina expuesta ha sido recogida en las sentencias de esta Sala de 11 de diciembre de 2007, de 1 de julio de 2008, de 6 de febrero de 2009, de 25 de

febrero de 2009 y de 9 de marzo de 2010, y su aplicación al caso determina la estimación del motivo tercero, al no ajustarse a la jurisprudencia de la Sala la decisión de la Audiencia Provincial favorable a la existencia de un tramo único al tipo mínimo del 20%. (STS de 12 de julio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.— E interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Tarragona contra la aseguradora G, S.A. solicitando una indemnización por los daños derivados de un accidente de circulación. Previamente, la entidad aseguradora había procedido a la consignación parcial del pago.

El Juzgado estimó en parte la demanda y condenó a G, S.A. a indemnizar a E con cerca de doce mil euros con el interés legal previsto en el artículo 576 LEC. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Tarragona la revocó parcialmente al considerar que los intereses a satisfacer por la parte demandada debían ser los previstos en el artículo 20 LCS. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar en parte al mismo. (A. S. C.)

46. Responsabilidad civil por consecuencia de delito de circulación: Sentencia penal condenatoria: Aseguradora que paga indemnizaciones y ejercita acción de regreso contra responsables directos.—El CP no regula las relaciones internas de quienes deben responder frente a las víctimas de los delitos o faltas, limitándose a proclamar en el artículo 116 que *tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno*, y en el 117 que *los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponde*.

A su vez, en el seguro de responsabilidad civil, con la finalidad de evitar que eventuales corresponsables del daño a un tercero se vean exentos de su obligación de resarcir, y que la cobertura de uno de ellos se transforme en cobertura de todos, cuando la aseguradora de alguno de ellos paga a consecuencia de la intensa cobertura que nuestro sistema de seguros ofrece a la víctima, entra en juego el pár. 1.º del artículo 43 de la Ley 50/1980, de 8 octubre, a cuyo tenor: *El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización*.

El 2.º pár. del artículo 1.145 CC dispone que *el que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponde, con los intereses del anticipo*. De aquí que según STS de 16 de julio de 2001, los condenados solidariamente en un proceso anterior podrán acudir a otro posterior, en ejercicio de la acción de regreso, distinta de la subrogación, para debatir la distribución entre ellos del contenido de la obligación, desapareciendo entonces la solidaridad para pasar a regir la mancomunidad; de tal

forma que el codeudor solidario que paga o cumple en su totalidad con el acreedor extingue el vínculo obligatorio, adquiriendo por ministerio de la ley un derecho a repetir en la esfera interna, exclusivamente contra el conjunto de obligados por vínculos de solidaridad y tan sólo lo que pagó más los intereses del anticipo, siendo este un crédito ajeno por completo al que ostentaba el acreedor primigenio y desprovisto además de las garantías que tenía el crédito extinguido (STS 5 de mayo de 2010).

Inexistencia de acción contra los responsables subsidiarios: Efecto expansivo de la sentencia.—Totalmente distinta es la posición de la aseguradora frente a los responsables civiles subsidiarios, ya que la lógica de esta responsabilidad que conlleva la inexistencia de acción de repetición del responsable directo contra quien debe responder en caso de insolvencia del mismo y, siendo varios los responsables directos, supone que aquel codeudor solidario que paga, no pueda dirigirse contra quienes nada más frente a la víctima y en segundo plano, deben responder en caso de insolvencia de los obligados principales, toda vez que el pago no transforma la responsabilidad subsidiaria en la relación externa y frente a las víctimas, en solidaria en la relación interna y frente a los codeudores. En el presente caso, tratándose del ejercicio de acciones por la aseguradora que ha pagado como responsable directa, la regla indicada se traduce en la imposibilidad de que la aseguradora se coloque en la posición de la víctima y no en la de su asegurado, lo que carece del más mínimo sustento. Además esta Sala tiene declarado que los codemandados que se hallan en la misma posición que los recurrentes se benefician de la actividad procesal de éstos cuando existe una comunidad de actuación y se hallan en idéntica situación sustantiva y procesal, al entrar en juego la doctrina de la extensión de los efectos de la sentencia a las partes ligadas por idénticos vínculos de responsabilidad (STS de 20 de octubre de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.] (G. G. C.)

47. Responsabilidad médica: Secuelas a consecuencia de intervención quirúrgica: Principios generales.—En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la LEC 2000 salvo para supuestos debidamente tasados (artículo 217.5 LEC). El criterio de imputación del artículo 1.902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de haber quedado plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción, o no sujeción, a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (SSTS de 24 de noviembre de 2005, 10 de junio y 20 de noviembre de 2009).

Responsabilidad por el daño desproporcionado.—Es aquel daño no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional médico-sanitaria. En estos casos, en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que el daño se produjo si se presenta en la esfera de su actuación profesional y no es de los que habitualmente se originan sino por razón de una conducta negligente, cuyo enjuiciamiento debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recae sobre el que causa un daño no previsto ni explicable, de modo que la ausencia u omisión de la misma puede determinar la imputación (SSTS de 2 de mayo y 8 de noviembre de 2007, y 10 de junio y 23 de octubre de 2008). En el presente caso, se explica el daño y la actuación del facultativo que le intervino,

habiendo descartado las pruebas cualquier mala praxis causalmente vinculada a las lesiones padecidas por el actor.

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*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, que no han sido cuestionados en el recurso ni en la sentencia (**STS de 29 de octubre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don José Antonio Seijas Quintana.] (*G. G. C.*)

48. Culpa médica: Accidente cerebro-vascular en el postoperatorio: Nexo causal: Doctrina general.—Esta Sala ha dicho con reiteración que la prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva, y que ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades, aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde sentar al juzgador de instancia, cuya apreciación sólo puede ser atacada en casación si es arbitraria o contraria a la lógica o al buen sentido. La sentencia recurrida es, desde este punto de vista, inatacable en cuanto se pretende revisar el nexo de causalidad establecido, cuya base fáctica no ha sido atacada, además, por la vía procedente.

Cuantificación del daño.—El recurrente pretende revisar la cuantificación del daño en los términos en que ha sido determinado en la sentencia mediante la aplicación de los baremos de la Ley 30/1995, según se dice sin motivación suficiente, lo que no es propio de este recurso de casación. Además esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del Ordenamiento en la determinación de las bases para la fijación del *quantum*. Nada de esto se produce en el caso, pues nada se denuncia sobre una posible aplicación indebida del sistema de tasación legal derivado del uso y circulación de vehículos de motor, con base en una inexplicable o notoria desproporción entre lo que resulta del expresado sistema y la indemnización fijada, ni nada tiene que ver con la indemnización la falta de consentimiento informado que no se ha debatido en la litis como una alternativa de responsabilidad, sino como una causa añadida de responsabilidad del demandado que no ha sido tomada en consideración para establecer las consecuencias económicas resultantes (**STS de 13 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (*G. G. C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

49. Precario: cesión de inmueble y atribución del uso por sentencia de separación.—Según la jurisprudencia más reciente, cuando se cede el uso

de un inmueble es esencial determinar si ha existido un contrato de comodato. De no existir esta relación jurídica estaremos ante la figura del precario que permite al propietario reclamar su posesión en cualquier momento, puesto que no hay un pacto de ocupación por tiempo concreto y tampoco pago alguno por la ocupación de la vivienda (SSTS de 26 de diciembre de 2005, 30 de junio y 22 de octubre de 2009 y 14 y 18 de enero de 2010). Por ello, la atribución del uso de la vivienda reconocida a un cónyuge por un procedimiento de familia no puede constituir título hábil para justificar que esa posesión resulte oponible a terceros ajenos a esas relaciones matrimoniales, ni permite reconocer al beneficiario de la posición jurídica derivada del procedimiento matrimonial una protección posesoria en vigor superior a la que la situación de precario proporciona. Esta afirmación implicaría que sujetos extraños al vínculo matrimonial y que son los titulares de derechos que posibilitan la cesión de uso de la vivienda tuvieran que sufragar las necesidades familiares. Para proceder tal atribución resultaría necesario que se constataste la voluntad del propietario de renunciar a recuperar la vivienda mientras constituya el domicilio familiar (**STS de 14 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Doña F. ejercita acción de desahucio por precario contra doña A., ex esposa de su hijo. La actora reconoce haber cedido la vivienda para su uso y disfrute a título gratuito por su hijo, fijando en ella el domicilio familiar con su esposa, ahora demandada. El matrimonio junto con las hijas de ambos ocupó la vivienda hasta que sobrevino la crisis matrimonial, adjudicándose en sentencia de separación el uso de la vivienda familiar a la demandada.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La demandante recurre en apelación y la Audiencia Provincial estima el recurso, calificando el uso de la vivienda como precario y negando que la atribución del uso por la sentencia de separación sea oponible a la actora como título que ampare la posesión de la demandada. Se interpone recurso de casación por la demandada y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la sentencia recurrida. (*S. E. M.*)

50. El artículo 609 CC como fundamento de un recurso de casación.—El artículo 609 CC no es hábil para fundar un recurso de casación, pues no es más que una disposición preliminar que describe los distintos modos de adquirir la propiedad. Dado su sentido genérico, carece, por tanto, de relevancia casacional.

Recuperación de bienes por la Administración Pública mediante reversión.—Cuando la Administración Pública concede el uso de determinados terrenos (marismas) a un particular para su desecación y utilización con carácter indefinido, salvo el derecho de propiedad, y se establecen unas causas de caducidad de la concesión que luego esgrime la Administración para la recuperación de los terrenos mediante reversión, no estamos ante la desafectación de bienes destinados a uso o servicio público. Se trata de un supuesto en que el título concesional excluye implícitamente la transformación del dominio público en privado, por lo que la relación concesional pervive. Así, en aplicación de la DT 2.^a de la Ley de Costas, no hay transformación del dominio público en propiedad privada, y ello a pesar de otorgar la concesión a perpetuidad.

