

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, Margarita CASTILLA BAREA, M.ª Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, M.ª Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Nieves MORALEJO IMBERNÓN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Laura ZUMAQUERO GIL.**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Préstamo mercantil. Intereses moratorios: plena autonomía respecto al contrato de préstamo.–Los intereses moratorios que acompañan a un incumplimiento por parte del prestatario, tienen unas características espe-

ciales, ya que entre otras cosas definitivas tienen plena autonomía del contrato de préstamo y por ello también de los intereses remuneratorios.

Prescripción extintiva: comienzo del plazo prescriptivo en una relación negocial: desde que la obligación sea exigible.—Si la prescripción extintiva comenzara a correr antes de que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasentido de castigar al titular de un derecho por una inactividad impuesta por la Ley, o por la propia convención, y de ahí que no se pueda reprochar al titular de un derecho el no haberlo ejercitado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer todavía las bases para actuarlo (SSTS de 10 de octubre de 1977 y 29 de enero de 1982). Además, el artículo 1970 del CC no puede ser tenido en consideración si no ha nacido la exigibilidad por aplicación de la regla general del artículo 1969 del CC, ya que no puede iniciarse la prescripción de algo que todavía no se puede reclamar.

El artículo 1970 supone una particular aplicación de las normas sobre interrupción de la prescripción.—El artículo 1970 del CC no establece una norma especial que sirva para el cómputo de la prescripción, sino que supone una particular y específica aplicación de las normas sobre interrupción de la prescripción (**STS de 25 de marzo de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Una entidad bancaria demandó a una empresa mercantil y a cuatro personas físicas en base a un contrato de préstamo, para que fuesen condenadas al pago de determinadas cantidades como capital a devolver y los intereses de demora. La parte demandada opuso prescripción de la acción.

El Juzgado desestima la demanda al apreciar la excepción de prescripción. La Audiencia estima parcialmente el recurso de apelación al entender que el plazo prescriptivo de cinco años previsto en el artículo 1966.3 CC se aplica a los intereses remuneratorios y no a los intereses moratorios ni a la reclamación del capital, para los que rige el plazo de prescripción de quince años del artículo 1964 CC; también, considera la Audiencia que el día inicial del cómputo se cifra en la fecha en que la actora declara vencido anticipadamente el préstamo; por último, la sentencia de apelación reconoce en cuanto a la interrupción del plazo prescriptivo que éste se produce con la reclamación extrajudicial en el ámbito mercantil. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación interpuesto por las personas físicas demandadas. (*I. D. -L.*)

2. Interrupción de la prescripción por la interposición de un procedimiento criminal.—La interrupción de la prescripción por la interposición de un procedimiento criminal tiene lugar cuando los hechos que afectan a ambos procedimientos son presupuesto uno del otro o bien cuando la cuestión penal debe ser enjuiciada antes que la que se presenta en el proceso civil.

La interrupción de la prescripción no tiene lugar automáticamente por la mera existencia de un procedimiento penal, sino que se requiere que verse sobre el hecho presuntamente delictivo y que la calificación sea indispensable para el procedimiento civil. En consecuencia, se exige que se produzca una identidad de procesos sobre el mismo hecho, por lo que no tiene sentido seguir

un proceso civil que puede acabar con una sentencia coincidente o contradictoria y por ello se interrumpe la prescripción. (STS de 11 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En 1994, C., S.A. denunció a varias copiatoras y a don Carlos, administrador único de las mismas como responsables civiles subsidiarias, por delitos de falsedad en documento mercantil y estafa. El Juzgado de lo penal absolvió libremente al acusado de los delitos que se le imputaban y asimismo, a las compañías demandadas como responsables civiles subsidiarias.

Alegando la existencia de un contrato de distribución entre las partes, varias copiatoras interponen demanda contra C., S.A. Se ejercitaron tres acciones acumuladas: a) la de reclamación de 58.596.151 pesetas (352.169,96 euros) por impago de determinadas cantidades que se encontraban pendientes de cobro en concepto de abonos de rappel, reducciones por mercancía devuelta, abonos de publicidad, rectificaciones en algunas facturas, descuento comercial, copiatoras digitales y fax, descuentos por ofertas comerciales, comisiones de garantía, etc.; b) acción por actos de competencia desleal, ya que entendían que C., S.A. se había quedado con los trabajadores de las empresas demandantes y la clientela, y c) enriquecimiento injusto, como consecuencia de la querella interpuesta y de las demás actuaciones desleales.

C., S.A., opuso, entre otras excepciones, la prescripción de la acción. Además alegó que la sentencia había absuelto al administrador por haberse despenalizado el delito y que por parte de las demandantes se habían incumplido los contratos. El Juzgado de Primera Instancia consideró que concurría la prescripción. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid la confirmó.

NOTA.—El Tribunal Supremo ha reiterado que en las acciones en las que se reclaman daños de los que el demandado debe responder en virtud de las obligaciones generadas por la responsabilidad civil, si antes se ha presentado una querella que trata sobre la misma cuestión, se suspende el procedimiento civil si éste ya se había iniciado. Esta doctrina es confirmada en el artículo 40.2, 1.º LEC y se interrumpe el plazo de prescripción, suspendiéndose hasta la notificación de la decisión en la vía penal a la parte: SSTS de 14 de julio de 1982 (RJ 1982, 4237), 3 de febrero de 1994 (RJ 1994, 971), 14 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2476) y 27 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7206), entre muchas otras.

En el supuesto contemplado en la sentencia anotada la querella fue presentada por la parte perjudicada por delitos de estafa y falsificación en documento mercantil, mientras que posteriormente es demandada por incumplimiento de unos acuerdos relativos a un contrato de distribución, así como por competencia desleal, lo que resulta totalmente distinto del objeto del procedimiento penal iniciado. (M. C. L. J.)

3. Enriquecimiento injusto: posesión indebida de equipos telefónicos e informáticos por terceros ajenos al arrendatario cuyo precio de alquiler mensual era de 4.100.000 pesetas.—En relación con el empobre-

cimiento de la demandante afirma la Sala que en el ámbito de los principios no es preciso una correspondencia económica entre los factores enriquecimiento y empobrecimiento, pues, entre otros motivos esta Sala tiene declarado que la doctrina del enriquecimiento injusto permanece en nuestro Derecho como una secuela de las viejas condiciones, acciones personales recuperatorias que permiten obtener de quien ha resultado atributivo de una prestación o beneficiario de un incremento patrimonial por una inversión o por haber utilizado en provecho propio bienes ajenos sin un título que se lo permitiera, la medida del enriquecimiento que ha experimentado, generalmente pero no siempre, correlativamente al empobrecimiento de la contraparte, así como que la cuantificación del empobrecimiento y del enriquecimiento es función de los Tribunales que conocen en la instancia salvo desproporción arbitraria que en el caso no concurre, porque no lo es tomar el importe de una renta contractual como índice o valor para calcular el alcance cuantitativo del uso de un bien. **(STS de 4 de febrero de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Por la entidad Leicer se ejercita acción de enriquecimiento injusto en juicio declarativo de menor cuantía contra las mercantiles BBC, Gesinar, Andalucía y Grubarges. Al parecer Leicer había entregado en arrendamiento a Andalucía equipos informáticos, de telefonía y electrónicos para equipar el Hotel Al Andalus por un precio mensual de 4.100.000 pesetas. Posteriormente Andalucía concierta un arrendamiento de industria con BBC con la que de una u otra forma se encuentran relacionadas las entidades Gesinar y Grubarges, el 15 de mayo de 1995, en el que se incluyen los equipos antes referidos. Al parecer, resuelto el contrato de arrendamiento de bienes de equipo a instancia de Leicer por impago, esta comunica el 18 de marzo de 1998 a Gesinar y BBC, como poseedores mediatos y a Grubarges como poseedor mediato, que no eran poseedores de buena fe de los equipos alquilados reclamando su restitución. En consecuencia, Leicer demanda a las entidades referidas para que se declare la nulidad parcial del contrato de arrendamiento de industria concertado entre Andalucía y BBC en cuanto a la inclusión de los bienes de equipo propiedad de Leicer y se condene solidariamente a las mismas a restituir la cantidad de 86.100.000 pesetas en que se valora el enriquecimiento injusto y correspondiente empobrecimiento derivado de la posesión, inmediata y mediata, indebida de los equipos informáticos, de telefonía y electrónico propiedad de Leicer.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la nulidad parcial del arrendamiento de industria celebrado entre las entidades Andalucía y BBC, que esta última había poseído indebidamente los equipos desde el 18 de marzo de 1998 hasta el 20 de diciembre de 1999, habiéndose producido un enriquecimiento injusto a su favor entre el 18 de marzo de 1998 y el 30 de noviembre de 1998 y que la posesión civil y mediata de los referidos bienes ha producido un enriquecimiento injusto para Grubarges durante el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 1998 y el 20 de diciembre de 1999. Interpuesto recurso de apelación por las entidades Leicer, BBVA (sucesora de Gesinar) y Grubarges la Audiencia Provincial desestimó los recursos de estas

últimas y estimo parcialmente el recurso de Leicer, manteniendo los pronunciamientos del Juzgado salvo en lo referente a los periodos que cada una de las demandadas se había enriquecido injustamente a costa del empobrecimiento de Leicer y estableciendo como medida del empobrecimiento de la misma el valor de uso de los equipos cuando se concertó el alquiler de los mismos, es decir, el precio de la renta mensual por importe de 4.100.000 pesetas. Se interpone recurso de casación por BBVA y Grubarges basado en dos motivos que la Sala desestima. (C. S. R.)

DERECHO DE LA PERSONA

4. Derecho al honor. Intromisión ilegítima. Inclusión indebida de una persona en un registro de morosos.—Atendiendo a la definición doctrinal, al texto legal y al doble aspecto del honor, tanto el interno o inmanencia, como sentimiento de la propia dignidad, subjetivo; y el aspecto externo o trascendencia, como sentimiento de los demás a la propia persona, objetivo (SSTS de 22 de julio de 2008 y 17 de febrero de 2009, entre otras), la inclusión de una persona en el llamado «registro de morosos», esta Sala tiene sentado como doctrina jurisprudencial que, como principio, la inclusión en un registro de morosos, erróneamente, sin que concorra veracidad, es una intromisión ilegítima en el derecho al honor, por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación. Siendo intrascendente que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido, y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública. (STS de 24 de abril de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La actora demandó a la mercantil «BBVA, S.A.», por intromisión ilegítima en el honor, al haber sido incluida indebidamente en dos registros de solvencia patrimonial, o listas de morosos, por indicación de la compañía demandada. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y condenó a la entidad bancaria al pago de una cantidad menor a la reclamada. La Audiencia Provincial desestimó los recursos de apelación interpuestos tanto por la actora como por la demandada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del Banco. (L. A. G. D.)

5. Intromisión ilegítima en el derecho al honor.—«La mera presentación de una denuncia penal no puede dar lugar a la intromisión en el derecho al honor porque falta el requisito ineludible de la divulgación [...]; b) Si bien la presentación de la denuncia o querrela penal no legitima la divulgación, tampoco cabe entender que la simple divulgación, de haberse formulado la denuncia o querrela, supone “per se” la intromisión [...]; c) Lo dicho no obsta a que la simple conjunción de una denuncia penal y su mera divulgación puede determinar la existencia de una intromisión sancionable [...] puesto que la libertad de información no viene condicionada de modo absoluto por

el resultado del proceso penal [...]» (STS de 29 de enero de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—Tres funcionarios de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria interponen demanda sobre intromisión ilegítima en el derecho al honor, a raíz de una rueda de prensa organizada por el demandado, en la que se relataba la existencia de una trama organizada por los actores para defraudar a la Administración Tributaria, en beneficio de la asociación que presidía el demandado. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, al entender que no quedaba acreditada la veracidad de los hechos imputados a los demandantes con nombre y apellidos. La Audiencia Provincial estima el recurso interpuesto por el demandado, al considerar que se estaba ejerciendo el derecho a la información. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso interpuesto por la parte actora en la instancia.

NOTA.—Se plantea el problema de determinar si la divulgación de hechos delictivos imputados a determinadas personas a través de una rueda de prensa constituye de por sí intromisión ilegítima en el derecho al honor de los protagonistas de la noticia. Para el Tribunal Supremo siempre y cuando la divulgación de la presentación de una querrela obedezca a la intención de producir desmerecimiento de la persona se estará ante una gravísima lesión de la dignidad, que supondrá intromisión ilegítima en el derecho al honor, lo cual no sucede cuando la intención sea simplemente la de informar a la opinión pública. (*L. Z. G.*)

6. Derecho al honor. Caducidad de la acción. No interrupción por el ejercicio de acciones penales. Doctrina jurisprudencial.—A raíz de la STC de 17 de julio de 2006, y de las SSTs, que le siguen, de 18 de julio de 2007 y 21 de julio de 2008, puede establecerse como doctrina de esta Sala que el plazo de cuatro años previsto en el artículo 9.5 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, es de caducidad y, por tanto, no se interrumpe por la incoación de actuaciones penales por los mismos hechos. De manera que si esta acción civil fundada en la mencionada Ley Orgánica se ejercita antes de transcurrir dicho plazo de cuatro años, no procederá apreciar su caducidad ni tampoco su extinción. En cambio, si se interpone después de vencido el referido plazo, procederá apreciar su caducidad aunque todavía estén pendientes actuaciones penales por los mismos hechos. Por tanto, si tales actuaciones finalizaran después de cuatro años sin sentencia condenatoria y, además, el ofendido no se hubiera reservado la acción civil expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, la acción civil fundada en la LO 1/1982 habrá caducado. Ahora bien, si hubiera mediado reserva expresa de la acción civil, y el juicio criminal hubiera terminado por sentencia condenatoria, entonces la acción civil ejercitable por el perjudicado, haya transcurrido o no el plazo de cuatro años, no será ya la fundada en la LO 1/1982, sino la nacida del delito o falta declarada por la jurisdicción penal; es decir, la contemplada en el artículo 1092 CC., que en la mayoría de las ocasiones estará sujeta al plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 1.968.2.º CC. Los anteriores postulados responden a una interpretación sistemática y conjunta de los artículos 1.2 y 9.5 de la LO 1/1982, artículos 106, 2.º, 110.1.º, 111, 112, 114, 116 y 117 de la LECrim.

y artículos 1.092 y 1968.2.º CC. (STS de 29 de abril de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Don Carmelo, político relevante en su Comunidad Autónoma, demandó a don Secundino, doña Remedios y doña Luz sobre intromisión ilegítima en su derecho al honor e indemnización de los perjuicios ocasionados, al considerar que en un mitin político de cierre de campaña habían vertido calumnias e injurias hacia su persona. Por los mismos hechos se habían seguido diligencias penales que terminaron en su archivo. Los demandados se opusieron alegando la falta de acción del actor, al haber quedado la vía civil cerrada por el ejercicio de la acción penal, así como porque, en cualquier caso, se habría producido la caducidad de la acción civil para reclamar. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Sevilla estimó los recursos de apelación de los condenados. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante. (L. A. G. D.)