Contenido del artículo 38 LH.—El artículo 38 LH atribuye al titular inscrito una presunción de dominio, pero se trata de una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario. Por otro lado, el artículo 41 LH contiene una norma de carácter procesal para el ejercicio de las acciones reales procedentes de los derechos inscritos a través del juicio verbal. Su invocación no resulta adecuada en un recurso de casación. Así, cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere, lo que no significa que a todos los efectos se haya extinguido el derecho que proclama y que no se pueda establecer posteriormente que la cancelación se produjo indebidamente. **(STS de 23 de julio de 2010;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El 22 de septiembre de 2003, el TS dicta sentencia a través de la cual se desestima íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la actora, doña A., contra la Orden del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, de 6 de julio de 1994, por la que se declaró la caducidad de la concesión otorgada por Real Decreto de 13 de febrero de 1926 a don C. para ocupar unos terrenos de dominio público marítimo-terrestre con destino al saneamiento de un trozo de marisma en la margen derecho de un canal. Dicha caducidad se declaraba por haberse incumplido las condiciones establecidas en tal título concesional. El 20 de febrero de 2004, la Demarcación de Costas notificó a la actora que el acta de reversión de los terrenos se levantaría en el lugar de la concesión. Con fecha de 25 de mayo de 2004, el Juzgado de Primera Instancia dicta un Auto declarando su falta de jurisdicción frente a la acción posesoria ejercitada por la actora sobre las fincas objeto de este procedimiento. Mediante la demanda inicial del presente proceso, la actora doña A. pretende obtener una declaración de dominio sobre las fincas objeto del anterior recurso contencioso-administrativo, fundamentando dicha acción en su inscripción registral y consiguiente protección garantizada por el artículo 38 LH, por cuanto a través de la misma aparece que dichas fincas están libres de cargas, y fundamentándola asimismo con unos contratos de arrendamiento celebrados con terceros. Igualmente apoya su pretensión en el artículo 97 LH, al entender que, si la concesión administrativa fue candelada, se ha extinguido también el derecho del Estado. Además, según la actora, cuando se habla de «reserva de dominio» a favor del concedente por la referencia «a salvo el derecho de propiedad», se refería a otros posibles derechos de terceros y no a reserva alguna.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimando la demanda, por lo que la actora interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial. Ésta estimó parcialmente el recurso, a los solos efectos de no hacer imposición de costas de primera instancia, confirmando en todo lo demás la resolución recurrida. La Audiencia viene a justificar la desestimación del recurso en que los derechos de la actora sobre las fincas referidas tienen su origen en el título de concesión administrativa y los derechos del adquirente son siempre los que proclame el título de adquisición y no otros.

En casación el TS también desestima el recurso. Considera que la interpretación de la actora del artículo 609 CC implicaría recono-

cer la posible existencia de derechos de terceros sobre bienes de dominio público que son el objeto de la concesión administrativa. Cuando se efectúa una concesión a perpetuidad, dejando a salvo el derecho de propiedad, no se puede pretender que tal concesión equivale o deviene título de propiedad, teniendo en cuenta que el mismo se ha dejado a salvo a favor del concedente. En cuanto a la protección que pretende la actora al ampro del artículo 38 LH, pues entiende que tiene a su favor el principio de legitimación registral, en la medida en que consta certificación del Registro de Propiedad acreditativa de que tiene inscrito el dominio de las fincas libres de cargas, el Alto Tribunal declara que estamos ante una presunción que admite prueba en contrario. En conclusión, el TS acaba desestimando el recurso de casación. (S. L. M.)

51. Invalidez de las cláusulas estatutarias establecidas «ex ante» que permiten la realización de obras en elementos comunes.—Es jurisprudencia asentada de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (SSTS de 8 de septiembre de 1993 y de 28 de enero de 1994) que no es válido que los Estatutos de una Comunidad de propietarios puedan autorizar genéricamente y «ex ante» la realización de obras de cerramiento en las terrazas de pisos destinados a vivienda que supongan una alteración de los elementos comunes. A estos efectos, la propia exposición de motivos de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960 pone de relieve la prevalencia del derecho necesario sobre el dispositivo. Ello ha de entenderse, no obstante, sin perjuicio de que, como permite el artículo 12 LPH, tal prohibición pueda cesar por acuerdo posterior unánime de la Junta de Propietarios. (**STS de 7 de julio de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Don A., don E. y don J., interpusieron demanda contra sus vecinos, don L. y doña M., por haber realizado obras de cerramiento de la terraza de su vivienda sin haber contado con la autorización de la Comunidad (arts. 7 y 12 LPH). Solicitaban se condenase a los demandados a ejecutar las obras necesarias para retirar el cerramiento y reponerla a su estado original.

Tanto el Juez de Primera instancia como la Audiencia Provincial desestimaron las pretensiones de los demandantes. La razón es que los Estatutos de la Comunidad contenían una cláusula en que se establecía que los propietarios de las terrazas quedaban facultados para cubrir las mismas, siempre y cuando contaran con las preceptivas licencias municipales.

Los demandantes recurren ante el TS, que determina que una autorización «ex ante» contenida en los Estatutos de la Comunidad, resulta contraria a la doctrina mantenida por la Sala 1.^a del TS. (P. M. G-F.)

52. Cláusulas estatutarias que eximen a los propietarios de locales comerciales sin acceso al portal y a las escaleras del edificio del deber de contribuir a los gastos de conservación, limpieza y alumbrado de tales elementos. Inaplicabilidad al supuesto de instalación de ascensores.—La Sala Primera del Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (entre otras,

SSTS de 21 de octubre y 18 de diciembre de 2008 y 18 de noviembre de 2009) mantiene que en aquellos casos en los que la instalación de un ascensor en un edificio que carecía del mismo es necesaria para la habitabilidad del inmueble, constituye un servicio o mejora exigible a la que todos los comuneros tienen la obligación de contribuir. A estos efectos, las cláusulas estatutarias que eximen del deber de contribuir a los gastos de conservación, limpieza y alumbrado de escaleras y portales a los propietarios de locales que no tienen acceso a tales elementos comunes, no les eximen de contribuir a sufragar los gastos de instalación de ascensores, pues además de ser un elemento necesario para la habitabilidad del inmueble (art. 11 LPH *a sensu contrario*), su existencia redundaba en beneficio de todos los propietarios del inmueble e incrementa el valor de la finca en su conjunto.

Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias y equivalencia de resultados.—Constituye doctrina constante y reiterada de la Sala Primera del TS la que declara que existe interés casacional, no sólo cuando se dan criterios dispares entre Audiencias Provinciales, sino también cuando tal contradicción se produce entre secciones orgánicas de la misma Audiencia, exigiéndose dos sentencias firmes de uno de esos órganos jurisdiccionales, decidiendo en sentido contrario al contenido en el fallo de otras dos sentencias, también firmes, de diferente tribunal de apelación. En cuanto a la equivalencia de resultados, es cierto que el TS ha declarado que no procede la casación cuando pese a que la argumentación jurídica en la que la sentencia recurrida fundamenta la parte dispositiva no es aceptable jurídicamente el fallo debe ser mantenido conforme a una fundamentación distinta. Sin embargo, no cabe aplicar tal doctrina cuando esta fundamentación está sustentada exclusivamente en motivos de forma. (**STS de 20 de octubre de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—Por acuerdo de una comunidad de propietarios se adoptó instalar un ascensor en el edificio. Posteriormente, en la Junta General del año siguiente, se acordó la fijación de una provisión de fondos para la instalación del mismo en función de la cuota de participación, hasta la suma total de 50.000 euros.

Los propietarios de varios de los locales comerciales situados en la planta baja del edificio, desde los cuales no es posible acceder al portal ni a las escaleras del mismo, deciden impugnar los acuerdos adoptados en Junta general, alegando defectos formales, y solicitando se declare su derecho a no abonar cantidad alguna correspondiente a la instalación del ascensor.

El Juzgado de Primera Instancia de Llodio declaró la nulidad del segundo de los acuerdos impugnados, por falta de constancia de quienes votaron a favor y quienes en contra, y por no acreditar que se alcanzase la mayoría exigida por el artículo 17.3 LPH. Sin embargo, rechazó el derecho de los demandantes a no abonar cantidad alguna correspondiente a la instalación del ascensor.

Los demandantes recurrieron en apelación, y la Audiencia Provincial de Álava estimó el recurso reconociendo el derecho de los propietarios de los locales a no abonar cantidad alguna correspondiente a la instalación del ascensor, manteniendo, en lo demás, los pronunciamientos del Juez de Instancia.

La Comunidad de Propietarios interpone recurso ante el TS afirmando interés casacional por jurisprudencia contradictoria de

las Audiencias en la interpretación de los artículos, 3, 9 y 17.1 de la LPH, a los efectos de que se revoque el pronunciamiento de la Audiencia Provincial por el que se establece el derecho de los demandantes recurridos a no participar en los gastos de instalación del ascensor.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto. (*P. M. G-F.*)

53. Cláusulas estatutarias que permiten realizar segregaciones, divisiones o agregaciones en elementos privativos de los edificios.—Son válidas las cláusulas que permiten la realización de obras para la segregación de fincas sin necesidad de recabar autorización de la Comunidad de Propietarios, siempre que se cumplan tres requisitos: 1) que los pisos o locales resultantes sean susceptibles de aprovechamiento independiente, es decir, que tengan salida propia a un elemento común o a la vía pública; 2) que como consecuencia de la segregación no se altere la seguridad del edificio, su estructura general o configuración exterior, o se perjudique los derechos de otros propietarios; y 3) que no se alteren elementos comunes (artículo 11 LPH), por cuanto dicha alteración afectaría al título constitutivo y ello debe someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo. (**STS de 11 de junio de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña A., propietaria de varios pisos en un edificio de Lleida, interpone demanda contra la Comunidad de Propietarios solicitando que le sean entregadas todas las actas de las juntas celebradas por dicha comunidad durante el año 2004, se reconozca su derecho a acceder a los elementos comunes del edificio a fin de poder conectar las fincas de su propiedad a los suministros de agua y gas, se declare su derecho a poder conectar toda la planta en la que están situados los pisos de su propiedad a una parada de ascensor, asumiendo la demandante los gastos, y le sea abonada, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, la cantidad de 84.962,55 euros.

La Comunidad de Propietarios formuló contravención alegando, básicamente, que las obras que doña A. pretendía realizar precisaban del consentimiento expreso y unánime de la Comunidad por afectar a elementos comunes del edificio y que, en caso de autorizarse tales obras, la distribución de los coeficientes para los nuevos departamentos habría de corresponder exclusivamente a la Comunidad. Solicitaba también se declarase la nulidad de los «Pactos para regir la comunidad» fijados en la escritura de obra nueva, de fecha de 18 de diciembre de 1980, por los cuales, entre otras cosas, se permitía a los propietarios de varias fincas comunicarse entre sí, segregarse o subdividirlas, todo ello sin necesidad de recabar la autorización del resto de propietarios.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda de doña A., así como la reconvenición, de modo que se condenó a la Comunidad a entregar las actas solicitadas y a permitir a la demandante acceder a los elementos comunes para conectarse a los suministros de agua y de gas, pero desestimó el derecho de la deman-

dante a establecer una parada de ascensor en su piso y a recibir indemnización alguna. Asimismo, determinó que las obras que pretendían realizarse requerían del consentimiento de la Comunidad, y declaró la nulidad de parte de los pactos impugnados, concretamente aquella referida a la realización de obras de segregación.

Doña A. recurrió ante la Audiencia Provincial y ésta revocó los pronunciamientos de instancia en el sentido de autorizar la realización de las obras en liza y declarar la validez de los «Pactos para regir la comunidad» aprobados por la comunidad en 1980.

La Comunidad recurre en casación, alegando, en síntesis, una vulneración del artículo 8 LPH, por cuanto que se está permitiendo la realización de obras con base en unas cláusulas estatutarias contrarias a una norma imperativa. Con base en la argumentación expuesta *supra*, el tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (P. M. G-F.)

54. Acuerdos de la comunidad de propietarios. Nulidad y anulabilidad.—La jurisprudencia posterior a las sentencias que se invocan en el recurso se definió por considerar meramente anulables los acuerdos comunitarios que entrañasen infracción de algún precepto de la LPH o de los Estatutos de la respectiva comunidad. Por tanto, dichos acuerdos quedarían convalidados por su ratificación posterior o por su falta de impugnación de los mismos en el plazo legalmente determinado. Por el contrario, la sanción de nulidad radical queda reservada a aquellos otros acuerdos que, por infringir cualquier otra ley imperativa que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude de ley, sean calificados como nulos de pleno derecho, conforme al párrafo 3.º del artículo 6 CC, y por tanto insubsanables por el transcurso del tiempo (SSTS de 24 de septiembre de 1991, 10 de marzo de 1997, 5 de mayo de 2000, 14 de febrero y 7 de marzo de 2002, 10 de noviembre de 2004, 30 de diciembre de 2005, 20 de noviembre de 2006, 18 de marzo de 2010, entre otras). (STS de 29 de octubre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El presente recurso tiene su origen en la reclamación que la comunidad de propietarios demandante hizo a uno de los comuneros de las cuotas de la comunidad correspondientes a los locales de los que ésta era propietaria. La mercantil demandada alega la nulidad radical de los referidos acuerdos comunitarios, en base al artículo 16.4, párrafo 2.º LPH, por falta de modificación de la convocatoria de la junta, por no estar incluido en el orden del día de ésta, por no obtener el necesario quórum y por falta de notificación fehaciente por la comunidad.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y condenó a la mercantil demandada a que abonara a la actora la cantidad solicitada en concepto de cuotas de comunidad de los citados locales.

La parte demandada recurrió en apelación esta sentencia. Recurso que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de fijar una cuantía menor, pero manteniéndola en todo lo demás.

Contra la sentencia se interpone recurso de casación. Éste es desestimado, por aplicación de la moderna doctrina del Tribunal sobre la distinción entre nulidad radical y anulabilidad en materia de propiedad horizontal. (G. M. A.)

55. Propiedad intelectual. Comunicación pública. Actos de retransmisión.—En el supuesto descrito se produce una retransmisión por cable que es un acto nuevo de comunicación pública sujeta a lo establecido en el artículo 122 LPI.

Se produce retransmisión cuando una señal radiodifundida, en cualquiera de las modalidades posibles, es captada por una entidad distinta de la que la emite (o transmite) y a través de una red de difusión, propia o no, la pone en disposición de ser utilizada por el público. La entidad de radiodifusión primaria realiza la «emisión» —lanzamiento inalámbrico de la señal de radiodifusión— y la entidad de radiodifusión secundaria la receptiona o capta y la pone a disposición —retransmite— del público. No es necesaria la alteración, modificación o transformación de la señal. En resumen, hay retransmisión en la comunicación por cable de las obras por entidad distinta de la de origen de la señal. (STS de 20 de julio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El proceso versa sobre si hay un acto de comunicación pública, con difusión de obras y grabaciones audiovisuales, del artículo 20 LPI en la actividad de una entidad cooperativa de consumidores que previa la captación de las señales de varios canales de televisión las difunde por cable a diversos vecinos de una zona geográfica a la que no alcanza la red de difusión convencional «—zona de sombra—». Se trata de una instalación consistente en una estación terrena que recibe la señal del satélite y la envía, mediante repartidores, a una cabecera, amplificando cada canal mediante módulos amplificadores que operan en la banda VHF-UHF, así como los canales terrenales recibidos, que se amplifican a través de módulos amplificadores y se convierten a unos canales más bajos, antes de ser distribuidos por la red. EGEDA deduce demanda contra CTS, S.C. y contra CTS, S.A., entidades que facilitan este servicio. La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda. En apelación se revoca el fallo recurrido en el sentido de desestimar la demanda. EGEDA interpone recurso de casación. (S. M. S.)

56. Propiedad intelectual. Actos de explotación mediante comunicación pública.—Constituye un acto de comunicación pública, en la modalidad prevista por el artículo 20.2.f) TRLPI, la instalación de un sistema de televisión por cable mediante el cual retransmite a los usuarios conectados las obras y grabaciones audiovisuales que se contienen en las emisiones de televisión por satélite o por vía terrestre, las cuales son captadas previamente por las antenas parabólicas y tipo «yagui» con que cuenta el sistema y se distribuyen por cable a los distintos usuarios que se conectan a la red desde sus domicilios. Actividad que está sujeta a la autorización y a la remuneración prevista en el artículo 122.2 LPI.

Incumplimiento contractual: acción de resolución.—La parte demandada no ha desplegado actuación alguna para dar cumplimiento a las obligaciones contractuales asumidas en orden a comunicar a las actoras el número de abonados a efectos de que se pudieran realizar las oportunas liquidaciones por los derechos devengados. En consecuencia se impone la estimación de la acción resolutoria por incumplimiento de contrato imputable a la parte demandada, la cual deriva de lo dispuesto por el artículo 1.124 CC y, como consecuencia, la inmediata suspensión de las actividades de comunicación pública de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en las emisiones de televisión de terceras entidades de radiodifusión, así como la expresa prohibición de reanudar tales actividades en tanto no cuente la demandada con la necesaria autorización, al menos por parte de EGEDA. **(STS de 6 de julio de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La controversia nace de la celebración de un contrato entre las partes, de un lado, EGEDA, AISGE y AIE, y de otro, el Ayuntamiento de Fanlo, en virtud del cual se autorizaba al referido Ayuntamiento para realizar la actividad de retransmisión por cable definida en el artículo 20.2.f) LPI, con cumplimiento de la obligación de satisfacer los derechos de remuneración que por esa actividad se derivaran a favor de dichas entidades de gestión. A tales efectos, el Ayuntamiento quedaba obligado a hacer llegar trimestralmente a EGEDA, como mínimo, los siguientes datos: a) Detalle de las emisiones retransmitidas; y b) Promedio del número de abonados mensuales; así como a ingresar a favor de EGEDA el importe de las liquidaciones resultantes. EGEDA, AISGE y AIE interesan la resolución del contrato al haber incumplido la contraparte la totalidad de las obligaciones dimanantes del mismo, y, por otro lado, la declaración de que la parte demandada había de abstenerse de realizar las actividades comprendidas en el contrato e indemnizar a la actora mediante el abono del precio por las ya realizadas conforme a lo pactado. El fallo de primera instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso interpuesto por las demandantes. (S. M. S.)

57. Propiedad intelectual. Derechos de remuneración por comunicación pública de grabaciones audiovisuales: artistas intérpretes y ejecutantes; radiodifusión vía satélite. Compatibilidad con Directiva 92/100/CEE: solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE: no ha lugar.—El derecho a una remuneración equitativa y única reconocido a favor de artistas en el artículo 8 de la Directiva se refiere exclusivamente a los fonogramas. Por lo que no sería pertinente plantear ante el TJUE una cuestión prejudicial. Por lo demás, el preámbulo de la propia Directiva considera que los Estados pueden establecer a favor de los titulares de derechos afines una protección mayor que la prevista en el artículo 8 de la Directiva.

Criterios de cálculo para determinar el importe de la remuneración equitativa.—Como ha confirmado el TJUE en sus sentencias de 6 de febrero de 2003 y 14 de julio de 2005, la cuantificación ha de hacerse de mutuo acuerdo, conclusión a la que también conducen los artículos 108.4 y 157.4 TRLPI. Ambos motivos deben ser estimados siguiendo la jurisprudencia de esta Sala creada por sus ya citadas sentencias de 18 de febrero de 2009 y 7 de

abril de 2009, en las cuales se declara la necesidad de que la remuneración equitativa se fije con criterios de equidad, no cumplidos por el mero hecho de que la Administración reciba sin objeciones las tarifas generales comunicadas por las sociedades de gestión ni por la existencia de un proceso negociador previo entre dichas sociedades y la empresa de comunicación demandada, ya que la imposibilidad de llegar a un acuerdo no puede comportar automáticamente la imposición unilateral por las sociedades de gestión de sus tarifas generales fijadas exclusivamente en función de los rendimientos de explotación de la demandada. De ahí que, como uno de los criterios necesarios para garantizar la equidad, se imponga «que las tarifas aplicadas se ajusten en lo posible al criterio de efectiva utilización del repertorio de la sociedad de gestión correspondiente», así como la comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión con otras productoras, «pues la equidad tiene una estrecha relación con la necesidad de que las tarifas sean comparativamente adecuadas entre unas y otras productoras, lo cual no significa que deban ser idénticas, pero sí que debe proibirse una excesiva desproporción que no aparezca justificada por razones de gestión u otras análogas». Además, el artículo 152.1 b) TRLPI pone en relación el deber de las sociedades de gestión de fijar tarifas generales con la utilización de su repertorio, y a su vez la STJUE de 6 de febrero de 2003 (asunto C- 245/00), en relación con los fonogramas, expresa la necesidad de establecer criterios análogos.

Interpretación del artículo 161 TRLPI: no implica la excepcionalidad de protección al artista extranjero por la ley española.—El artículo 161 protege incondicionalmente a los artistas nacionales de cualquier otro país. Y la alusión a los Convenios y Tratados internacionales y al principio de reciprocidad en el apdo. 3 del mismo artículo, para aplicarlos «en todo caso», debe interpretarse más como un cierre a cualquier resquicio que permita eludirlos, amparándose en el apdo. 2, que como la regla general de excepcionalidad propugnada en el motivo.