7. Libertad de expresión y derecho al honor: imputación a una persona de la autoría de un escrito anónimo peyorativo respecto de otra.—Declara la Sala que resulta cuestión pacífica, que tras la modificación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ha quedado eliminada la exigencia de divulgación del hecho o de la noticia como requisito imprescindible para la apreciación de una intromisión ilegítima en el derecho al honor, sin que quepa interpretar tal supresión como una mera corrección de estilo. En relación con la existencia de una intromisión ilegítima del derecho al honor señala que en la remisión de este tipo de escritos, subyace una conducta que, aún hoy, es moral y socialmente reprochable, máxime cuando se enmarca en el ámbito de la relación profesional existente entre un superior y los miembros de la plantilla que de él dependen, lo que constituye una insinuación insidiosa ubicada más allá del derecho a la libertad de expresión en la medida en que la imputación de la autoría de un anónimo es una conducta tenida en concepto público, como objetivamente desmerecedora del crédito de la persona a la que se refiere. (STS de 26 de marzo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Se estima como probado por la sentencia de la Sala que, con ocasión de un encierro convocado a nivel nacional por las Asociaciones de Inspectores de Trabajo, se convocó el 15 de octubre de 2003 una reunión en la sala de juntas de la Inspección Provincial a la que asistieron la inspectora jefe doña Esperanza y un nutrido grupo de inspectores de trabajo. En dicha reunión y entre otros temas se comentó el contenido de un escrito anónimo presentado en el registro general en el que se contenían descalificaciones e insinuaciones de la comisión de actos irregulares por parte de doña Esperanza, llegando esta a manifestar a los allí presentes que tenía fundadas sospechas de que el autor del referido escrito anónimo era el inspector don José Miguel, ausente de la reunión, aunque se barajaron otros nombres. Enterado don José Miguel de ello pidió a doña Esperanza que le confirmara lo acaecido en aquella reunión

teniendo lugar otra reunión el 23 de octubre de 2003 en la que se encontraban doña Esperanza, don José Miguel y otras dos personas pertenecientes a la inspección de trabajo, don Armando y doña Penélope, en la que la primera no solo confirmó que le había atribuido la redacción del escrito anónimo sino que además le atribuyó, que era una persona ambiciosa, que arrasaba por donde pasaba, que tenía una personalidad complicada, su falta de compañerismo y la intención buscada con el anónimo de desacreditarla para obtener la jefatura que ella ostentaba.

Don José Miguel demandó a doña Esperanza por una intromisión en su derecho al honor y prestigio profesional al amparo de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, solicitando la declaración de intromisión ilegítima; el cese de la misma; la publicación de la sentencia en varios lugares y una indemnización de 30.000 euros. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. Apelada, la Audiencia desestimó el recurso y confirmó plenamente la resolución del Juzgado. Interpuesto recurso de casación se da lugar al mismo, casando la sentencia de la Audiencia y dictando otra en que se estima parcialmente la demanda condenando al pago de 15.000 euros como indemnización por daño moral. (C. S. R.)

8. Intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad.—La intimidad personal y familiar, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto a su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1998, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. En este sentido, el hecho de que la noticia difundida respecto a la intimidad de una persona haya sido objeto de tratamiento informativo anterior, no supone que no exista ya intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad. (FJ 2.º, STS de 18 de febrero de 2009.)

Inaplicación de la doctrina del reportaje neutral.—La doctrina del reportaje neutral parte del principio de informar sin entrar a realizar valoraciones sobre la información publicada. La información difundida se protege cuando simplemente se reproduce aquello que un tercero ha dicho o escrito, limitándose a una mera transcripción. En este sentido, nuestro más Alto Tribunal identifica el reportaje neutral con las siguientes notas: objeto de la noticia constituido por declaraciones lesivas del honor, aunque realizadas por un tercero que debe ser identificado; necesidad de que sean verdaderas tales declaraciones vertidas por el tercero; no incurrir con la publicación de la noticia en injurias o calumnias. En el caso de que se exceda, con la publicación de la noticia, de la mera transmisión de lo dicho por un tercero, entrando en valoraciones, no se podrá aplicar la doctrina del reportaje neutral. (STS de 18 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—Los demandantes reclaman a una entidad televisiva determinada indemnización por el daño moral causado, como con-

secuencia de los comentarios vertidos hacia su persona en un programa de la cadena, en el que se comentaba el contenido de la denuncia interpuesta por uno de los vecinos de la pareja, por el exceso de ruido que soportaba cada vez que los actores mantenían relaciones sexuales. La entidad demandada contesta a la demanda alegando que se trata de un reportaje neutral, puesto que únicamente se relata un hecho verídico contado por un tercero. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la pareja, condenando a la demandada al pago de una indemnización por el daño moral causado. La Audiencia Provincial revoca la sentencia al entender que no existe intromisión cuando la noticia ha sido ya publicada previamente en otro medio de comunicación, entendiéndose aplicable la doctrina del reportaje neutral. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La sentencia que anotamos se pronuncia en un sentido opuesto a la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, a pesar de que el caso encaje perfectamente en el supuesto de hecho del artículo 2.1 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo. Aunque el Tribunal Supremo considera que hacer público aspectos relacionados con la sexualidad de las personas es una clara invasión de su intimidad, sobre todo si además se realizan comentarios de mal gusto por parte de los contortulios, sin embargo, dicha intromisión no será considerada ilegítima cuando el propio denunciante participe de forma descarada en el desarrollo del debate, lo que requiere de la aplicación de la doctrina de los actos propios. (L. Z. G.)

9. Posible intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la imagen. Utilización de una cámara oculta para obtener información. Necesidad de ponderar los intereses en conflicto.—Para que prevalezca un derecho fundamental sobre otro que merezca la misma protección es preciso, no sólo que concurren aquellos requisitos condicionantes de la protección constitucional del que deba prevalecer, sino que lo hagan en el grado o medida que resulte necesario para justificar el sacrificio de aquel con el que entra en conflicto. En el caso de utilización de cámara oculta, para obtener determinada información es necesario, para que no exista intromisión ilegítima, que la relevancia de la información obtenida justifique de algún modo dicha conducta, al tratarse de un asunto de interés general. (STS de 16 de enero de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—La parte actora interpone demanda por intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen, al ser publicado por un medio de comunicación determinadas imágenes, filmadas con cámara oculta, en las que se mostraba el trabajo diario que se desarrollaba en una supuesta clínica de fisioterapia, en la que trabajaba la demandante como naturista, negocio que había recibido varias quejas por parte de sus usuarios. La demandante había sido condenada previamente por la vía de lo penal por un delito de intrusismo, al actuar como fisioterapeuta sin ostentar título para ello. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial deses-

tima el recurso. La actora en la instancia interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea el problema de la posible intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad e imagen por la publicación, sin consentimiento alguno, de un reportaje sobre la actividad profesional de la recurrente, habiendo sido utilizada cámara oculta para obtener una información que de otro modo no se habría conseguido. De este modo, se plantea la problemática de la posible vulneración de los derechos consagrados en el artículo 18 CE. La parte recurrente alega infracción de los artículos 7 y 8 de la Ley de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la imagen por grabación y publicación de aspectos relacionados con su vida íntima, así como por la publicación de imágenes de su persona en momentos de su vida privada.

Es doctrina jurisprudencial reiterada, la necesidad de ponderar los derechos en conflicto cuando se plantea una posible colisión entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor, a la intimidad o a la imagen. En los casos de captación de información e imágenes mediante la técnica de la cámara oculta, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de considerar la necesidad de valorar la relevancia pública de la información a suministrar, incluso aun cuando pueda tratarse de un reportaje del denominado neutral y cuya información resulte veraz. Hay que tener en cuenta que la autorización de entrada a una vivienda o local no supone ya de por sí autorización para la filmación, puesto que precisamente si se trata de un reportaje con cámara oculta la grabación se realiza sin consentimiento de la parte afectada. En este sentido, habrá que atender al interés general de la información suministrada, y que dicho interés sea causa suficiente como para sacrificar el derecho a la intimidad e imagen de la parte afectada. A todo ello se une la necesidad de que dicha información no pueda obtenerse por otra vía que evite la intromisión ilegítima en los citados derechos. De ser así, no estaremos ante un sacrificio legítimo.

Por lo que respecta al derecho a la imagen, al captar con la cámara oculta las imágenes de la recurrente, permitiendo claramente la identificación de sus rasgos físicos, existe una clara intromisión ilegítima en el derecho a la imagen, debiendo ser objeto de indemnización por los perjuicios ocasionados, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Ley 1/1982. (*L. Z. G.*)

10. Derecho al honor y a la intimidad de la persona. Conflicto con la libertad de información. Intromisión ilegítima. Información sobre hechos relativos a la esfera íntima de menores de edad que permiten su plena identificación.—El conflicto entre derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen y derecho a la información, cobra una especial relevancia cuando en los hechos noticiables están implicados menores de edad. Pues, en tales casos, la doctrina constitucional ha otorgado un ámbito de superprotección que obliga a ser sumamente cauteloso en cuanto a la información que de los mismos se suministra, aunque ésta tenga interés público. En este sentido, el legítimo interés de un menor de que no se divulguen datos relativos a su vida familiar o personal parece imponer un límite infranqueable tanto a la libertad

de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz, sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonere al medio de comunicación de responsabilidad por la intromisión en la vida privada de ambas menores, incluso aunque la noticia merezca el calificativo de información neutral (STC de 15 de julio de 1999). (**STS de 12 de marzo de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—Con ocasión de la comisión de un grave delito, el medio de comunicación demandado, a la sazón una emisora de radio, publicó la noticia en modo tal que la información suministrada permitía la perfecta identificación, por parte de sus vecinos, familiares y allegados, de dos menores de edad, víctimas de los delitos de lesiones graves y agresión sexual. Por la representación de las menores se interpusieron demandas contra éste y otros medios de comunicación que, en parecidos términos, se hicieron eco de los execrables hechos, por considerar que se había producido una intromisión ilegítima en su intimidad, tramitándose cada reclamación en procedimientos separados. En este caso, la demanda fue estimada parcialmente concediendo una indemnización inferior a la solicitada por la representación de las actoras. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto por la empresa demandada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. P. M.*)

11. Libertad de información versus derecho al honor y a la propia imagen.—El derecho a la libertad de información deberá prevalecer sobre el derecho al honor y a la intimidad, siempre y cuando los hechos relatados sean veraces y de interés general. Por lo que respecta al derecho a la imagen, su protección cederá cuando la imagen reproducida sea tomada en un lugar público, tenga el carácter de accesoria y se refiera a una persona con proyección pública. (**STS de 5 de febrero de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—Por la parte actora se interpone demanda sobre intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la imagen frente a un diario de tirada nacional, a raíz de la publicación de un artículo en el que se recogía la imagen del demandante bajo el titular «Paulino, propietario de Canal 25 y uno de los máximos impulsores del movimiento racista». El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Es doctrina jurisprudencial reiterada la necesidad de ponderar los intereses en conflicto cuando concurren el derecho a la libertad de información con el derecho al honor y a la imagen. Para que esa incidencia del derecho a la libertad de información en otros derechos se repunte legítima, convirtiendo aquel derecho en prevalente, será necesario que lo relatado sea veraz y de relevancia pública. Al sujeto informante no le basta con relatar el suceso de manera objetiva, sino que deberá buscar la verdad de la noticia contrastándola con datos objetivos o, con fuentes informativas de sol-

vencia, lo que no incluirá ni los rumores ni las meras insinuaciones. Dicha prevalencia tendrá lugar también cuando se trate del derecho a la imagen, siempre y cuando exista un interés público en la captación y difusión, y se trate de un personaje con una evidente proyección pública, cuya imagen haya sido captada en un lugar abierto al público. (L. Z. G.)

12. Derecho al honor, libertad de información y libertad de expresión. Diferencia entre libertad de información y libertad de expresión.—

Se trata de derechos distintos, distinguiendo la jurisprudencia entre el derecho que garantiza la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor), y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables, precisándose además que esa distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro. Mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término «información», en el texto del artículo 20.1 d) CE, el adjetivo «veraz» (STC 4/1996, de 19 de febrero).