Exigencia de condena al pago de interés legal por mora de la cantidad que quede fijada en ejecución de sentencia: artículo 1.108 CC; no ha lugar.—La complejidad de cálculo impide de antemano considerar determinado el importe de la obligación principal. Doctrina idéntica a la de las Sentencias de 18 de febrero y 7 de abril de 2007. (STS de 15 de septiembre de 2010; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—AISGE y AIE demandan a DTD, S.A. la obtención de una remuneración equitativa y única por los actos de comunicación al público mediante la denominada radiodifusión vía satélite que, desde el día de comienzo de sus emisiones ha realizado la entidad televisiva de obras y/o grabaciones audiovisuales integradas por actuaciones artísticas. Asimismo insisten en que el importe deberá determinarse en ejecución de sentencia tomando como criterio de cálculo las tarifas generales que las actoras tienen comunicadas al Ministerio de Cultura, incrementadas con el IVA. La demandada contesta a la demanda y reconviene solicitando la presentación de cuestión prejudicial al TJUE sobre: 1) la compatibilidad de la Directiva 92/100/CEE con el reconocimiento simultáneo, compatible y acumulable de un derecho exclusivo a autorizar la comunicación pública de grabaciones audiovisuales a favor de productores audiovisuales y un derecho de remuneración equitativa y única por la comunicación al público de grabaciones audiovisuales

a favor de artistas junto con productores audiovisuales o en solitario para los artistas; y 2) el procedimiento y criterios más adecuados para fijar la «remuneración equitativa». En primera instancia, se desestima la demanda. Recurrido el fallo en apelación, la demanda es estimada parcialmente. (S. M. S.)

58. Propiedad intelectual. Reclamación de cantidad: liquidación y montante de la misma; supuesto de la cuestión: no es función de la casación la revisión de *quaestio facti*.—Se plantea cómo se ha ejercitado por SGAE lo previsto en el contrato, lo cual obvia que la sentencia de instancia declara probado el hecho base de la obligación y el montante de ésta, cuestión fáctica que no es función de la casación entrar en ella (así SSTs 30 de septiembre de 2009, 10 de abril de 2003, 29 de mayo de 2009, 19 de junio de 2007, 11 de junio de 2009, 2 de julio 2009, entre otras). (STS de 17 de septiembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—SGAE demandó a VMS S.L., hoy UMS, S.L., en reclamación de los derechos de autor correspondientes a la liquidación complementaria de 13 noviembre 2002 relativo al semestre de octubre de 2001 a marzo de 2002, demanda a la que se acumuló la presentada más tarde, en idéntica reclamación de la liquidación complementaria relativa al semestre de octubre 2003 a marzo de 2004 .

Las partes habían celebrado contrato de fecha 10 de noviembre de 1997, si bien se ha acreditado que desde que la sociedad demandada se incorpora a AFYVE en abril 1993 se rigen las partes por lo establecido en el «contrato tipo para la industria fonográfica 1985».

La sentencia de primera instancia, confirmada en apelación estima la demanda. La sentencia dictada en segunda instancia, objeto de los presentes recursos, afirma la validez de la reclamación, de la que no cabe duda ya que se trata de reclamación de derechos de autor, la corrección del montante reclamado y, añade literalmente: «... si no se ha producido deducción alguna por propaganda televisiva ha sido motivada por la propia conducta de la demandada, quien no ha facilitado los listados que le correspondían». (S. M. S.)

59. Propiedad intelectual. Reproducción sin autorización por medio de fotocopias en establecimientos abiertos al público. Indemnización exigible por infracción del derecho exclusivo de reproducción: interpretación del artículo 140 LPI; unificación de doctrina a la vista de sentencias contradictorias de Audiencias Provinciales.—En el caso resulta acreditado que la demandada ha realizado actos de infracción del derecho exclusivo de reproducción, habiendo prueba de la explotación sin autorización de tres obras, copiadas íntegramente, sin autorización, y cuyos derechos de propiedad intelectual gestiona la sociedad demandante. El artículo 140 LPI permite que el perjudicado opte, como indemnización, entre el beneficio que hubiera obtenido presumiblemente de no mediar la utilización ilícita o la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad

intelectual en cuestión. La demandante opta por la segunda alternativa y aplica la tarifa correspondiente a la licencia de reproducción mediante fotocopias de hasta un máximo del 10% de cada ejemplar, multiplicado por 10, teniendo en cuenta que la reproducción de las obras tenía lugar con carácter íntegro. Esta posibilidad es admitida y denegada dentro de la jurisprudencia menor. Esta Sala, en trance de unificar la doctrina, establece lo siguiente: 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 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 17 de mayo de 2010**; ha lugar, en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La representación procesal de CEDRO interpuso demanda contra el titular de un establecimiento comercial en el que se había realizado la reprografía no autorizada de obras impresas vulnerando los derechos de propiedad intelectual. El Juzgado de Primera Instancia consideró probada la explotación ilícita de las obras de la demandante. Habiendo optado la parte demandante, con arreglo al artículo 140 LPI, por la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación, se fijó la indemnización en la cuantía de multiplicar por 10 el importe de la tarifa general anual fijada para la autorización por la sociedad demandante, aplicando el CORSA previsto en la misma tarifa. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia. (*S. M. S.*)

60. Obligaciones del usufructuario. Conservación de la cosa usufructuada.—La obligación del usufructuario de conservar la forma y sustancia de la cosa usufructuada no puede asimilarse a la simple restitución de tal forma y sustancial, sino que requiere un respeto permanente por parte del usufructuario a dicha obligación durante todo el tiempo que disfrute de su derecho. Por tanto, no bastará con que en el momento final de entrega de la posesión al nudo propietario se restablezca la forma y sustancia que había desaparecido durante la vigencia del usufructo. Ello tiene una importancia especial en aquellos supuestos en los que el usufructo recaiga sobre una industria. Esta constante obligación de conservación de la forma y sustancia ha de permitir, por aplicación del artículo 467 CC, que la acción para pedir la indemnización se pueda ejercitar durante toda la vigencia del usufructo por el propietario perjudicado por el incumplimiento de la obligación del usufructuario. (**STS de 20 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La demandante originaria, usufructuaria de una industria de panadería, interpone demanda contra los nudos propietarios de ésta, solicitando la entrega de los beneficios de la

cosa usufructuada y la rendición de cuentas de la gestión de dicha industria.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a los demandados a abonar a la actora la suma solicitada, pero debiendo deducirse la cuantía correspondiente a los gastos y mejoras efectuados por los demandados durante el período de explotación. El Juzgado considera que, si bien la actora-usufructuaria incumplió su deber de conservar la cosa al dismantelar la industria de panadería y formalizar un contrato de arrendamiento del local donde ese negocio se asentaba, dado que los nudos propietarios no ejercitaron la acción para solicitar la posesión y la administración de la cosa, éstos tampoco podrán después ejercitar la acción de indemnización de daños y perjuicios mientras el usufructo estuviera vigente, sino que debían esperar para ello a la finalización de dicho usufructo.

Ambas partes recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de los demandados y estimó parcialmente el de la actora, revocando parcialmente la sentencia impugnada en cuando a suprimir la deducción del concepto gastos de la cantidad a abonar por los demandados.

Contra la sentencia dictada en apelación han recurrido en casación los demandados. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso, al entender que la obligación de conservación del usufructuario es continuada, luego la acción indemnizatoria sí puede ser ejercida durante la vigencia del ejercicio. Por ello, casa parcialmente la sentencia impugnada, a los efectos de condenar a la parte actora a indemnizar a los demandados por los daños y perjuicios causados por la eliminación por la actora-usufructuaria de la industria que formaba parte del usufructo. (G. M. A.)

61. Servidumbre voluntaria de paso. Obstáculo al goce de la servidumbre.—La doctrina jurisprudencial anteriormente sentada por el TS y citada por la parte recurrente no es de aplicación para la resolución del recurso. La especialidad de éste frente a la generalidad de los recursos presentados en este sentido es, precisamente, que la acción que se ejerce lo es de un derecho real inscrito, que se dirige, no contra la comunidad propietaria del predio sirviente, sino contra concretas personas, algunas de las cuales residen en dicho predio sirviente, que aparcan en la rampa de acceso al garaje de la actora, sobre la que está constituido en derecho real de servidumbre. Lo cual se aparta del supuesto habitual, en el que la cuestión jurídica se suele plantear entre los titulares de los predios sirviente y dominante. De ahí que el TS considere que la sentencia recurrida no puede contradecir la jurisprudencia referida por el recurrente. La Audiencia Provincial consideró probado que la conducta de los demandados consistente en aparcar en una zona de servidumbre suponía un obstáculo al goce de la servidumbre, sin que ello pueda ser rebatido en sede de casación, que no es una tercera instancia. (STS de 28 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un garaje demanda a determinados vecinos de la finca sirviente y a otros propietarios de los vehículos que aparcaban en la rampa de acceso al garaje.

La actora reclama la efectividad de su derecho real de servidumbre inscrito.

La sentencia de primera instancia desestima la demanda, por entender que no se ha probado que los demandados hayan causado un impedimento grave en el disfrute de esa servidumbre de paso.

Recurrida la sentencia por la parte actora, la Audiencia Provincial revoca la misma, estimando íntegramente la demanda. Razona la Audiencia que la servidumbre de paso constituida sobre la rampa del garaje es una servidumbre voluntaria que abarca la totalidad de la superficie de la rampa. Considera que aparcar en dicha rampa de acceso al garaje supone un obstáculo al goce de la servidumbre, menoscabando el derecho de paso de la actora.

Contra esta sentencia interponen recurso de casación los demandados. El Tribunal Supremo desestima el recurso, lo que conlleva la confirmación de la sentencia recurrida. (G. M. A.)

62. Precio del retracto. Precio real abonado superior al precio escriturado.—El Tribunal Supremo declara como doctrina jurisprudencial que el precio del retracto debe ser el precio real efectivamente abonado por el comprador, de tal forma que se deje a éste en situación de indemnidad económica tras el retracto, y ello con independencia de que dicho precio coincida o no con la cuantía que figure en la escritura pública de compraventa o con el valor de mercado del bien. Por tanto, no procede estimar el retracto por el «valor real» de tasación que resulte de la correspondiente prueba pericial, sino que el retrayente ha de pagar el precio realmente abonado por el comprador, una vez se acredite cuál fue. «Precio real» no significa «precio actual», luego la circunstancia de que haya transcurrido mucho tiempo entre la compraventa y el ejercicio de la acción de retracto no puede justificar la decisión de fijar como precio para el retracto una cantidad mayor de la realmente abonada en la compraventa, puesto que las consecuencias de la falta de comunicación al arrendatario de las circunstancias de la enajenación deben recaer en las partes intervinientes en la compraventa, y no en el retrayente. (STS de 7 de julio de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El arrendatario del inmueble, titular de un derecho de retracto, presenta demanda contra la compradora de éste. Manifestaba el demandante retrayente que en ningún momento se le había comunicado la existencia del contrato de compraventa, ni de los elementos fundamentales del mismo, incumplándose lo prevenido en el artículo 48.2 LAU de 1964. En base a ello solicitaba que su acción de retracto fuera estimada por el precio que la adquirente había entregado en concepto de compraventa del inmueble, más los gastos propios de dicha compraventa.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y acordó el derecho del actor a retraer la compra del inmueble litigioso por el precio efectivamente abonado por la compradora.

Se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. La Audiencia Provincial lo estima parcialmente, en el sentido de considerar que el precio del retracto no debía ser el precio real abonado por la compradora, sino el precio actual o valor de tasación del

inmueble en el momento actual. Razonaba la sentencia de apelación que el precio de compraventa del juicio de retracto había sido abonado hacía más de veinte años, luego no se correspondía en la actualidad con el valor del inmueble, al resultar inferior y desproporcionado en relación con el valor actual de lo vendido.

Contra la anterior sentencia recurre en casación la parte demandante. El Tribunal Supremo estima el recurso, revocando con ello la sentencia impugnada y confirmando la de primera instancia. El Alto Tribunal considera que se debe estimar el retracto de la finca por el precio abonado por la compradora más los gastos de la compraventa, por lo que condena a la demandada a otorgar escritura pública de compraventa a favor del actor, simultáneamente a la entrega de dicha cantidad.

NOTA.—La importancia de esta sentencia recae en su aptitud para clarificar la doctrina jurisprudencial relativa al precio del retracto. Las dificultades interpretativas surgen en aquellos supuestos dudosos en los que el precio de compraventa que aparece en la escritura pública es desproporcionado o escandalosamente inferior al valor del inmueble vendido. Las opciones interpretativas son dos. Uno, el precio del retracto a abonar por el retrayente será el precio real pagado por la parte compradora más los gastos de la compraventa. Dos, el precio del retracto será el del valor de mercado del inmueble en el momento del ejercicio de la acción de retracto. Esta doble interpretación deriva de la propia terminología empleada en la normativa (de «precio» habla el CC; de «precio» y de «valor», el Reglamento de Arrendamientos Rústicos), así como de las SSTs de 11 de enero de 1943 y de 22 de diciembre de 1950, que emplean de manera paralela ambos conceptos. La sentencia que se comenta sirve para unificar la doctrina jurisprudencial en este punto, decantándose por la primera de las opciones señaladas. De manera que, en adelante, se tendrá por precio del retracto el precio real efectivamente abonado por el comprador del inmueble, con independencia de que éste coincidiera o no con el valor actual del inmueble litigioso. (G. M. A.)

63. Venta de cosa ajena. Principio de fe pública registral.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que afirma que la aplicación del artículo 34 LH no requiere que se haya anulado o resuelto un contrato como presupuesto de aplicación del precepto, sino que dicha norma resulta perfectamente aplicable a los supuestos de venta de cosa ajena: Por tanto, el segundo comprador queda protegido (frente al primero) si cumple los requisitos del primer inciso del artículo 34.I LH, esto es, si adquirió de buena fe por título oneroso de titular registral e inscribió su título en el Registro de la Propiedad.

Venta de cosa ajena: Validez del contrato.—Aunque la cosa u objeto vendido no pertenezca al propietario al tiempo de celebrarse la compraventa, el contrato es válido y de él nacen obligaciones para las partes (que el vendedor de la cosa ajena podrá cumplir o no en función de si se hace con el bien para entregarlo al comprador). No es correcto afirmar que se trata de un contrato nulo o inexistente por falta de objeto. Por consiguiente, no es de aplicación sistemática el artículo 33 LH en los supuestos de venta de cosa ajena.

(STS de 20 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Fallecido el comprador de un inmueble, sus herederos ejercitaron la acción declarativa del dominio de unas fincas que el causahabiente había adquirido en virtud de documento privado de compraventa y que había dejado en situación de abandono tras cesar en un negocio de autoescuela. Fueron parte demandada tanto el vendedor de las fincas como los segundos compradores de las mismas, que —habiéndola adquirido por documento público de compraventa— constaban como titulares registrales al tiempo de la demanda. En ambas instancias se desestimó la pretensión de la parte demandante y se resolvió a favor de la parte demandada, al considerarse que la segunda adquisición quedó consolidada en virtud del principio de fe pública registral (art. 34 LH). En casación, no hubo lugar. (C. J. D.)

DERECHO DE FAMILIA

64. Divorcio: Efectos respecto de los hijos: Custodia compartida: Informe favorable en segunda instancia, no valorado.—La sentencia recurrida ha revocado la guarda y custodia compartida acordada en primera instancia, argumentando: *a)* que no es criterio de la sala sentenciadora acordarla excepto en los casos excepcionales que cita; *b)* que los padres no la adoptaron en el convenio regulador; y *c)* que el informe emitido en primera instancia no la aconsejaba claramente.

Pero olvida lo siguiente: *a)* que la medida de guarda y custodia compartida debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas; *b)* que si bien los padres no adoptaron este acuerdo en el convenio regulador, las circunstancias familiares son siempre cambiantes y por ello la LEC recuerda que en los procedimientos en los que deba tenerse en cuenta el interés del menor, no rige el principio dispositivo; *c)* que el informe emitido por los servicios psico-sociales como prueba en segunda instancia concluía que no solo había funcionado correctamente la guarda y custodia compartida desde la ejecución de la sentencia dictada en primera instancia, sino que era aconsejable seguir manteniéndola. Dicho informe no es vinculante, pero ofrece elementos para decidir que no han sido tenidos en cuenta para acordar una u otra solución en el presente supuesto, y *d)* que el informe del Ministerio Fiscal es favorable a la guarda y custodia compartida.

Por ello, esta Sala, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional 16, LEC, entiende que, a la vista de los anteriores razonamientos, debe confirmar la sentencia pronunciada en primera instancia, acordando la guarda y custodia compartida del menor, a la vista del informe favorable del Ministerio Fiscal y teniendo en cuenta los informes psico-sociales, que se mostraban favorables a dicho régimen, porque lo contrario sería otorgar virtualidad a la vulneración del principio de proscripción de la arbitrariedad del

que es reflejo la sentencia objeto del recurso (**STS de 1 de octubre de 2010**; ha lugar.) (Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.)

NOTA.—Se va consolidando una mesurada doctrina jurisprudencial de la Sala 1.^a sobre la controvertida guarda y custodia compartida (ha llegado a calificarse de *malograda* innovación estatal: TENA PIAZUELO, *Custodia compartida en Aragón (Ley 2/2010): ¿niños de primera?*, Aranzadi civil-mercantil, abril, 2011, p. 81). La sentencia extractada menciona las SSTs de 10 de septiembre y 8 de octubre de 2009, a las que puede añadirse la de 28 de septiembre, del mismo año y Ponente (extractada y anotada en ADC, 2010, pp. 1996 y s.). Hay una clara censura a la postura mantenida por la AP sobre el *thema debatendi* en la sentencia de apelación. (G. G. C.)

65. Divorcio: Pensión compensatoria: Doctrina general sobre la temporalidad.—El establecimiento de un límite temporal para la percepción de la pensión compensatoria, además de ser tan solo una posibilidad para el órgano judicial, depende de que con ello no se resienta la función de compensar el desequilibrio que le es consustancial. Esta exigencia obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas, entre los factores que enumera el artículo 97 CC, que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la persona beneficiaria para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del mismo. En el juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre. Las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, ya sea en el sentido de fijar un límite temporal a la pensión, ya en el de justificar su carácter vitalicio, habrán de ser respetados en casación siempre que aquellas sean consecuencia de la ponderada valoración de los factores a que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC. Sólo es posible revisar este juicio en casación cuando el juicio prospectivo se muestra ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia.

En este caso el juicio prospectivo de la Audiencia Provincial acerca de la imposibilidad de que la actora pueda obtener en un plazo concreto (ni siquiera el de siete años recogido en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia) un empleo que le permita gozar de medios propios para obrar autónomamente, no es gratuito o arbitrario, sino que se alcanza valorando, con parámetros de prudencia y ponderación, factores concurrentes, como su edad de 49 años, la invalidez reconocida como consecuencia de una minusvalía del 33%, su falta de experiencia profesional continuada, y la ausencia de cualificación laboral, los cuales en conjunto le sirven para formar la convicción de que la función de compensar el desequilibrio sólo puede entenderse cumplida fijándola con carácter vitalicio (**STS de 29 de septiembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

66. Unión de hecho: Acción de división de la cosa común: Aplicación de las reglas de la comunidad romana.—El motivo intenta que se apliquen las reglas de liquidación del régimen de gananciales en un supuesto de liquidación de las relaciones económicas mantenidas por dos personas que han formado una unión de hecho y que han adquirido una serie de bienes en común, por acuerdos voluntarios que han llevado a la creación de distintas

comunidades particulares sobre los bienes adquiridos. Las razones que llevan a la inaplicación de las reglas que rigen la comunidad matrimonial son las que se expresan a continuación:

1.^a Esta Sala ha venido manteniendo de forma reiterada que la unión de hecho es una situación no equiparable al matrimonio. La STS de 12 de septiembre de 2005 declara de forma taxativa que la unión de hecho no tiene nada que ver con el matrimonio, aunque ciertamente ambas instituciones se encuentran en el ámbito del derecho de familia. La STS de 8 de mayo de 2008 dice que no puede aplicarse por analogía la regulación establecida para el régimen económico matrimonial porque al no haber matrimonio, no hay régimen. La consecuencia de la exclusión del matrimonio es precisamente la exclusión del régimen. En los casos de la disolución de la convivencia de hecho, no se impone la sociedad de gananciales, sino que cabe deducir de los hechos que se declaran probados una voluntad de constituir una comunidad, sobre bienes concretos o sobre una pluralidad de los mismos; y en ello están de acuerdo las SSTS de 22 de febrero y 19 de octubre de 2006, que exigen el pacto, expreso o tácito, para considerar establecida una comunidad de bienes.