Prevalencia de la libertad de expresión sobre el derecho al honor.—Al enjuiciar la ponderación entre la libertad de expresión y el derecho al honor, ocupan una posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 CE los derechos a la libertad de expresión e información, constituyendo premisas esenciales:

1.º) Que la libertad de expresión incluye la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar (SSTC 6/2000, 49/2001, 204/2001, y 181/2006), pues así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe la sociedad democrática (SSTEDH de 23 de abril de 1992, as. Castell c. España, y 29 de febrero de 2000, as. Fuentes Bobo c. España; también, SSTC 181/2006 y STS de 25 de febrero de 2008);

2.º) Que los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o estar implicadas en asuntos de relevancia pública, están expuestas a un riguroso control de sus actividades y manifestaciones, que si se tratase de simples particulares sin proyección pública alguna, pues, en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública. Como afirma la STS de 16 de octubre de 2008, «ambas libertades gozan de especial relevancia constitucional cuando se ejercitan en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren o por las personas que en ellas intervienen y contribuyen, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la per-

sonalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general (SSTC 107/88 y 174/2006)»;

3.º) Que en cualquier caso, no obstante tener la libertad de expresión un ámbito más amplio que la de información, aún mayor cuando de asuntos de interés público se trata, quedan fuera del ámbito de protección de ambos derechos fundamentales las frases o expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias para ese propósito (SSTC 151/2004 y 174/2006, entre otras muchas), pues, como señalan las SSTS de 22 de mayo de 2003, 12 de julio de 2004 y 25 de septiembre de 2008, las libertades de expresión e información «... repelen los términos vejatorios o injuriosos, innecesarios porque la Constitución no reconoce el derecho al insulto», siendo consecuencia de ello que el ámbito material de la libertad de expresión se encuentre sólo delimitado «por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas» (STS de 12 de julio de 2004), y

4.º) Que para que una expresión se valore como indudablemente ofensiva o injuriosa, y por tanto lesiva para la dignidad de otra persona, en cualquiera de sus dos vertientes (objetiva, por menoscabo de su reputación o fama; u objetiva, en cuanto suponga un detrimento de su autoestima o propia consideración), ha de estarse, según pacífica doctrina jurisprudencial, de la que son buenos ejemplos las SSTS de 21 de junio de 2001 y 12 de julio de 2004, al contexto en que se producen las expresiones, es decir, el medio en el que se vierten y las circunstancias que las rodean, valorando, por ejemplo, si el ofendido decidió participar voluntariamente o inició la polémica; a la proyección pública de la persona a que se dirigen las expresiones, dado que en las personas o actividades de proyección pública la protección del honor disminuye; y a la gravedad de las expresiones, objetivamente consideradas, que no han de llegar al tipo penal, pero tampoco ser meramente intrascendentes. Como dice la STS de 12 de julio de 2004, las expresiones han de ser objetivamente injuriosas; es decir, aquellas que, «dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas, y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate» (STC 232/2002, de 9 diciembre). **(STS de 14 de enero de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—Don I., presidente de la Asociación de Vecinos de S. M., realizó unas manifestaciones en una carta firmada por el demandado y remitida al Alcalde y Teniente de Alcalde de Urbanismo del Ayuntamiento de M. (que asimismo había sido exhibida por su autor en el tablón de anuncios de la Asociación y a través de su publicación en una página web) y otras manifestaciones en este mismo portal de internet, en las que se aludía a don A. D., don J. P. y don L. A., miembros de la «Cooperativa de viviendas I.» y de la «Entidad Urbanística de Conservación de S. M.», con términos que suponían, a su juicio, una intromisión ilegítima en su honor.

Don A. D., don J. P. y don L. A. interpusieron demanda contra don I., por la que solicitaban que se declarase la existencia de intromisión ilegítima en el honor de los demandantes y se condenase al demandado a indemnizar a cada uno en la suma 12.000 euros, a difundir la sentencia en los mismos medios en que se hicieron

públicos los referidos escritos y a abstenerse en lo sucesivo de realizar conductas análogas.

Dicha demanda es estimada en primera instancia y desestimada en segunda por la Audiencia Provincial, tras descartar la existencia de una ilegítima intromisión en el honor de los actores. Los demandantes interpusieron recurso de casación, siendo desestimado por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

13. Colisión entre derechos fundamentales: derecho a la imagen versus derecho a la información.—Los derechos recogidos por la Ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre derecho al honor, a la intimidad y a la imagen no son derechos absolutos e ilimitados, sino que se encuentran limitados en su ejercicio por otros derechos constitucionales, como pueda ser el derecho a la información o el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, será necesario analizar caso por caso, con objeto de determinar qué derecho debe prevalecer en cada supuesto atendiendo a la ponderación de los intereses en juego. Es evidente que uno de estos derechos deberá ser sacrificado en beneficio del otro [FJ 2.º, STS de 25 de febrero de 2009].

Posible excepción a la posición prevalente del derecho a la libertad de expresión e información.—Es doctrina jurisprudencial consolidada que el derecho a la libertad de expresión e información ostenta una posición prevalente al derecho al honor, intimidad o imagen cuando la información suministrada sea veraz, afecte a asuntos de interés general y las expresiones vertidas no supongan un menoscabo a la dignidad de la persona. Sin embargo, la solución se presenta diferente cuando la persona afectada es un menor de edad. Nuestro ordenamiento jurídico protege de manera muy especial a este colectivo, estableciéndose una serie de garantías, con la finalidad de velar por el interés del menor. En este sentido, la difusión de una imagen del menor sin que medie consentimiento de los padres e intervención del Ministerio Fiscal deberá considerarse contraria al ordenamiento jurídico. A partir de ahí, resulta indiferente que pudiera cumplirse o no con los presupuestos que exige la jurisprudencia para hacer prevalecer el derecho a la información sobre los derechos reconocidos por el artículo 18 CE, tales como que la imagen fuera o no accesoria, la veracidad de la información o el interés del hecho noticiable. (**STS de 25 de febrero de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—Por la parte actora se interpone demanda sobre intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de su hija menor de edad, debido a la publicación, en una revista del corazón, de las imágenes de la niña en compañía de su madre, y bajo el titular: «Silvia, orgullosa de su hijita Susana». La imagen se había captado en el aeropuerto de Barajas, y se había publicado sin mediar consentimiento alguno de los padres. La demandante solicita la condena al pago de una indemnización por los perjuicios ocasionados, así como que se abstenga en el futuro de publicar la imagen de la menor sin consentimiento expreso de sus representantes legales. La sociedad demandada se opone a la demanda alegando la prevalencia del derecho fundamental a la información sobre el derecho a la imagen, con fundamento en la veracidad de la información y la accesoriidad de la imagen de la menor, siendo el hecho noticiable, no la

menor, sino la imagen de la madre de la menor, personaje de notoria proyección pública por su condición de actriz. El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda por la falta de consentimiento expreso de los representantes legales de la menor para la publicación de la imagen, aunque reduce la cuantía de indemnización solicitada. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso confirmando el fallo del Juzgado. Por la parte demandada en la instancia se interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto.

NOTA.—El artículo 7 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, establece como uno de los supuestos de intromisión ilegítima «*la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en momentos o lugares de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2*», siempre que no exista consentimiento para ello, tal y como prevé el artículo 2.3 de la Ley. Como excepciones a la intromisión ilegítima señala la Ley: la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona cuando la misma ejerza un cargo público o profesión de proyección pública y la imagen se capte en lugares abiertos al público; o, el caso de accesoriadad de la imagen al captar un suceso público.

Aunque parece evidente, siguiendo el tenor literal del citado precepto, cuando podemos hablar de una intromisión ilegítima en el derecho a la imagen, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones a favor de la prevalencia del derecho a la libertad de información sobre el derecho a la imagen, cuando existe conflicto de intereses entre ambos derechos fundamentales. Al respecto, es doctrina jurisprudencial reiterada que la libertad de información es un derecho al que la Constitución dispensa máxima protección, estando su ejercicio ligado «al valor objetivo que es la comunicación pública libre, inseparable de la condición pluralista y democrática del Estado en que nuestra comunidad se organiza». Cuando la libertad se ejerce sobre ámbitos que puedan afectar a otros bienes constitucionales, como es la intimidad, «es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público» (SSTC 6/81, 171/90). A su vez, es importante que la imagen publicada resulte accesoria. Una imagen deja de ser accesoria «cuando aparece en primer plano ocupando en su proyección todo el espacio de la pantalla, debiendo adquirir dicha imagen un total protagonismo en la noticia filmada» (FJ 2.º, STS de 23 de mayo de 2003). Para hablar de imagen accesoria, ésta debe encontrarse en una perspectiva desprovista de relevancia alguna (FJ 4.º, STS de 7 de octubre de 1996). Por otra parte, como derecho de la personalidad que es, derivado de la dignidad humana, atribuye a su titular la facultad exclusiva de determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública (STS de 4 de mayo de 2001, SSTC de 18 de junio de 2001, de 2 de julio de 2001). Es doctrina pacífica que el derecho a la propia imagen otorga a su titular la «facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de aquella por parte de terceros no autorizados, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la difunde» (SSTS de 28 de mayo de 2002, 11 de abril de 1987, 13 de

noviembre de 1989, 10 de octubre de 1992, 7 de octubre de 1996, 21 de octubre de 1996). En ese sentido se dispone que «... cuando surge la colisión entre los derechos fundamentales de libertad de información y expresión, de un lado, y el derecho fundamental al honor, intimidad o imagen, de otro, la jurisprudencia de esta Sala, así como la del Tribunal Constitucional, se ha decantado por el seguimiento de las siguientes directrices: a) que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; b) que la tarea de ponderación o proporcionalidad ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la Constitución ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información» (FJ 2.º, STS de 11 de febrero de 2004).

La sentencia objeto de anotación presenta una especialidad por tratarse de la publicación de la imagen de una menor sin consentimiento de sus representantes legales, ni pronunciamiento alguno por parte de la Fiscalía. Cuando estemos ante un supuesto de ejercicio de alguno de estos derechos por parte de un menor (debiendo distinguirse el ejercicio de la titularidad) la propia Ley 1/1982 establece, en su artículo 3, que, para que no exista intromisión ilegítima, el consentimiento de menores deberá prestarse por ellos mismos si tuvieren capacidad natural para ello. En caso contrario, serán sus representantes legales los que deberán otorgar dicho consentimiento por escrito, debiendo ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, con objeto de que pueda pronunciarse al respecto. El Tribunal Supremo en la sentencia que anotamos aplica literalmente el citado precepto, al considerar que existe intromisión ilegítima dado el incumplimiento del presupuesto contemplado en el artículo 3 de la Ley. Pero el Tribunal Supremo va más allá, al considerar que, aun cuando existiese consentimiento por parte de sus representantes legales, si la imagen difundida atenta contra el derecho al honor, intimidad o imagen del menor, existirá intromisión ilegítima en su derecho fundamental.

Es importante tener en cuenta al respecto que aunque la Ley hable de representación cuando el menor no tenga capacidad natural de obrar, se tratará más bien de una mera asistencia propia del ejercicio de la patria potestad o de las funciones de tutela, ya que el artículo 162.1, al igual que el artículo 267 CC, parece impedir la representación *strictu sensu* en materia de derechos de la personalidad (sobre este particular, véase DE CASTRO, *Derecho Civil de España II*, Madrid, 1984, pp. 56, 179 y 315; DÍEZ-PICAZO, «Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad», *ADC*, 1982, p. 16; SANTOS MORÓN, *Incapacitados y Derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Madrid, 2000, pp. 34 y 39; LAMA AYMÁ, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Valencia, 2006, pp. 245-247 y 288-291; TORRES PEREA, *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2009, pp. 293-297 y 304-311). (L. Z. G.)

14. Derecho a la propia imagen. Intromisión ilegítima. No existe cuando se utiliza una imagen obtenida en un acto público para un fin inocuo y sin interés comercial.—El derecho a la imagen no impide, como dice el artículo 8.2. a) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, su captación, reproducción o publicación de persona, como el atleta demandante, de profesión de notoriedad pública y la imagen se haya captado en acto público, como es la pose en una competición deportiva que aparece en el caso presente. Distinto sería el tema de aprovechar la imagen de persona famosa para introducirla en un contexto publicitario, lo que no sucede en el caso presente en que aparece un uso inocuo de una imagen en un libro de divulgación científica, en que no es esencial ni trascendente, a efectos de un aprovechamiento personal o económico de aquélla. (STS de 29 de abril de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El actor, deportista de élite que había participado en eventos internacionales con la selección nacional de atletismo, demandó a la editorial «E.L., S.A.», por haber utilizado una foto suya, sin su consentimiento, para ilustrar la portada de un libro sobre salud general, publicado por aquélla. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a la editorial al pago de una cantidad menor a la solicitada. La Audiencia Provincial de Zaragoza estimó el recurso de apelación de la demandada y desestimó la demanda planteada al considerar que no se había producido la intromisión denunciada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por el actor. (L. A. G. D.)

15. Derecho a la propia imagen. Intromisión ilegítima en el de menores. Falta de consentimiento.—Se parte en el artículo 18 CE de un doble límite en el derecho a la información: un límite en cuanto a los otros derechos fundamentales, al que hay que añadir, cuando se trata de menores, otro límite que consiste en atender al «interés del menor» en cuanto objeto de protección por los poderes públicos. La Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen define como intromisión ilegítima, en su artículo 7, «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2», y en la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor se define en su artículo 4.3, la intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor como «cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales». Por tanto, la intromisión tendrá una mayor carga de ilegitimidad cuando no exista el consentimiento para ello.

No hay justificación para la captación de fotografías de una menor hija de una persona conocida, sin consentimiento de sus padres, y menos si se hace en el domicilio familiar.—Como ya dijera la STC 134/1999, de 15 de julio, el carácter público de un personaje no se posee por ser hijo de una

persona conocida y, por tanto, la captación de la imagen en este caso no lo ha sido de una persona con notoriedad. Se trata, además, de una menor, cuyo especial interés ha de ser objeto de protección y ha de primar sobre otros intereses. Por tanto, aunque se encuentre la menor fotografiada en un lugar público, no estamos ante una persona que ejerza cargo público ni profesión de notoriedad, añadiéndose la circunstancia de que se trata de un menor cuyos padres no han dado el consentimiento para la obtención de su imagen, debiendo en estos casos primar la protección reforzada del menor. La inexistencia de causa de excepción es más apreciable, si cabe, en relación con el domicilio familiar, que no constituye un lugar abierto al público, y por tanto cuando se realiza la captación de fotografías en lugares privados, como en este caso lo es el jardín de su casa, constituye una vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen.