2.^a En este caso consta la voluntad de los convivientes de adquirir conjuntamente una serie de bienes constante la convivencia, ya que se pusieron a nombre de ambos, independientemente de quién hubiera pagado la contra-prestación en la adquisición.

3.^a Consecuencia de ello, acabada la convivencia, se ejercita una acción de división de las cosas comunes en la que el conviviente pide a efectos de la valoración de los bienes y su posterior adjudicación, que se tengan en cuenta una serie de créditos que él ostentaba y que afectaban al valor final y estas operaciones son las que llevan a cabo tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial en la sentencia que se recurre.

4.^a Todo lleva a la conclusión de que lo pedido en la demanda origen de este recurso se refiere pura y exclusivamente a la acción de división de cosas comunes, ejercitada a través del artículo 400 CC y no de las normas sobre gananciales, que no se han aplicado porque lo impide la propia naturaleza de la unión de hecho que excluye el régimen económico. Sin embargo, la jurisprudencia admite la comunidad romana de bienes cuando así lo pacten las partes convivientes, que es lo que ha ocurrido en este supuesto. Por lo que no es este el procedimiento adecuado para discutir si caben o no entre los convivientes compensaciones de otra naturaleza, derivadas de enriquecimiento injusto o de otro tipo de desequilibrios (**STS de 7 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (*G. G. C.*)

67. Arrendamiento de larga duración sobre inmuebles gananciales, y venta de los mismos, otorgado por el esposo que es tutor de su cónyuge, sin autorización judicial: Tipo de ineficacia.—La primera de las cuestiones que debe fijarse es la relativa a si un acto de disposición que requiere el consentimiento de ambos cónyuges, puede ser realizado por el capaz, actuando por sí mismo y a la vez como tutor del cónyuge incapacitado, y se responde negativamente a la vista del artículo 1.389 CC, aplicable también al supuesto del arrendamiento contratado por un plazo de veinticinco años, tratándose de un acto de disposición y no de administración, por lo que entra en funcionamiento el pár. 2.º de dicho precepto. La segunda cuestión es el tipo de ineficacia que corresponde a los actos de disposición sobre bienes inmuebles efectuados por el cónyuge capaz sin la preceptiva autorización, supuesto al que no puede aplicarse la doctrina de las sentencias del Pleno de esta Sala

de 22 de abril y 8 de julio de 2010, que declaran la nulidad de los actos de disposición efectuados por el titular de la patria potestad y por el tutor sin la autorización judicial. Tal imposibilidad deriva de la existencia de normas específicas y expresas relativas a la ineficacia de los actos de disposición relativos a bienes gananciales efectuados por el esposo tutor sin autorización judicial. El artículo 1.322 CC establece un régimen de anulabilidad al que por idéntica razón obedece el artículo 1.398.2.

Dies a quo del plazo de caducidad.—Por aplicación del último párr. del artículo 1.301 hay que aplicar la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales por muerte del marido capaz, en 1995, momento a partir del cual, el hijo heredero y, a la vez, tutor de su madre pudo haber ejercido la acción para anular el contrato otorgado por su padre sin autorización judicial. Habiendo ejercitado la acción el 31 de enero de 2005, había transcurrido ya el plazo de caducidad (**STS de 23 de septiembre de 2010**; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

68. Reserva troncal del artículo 811 CC: Requisitos: Interpretación restrictiva: Bienes que han retornado a la línea de donde los bienes proceden.—El artículo 811 CC establece una reserva denominada troncal cuya historia es de sobra conocida y que fue introducida con la finalidad de *evitar el peligro de que los bienes poseídos secularmente por una familia pasen bruscamente a título gratuito a manos extrañas, por azar de enlaces o muertes prematuras* (SSTS de 19 de noviembre de 1910, 7 de noviembre de 1927, 17 de junio de 1967, 21 de octubre de 1991 y 29 de junio de 2006, entre otras). Con esta finalidad, el CC diseña una institución que introduce una modalidad sucesoria que modifica el curso ordinario de la sucesión. Por ello esta Sala la ha interpretado de forma restrictiva, tal como señala la STS de 26 de noviembre de 1943 y acepta la de esta Sala de 13 de marzo de 2008, que señala que debe interpretarse el artículo 811 en el sentido que *basta que no pasen los bienes a línea distinta de la originaria para que la institución de la reserva haya cumplido su finalidad*, concluyendo con otras sentencias de esta Sala que *de este modo, después de fallecido el reservista, quedará satisfecha la reserva si los bienes objeto de la misma pasan a los parientes del descendiente del que heredó que estén dentro del tercer grado. Esta es la solución más acorde con el principio de libertad de disposición testamentaria.*

Conforme al artículo 811 es preciso que concurran los siguientes requisitos: 1.º Que se hayan producido dos transmisiones, de modo que el causante de la reserva haya adquirido bienes a título lucrativo de un ascendiente. Lo que se ha producido en este caso pues doña Gabriela había adquirido los bienes que formaron su patrimonio hereditario a través de la herencia de su madre (doña Eulalia), que incluía los bienes de su padre (don Diego). 2.º Que haya tenido lugar una transmisión del descendiente al ascendiente, situación que también se produce ya que la abuela doña Sacramento sucedió a su nieta, doña Gabriela. 3.º Que la adquisición se haya producido por ministerio de la ley, requisito que también se da porque la abuela sucedió abintestato. 4.º Aunque es cierto que los reservatarios (hijos del primer matrimonio de don Diego) pertenecen a la línea de donde proceden los bienes, y que estos salieron del patrimonio del padre en el momento en que los atribuyó por testa-

mento a su segunda esposa, también es verdad que volvieron a la línea de origen cuando doña Gabriela adquirió la herencia de su madre, entre los que figuraban los bienes reservables, y siguieron en la misma línea cuando los adquiere abintestato su abuela, no procediendo aplicar la reserva como en supuesto semejante estableció la STS de 13 de marzo de 2008.

Retracto social a favor de los socios en caso de venta de acciones a terceros: Carecen de legitimación quienes no son socios.—Si el derecho de retracto debía ejercitarse de acuerdo con los estatutos sociales, hay que recordar que estos lo establecen a favor de los socios, y, en su defecto, de la propia sociedad, y los herederos legitimarios de un socio fundador no están legitimados para hacer valer aquél ya que no ostentan esta última cualidad (**STS de 21 de octubre de 2010**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Se dice —con toda razón— en el 2.º FD que «el supuesto de hecho presenta una serie de frentes de bastante complejidad». Hay un trasfondo económico representado por una empresa familiar, al parecer próspera, que lleva funcionando bastantes años, y tienen lugar determinadas acciones (por ej. transmisiones fiduciarias a personas de confianza) llevadas a cabo por uno de los socios fundadores con ocasión de divorciarse y contraer nuevo matrimonio, con la aparente finalidad de marginar patrimonialmente en lo posible a los tres hijos del primer matrimonio, con la complicidad de varios familiares. Los acontecimientos familiares se precipitan pues fallecen en accidente de circulación su segunda esposa y la hija de ambos (esta última, no simultáneamente, sino al día siguiente de morir su madre), resultando que la abuela paterna hereda a esta última. Los legitimarios invocando su calidad de reservatarios accionan contra esta última persiguiendo exclusivamente un reducido paquete de acciones que había enajenado aquélla. La Sala aplicando una depurada doctrina jurisprudencial —que parece prevalecer últimamente— rechaza la aplicación del artículo 811 porque los bienes reservados habían retornado a la línea de origen, y también rechaza el ejercicio de un derecho estatutario de retracto sobre un reducido paquete de acciones enajenado a terceros. En realidad parece que la parte cuantitativamente mayor de las pretensiones de los hijos del primer matrimonio estaban ya satisfechas al no haberse recurrido en casación esa parte de la sentencia de la Audiencia Provincial en que se declaran nulas por simulación absoluta determinadas transmisiones realizadas fraudulentamente por su progenitor y por la abuela paterna, y que se ordena reintegrar a la herencia de aquél. (*G. G. C.*)

69. Desahucio por precario sobre bienes hereditarios antes de la partición: Doctrina general.—La partición hereditaria tiene por objeto la transformación de las participaciones abstractas de los coherederos sobre el patrimonio relicto en titularidades concretas sobre bienes determinados, bien en propiedad exclusiva, bien en proindivisión, ya que de la comunidad hereditaria puede pasarse, por vía de partición, a un estado de indivisión regido por las normas de la comunidad ordinaria (art. 392 CC y SSTs de 20 de octubre de 1992, 25 de abril de 1994, 6 de marzo de 1999, 28 de junio

de 2001 y 25 de junio de 2004). Las SSTS de 26 de febrero y 8 de mayo de 2008 han declarado que *si algún heredero hace uso exclusivo de algún bien, al no tener título que ampare su posesión, se coloca como precarista siendo viable la acción de desahucio ejercitada, mas esa concepción en modo alguno puede comportar la inexistencia del derecho a coposeer como emanación del derecho de propiedad, no encontrándonos ante una posesión sin título, sino ante un posible abuso en el ejercicio del derecho, exceso que queda determinado por el uso en exclusiva de un concreto bien, que necesariamente comporta el implícito derecho a poseer por parte de los coherederos*. Esta Sala tiene declarado que hasta que no se efectúe la partición por cualquiera de los medios admitidos en Derecho no adquieren los herederos la propiedad exclusiva de cualquier bien hereditario (SSTS de 3 de junio de 2004 y 17 de diciembre de 2007). En el presente caso no aparece acreditado que se hubiera verificado la partición de los bienes hereditarios, y tampoco la división de bienes, ni su adjudicación. En el periodo de indivisión que precede a la partición hereditaria los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, permaneciendo indeterminados sus derechos hasta que la partición se realice, y en este estado de indivisión, ningún heredero puede reclamar para sí, sino para la comunidad hereditaria. La partición tiene carácter de operación complementaria de la transmisión y es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de propiedad sobre bienes determinados (STS de 4 de mayo de 2005).

Acciones de desahucio entre coherederos antes de la partición: Coheredero minoritario que se apodera de la totalidad del bien hereditario.—Según la sentencia recurrida, cuya doctrina hace suya la Sala, al demandado sólo le corresponde la nuda propiedad de una parte minoritaria del bien, título que no ampara, a los efectos del desahucio, la posesión que pretende, mientras que la actora tiene la plena propiedad de la mitad del bien, correspondiendo el usufructo sobre el todo a la madre de los litigantes, por lo cual procede el desahucio ejercitado. Lo contrario supondría autorizar o consolidar una posesión de hecho incontestada por los demás coherederos, sin pagar renta alguna (**STS de 16 septiembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.] (G. G. C.)

70. Rendición de cuentas entre coherederos: Prescripción de la acción.—Esta acción no figura en los casos de prescripción quinquenal, recogidos en el artículo 1.966, 3.º CC, puesto que no se trata de pagos que hayan de hacerse por años, sino de una obligación general de rendición de cuentas que generará o no unos pagos; al no tener atribuido un plazo específico, deberíamos aplicar el general del artículo 1964, pero es más correcto entender que en realidad se trata de una acción de restitución entre coherederos sobre la base del artículo 1.063 CC (STS de 10 de junio de 2010). Es decir, un coheredero, como lo es el demandado, no puede retener en perjuicio de los demás los frutos que debe compartir según el artículo 1.063, porque si lo hace, está incurriendo en un supuesto de enriquecimiento sin causa, ya que dicho precepto obliga al abono recíproco de las rentas y frutos obtenidos durante la indivisión. Al no haberlo hecho el recurrente, puede admitirse el argumento de que nos hallamos ante una acción que sigue las peripecias de la indivisión de la comunidad, por lo que entre coherederos no prescribe.

Supuesta negligencia del Administrador judicial.—La sentencia recurrida da por probado que el demandado nunca rindió cuentas ante nadie, pero el recurrente se ampara en una supuesta negligencia del administrador judicial de la herencia para justificar su conducta. Según el artículo 1.008.2

LEC 1.881, vigente a la sazón, este no tenía las facultades que le atribuye el recurrente, sino las de ejercitar las acciones que pudieran corresponder al difunto y aquellas que fuesen necesarias hasta la declaración de herederos por sentencia firme, lo cual efectuó dicho administrador. Son dos cosas distintas la eventual negligencia de la comunidad hereditaria y la negativa a rendir cuentas, no pudiendo utilizarse la primera para justificar la segunda.

Las subvenciones de la PAC como fruto industrial.—Según la STS de 14 de diciembre de 1998, dada la amplitud que el artículo 355 CC atribuye a los frutos industriales hay que incluir en ellos las subvenciones agrícolas de la PAC, en cuanto se corresponde con ellos el beneficio económico o utilidad que, como rendimiento patrimonial, genera la explotación, sin excepciones. Esta argumentación referida a la subvención efectuada al aparcerero es plenamente aplicable al caso.

Aplicación supletoria de las normas liquidatorias en la posesión: La situación posesoria del demandado estaba directamente relacionada con sus derechos a poseer la cosa perteneciente a una comunidad hereditaria, que tiene como marco básico el artículo 1.063 CC, y que se remite indirectamente a las normas sobre liquidación de la posesión, al ser las únicas que resuelven todos los supuestos de dicho precepto. No se trata estrictamente de una rendición de cuentas, sino de una liquidación en el sentido a que alude el artículo 1.063, que obliga a los coherederos a abonarse recíprocamente en la partición las rentas y frutos que cada uno de ellos haya percibido, los gastos útiles y necesarios y los daños ocasionados por malicia o negligencia, incluyendo la conversión en poseedor de mala fe (**STS de 19 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La causante de la sucesión era tía de todas las intervinientes en el proceso, primos por tanto entre sí y ostentando la cualidad de herederos de aquélla. En 1984 se tramitó un juicio de abintestato, aprobándose las operaciones particionales en 1994; los contadores partidores efectuaron reserva de las acciones que correspondían a los ahora actores; el administrador judicial declara que el demandado ha venido poseyendo las fincas rústicas discutidas desde la muerte de la causante sin rendir nunca cuentas de su explotación. La sentencia de primera instancia, confirmada en apelación, distinguió dos periodos en el procedimiento de partición, el primero desde 1981 hasta 1994, respecto del cual el demandado debe abonar a los coherederos el rendimiento neto correspondiente al cultivo de las fincas explotadas, el segundo desde la partición realizada en 1994 hasta la presentación de la demanda en la que debe ser considerado poseedor de mala fe. El TS confirma el fallo. Se trata de una situación, en apariencia, claramente abusiva, de explotación de fincas ajenas careciendo de título, aunque las relaciones de parentesco entre todos ellos (tía causante y sobrinos coherederos) que conduce al resultado de que todos pertenecen a la misma comunidad hereditaria, obliga a matizar el juicio. Hasta podría ocurrir que el demandado, en algún momento, pudo llegar a crear, más o menos fundadamente, que sería heredero único de la causante, lo que, en la realidad, no sucedió (*G. G. C.*)

DERECHO MERCANTIL

71. Sociedades de capital. Retribución del administrador. Necesidad de que exista la suficiente transparencia y control sobre su establecimiento.—La jurisprudencia ha ido perfilando en los últimos tiempos una doctrina contraria a la posibilidad de que la retribución del administrador de las sociedades de capital se sustraiga a la transparencia exigida por las LSA y LSRL, por el expediente de crear un título contractual de servicios de alta dirección con causa onerosa, en tanto no sea posible deslindar esa prestación de la debida a la sociedad por el administrador en el funcionamiento de la relación societaria; y en tal sentido se pronuncian las SSTs de 29 de mayo de 2008, 5 de marzo de 2004 y 21 de abril de 2005. Esta doctrina se inspira en la conveniencia de hacer efectivo el control de los socios sobre la política de retribución de los administradores, mediante una imagen clara y completa de ella, incluidos los contratos de empleo suscritos por los mismos con las sociedades.

Contrato de arrendamiento de servicios. Diferencias con las funciones encomendadas al administrador social. Carácter retribuido del arrendamiento. Honorarios del abogado. La gratuidad para el desempeño del cargo de administrador lo es para realizar las funciones de gestión, dirección y representación de la compañía y no para aquellas otras expresamente previstas en la LSRL, que considera bastante el acuerdo de la junta general para el establecimiento o modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre sociedad y administrador, como es la que se desarrolla en el marco de una relación contractual, propia de una prestación de servicios profesionales como Letrado, ajena a la administración y al mandato estatutario, que ha sido además consentida y establecida por la misma sociedad, que de otra forma hubiera necesitado contratar estos servicios fuera de la misma. En virtud de esta relación, el Letrado compromete su esfuerzo o trabajo para el logro de un determinado fin, siendo una de las características de esta relación el precio a que se refiere el artículo 1.545 CC (STS de 28 de septiembre de 2010; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Luis M. era administrador de la mercantil NRG, S.L. y, como tal, actuó en diferentes procesos de ejecución instados por dicha sociedad. Al tiempo que ejercía como administrador se encargó también, en su calidad de abogado en ejercicio, de la representación y defensa en juicio de los intereses de aquella. Después de cesar en su cargo y a la vista de su pretensión de que se le retribuyera el trabajo desempeñado como abogado, la mercantil presentó demanda en su contra con solicitud de que se reconociera que siempre actuó en su condición de administrador, sin que existiera un contrato de arrendamiento de servicios y, en consecuencia, se negara el derecho de don Luis M. al cobro de honorarios y se le condenase a la restitución de los que hubiera podido percibir por tal concepto. El Juzgado de Primera Instancia acogió en lo sustancial la demanda planteada, pero la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó el recurso de apelación del demandado y reconoció la existencia de un vínculo contractual entre aquéllos; no obstante lo cual, tomando en cuenta el carácter gratuito del cargo de administrador y la ausencia de voluntad de retribuir dichos servicios, consideró que don Luis M. no tenía

derecho a retribución o pago alguno. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación del demandado. (*L. A. P. M.*)

72. Contrato de concesión comercial. Concesión en exclusiva. No se altera su naturaleza por la posibilidad de que el concedente pueda vender los mismos productos en casos excepcionales.—De la lectura de la cláusula controvertida se llega a la conclusión de que la voluntad de la partes era celebrar un contrato de distribución en exclusiva, puesto que la concedente se reservaba el derecho a vender por otra vía distinta al distribuidor determinados vehículos en supuestos excepcionales y con el fin de contribuir con ello a la imagen de marca. Una interpretación distinta no tendría sentido, puesto que si la concesionaria no fuera distribuidora en exclusiva, no sería necesario que se recogiese en el contrato la facultad de que la fabricante pudiera vender por otra vía los vehículos en cuestión. De suerte que la designación del concesionario en el contrato como «concesionario no exclusivo» se refiere a la posibilidad de que éste pudiera seguir distribuyendo otras marcas, circunstancia que era conocida y aceptada por la concedente, y que quedó corroborada por los actos coetáneos y posteriores de ambas partes. (**STS de 7 de julio de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La mercantil MME, S.A., fabricante de vehículos, demandó a su concesionaria MM, S.A. solicitando la declaración de quedar resuelto el contrato de concesión y el abono de determinadas cantidades en concepto de daños y perjuicios. La concesionaria se opuso y formuló reconvenición en la que pidió se declarara que la resolución era abusiva y que lesionaba sus intereses al conllevar la pérdida de clientela e inversiones y proyectos. Asimismo, denunció el incumplimiento de la actora al haber celebrado otro contrato de concesión con otra empresa para el mismo territorio de la reconviniente, cuando aún estaba vigente el contrato de concesión en exclusiva que les ligaba. La actora reconvenida opuso por su parte la inexistencia de concesión en exclusiva. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda principal y desestimó la reconvenición. La Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso de apelación de la concesionaria y declaró la existencia de perjuicios por la resolución unilateral y la violación del contrato por la actora principal. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la actora. (*L. A. G. D.*)

73. Privilegios de los créditos tributarios en el concurso: incompatibilidad de la LGT 58/2003 y la LC 22/2003.—Existen dos posibles interpretaciones sobre la regulación que realizan ambas normas de los privilegios de los créditos tributarios. Así, la primera de ellas sostiene la incompatibilidad entre los dos textos legales en lo relativo a esta materia. Según la misma, el artículo 77.2 de la Ley 58/2003 derogó tácitamente el régimen de privilegios de los créditos tributarios contenido en la Ley 22/2003, en el caso de que el concurso del deudor diera lugar a la liquidación, por ser aquella más moderna que ésta. Por el contrario, conforme a la otra interpretación no se ha producido la derogación tácita dado que la incompatibilidad no existe. Para esta segunda interpretación, la incompatibilidad puede superarse mediante

una interpretación adecuada que, sin coincidir necesariamente con la voluntad del legislador, ha de ser respetuosa con el sistema concursal previsto por la Ley 22/2003. (**STS de 29 de septiembre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—En el incidente concursal regulado por la Ley 22/2003, el abogado del Estado, en representación de la AEAT, discrepa con la calificación del crédito del que es titular la AEAT contra la sociedad concursada, incluido por la administración concursal en la lista de acreedores. Este crédito fue calificado por la administración concursal en parte como privilegiado de modo general conforme a los apartados segundo y tercero del artículo 91 de la Ley 22/2003 y, en otra parte, como subordinado, conforme al artículo 92 de la misma ley.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda incidental. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la AEAT. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. C. M.*)

74. Calificación del crédito tributario.—La enumeración de los créditos subordinados del artículo 92 de la Ley 22/2003 no responde a un fundamento único y, aunque es cerrada, el legislador utiliza fórmulas amplias, para cuya comprensión resulta de especial interés las significativas referencias de la exposición de motivos de la Ley en las que se justifica la calificación por el carácter accesorio (intereses) o por la naturaleza sancionadora (multas), añadiendo que «a estos efectos conviene precisar que la categoría de créditos subordinados incluye los intereses devengados y sanciones impuestas con ocasión de la exacción de los créditos públicos, tanto tributarios como de la seguridad social». Así, según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (SSTS de 21 de enero, 22 de junio y 20 de septiembre de 2009), los créditos tributarios por recargo de apremio dotan de carácter accesorio a la obligación de abonarlos, que tiene, en sentido amplio, una naturaleza sancionadora por falta de cumplimiento de la deuda tributaria principal, razón por la cual entran en la previsión del precepto.