Derecho a la intimidad personal y familiar. Limitaciones y relación con el derecho a la propia imagen.—El artículo 18.1 CE confiere a la persona la facultad de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en su esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 73/1982, de 2 de diciembre; 110/1984, de 26 de noviembre; 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 15/2000, de 5 de mayo y 196/2004, de 15 de noviembre, entre otras), pues, como derecho relacionado con la dignidad de la persona, protegido por el artículo 10.1 CE, supone la existencia para cada persona de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 57/1994, de 28 de febrero; 143/1994, de 9 de mayo; 207/1996, de 16 de diciembre; 156/2001, de 2 de julio; 127/2003, de 30 de junio y 196/2004, de 15 de noviembre). Y si bien es cierto que este derecho se debilita en los supuestos de personas con notoriedad pública, debiendo éstas soportar un cierto riesgo de que sus derechos resulten afectados por opiniones sobre cuestiones de interés general (SSTC 99/2002, de 6 de mayo; 112/2000, de 5 de mayo; 49/2001, de 26 de febrero y 115/2000, de 5 de mayo; así como STEDH, caso Tammen, de 6 de febrero de 2001), también lo es que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás, su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado, y su eficacia como límite al derecho de información es similar a la de quien carece de toda notoriedad (SSTC 115/2000, de 5 de mayo y 83/2002, de 22 de abril).

Además, el Tribunal Supremo ha señalado, en SS de 19 de julio de 2004 y 4 de mayo de 2005 que «mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá en los casos en los que mediante las mismas se invada la intimidad pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; en segundo lugar, también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, supuesto éste que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad; y, finalmente, puede suceder, que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada».

Inaplicabilidad de la doctrina de los propios actos.—De la actitud anterior de los padres de dar a conocer a su hija en diversas publicaciones y entrevistas no se puede deducir la inexistencia del ámbito reservado que se trata de

proteger, porque ellos mismos hubieran fomentado el interés por la menor, cuando se ha realizado el inconsciente reportaje en su domicilio, y respecto de la menor, tampoco puede aplicarse, no sólo por el ámbito privado en el que se captan las imágenes sino también porque el consentimiento de los padres para la utilización de la imagen del menor ha de ser expreso, no deducido de actos anteriores, aunque incluso en supuestos de fotografías de menores, aun existiendo consentimiento, podría haber intromisión ilegítima. **(STS de 11 de marzo de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Doña M. C., conocida modelo, interpone demanda contra la directora y sociedad editora de la revista D. M., en ejercicio de la acción de protección del derecho a su intimidad y del derecho a la intimidad y propia imagen de su hija E., por los reportajes publicados en dos números de la revista.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda, al considerar que se había producido en ambos reportajes una vulneración del derecho a la imagen y a la intimidad personal y familiar de la menor al no existir consentimiento de los progenitores en la obtención de la fotografía, e igualmente la existencia de vulneración del derecho a la intimidad de la madre en el segundo reportaje al haberse obtenido las fotografías en un ámbito privado a través de un teleobjetivo, y otorgó por ello sendas indemnizaciones. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, la directora de la revista recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. *(F. J. J. M.)*

16. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la imagen.—Si la imagen de la persona ha sido tomada en un acto público, con ocasión del ejercicio de funciones públicas relacionadas con la comunicación de una determinada actuación policial, aunque posteriormente se utilicen dichas imágenes de manera distorsionada y con fines humorísticos, no puede entenderse que se haya producido por ello una vulneración del derecho al honor o a la imagen, prevaleciendo en este caso la libertad de expresión, como forma de comunicación de ideas u opiniones e incluso de críticas, sobre los derechos reconocidos en el artículo 18 CE. **(STS de 17 de febrero de 2009;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La parte actora, de profesión Inspector de Policía, participó en una rueda de prensa con la finalidad de informar a los medios de una operación desarrollada en relación al crimen organizado. El demandante, participe en la operación policial, detalló las actividades de carácter técnico-policial que se realizaron en este sentido. Uno de los medios de comunicación allí presente recogió dichas imágenes en un noticiario en las que puede verse el rostro del actor y su uniforme mientras realizaba las declaraciones oportunas. Posteriormente, el citado medio volvió a utilizar las imágenes, pero esta vez en un programa televisivo de carácter humorístico, en el que se sustituyeron las declaraciones originales por un doblaje de tono cómico y sin ninguna relación con la operación policial de referencia. En esta ocasión no se había requerido consentimiento

del afectado. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, condenando a la demandada a abstenerse de la publicación de dichas imágenes en el futuro en programas distintos a los que sean meramente informativos, así como al abono de una indemnización por daños y perjuicios. La sentencia de apelación confirmó el fallo de la instancia, entendiendo prevalente el derecho a la imagen sobre el derecho a la libertad de expresión. Por la parte demandada en la instancia se interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso.

NOTA.—La sentencia que anotamos plantea la problemática relativa al conflicto entre el derecho a la libertad de expresión, entendida como cauce de utilización del chiste o la caricatura como un modo de manifestar opiniones o realizar críticas, y el derecho al honor y la imagen. La posible intromisión en el derecho al honor o la imagen derivaría del posible valor ridiculizante de la utilización de dichas imágenes hacia la persona del Inspector, a la vez que el uso de dichas imágenes sin su consentimiento. Considera el Tribunal Supremo en esta sentencia que las circunstancias que rodean el suceso impiden de todo punto hablar de una intromisión ilegítima. Para ello, tiene en cuenta tanto si existió o no un uso comercial, como si hubo o no consentimiento por parte del afectado, además del lugar y modo de captación de las imágenes: «la libertad de expresión ampara el chiste y la caricatura y no sólo las actuaciones escritas, sino también los medios ligados a la imagen y el sonido permitidos por la técnica actual; la utilización de la imagen estaba amparada por la concurrencia de las excepciones de actuación pública, que se extiende a las imágenes de archivo, caricatura, y también por el consentimiento del interesado, que sólo se revocó a posteriori; y no existió un uso comercial de la imagen del recurrido, pues su imagen no se asociaba a un producto, se utilizaba durante escasos segundos y no determinaba un beneficio económico por su aparición, a lo que no se opone el legítimo beneficio económico obtenido por la productora con su audiencia».

Es doctrina jurisprudencial reiterada, en relación al derecho a la libertad de expresión y su contenido, que el mismo no sólo comprende la mera narración de hechos, sino también la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones. En este sentido, la libertad de expresión comprende también la crítica de la conducta de otro, aun cuando pueda molestar (SSTC 104/1986, 139/2007). Aplicando esta doctrina al caso planteado, lo primero que debe comprobarse es si el uso de la imagen de forma caricaturesca ridiculiza de algún modo a la parte demandante, puesto que, tal y como establece el artículo 8.2 b) de la Ley de protección al honor, intimidad e imagen, la utilización debe adecuarse a los usos sociales, para que finalmente prevalezca la libertad de expresión sobre el derecho al honor o el derecho a la imagen. El uso de la imagen de una persona con fines humorísticos no supone ya de por sí vulneración del derecho al honor o la imagen. Hay que tener en cuenta que el tratamiento sarcástico de los acontecimientos que interesan a la sociedad constituye una forma de comunicación y crítica de los mismos muy unida al ejercicio del derecho a la libertad de expresión e incluso a la libertad de información como modo de

transmitir conocimiento sobre determinados acontecimientos llamando la atención, mediante la ironía, de determinados aspectos que interesan hacer llegar al receptor de la noticia. (L. Z. G.)

17. Intromisión ilegítima en el derecho al honor, la intimidad y la imagen.—Es doctrina jurisprudencial reiterada, respecto a la determinación de cuando existe una posible intromisión ilegítima en los derechos reconocidos en el artículo 18 CE, la necesidad de distinguir el ámbito de protección que corresponde a cada uno de estos derechos. Ello permitirá ponderar los intereses en juego en el caso de conflicto de alguno de estos derechos con el derecho a la libertad de expresión e información. En este sentido, mientras el derecho al honor «constituye un concepto jurídico cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento y con cuya protección se ampara a la persona frente a expresiones que la hagan desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio, o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas», la intimidad personal tiene por objeto «garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto a la dignidad de su persona, frente a la acción y conocimiento de los demás [...], lo que se traduce en el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida». Distinta se plantea la cuestión cuando se trata del derecho a la imagen, entendido como «derecho de la personalidad autónomo, aunque directamente relacionado con la intimidad, dirigido a impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado».

Independientemente del ámbito específico de cada uno de estos derechos, su protección vendrá delimitada también por los usos sociales, atendiendo al ámbito que cada persona con su comportamiento reserve para sí y su familia. Por ello, es doctrina reiterada que la delimitación de colisión entre derechos deberá realizarse caso por caso, valorando la veracidad de la información, su relevancia pública, la ausencia de expresiones vejatorias o insultantes, así como, tratándose de imágenes, la relevancia mayor o menor del personaje captado, el lugar de captación o la accesoriedad o principalidad de la imagen reproducida. (STS de 25 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—El caso objeto de la sentencia que anotamos versa sobre la posible intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y la imagen de un conocido matador de toros, como consecuencia del seguimiento que se ha llevado de su vida (sobre todo respecto de su separación y la polémica muerte de su madre) por parte de dos prestigiosas revistas del corazón. A ello se une, la utilización de su imagen para el reportaje, captada en determinados actos públicos. La parte actora solicita la abstención para el futuro de realizar actos similares, así como una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. La parte demandada contesta a la demanda alegando que se trata de una persona con proyección pública que ha autorizado con su conducta la exposición detallada de su esfera privada, por lo que, siendo el hecho noticiable veraz, no existe intromisión ilegítima alguna en el derecho al honor o a la intimidad, no habiéndose utilizado tampoco expresión vejatoria

alguna. En cuanto al derecho a la imagen, considera el demandado que no existe intromisión por captarse la misma en lugares públicos. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestiman la pretensión de la parte actora y posterior recurrente. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo procede a su desestimación.

NOTA.—Es doctrina jurisprudencial reiterada, para el caso de resolución de conflictos entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor, intimidad e imagen, la necesidad de ponderar los intereses enfrentados para poder otorgar prevalencia a un derecho respecto del otro. Cuando se trata de ponderar dichos intereses respecto de personajes de cierta proyección pública, la cuestión se presenta bien distinta. Lógicamente no es que estas personas no gocen de la protección que el ordenamiento concede a toda persona por el mero hecho de serlo, sino que en estos casos dichos derechos ceden a favor de la libertad de información. Es esto lo que ha acontecido en el caso de la sentencia que analizamos. Un reconocidísimo torero, descendiente de una mujer que ha sido, en innumerables ocasiones, portada de las revistas de mayor tirada de nuestro país, y cuya vida íntima ha sido objeto de exposición pública a lo largo de su vida, revelando detalles de su vida personal y sentimental mediante su conducta diaria, considera que la revelación de datos concernientes a su vida privada y la de su difunta madre constituyen un claro atentado a su dignidad personal, materializado en la vulneración de su derecho a la intimidad.

Para valorar los intereses en conflicto, es necesario tener en cuenta los usos sociales, vistos desde la perspectiva de la propia conducta del sujeto en relación a aquello que decide reservar para sí. Con estos antecedentes el Tribunal Supremo no duda en considerar que no existe intromisión ilegítima ni en el derecho al honor, ni en el derecho a la intimidad, ni en el derecho a la imagen. La actuación de los medios de comunicación no es más que el reflejo de la propia conducta del recurrente. Tanto la captación de imágenes en lugares públicos, como la divulgación de su trayectoria sentimental o la muerte repentina de su madre en determinadas circunstancias, no suponen intromisión ilegítima de ningún tipo. La veracidad de lo que se relata, el carácter de personaje de gran proyección pública, que el propio ofendido reconoce, y la aplicación de la doctrina de los actos propios, que impiden a las personas actuar en contra de sus propios actos, son los argumentos utilizados por el Supremo para fallar en sentido opuesto a la intromisión ilegítima. (*L. Z. G.*)

18. Tutela de incapacitados: interpretación de la Convención de Nueva York sobre discapacidad de 2006, ratificada por España: compatibilidad con la Constitución y con la reforma de 1983.—Antes de examinar los motivos del recurso de casación esta Sala, y a la vista del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, debe establecer las reglas interpretativas que permitirán compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York de 2006, ratificado por España, y lo establecido en el Código

civil a partir de la reforma de 1983. La cuestión interpretativa se centra en el artículo 12 de la Convención, que establece:

«Art. 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.—1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionarán salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionadas al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.»

España ha tomado algunas decisiones de contenido diverso en el sentido que se establece en la Convención, a partir de la Ley 13/1983, especialmente mediante las Leyes 41/2003, 51/2003 y 39/2006. Así debe afirmarse que el Derecho español, en aplicación del artículo 49 CE, ha tomado la iniciativa en la protección de este grupo de personas que, por sus características personales, pueden sufrir una serie de limitaciones en su integración social y ello se ha realizado tanto en el campo del Derecho civil como en el ámbito del bienestar social. Cuál deba ser la forma de identificar la situación jurídica de estas personas no pertenece a este Tribunal decidirlo; será el poder legislativo quien fije las normas para su nominación, porque esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las instituciones de protección. Por último, la DF 1.^a de la Ley 1/2009 establece que el Gobierno remitirá un proyecto de ley reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención. La actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones, adaptables a su vez a cada concreta situación: a) la incapacitación; b) la curatela, y c) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada por Ley 41/2003. La tradición interpretativa de esta Sala, a partir de la antigua STC de 5 de marzo de 1947 ha sido siempre favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad.

Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurren algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, –entendida ésta en sentido jurídico–, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y, sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. Esto comporta que puedan producirse: a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y b) la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello hay que afirmar rotundamente que la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona, y por ello hay que leer conjuntamente la Constitución Española y la Convención de Nueva York para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE, por lo que: a) La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección; en este sentido ha sido siempre entendida la incapacitación como ponen de relieve las SSTS de 16 de septiembre de 1999 y 14 de julio de 2004. b) La incapacitación no constituye una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y a quienes no pueden gobernarse por sí mismas. Al enfermo psíquico, al que se refiere este caso, se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. En principio, por tanto, el CC no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificada por su falta de entendimiento y voluntad. c) La insuficiencia mental representa un estado patológico que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona; ésta sigue teniendo la cualidad de tal y poseyendo capacidad jurídica, y sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida en que sea necesario para su protección.

El Derecho comparado muestra en los países de nuestro entorno cultural, firmantes asimismo de la Convención de Nueva York, aunque utilizándose distintos nombres, sistemas protectores que sustituyen al declarado incapaz para protegerle. Así el artículo 285 del CC de Québec; el artículo 404 del Código civil italiano de 1942, después de la reforma de 2004, prevé una *amministrazione di sostegno*; en Francia, después de la reforma de 1968 prevé la situación de las personas mayores de edad protegidas por la *sauvegarde de justice*; finalmente, en Alemania, se reformó el parágrafo 1896 BGB para introducir la *Asistencia legal* designado por el Juzgado de tutelas, respecto de los mayores de edad que no pueden cuidar total o parcialmente de sus asuntos por enfermedad psíquica o discapacidad física, psíquica o mental. Estos sistemas tienen una intensidad variable, pero siempre prevén que en aquellos ámbitos en los que se establezca la medida de protección, el asistente o tutor representará al incapaz, viniendo a coincidir con nombre diversos con los tres grados de protección existentes en derecho español antes

señalados. Dicho sistema no debe ser rígido en el sentido de no ser *standard*, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y, además, constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección.

Caracteres del sistema español de protección: evolución histórica.—

La citada STS de 5 de marzo de 1947, seguida por las SSTS de 13 de mayo de 1960, 25 de marzo de 1961, 17 de abril de 1965 y 6 de febrero de 1968, entendieron que la ley entonces en vigor (regulación de la tutela de 1889) tenía una laguna cuando no permitía regular los efectos de la debilidad o el atraso mental como distintos de los de la demencia o locura, laguna que atrásó ajustando la extensión de la tutela al grado de intensidad con que se manifiesta en cada caso la perturbación. La reforma de la Ley 13/1983 introdujo en el Código civil un sistema proteccionista, pasando del concepto tradicional capacidad/incapacidad a una situación adaptable a las necesidades de protección del destinatario de la medida. Desde entonces se viene sosteniendo por la jurisprudencia y la doctrina que la incapacitación sólo es un sistema de protección frente a limitaciones existenciales del individuo y que nunca podrá discutirse la cualidad de persona del sometido a dicho sistema. Posteriormente la Ley 13/2003, introduce un nuevo sistema de protección sin incapacitación, para personas en razón de su discapacidad, con relevancia en el ámbito del Derecho civil; este sistema no depende propiamente de la incapacitación, ni constituye un estado civil, y se aplica a quienes están afectados por una minusvalía psíquica igual o mayor al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%. La STC 174/2002, de 9 de octubre, declara que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la DDH de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, la incapacitación total sólo debe adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable. Sólo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención de Nueva York del 2006, por lo que el sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección; esta es la única posible interpretación del artículo 200 CC y 760.1 LEC 2000. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias; se trata de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse; por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.

Incapacidad total y permanente de la persona.—Queda acreditado en la prueba practicada que doña Victoria está afectada por una incapacitación total y permanente que limita funcionalmente la capacidad para regir su persona y administrar sus bienes. La incapacitación es una medida de protección para quienes no pueden autogobernarse y, por tanto, se toma en su beneficio y no en el de los familiares o de otras personas del entorno. En consecuencia, no es posible someter a dicha persona a una medida cautelar como es la curatela que es una institución en la que se nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento, para que pueda realizar determinados actos, siendo

un órgano estable, pero, de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. El sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere un complemento de capacidad.

Pluralidad de tutores.—Los artículos 234 y 235 contienen una norma abierta en cuya virtud el juez debe proceder al nombramiento de tutor teniendo en cuenta siempre el beneficio del incapacitado, que debe ser apreciado libremente por el juez teniendo a la vista las circunstancias del caso, y lo mismo debe señalarse respecto al fraccionamiento de la tutela ente la protección de la persona y la administración de los bienes, que ha sido adoptada con estos parámetros en aplicación del artículo 236.1 CC. **(STS de 29 de abril de 2009; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En el informe del Médico Forense se dice que doña Victoria padece diversas enfermedades de evolución crónica, encontrándose en tratamiento con antiparkinsonianos, antihipertensivos, antiagregantes plaquetarios y neurolépticos sedativos; presenta temblor extremidad en labios, escasa rigidez, bradipsiquia e hipomimia. Presenta déficit de memoria referido a su persona, tiempo y espacio; abstracción y simbolización deficitarias. No gestiona ni sabe lo que gasta al mes; en el cuestionario SPMSQ presenta un índice de error de 6 puntos; alto grado de vulnerabilidad, dependencia afectiva que puede condicionar sus decisiones. En base a todo ello se concluye que la reconocida presenta trastorno cognitivo moderado, demencia senil, que limita funcionalmente la capacidad para regir su personalidad y administrar sus bienes de forma total y permanente. En el acto de la vista se ratificó en su informe e insistió en que la demandada presenta un trastorno moderado en intensidad, que, aun cuando no existe la pérdida total de sus facultades, no tiene la capacidad de discriminación y raciocinio normal, y que por ello no tiene capacidad para valorar la conveniencia o no de sus asuntos; que debe estar supervisada tanto en sus enfermedades como en sus asuntos; que es una limitación importante, pudiendo ser sugerida por terceros a la realización de comportamientos que no le convinieran. En la audiencia a sus seis hijos quedó constancia del claro y manifiesto enfrentamiento existente entre ellos en orden a la situación personal y patrimonial de la misma. La sentencia de la Audiencia Provincial concluye que doña Victoria evidentemente es una persona necesitada de protección, que sólo cabe obtener legalmente a través de los mecanismos de guarda, protección o custodia previstos en la Ley, por lo que aparece como necesaria la declaración de incapacidad de la misma. Y teniendo en consideración la importante cuantía de su patrimonio así como la situación de permanente enfrentamiento entre sus hijos, con dos grupos bien diferenciados, en orden a garantizar la mejor defensa de su persona y patrimonio, ha de considerarse plenamente adecuado que lo sea en su modalidad de incapacidad total con la constitución de la correspondiente tutela, tal y como ha hecho la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Como tutor de sus bie-

nes se designa a uno de los hijos, nombramiento que no se cuestiona, y como tutoras de la persona se designa a dos hijas, pertenecientes una a cada uno de los grupos enfrentados.

No se dice la edad de la incapacitada (¿habrá fallecido al pronunciarse el Tribunal Supremo? entre la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la del Tribunal Supremo transcurren casi nueve años); tampoco conocemos la magnitud del patrimonio de que aquélla era titular ni su composición (¿tierras o viviendas arrendadas? ¿empresas en funcionamiento? ¿acciones y participaciones?), ni su rendimiento durante los últimos años. Por lo demás, el “drama familiar” que viven las partes personadas en el pleito responde a un esquema bastante reiterado en los últimos años ante los tribunales españoles. Acaso hubo imprevisión por parte del marido fallecido al no haber puesto en funcionamiento alguno de los mecanismos legales actuales para asegurar la continuidad *pacífica* de la explotación del patrimonio familiar. Pero la aparente *normalidad* del caso se quiebra por la activa presencia del Ministerio Fiscal que irrumpe en el proceso de incapacitación y plantea un tema de enorme calado, a saber la compatibilidad del régimen de la incapacitación del Código civil con la Convención de la ONU, de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (BOE de 21 de abril de 2008), que ha entrado a formar parte del ordenamiento español conforme al artículo 96.1 CE y el artículo 1.5 CC. La adhesión del Ministerio Fiscal al recurso interpuesto por la mitad de los hijos de doña Victoria, dio un giro espectacular al indicado enfrentamiento familiar, reducido, en esencia, a someter a doña Victoria a curatela ya que el régimen tutelar –según cierta interpretación– había sido proscrito por la Convención de Nueva York.

NOTA.–Ha de llamarse la atención sobre esta importante STS, dictada por la Sala 1.^a compuesta por nueve Magistrados, que puede representar un hito clave en la futura reforma de la tutela de los incapaces (anunciada como inminente), y que de modo inequívoco resultará condicionada por la interpretación que se asigne al Convenio de Nueva York de 2006. Mientras llegue esa reforma, este notable fallo de la Sala 1.^a en pleno, ofrece una *sentencia interpretativa* pues resultará inevitable que en los futuros procesos de incapacitación que se planteen ante los tribunales españoles se hagan valer los argumentos del Ministerio Fiscal. En aquél debe destacarse –aparte su aportación de Derecho comparado– el esfuerzo por integrar globalmente en el sistema codicial las recientes normativas transversales (Leyes 41 y 51 de 2003 y 39/2006), sin perjuicio –a mi juicio– de no pocas contradicciones puntuales, comenzando por las terminológicas que la doctrina unánimemente denuncia. Pero esta sentencia, muy acertadamente, remite al legislativo la opción por la designación más adecuada, y ofrece una interpretación razonable para seguir considerando válida la regulación de la tutela de los incapacitados.

Casi queda en segundo término la resolución de los recursos de casación interpuestos contra las sentencias conformes de instancia, que resultan rechazados. Es salomónica la decisión de encomendar la tutela de la persona de su madre a dos de sus hijas pertenecientes a cada grupo de hermanos enfrentados. ¿Será la mejor solución para

doña Victoria? En cuanto a eliminar la opción de la curatela por enfermedad mental (art. 287), parece evidente que el probado grado de discernimiento de doña Victoria no le permite dirigir en persona la gestión de su –al parecer–, importante patrimonio (G. G. C.)

19. Alcance del derecho de asociación. Artículo 22.1 CE.–El concepto de asociación parte del dato esencial de organización y tiene como primer requisito la agrupación de personas, a la que el Derecho le da personalidad jurídica. La asociación, reconocido su derecho por el artículo 22.1 CE, tiene tres facetas: las asociaciones *stricto sensu* reguladas por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, las asociaciones con ánimo de lucro, civiles (art. 1665 del CC) o mercantiles (art. 116 CCO y leyes de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada) y las asociaciones con legislación específica.

Como ha reconocido el Tribunal Constitucional, el artículo 22.1 CE se proyecta sobre la totalidad del fenómeno asociativo: así lo dice explícitamente la S. 5/1996, 16 de enero. (**STS de 23 de febrero de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.–El día 5 de marzo de 2001 en Barcelona y el 27 de agosto de 2001 en Madrid, salen a la luz MD y MD2, periódicos diarios de distribución gratuita editados por M.N., S.L. Tras seguir los pasos oportunos, M.N., S.L. consigue su adscripción a la Oficina de Justificación de la Difusión (OJD) y tras presentar la primera «declaración del editor», se le otorga la «acreditación de tirada y distribución» en diciembre de 2001.

El 18 de julio de 2002, la OJD impone una sanción a la sociedad M.N. en aplicación del artículo 14 del Reglamento de Trabajo para el Control de Publicaciones de esta entidad de comprobación de la realidad de la difusión de los medios de comunicación (por falsedad en los datos hechos públicos con relación a las cifras de tirada, difusión o distribución y por la publicación de dichas cifras elaboradas con manifiesta finalidad de perturbar o confundir el mercado publicitario) con la suspensión temporal forzosa de su relación con ella, por un plazo de dos años. M.N., S.L. entendió que con ello se había vulnerado el derecho de asociación que proclama el artículo 22 CE y formuló demanda contra OJD.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirmó la anterior

NOTA.–Analizada la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada sobre el derecho de asociación reconocido por el artículo 22.1 CE, las sentencias parten de un presupuesto, cuya discusión ni se plantea, cual es la condición de asociado del demandante, que en el supuesto contemplado en la sentencia anotada no se da pues la sociedad demandante nunca llegó a ser socio de la sociedad anónima demandada, ni, por ende, miembro de la asociación entendiendo que la sociedad forma parte del concepto amplio de asociación. Así ocurre con las SSTS, relativas a casos de expulsión de miembros de asociación de 17 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10280), 26 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7849), 14 de enero de 2000 (RJ 2000, 137), 23 de junio de 2006 (RJ 2006, 3743).

La sentencia anotada resalta el hecho de que la sociedad demandante nunca fue socio de la misma, sino que su relación contractual con ella fue de adscripción, regulada por el Reglamento de Trabajo como un procedimiento que nada tiene que ver con la adquisición de la cualidad de socio en una sociedad anónima. (*M. C. L. J.*)

20. Cooperativas. Control jurisdiccional de la actividad interna de las asociaciones cuando la misma pueda suponer vulneración de principios constitucionales o infracción de normas imperativas.—La doctrina constitucional sobre el control jurisdiccional de las asociaciones declara que la actividad de las mismas no forma naturalmente una zona exenta de control judicial (STC de 22 de noviembre de 1988), ya que de acuerdo con el artículo 22 CE, la autonomía de las asociaciones para establecer su propia organización forma parte también del núcleo de este derecho fundamental. Y en lo que se refiere a las causas de exclusión de los socios y sus procedimientos, los tribunales deben respetar su derecho de autoorganización (SSTC de 14 de junio de 1999 y 27 de abril de 2006). Sin embargo, no quedan exentos de este control los acuerdos que pudieran implicar vulneración de principios fundamentales tanto de la Constitución como de las normas imperativas de la legislación sobre cooperativas.