Derogación tácita de una norma por su incompatibilidad con otra.—En nuestro sistema rige un principio de coherencia, imperativo para el intérprete y el legislador, a los que impone buscar, en primer lugar, la compatibilidad lógica entre la norma moderna y la antigua, para superar, con los medios técnicos a su servicio, las antinomias y contradicciones posibles. Sólo en defecto de esta posibilidad se ha de dar entrada al instituto de la derogación tácita, para salvar la cohesión de todo el sistema mediante la afirmación, en el caso, del cese de la vigencia de una de las leyes en conflicto. En el supuesto previsto en el artículo 2.2 CC de derogación tácita de una norma legal por su incompatibilidad con otra, no es el legislador quien establece expresamente el cese de vigencia de la primera por haber cambiado su voluntad en la segunda, sino que ha de ser el juez quien, al resolver el conflicto que le hubiera sido planteado sobre una materia regulada por ambas, debe decidir, previamente, si lo ha de hacer mediante la aplicación de una o de otra. Para afirmar esta incompatibilidad es necesaria una labor hermenéutica de averiguación de los contenidos de ambas y de la relación lógica que exista entre éstos. En tal tarea de interpretación tiene gran utilidad identificar tanto la voluntad del legislador

al elaborar la nueva Ley, como la *voluntas legis*, esto es, la voluntad objetiva e inmanente en el texto promulgado. En esta labor hermenéutica de búsqueda de la conocida como voluntad de la ley desempeña un papel importante el llamado canon de la totalidad o del sistema previsto en el artículo 3 CC, que posibilita la recíproca iluminación del significado de cada precepto, poniéndolo en relación con el sistema al que pertenece y en el que se organiza y articula. (STS de 30 de septiembre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—El abogado del Estado, en representación de la AEAT, interpone demanda incidental para impugnar la lista de acreedores de la sociedad concursada incluida en el informe de la administración concursal. Entre otros argumentos, discrepa con la calificación de los créditos tributarios por los recargos devengados por falta de ingreso puntual de las retenciones a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas, calificados por la administración concursal como crédito subordinado y no como crédito dotado del privilegio general reconocido en el artículo 91.4 de la Ley Concursal 22/2003, como sostiene la demandante.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda incidental de impugnación del informe de los administradores concursales interpuesta por el abogado del Estado. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la AEAT. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (M. C. C. M.)

75. Quiebra. Retroacción. Fe pública registral. Nulidad de los actos realizados dentro del periodo de retroacción del artículo 878.2 CCO: no alcanza a las transmisiones efectuadas a favor de subadquirentes, que no adquieren del quebrado, y que actúan dentro de los términos del artículo 34 LH.—De acuerdo con la doctrina jurisprudencial imperante en la actualidad, la nulidad declarada en el segundo párrafo del artículo 878 CCO, no es automática, ni absoluta, ni originaria, ni estructural; sin que afecte por igual a todos los actos del quebrado, pues han de excluirse los que correspondan al giro o tráfico ordinario; ni puede proyectarse tampoco sobre actos que no significaran un perjuicio para la masa; ni deben afectar a los subadquirentes de buena fe. Y así, la doctrina que se ha impuesto en la jurisprudencia de esta Sala es que la nulidad no alcanza al acto de disposición que no ha sido realizado por el quebrado sino por el adquirente de éste, es decir, se protege al subadquirente, que es el único verdadero tercero hipotecario, con los demás requisitos del artículo 34 LH, al que se le aplica el principio de fe pública registral; destacándose además, junto a la habilidad del vendedor para transmitir, que consta en el Registro, sobre todo la ajenidad de los interesados respecto de cualquier maniobra de desposesión por el quebrado. Siendo esta tesis más conforme con la finalidad de la norma, que persigue la reintegración cuando se ha producido una injustificada e inaceptable disminución patrimonial; de modo que, de no darse esta disminución patrimonial, carece de sentido que se utilicen las acciones que se dirigen a la reintegración. Idea, por demás, que ha sido plasmada en la vigente Ley Concursal (entre muchas, SSTS de 14 de junio de 2000, de 3 de abril de 2002, de 7 de diciembre de 2005, de 14 de febrero

de 2006 y de 10 de diciembre de 2009). (STS de 29 de julio de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de la sociedad IF, S.L. demandó a ésta, así como a BCL, S.A., y a don G. y doña H., en ejercicio de una acción de nulidad de actos realizados dentro del periodo de retroacción de la quiebra, y solicitó la declaración de nulidad de las hipotecas constituidas sobre un piso de la quebrada, así como de las respectivas inscripciones registrales y, fundamentalmente, de la transmisión a don G. y doña H. del referido piso por parte de BCL, S.A., entidad que había adquirido el inmueble en el procedimiento de ejecución hipotecaria instado contra la sociedad insolvente. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Madrid desestimaron la demanda al considerar que la nulidad declarada en el artículo 878 CCO no podía alcanzar a las adquisiciones efectuadas por terceros de buena fe, a título oneroso y conforme al Registro de la Propiedad, en el que no constaba la condición de quebrada de la mercantil ejecutada. De manera que, al tener los demandados la condición de subadquirentes, estaban protegidos por la fe pública registral. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la actora. (C. O. M.)

76. Concurso de acreedores. Acción de rescisión y de reintegración de bienes a la masa. Procede cuando la transmisión constituye un sacrificio patrimonial injustificado.—La venta se hizo por un precio notablemente inferior al del mercado, lo que produjo una disminución del valor del patrimonio de la entidad vendedora, constituyendo un sacrificio patrimonial injustificado. Las circunstancias concurrente no sólo no justifican la venta, sino que incluso explican el porqué se realizó una operación que era perjudicial para la vendedora y sus acreedores, y muy beneficioso para la sociedad compradora, uno de cuyos socios era acreedor de la concursada. Es especialmente significativo que, en la misma fecha en que se formalizó la compraventa, los hijos del administrador de la sociedad deudora entraron a formar parte como socios de la compradora mediante una ampliación de capital. A lo que cabe añadir la falta de pago de parte del precio de la venta que puso al descubierto el incidente concursal. (STS de 27 de octubre de 2010; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La administración concursal de la mercantil ERO, S.L. demandó la rescisión de la compraventa llevada a cabo por ésta a favor de la entidad OPIA, S.L., por considerarla fraudulenta y gravemente perjudicial para los intereses de los acreedores, y la consiguiente reintegración de los bienes vendidos a la masa del concurso. La operación había consistido en transmitir, semanas antes de solicitar la declaración de concurso, la propiedad de varias parcelas a la compradora que, a la sazón, era acreedora de la sociedad vendedora, por un precio notoriamente inferior al de mercado. Dándose la circunstancia de que, en la misma época, los hijos del administrador de la concursada habían entrado a formar parte como socios de la compradora, de forma que se había producido una interesada despatrimonialización de la compañía en perjuicio del resto

de acreedores. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Barcelona estimaron la demanda y condenaron a la restitución recíproca de las parcelas y del precio. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la sociedad compradora. (*L. A. G. D.*)

DERECHO PROCESAL

77. Valoración de la prueba en el recurso extraordinario por infracción procesal.—La valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva de los juzgadores que conocen en las instancias, no es revisable en el recurso extraordinario por infracción procesal, salvo cuando se conculque el artículo 24.1 CE, por incurrirse en error palmario, irracional o arbitrariedad. En tal caso, el error en la valoración de la prueba debe plantearse al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, sin que pueda ser canalizado por la vía del artículo 469.1.2.º LEC. Este motivo de infracción procesal está reservado al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia». Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y sus requisitos internos, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba. En definitiva, pues, la cita del artículo 469.1.2.º LEC no puede amparar la revisión de la valoración probatoria efectuada por los tribunales de instancia.

Presunción de inocencia.—La presunción de inocencia se extiende a cualquier efecto jurídico desfavorable, aun en el ámbito civil y administrativo, en cuanto se trate de resoluciones judiciales basadas en hechos afirmados en el correspondiente procedimiento que no se reconozcan acreditados. Para que resulte admisible esta presunción —que puede ser destruida por cualquier medio de prueba libremente valorado por el juez o tribunal que conoce de la cuestión—, ha de fundamentarse en que la aplicación de la decisión judicial se haya producido sin apoyo alguno, pero no así en el modo en que hayan sido valoradas las pruebas. (**STS de 13 de octubre de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los demandados presentan una denuncia contra el actor por presuntas irregularidades delictivas en la cuenta corriente del partido político al que pertenecen, tanto el actor como los demandados. Posteriormente, la presentación de la denuncia es utilizada de manera mediática por uno de los demandados, quien informa de la misma a un medio de comunicación que publica la noticia. Según los hechos probados, el demandado no se limitó a informar, sino que incorporó ciertos matices tendentes a perjudicar la imagen del actor. Por ello, este último interpone demanda contra los denunciados para la protección de su derecho al honor.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda contra uno de los demandados y la desestima frente al otro. La Audiencia Provincial desestima el recurso interpuesto por el codeemandado y confirma la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el demandado. (*M. C. C. M.*)