Naturaleza constitutiva de la inscripción de los acuerdos sobre modificaciones estatutarias. Imposibilidad de aplicar las sanciones establecidas hasta que el acuerdo haya sido inscrito en el Registro de cooperativas. Tipicidad de las sanciones.—El artículo 19 de la Ley 37/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, establecía que la inscripción de las modificaciones de los estatutos era constitutiva. Este carácter constitutivo supone que sólo a partir de la inscripción del acuerdo se producirá la modificación acordada. Consecuencia de lo anterior, al no estar inscrito el acuerdo, la sanción no estaba tipificada al tiempo de imponerse, por lo que en aplicación del principio de tipicidad de las sanciones del artículo 25.1 CE, debe concluirse que nadie puede ser sancionado por una causa que no estaba tipificada en el momento de cometerse el acto por el cual se impone la sanción. (**STS de 6 de abril de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La cooperativa «S.C.V.L.» modificó en julio de 2001 sus estatutos, incorporando una nueva falta muy grave y nuevas sanciones a su comisión. Este acuerdo fue finalmente inscrito en el Registro de Cooperativas en marzo de 2002. Entre una fecha y otra los socios doña Eva, don Armando, doña Lorenza y don Cristóbal fueron objeto de un expediente por infracciones muy graves, en el que se les impuso por el Consejo Rector, en septiembre de 2001, la sanción de expulsión; ratificada posteriormente por la Asamblea General en noviembre del mismo año. Los actores demandaron la nulidad del acuerdo de expulsión al considerar que en tal momento era aplicable el artículo 19 de la Ley de Cooperativas de 1987, que establecía el carácter constitutivo de la inscripción de la modificación de los estatutos, de suerte que la sanción aplicada, al no haberse inscrito la referida modificación hasta marzo de 2002, no estaba vigente al tiempo de serles impuesta. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y declaró la nulidad de dicho acuerdo. La Audiencia Provincial de Murcia estimó el recurso de apelación de la entidad demandada y, con revocación de aquélla, des-

estimó la acción planteada. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de los actores. (*L. A. P. M.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

21. Error al venderse como divisible un inmueble que no lo era: nulidad del contrato.—Se declara nula la venta de un inmueble en la creencia errónea de ambos contratantes de que era divisible en régimen de propiedad horizontal.

Determinación del valor de restitución (art. 1303 CC): no es el valor actual de mercado sino el de las prestaciones recibidas con los intereses.—Declarada la nulidad de un contrato, las partes quedan obligadas a la restitución recíproca de lo que hubieren recibido en virtud del mismo, con los intereses, sin que del principio aplicable de evitar el enriquecimiento injusto se derive para el vendedor la obligación de entregar al comprador el valor actual de mercado del objeto de la venta. «Si de lo que se trata es de reponer a los contratantes al estado patrimonial que tenían antes de contratar, obvio resulta que no se puede atender a la ulterior revalorización que (...) hayan ido experimentando los bienes objeto del contrato. De hacerlo así sí se consagraría una situación de enriquecimiento injusto». (**STS de 15 de abril de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Los demandados habían comprado en escritura pública un inmueble con varias plantas edificadas, y se habían obligado por documento privado de venta en la misma fecha a entregar dos de las plantas a los demandantes. Los demandantes solicitan se eleve a escritura pública el contrato celebrado o, subsidiariamente, se condene a los demandados a entregarles el valor actual de mercado de las plantas objeto de la compraventa. Los demandados alegan la imposibilidad de cumplimiento de lo pactado y argumentan que la inmobiliaria interviniente había informado erróneamente a ambos matrimonios, como si el inmueble fuera divisible en régimen de propiedad horizontal, no siéndolo. En primera instancia se declaró la nulidad del contrato privado de compraventa por la «imposibilidad jurídica» de cumplimiento perfecto del contrato y se ordenó la restitución recíproca de las prestaciones realizadas hasta el momento. Por tanto, se rechazó el pedimento subsidiario formulado en la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la nulidad del contrato «por inexistencia de objeto» y rechazó expresamente de nuevo el pedimento subsidiario, que fue objeto del recurso de casación.

NOTA.—Pese a que en casación no se discute la calificación del contrato de compraventa que la Audiencia Provincial realiza, estimando la nulidad «por inexistencia del objeto», podíamos considerar si estamos ante un caso de nulidad relativa por error, vicio del consentimiento, pues existen las plantas objeto de la compraventa (que de hecho estaban siendo usadas por los compradores), si bien no son divisibles en régimen de propiedad horizontal conforme a lo previsto en el contrato. La aplicación del artículo 1303 CC, como resultado, sigue siendo la misma en uno y otro caso. Cualquiera de

los contratantes estaría legitimado para invocar la nulidad en este caso pues ambos contrataron viciados por el error motivado por la inmobiliaria interviniente. (C. J. D.)

22. Responsabilidad por dolo. Normas de validez del contrato y normas de responsabilidad.—El dolo genera responsabilidad, en cuanto acto ilícito, que algún autor ha calificado como «delito civil» con obligación de reparar los daños y perjuicios. Aunque es cierto que la aplicación al caso de las normas de validez y de las de responsabilidad está interrelacionada, pues el daño no ha de ser el mismo en el caso de anulación que en el de mantenimiento del contrato, las acciones para exigir una u otra consecuencia (anulación o reparación de los daños) son distintas y pueden ejercitarse conjunta o separadamente. No desvirtúa la distinción el hecho de que la anulación provoque una acción de restitución (art. 1307 CC) que, a efectos prácticos, podría producir los efectos de una acción de responsabilidad, pues la acción de restitución, consecuencia de la acción de anulación, no es una acción de reparación de daños.

La jurisprudencia de la Sala 1.^a ha reconocido la existencia de las acciones de anulación y de resarcimiento en los supuestos de invalidez. Cabe citar, entre otras, las SS de 31 de mayo de 1921, en que se planteaba el problema, aunque no se accede a la solución propuesta por el actor, que pretendía una indemnización por la vía de acción de restitución y las posteriores de 18 de junio de 1955, 28 de octubre de 1974, 26 de octubre de 1981, 1 de octubre de 1986, 18 de julio de 1988 y 31 de octubre de 2001. De ellas, el Alto Tribunal destaca la de 26 de octubre de 1981 y la de 31 de octubre de 2001. En la primera de ellas se examina un supuesto de reticencia dolosa, en que una de las partes calla o no advierte debidamente a la contraparte, en pugna con el deber de informar exigible por la buena fe, y se conceden daños, si bien aceptando la exclusión, declarada en la instancia, de aquellos daños en los que no se aprecia el nexo o relación de causalidad entre el acto doloso causante y el gasto que se reclama como perjuicio indemnizable. La última de las citadas sentencias se refiere también a un caso en que la parte recurrente denuncia haberse producido reticencia dolosa y la Sala estima que «los tratos negociales preparatorios han de estar salvaguardados por la buena fe y pueden generar responsabilidad civil por razón de culpa *in contrahendo*, que cabe proyectar al caso del daño ocasionado por incumplimiento del contrato por feccionado»; pero la responsabilidad contractual que se pide no resulta aceptada porque «las conductas deformadoras del ilícito civil omisivo por el silencio y reticencia que imputa actuaciones de ocultación en su cartera económica, no se probaron de forma adecuada y convincente».

La cuestión sobre el ejercicio de acciones derivadas del dolo ha sido examinada, por otra parte, en la S. de 18 de enero de 2007, en la que se decide que cabe el ejercicio acumulado de las acciones de anulación y de reclamación de daños y perjuicios, como cabe el ejercicio de la acción de anulación sin reclamar ninguna indemnización y también cabe el ejercicio de la acción de reclamación de daños y perjuicios, sin ejercitar la acción de anulación.

Responsabilidad precontractual.—Se ha de convenir con la más autorizada doctrina en que la acción de responsabilidad es de naturaleza contractual, y por ende en cuanto a la prescripción se regirá por el artículo 1964 CC. A esta conclusión se llega tanto al considerar que la presencia de un contrato en vigor aparta el tema de los supuestos de responsabilidad contractual, cuan-

to si se estima que la moderna dogmática contractual exige la incorporación de las declaraciones efectuadas durante los tratos preliminares como promesas contractuales, lo que ya se establece de modo expreso para la protección de los consumidores en la legislación protectora. Las representaciones efectuadas durante la fase de tratos preliminares pueden configurar el comportamiento que se espera del deudor y servir de pauta para determinar la existencia de un incumplimiento. Además, esta responsabilidad comprendería no sólo el llamado «interés contractual negativo», sino el «interés contractual positivo», pues la indemnización por dolo ha de referirse a la totalidad del daño provocado por el engaño que ha frustrado el desarrollo normal del contrato y ha impedido la satisfacción del interés del *deceptus*. (STS de 24 de abril de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—En los primeros meses de 1988 la familia A. poseía un 58,78% del capital de la empresa P.C. S.A. constituida en 1959. El resto se hallaba en manos de accionistas minoritarios. Uno de estos accionistas minoritarios, D. M., titulaba el 7,41% del capital.

El 2 de octubre de 1987 este accionista como miembro del Consejo de Administración, remitió una carta al Presidente en la que le hacía saber la incoherencia de los resultados económicos y la falta de información por parte de la familia A. al resto de accionistas minoritarios.

En tal situación de discrepancia y tras diversas reuniones con la familia A., se propuso a D. M. la compra de sus acciones, lo que fue aceptado por éste y, tras solicitar información sobre la situación patrimonial societaria y acceder a la información que le fue facilitada, en concreto el Balance cerrado en 31 de diciembre de 1987, optó por vender su participación. El 6 de julio de 1988 se formalizó la póliza, adquiriendo las acciones la hija del presidente de la Compañía.

Cuatro meses más tarde, la familia A. vendió acciones que representaban el 93,29% del capital a una sociedad alemana por una cuantía superior a la que habían adquirido las acciones a D.M.; cuatro años más tarde el resto de los títulos fueron vendidos por un precio aún superior.

El 24 de abril de 2002 D. M. presenta demanda contra la compradora, postulando sentencia por la que se condene a la demandada a resarcir al actor daños y perjuicios.

A juicio del actor la venta de acciones de la que traen causa las actuaciones le produjo un grave perjuicio económico porque se le ocultó dolosamente la existencia de una oferta de compra y las negociaciones que se estaban llevando a cabo con la empresa alemana.

La sentencia de primera instancia estima la excepción de prescripción opuesta por la demandada al considerar que se ejercita una acción difícil de individualizar pero que considera de naturaleza contractual y que acaba identificando con la prevista en el artículo 1301 CC en relación con los artículos 1269 y 1270 CC, cuyo período de prescripción es de cuatro años.

La Sala de Apelación estima que se está reclamando una responsabilidad precontractual o por culpa *in contrahendo* a la que se

ha de aplicar el tratamiento de la responsabilidad extracontractual y por ello estaría más que prescrita.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, interpuesto por el demandante, porque considera que en el supuesto no cabe apreciar dolo reticente. A juicio de la Sala no se trata de un supuesto en que la ley imponga deberes de información sino de un caso en que el vendedor de las acciones no es informado por el comprador de que los accionistas que componen la mayoría tienen ofertas de compra por precio superior al que se deduce del Balance y se está considerando para la operación de compraventa que se proyecta. En el caso el Tribunal Supremo valora que se trata de una relación entre socios lo que acentúa los deberes de lealtad y además supone que la información sobre el estado real de la sociedad y por ende sobre el valor de las acciones está en poder del adquirente más que del transmitente; pero hay que tener en cuenta también que el vendedor era miembro del Consejo de Administración y tenía, por ello, acceso a los libros y cuentas de la compañía, lo que puede traducirse en un defecto de auto-información que le sería imputable. En la doctrina no existe obligación de desvelar el error que consiste en la ignorancia de una cualidad positiva de un bien que lo revaloriza. (*B. F. G.*)

23. Dolo negativo o por omisión.—El dolo existe no sólo cuando se induce a contratar con palabras insidiosas que vician el consentimiento sino también cuando se omite la información que exige la buena fe. No puede gravarse al comprador con la carga de poner todos los medios (consultas a Registros y Autoridades Administrativas) a fin de conocer la situación del inmueble que adquiere y los riesgos que pueden afectar a la propiedad en el futuro.

Omisión del deber de información y dolo grave.—Es grave y por tanto hace anulable el contrato el dolo consistente en omitir una información relativa al riesgo considerable de pérdida futura de los bienes adquiridos.

Cláusula de renuncia al saneamiento por evicción.—No puede aplicarse la cláusula de renuncia al saneamiento por evicción para evitar la anulación del contrato por dolo, cuando se evidencia la existencia de un procedimiento administrativo incoado antes del contrato y del que no se informó al comprador, porque dicha cláusula no implica la aceptación del resultado de dicho proceso: «No se puede circunscribir la efectividad de la cláusula de renuncia al saneamiento por evicción a las posibles incidencias jurídico administrativas del bien objeto del contrato». (**STS de 26 de marzo de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El demandante compró un local kiosko-bar en uno de los bajos de un paseo marítimo, y el derecho al usufructo de la concesión administrativa de la terraza adjunta. En el contrato de compraventa se introdujo una cláusula penal que estipulaba como pena recíproca el cuarenta por ciento de la cantidad percibida. Constaba en el contrato además una cláusula en virtud de la cual «el comprador declara conocer y acepta la situación física de lo que es objeto de la compraventa, por lo que renuncia al saneamiento por evicción». En la demanda se ejercitaron consecutivamente

las acciones de nulidad, rescisión y resolución del contrato, alegando el actor haber tenido conocimiento al poco tiempo de contratar del expediente administrativo de recuperación posesoria de oficio de la finca objeto del contrato, expediente que era conocido por el vendedor y cuya existencia se le había ocultado maliciosamente. El vendedor formuló reconvencción solicitando la resolución por incumplimiento del comprador y alegando que, por su condición de actor industrial de la zona, este último debía conocer los riesgos que asumía. Uno y otro acompañaban el ejercicio de las correspondientes acciones de otras en que solicitaban se ejecutase la cláusula penal a su favor y se les indemnizara por los daños y perjuicios. En primera instancia se estimó la reconvencción. La Audiencia Provincial revocó la anterior y declaró nulo el contrato, pero sin dar cauce a la ejecución de la cláusula penal ni a la pretensión indemnizatoria. (C. J. D.)

24. Integración del contrato: artículos 1258 y 1283 CC.—Pese a su distinta consideración material y contable, no puede ignorarse que tanto el importe de las subvenciones como el de las primas procedentes de las ampliaciones de capital tenían por objeto proporcionar los ingresos necesarios para dotar a la sociedad demandada de solvencia y de recursos económicos, así como sufragar los gastos de la explotación y mantener el equilibrio patrimonial de la mercantil. Participaban, pues, de una misma finalidad, por más que el medio empleado para conseguirla fuera de diversa naturaleza. La base del canon lo formaban los ingresos de explotación derivados de los conceptos específicamente contemplados, y no los beneficios de la explotación, como resultado de ingresos de cualesquiera procedencia o de cualquier aumento de valor patrimonial. Esa especificidad no era sino el reflejo de la situación que, en orden a la financiación de la mercantil, se daba al tiempo de la celebración del contrato, y no el deseo de constreñir la base del cálculo del canon a determinados ingresos, con la exclusión implícita de cualquiera otros posibles, ya novedosos, ya sustitutorios de los anteriores. No se modifica, pues, el contenido negocial, sino que se fija éste frente al vacío ocasionado por esa variación de circunstancias, atendiendo a la finalidad económica perseguida por las partes, a la identidad funcional de los medios de dotación de recursos económicos considerados, y a la confianza legítima de quien esperaba obtener un beneficio, también legítimo, en función de las circunstancias existentes y contempladas por los contratantes. La buena fe objetiva, delimitadora del contenido negocial, impone, pues, la equiparación entre aquellos medios de dotación de recursos a los efectos de determinar la base del cálculo de la prestación económica, con objeto de preservar el equilibrio del contrato, cuyo restablecimiento cabría considerar incluso desde la perspectiva de la estricta aplicación de la cláusula o regla *rebus sic stantibus*, tal y como ha sido definida doctrinal y jurisprudencialmente (STS 25 de enero y 1 de marzo de 2003).

Principio *in illiquidis non fit mora*, artículo 1100 CC: inaplicación.—Con la sentencia de instancia, debe negarse carácter constitutivo a la resolución que fija definitivamente *in totum* las cantidades objeto de condena, una vez fueron determinadas, tras la realización de las correspondientes operaciones aritméticas con los datos facilitados por la prueba aportada al proceso, pues la obligación pecuniaria deriva del contrato, y en él se establecían los

intereses moratorios, de forma que la sentencia, lejos de crear o modificar la relación obligacional, declara la existencia de dicha obligación y condena al pago del principal y de los intereses en la forma convenida en el contrato. (STS de 12 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—AGEDI concedió a una emisora de televisión autorización no exclusiva para que utilizase los fonogramas del repertorio de la primera, a cambio de una remuneración consistente, según los términos del artículo IV del contrato, en dos cánones, uno en concepto de derecho de comunicación, y otro en concepto de derecho de reproducción. Se establecía que la base de los cánones estaría constituida por los ingresos de explotación de la mercantil concesionaria, considerándose como tales las subvenciones que percibiera con destino a dicha explotación, las cuotas de los abonados y las de publicidad. A partir del año 1997, desaparecieron las subvenciones a la explotación que constituían el principal componente de la base para el cálculo del canon. La entidad de gestión intelectual considera que tales primas de emisión de acciones, al configurarse como recursos económicos del ente televisivo procedentes de la Comunidad Autónoma, y, por tanto, al tener el mismo destino, el mismo destinatario y la misma finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos de la televisión, debían ser tenidos en cuenta a los efectos de determinar la base de cálculo del canon que constituye la contraprestación económica prevista en el contrato. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. La entidad demandada interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial desestimó el recurso. (S. M. S.)

25. La interpretación y calificación de los contratos depende del tribunal de instancia.—Reiterada jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 20 de julio de 2006, 13 de mayo de 2007 y 14 de febrero de 2008) mantiene que la interpretación y calificación de un contrato no puede ser revisada en casación, salvo que sea arbitraria, ilógica o absurda.

Contrato de mandato: ¿casación por vulneración del artículo 1709 CC?—Nuestro Alto Tribunal recuerda en esta sentencia que el artículo 1709 CC es un precepto genérico que no puede por sí mismo fundar un motivo de casación. (STS de 20 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La empresa P. y C., S. A., adquirió mediante un contrato de compraventa cierto número de participaciones en que se dividía el capital de la empresa E., S. L.

El precio de la venta se depositó, mediante un pagaré, en poder de J. E., abogado en ejercicio, a la espera de la determinación definitiva de cuál era el patrimonio neto de la empresa E., S. L. En función de la cuantía del patrimonio de la citada empresa que debía determinar un auditor nombrado por el depositario, éste debía entregar a los vendedores la totalidad de la suma de dinero recibida

en depósito o la parte proporcional correspondiente a los vendedores y a la compradora o incluso, íntegramente a esta última.

Por otra parte, los vendedores se obligaron a constituir una hipoteca sobre una finca propiedad de un tercero (la empresa G. M., S. L.), en garantía de la reparación de los perjuicios que pudiera sufrir la compradora por la aparición de pasivos ocultos.

La empresa P. y C., S. A., interpone una demanda en la que solicita a J. E. la restitución del depósito, con fundamento en el artículo 1775 CC, y una indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento de sus obligaciones. Asimismo solicita se condene a los vendedores a pagar una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación de constituir una hipoteca en cuanto a las cantidades que el auditor había considerado como pasivos ocultos.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial lo estima en parte y estima parcialmente la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por dos de los demandados. (M.J.P.G.)

26. Perfección de los contratos: concurso de oferta y aceptación.—

Entiende la Sala que aunque el contrato se suscribía entre CEDIDE y ATV, resultaba probado que la intervención personal de don Pedro Enrique resultaba sustancial para la perfección del mismo sin que pudiera intervenir ninguna otra persona ya que en el referido contrato el mismo asumía obligaciones personales, tanto en relación con sujetar los contenidos del programa a los criterios que sobre estilo y contenidos mismos tenía fijados ATV, como en su responsabilidad frente ATV por los posibles daños que pudieran ocasionarle a la misma y a sus directivos las reclamaciones de terceros, razón por la que el contrato no quedó perfeccionado al haber sido firmado por don Pedro Enrique con posterioridad a que ATV notificara a CEPIDE la retirada de su oferta el día 28 de julio de 2000, lo que a juicio del Alto Tribunal se ajusta a la jurisprudencia de la Sala sobre el artículo 1262 CC que permite al oferente revocar su oferta siempre que lo haga antes de la aceptación de la otra parte. (STS de 29 de enero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La empresa CEPIDE ejercita demanda por incumplimiento de contrato y reclamación de cantidad por importe de 3.192 millones de pesetas contra la mercantil ATVE, oponiéndose esta con fundamento en que el contrato no había quedado perfeccionado al haberse retirado la oferta hecha por la misma con anterioridad a la firma de aquel por don Pedro Enrique, administrador único de CEPIDE.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenando a indemnizar a la actora los daños y perjuicios causados fijados en su FJ 4.º, a liquidar en período de ejecución de sentencia hasta el límite reclamado en la demanda. Recurrida en apelación por ambas partes la Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por la mercantil ATVE revocando la sentencia de primera instancia y absolviendo a la demandada de todos los pedi-

mentos de la demanda. Interpuesto recurso de casación por CEDIDE, basado en ocho motivos, la Sala desestima todos ellos. (C. S. R.)

27. Interpretación y aplicación del principio *in iliquidis non fit mora*.—Frente a una interpretación inicial, conforme a la cual la discrepancia de las partes sobre la cuantía de la deuda convertía automáticamente en necesario un proceso para liquidarla y, por ello, en ilíquida la deuda hasta la sentencia (SSTS de 15 de febrero y 30 de noviembre de 1982 y 21 de junio de 1985), la jurisprudencia ha evolucionado posteriormente y rechaza este automatismo en la aplicación del principio *in iliquidis non fit mora*. Concretamente, en la actualidad, se valora la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama (el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado y demás circunstancias concurrentes), a fin de evitar situaciones en las que al deudor le basta con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada (entre otras muchas, SSTS de 5 de abril y 20 de diciembre de 2005 y 31 de mayo de 2006). Según el Tribunal Supremo, este criterio moderno de la razonabilidad para decidir la procedencia o no de condenar al pago de intereses y para la concreción del *dies a quo* del devengo da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego y, en definitiva, a la plenitud de la tutela judicial (STS de 24 de julio de 2008).

Ilíquidez de la deuda cuando existe una considerable distancia entre lo concedido y lo reclamado.—Si bien la reducción del importe de la indemnización no excluye por sí misma la mora y sus efectos (STS de 24 de julio de 2008), la existencia de una considerable distancia entre lo postulado y lo concedido sí puede llevar a no reconocer el cobro de intereses legales moratorios (entre otras, SSTS de 7 de noviembre de 2001, 20 de marzo de 2003 y 6 de octubre de 2006). (STS de 6 de abril de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don E., trabajador de la entidad LH, S.A., en la que estaba dedicado a la manipulación y etiquetado de botellines de productos liofilizados entre los que se contaba la vacuna atenuada de brucelosis para el ganado ovino y el caprino, contrajo como consecuencia de su actividad la enfermedad de la brucelosis. Interpuso entonces demanda contra la entidad LH, S.A., así como contra el jefe de personal y el jefe de producción, en reclamación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la misma y alegando la falta de adopción de suficientes medidas de seguridad e higiene en el trabajo por parte de la empresa y de las personas responsables dentro de la misma. La demanda fue estimada en primera instancia, si bien sólo parcialmente, pues el Juzgado de primera instancia rebajó la indemnización solicitada de 86 millones de pesetas a 30 millones, más los intereses legales desde el día de la presentación de la demanda. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia provincial estimó parcialmente el recurso y rebajó la indemnización a, aproximadamente, a 90.000 euros, igualmente, más los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda, al considerar que la sentencia se limi-

ta a determinar el montante de la deuda, en cuanto deuda de valor, que forma parte del patrimonio del acreedor o dañado desde el momento de la causación del daño.

La entidad LH, S.A. y los otros dos demandados interpusieron entonces recurso de casación, que tras el trámite admisorio, quedó circunscrito al pronunciamiento sobre los intereses legales de la indemnización concedida. A juicio de los demandantes, no cabe exigir el interés legal desde el momento de presentación de la demanda, cuando se trata de una indemnización o de una deuda de valor no constatada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. (A. M. M.)

28. Intereses remuneratorios y moratorios: plazo de prescripción.—

Aunque no aprecia la prescripción de la acción, la Sala afirma que la acción para reclamar los intereses moratorios está sujeta al plazo de prescripción general que establece el artículo 1964 CC y no al que fija el apartado tercero del artículo 1966 del mismo cuerpo legal y que conforme al principio general del derecho *accessorium secuitur principale*, estando prescrita la obligación de pagar intereses remuneratorios, estos no pueden dar lugar a intereses moratorios por su impago cuando así procediera o cuando entre las partes hubiera mediado un pacto de anatocismo. (STS de 26 de enero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El día 11 de mayo de 1988 se suscribió un préstamo con garantía hipotecaria entre Banesto y don José, doña Penélope y don Mariano, doña Angeles y don Francisco como deudores solidarios por importe de 20.000.000 de pesetas. Se pactó un interés remuneratorio del 15%, un plazo de vigencia de 6 años y un período de carencia de un año para el pago del capital. Se estipuló que el deudor incurriría en mora automáticamente el día siguiente al impago mensual de principal o intereses, pactándose un interés moratorio del 21% y que ello podría dar lugar, a instancia del Banco, al vencimiento anticipado del crédito. Ante el impago de la deuda se practicó liquidación el 28 de febrero de 1989, se dio por vencido el préstamo y se reclamó a los deudores, en juicio ejecutivo, la cantidad de 25.291.667 pesetas a las que había que sumar los intereses de demora al tipo pactado, adjudicándose Banesto, con fecha de 15 de abril de 1996 la finca hipotecada por 11.691.667 pesetas quedando un resto de capital pendiente de pago de 11.691.667 pesetas. Con fecha de 30 de abril de 2001 se practica por Banesto nueva liquidación que arrojó la cifra de 11.691.667 pesetas de principal y de 40.973.169 pesetas de intereses moratorios calculados al 21% anual lo que hacia la cantidad global de 52.664.836 pesetas (316.552,04 euros). Esta es la cantidad que se reclama en el presente pleito por la vía del juicio ordinario.

El Juzgado de Primera Instancia acogiendo íntegramente la demanda condenó a los deudores, solidariamente, al pago de 316.522 euros más los intereses que se produjeran sobre el capital. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó confirmando íntegramente la de primera instancia. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo no dio lugar al mismo. (C. S. R.)

29. Intereses moratorios y reclamación judicial: inicio del devengo.–

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo en alguna ocasión ha declarado que la mora del deudor, cuando sea necesaria la interpelación y ésta se efectúe judicialmente, se produce cuando aquel es emplazado, ya que es entonces cuando conoce o puede conocer que el acreedor le reclama el pago (SSTS 15 de febrero de 1994, 15 de noviembre de 2000 y 29 de junio de 2004). Pero, como la reclamación judicial está sujeta a unas reglas específicas de naturaleza procesal, las cuales establecen cuando hay que entender que una pretensión se encuentra sometida a la futura decisión del Tribunal y, por ello, cuando cabe hablar de litispendencia, son numerosas las sentencias que declaran producida la mora no con el emplazamiento del demandado, sino con la mera interposición de la demanda (SSTS 25 de octubre de 2002, 16 de noviembre de 2007 y 8 de mayo de 2008, entre otras muchas). A la doctrina que sostienen estas últimas sentencias, cabe añadir hoy la conveniencia de contribuir en lo que sea posible a que las consecuencias de la morosidad resulten disuasorias. (**STS de 20 de enero de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.–En virtud de un contrato de ejecución de obra, la entidad demandante (constructora) se convirtió en acreedora de la entidad demandada (dueña de la obra) de una determinada suma de dinero, reconocida en primera y segunda instancia. El recurso de casación que interpuso la demandante tiene como cuestión única la de determinar si los intereses moratorios de la citada suma los debe la demandada desde la fecha en que fue emplazada para personarse en las actuaciones (que es declarado por la Audiencia) o desde la fecha en que la demanda ha de considerarse interpuesta conforme a las leyes procesales. Esta última postura fue la recogida en casación. (*I. D.-L.*)

30. Contratos. Mora del deudor: compatibilidad con deuda ilíquida.–La jurisprudencia ha dejado de considerar que la liquidez de la deuda sea un presupuesto de la mora del deudor, al admitir la existencia de ésta aunque en la demanda se hubiera reclamado el pago de una deuda de cuantía superior a la finalmente declarada en la sentencia y, por lo tanto, aunque el proceso hubiera servido para liquidar la obligación, consecuentemente se rechaza la regla «*in illiquidis non fit mora*».

Contratos. Mora del deudor: no retraso de la otra parte.–Sin embargo, el que sea posible la mora del deudor pese a que el proceso hubiera sido preciso para liquidar la deuda no quiere decir que dicho retardo cualificado no exija la concurrencia de sus verdaderos presupuestos, entre ellos, el consistente en que no se compense con el retraso de la otra parte de la relación jurídica en el cumplimiento de una prestación recíproca. (**STS de 21 de enero de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.–La entidad R interpuso demanda contra T, SL con la pretensión de que se declarase la resolución de contrato conforme a derecho. T, SL interpuso contra R otra demanda, que fue acumulada, solicitando se declarase la resolución del vínculo contractual que le unía a R, pero con causa en incumplimientos a ésta

imputables. El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid estimó parcialmente la demanda de R e igualmente estimó parcialmente la demanda de T, SL. La Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación de R y estimó parcialmente el formulado de contrario. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

31. Imposibilidad sobrevenida. Obligación de hacer.—En cuanto a la imposibilidad sobrevenida, el Tribunal Supremo mantiene (SSTS de 30 de abril de 2002, 21 de abril de 2006, entre otras) que ha de hacerse una interpretación restrictiva y casuística, atendiendo a «los casos y circunstancias», que la imposibilidad sobrevenida ha de ser definitiva y no haberse producido por culpa del deudor (SSTS de 17 de marzo y 20 de mayo de 1997, 14 de diciembre de 1998, etc.) y que no hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo de voluntad del deudor (SSTS 14 de febrero y 12 de marzo de 1994, 20 de mayo de 1997, etc.), así como que para apreciar la imposibilidad sobrevenida se requiere que el deudor no se halle en mora (SSTS de 23 de febrero de 1994, 30 de abril de 2002, 21 de abril de 2006, etc.).

El esfuerzo del deudor para cumplir, cuando la prestación no ha sido correctamente ejecutada en el tiempo convenido, no le exonera por sí mismo, ni mucho menos equivale al cumplimiento.

En los supuestos de «caso fortuito» (art. 1105 CC) que alguna jurisprudencia hace equivaler a la ausencia de culpa, la posibilidad de previsión se mide de acuerdo con los criterios de la diligencia exigible o prestable (SSTS 4 y 23 de noviembre de 2004, 2 de enero de 2006), cuyo más correcto entendimiento, por otra parte, se encuentra en la presencia en el caso de eventos o hechos exteriores que, por quedar fuera del ámbito de control del deudor, rompieran la relación de causalidad entre la acción u omisión del deudor y los daños experimentados por el acreedor (SSTS de 23 de abril de 1999, 4 y 18 de abril de 2000, etc.).

La falta de autorización administrativa, por sí sola no constituye caso fortuito si no se llega a precisar qué relación cabría establecer entre el comportamiento del deudor y la denegación de las licencias preceptivas. (**STS de de abril de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penades.]

HECHOS.—Se interpone demanda por Comunidad de Propietarios contra Promotora, solicitando el cumplimiento de la obligación de instalar los servicios acordados y la asunción del coste de dichos servicios sufragados por los demandantes, junto con indemnización de daños y perjuicios.

La parte demandada alega su intención de cumplimiento pero dice encontrarse ante circunstancias que provocan imposibilidad de cumplir la prestación acordada.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, reconociendo la obligación de la promotora de realizar las actuaciones necesarias para dotar a los propietarios de los servicios acordados e imponiendo el cumplimiento en forma específica.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia.

Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial. (*M. R. D. R.*)

32. Contratos. Interpretación jurisprudencial del artículo 1124 CC.—La jurisprudencia a la hora de interpretar y aplicar el artículo 1124 CC, ha abandonado hace tiempo las posiciones que exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, para atender al dato objetivo de la injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato.

Contratos. Incumplimiento del comprador.—El incumplimiento por el comprador faculta al vendedor a ejercer la facultad resolutoria prevista en el artículo 1504 CC, pero dicho incumplimiento ha de ser sustancial.

Contratos. Novación subjetiva: consentimiento del acreedor.—La jurisprudencia establece que en tanto se hable de cesión de contrato, novación subjetiva por cambio de la persona del deudor o de asunción de deuda se precisa la indiscutible necesidad de que conste, para la operatividad o eficacia del negocio traslativo, el consentimiento indubitado del acreedor, porque los intereses de éste deben quedar a buen recaudo en la medida que, en definitiva, con estos actos jurídicos, la seguridad de la satisfacción de su crédito dependerá de la solvencia o no del tercero que se introduce en la relación negocial primitiva. (**STS de 13 de febrero de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La entidad mercantil C., S.L. interpuso demanda contra don Víctor Manuel y doña María Antonieta por resolución del contrato de compraventa que, como vendedora, había suscrito con los codemandados, sobre la vivienda unifamiliar en construcción. El Juzgado de Primera Instancia núm. 37 resolvió conceder un nuevo plazo a los demandados para otorgar la escritura pública del contrato de compraventa. La Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por C, S.L., liberando a los demandados de las pretensiones de la entidad actora. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

33. Incumplimiento por imposibilidad sobrevenida imputable al deudor: alcance de la obligación de indemnizar.—El derecho del acreedor, en una obligación de entregar cosa determinada, a compeler al deudor a que realice la entrega, consagrado en el artículo 1096 CC como independiente del derecho a exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios, determina que la imposibilidad de cumplimiento *in natura* cualquiera que sea su causa —siempre que no comporte la extinción de la obligación— puede ser objeto de un cumplimiento por equivalencia mediante la restitución de su valor, el cual no necesariamente forma parte de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que establece el artículo 1101 CC.

El valor que ha de tenerse en cuenta para determinar el importe del cumplimiento por equivalencia es, según se deduce de su naturaleza, el correspondiente al momento en que debió producirse dicho cumplimiento (*aesti-*

matio rei o precio o valoración de la cosa). Ahora bien, el principio de pleno resarcimiento de los perjuicios causados, este sí ligado a la aplicación del artículo 1101 CC (y, por consiguiente, a la concurrencia de algún género de dolo o culpa por parte del deudor en el incumplimiento), exige que para determinar los perjuicios sufridos por la imposibilidad sobrevenida imputable al deudor se tengan en cuenta, entre otros posibles factores, los cambios de valor producidos hasta la fecha en que se satisfaga la indemnización.

Negocio de reemplazo.—En el caso examinado el incumplimiento lleva consigo un retraso en el abono del equivalente económico con respecto del momento en que la obligación debió ser cumplida y, con ello, cuando menos, un mayor costo del negocio de reemplazo necesario para la restitución del acreedor a la situación equivalente a la que hubiera obtenido mediante el cumplimiento *in natura*. Este mayor costo supone un menoscabo patrimonial para el acreedor y entra en el terreno de los perjuicios indemnizables. Para que la indemnización alcance a cubrir, además de la imposibilidad de cumplimiento *in natura*, los perjuicios que han sido alegados como conectados al retraso en el cumplimiento, es necesario incrementar la cuantía ajustándola al cálculo que resulta del valor económico que tenga el negocio de reemplazo en el momento de fijarla.

Daño moral contractual.—La indemnización por daños morales es compatible con el importe que corresponde percibir al acreedor en virtud del cumplimiento por equivalencia, como ocurre con cualesquiera daños o perjuicios que puedan probarse.

No todo daño moral debe ser indemnizado por el que lo causa en el ámbito contractual o extracontractual. La obligación de reparación no tiene un alcance universal, sino que su alcance debe ser delimitado en función del contenido del contrato y de los criterios normativos de imputación objetiva que resultan del ordenamiento jurídico. Tratándose de la responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato tiene suficiente relevancia, por lo general, para entender excluida la obligación de responder por daños morales, el hecho de que en un contrato de contenido predominantemente económico no se halle prevista y no se infiera de su contenido y consecuencias conforme a la buena fe, al uso y a la ley una obligación especial de diligencia para cubrir todos o algunos de los posibles daños morales derivados del incumplimiento. **(STS de 10 de marzo de 2009; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En el contrato celebrado mediante documento privado de 29 de octubre de 1988 la entidad promotora se comprometía a ceder a la antigua propietaria del solar o a sus hijos una participación en el edificio que se iba a construir, en los siguientes términos: la promotora cede «el derecho a formar parte de la Reunión de Auto-promoción que se ha constituido para la construcción del edificio a construir [...] con una participación o cuota suficiente para que cuando se otorgue la escritura de obra nueva y régimen de propiedad, con la cuota asignada promuevan la construcción del piso que ocupe la totalidad de la cuarta planta [...] y una plaza de aparcamiento». Se añade que «[e]l precio de la cesión del derecho será el mismo que tengan las plantas quinta y sexta y plazas de aparcamiento de las mismas características, pero siempre con el límite máximo de 52.000.000 de pesetas sin incluir IVA, por la participación con la que se construía la plaza de aparcamiento, incluyéndose en dicha

cantidad el costo de su construcción total». Se establece también que «[l]a señora [antigua propietaria del inmueble] o sus hijos, podrán decidir si aceptan o no la mencionada cesión en las condiciones dichas, durante el tiempo que media entre el día de hoy y la terminación de la estructura del nuevo edificio a construir».

Los demandantes se dirigieron en este proceso contra la promotora «ejercitando acción declarativa y de condena para el reconocimiento del derecho de adquisición del inmueble litigioso». Para el caso de que no fuera posible la adjudicación por haber sido transmitidos los mismos derechos a favor de un tercero que tenga la condición de titular registral y adquirente de buena fe solicitaron «subsidiariamente que se conceda la indemnización oportuna, cuya determinación se efectuaría en ejecución de sentencia sobre las bases del valor que tenga un piso y una cochera idéntica en la misma zona, más el 20% de afección al verse privados los demandantes de tener un piso en el edificio construido sobre la casa que ha sido su domicilio durante la mayor parte de su vida».

El Juzgado desestimó la demanda por entender que, tratándose de una opción de compra, ésta no se había ejercitado en el tiempo establecido.

La Audiencia Provincial revocó esta sentencia y estimó la demanda, por entender que la fijación del precio dependía de la comunicación por parte de la demandada de la terminación de la estructura de la obra, que no se había realizado en el momento del ejercicio de la opción. En consecuencia, declaraba el derecho de los demandantes a adjudicarse la cuarta planta del edificio en las condiciones establecidas en el contrato privado de 29 de octubre de 1988, y para el supuesto que fuera imposible dicha adjudicación por haber sido transmitidos los aludidos derechos a terceros que tengan la condición de titular registral y adquirente de buena fe, «se concede a los actores la indemnización oportuna que se fijará en ejecución de sentencia, de acuerdo con las bases establecidas en esta resolución, sin que en ningún caso supere dicha indemnización la cifra de 52 millones de pesetas por el piso y de 3 millones por la cochera». En los fundamentos jurídicos de la sentencia se establecía que «respetando la literalidad [parece querer decir la literalidad] del contrato, [la] indemnización pretendida por los actores, que deberá fijarse pericialmente en ejecución de sentencia, deberá ir referida al 18/8/00 sin que en ningún caso sobrepase el precio pactado de 52 millones de pesetas».

Los demandantes interponen recurso de casación basado en la infracción de los preceptos reguladores del resarcimiento de las deudas de valor al establecer el límite de la indemnización por el piso y por la cochera.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación sustituyendo el fallo de la sentencia de apelación por el siguiente pronunciamiento: «Igualmente y para el supuesto de que fuese imposible dicha adjudicación por haber sido transmitidos los aludidos derechos a tercero que tenga la condición de titular registral y adquirente de buena fe, se concede a los actores la indemnización oportuna que se fijará en ejecución de sentencia, de acuerdo con las bases establecidas en esta resolución, teniendo en cuenta la diferencia

entre el valor de los inmuebles en el momento de fijarse la indemnización y el precio de la cesión fijado en el contrato (o el valor en venta de los inmuebles en el momento fijado para el ejercicio de la opción, si hubiese sido inferior)». (B. F. G.)

34. Contrato: incumplimiento que produce daños indemnizables: sumisión expresa a Tribunales y legislación española: reclamación de daños punitivos, no reconocidos en España, ante Tribunales norteamericanos.—El pacto de sumisión a fuero y de determinación del derecho aplicable tiene un significado propio y comporta específicas consecuencias en el ámbito del proceso. Incorporado a la relación contractual como una más de las reglas de conducta a que han de atenerse las partes, genera un deber, aunque pueda entenderse accesorio, cuyo incumplimiento, a efectos de determinar su trascendencia desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, debe valorarse en relación con la significación que el incumplimiento defectuoso pueda tener en la economía de la relación obligatoria, pues esta Sala viene declarando, especialmente a efectos del ejercicio de la acción resolutoria, que son incumplimientos sustanciales aquellos que, independientemente de su significación formal, determinan la frustración del fin económico del contrato para una de las partes (SSTS de 27 junio 1955, 30 mayo 1990, 11 julio 1991, 14 octubre 1992, entre otras). Desde esta perspectiva, la elección de Derecho aplicable y del fuero competente pueden haber sido decisivos, en el caso, para la voluntad de establecer la relación, con clara trascendencia en la economía contractual, habida cuenta de que la aplicación del Derecho español establece un marco contractual determinado desde la perspectiva de la valoración del daño (pues se excluyen los daños punitivos, admisibles en el Derecho de los Estados Unidos de América), y apunta a una valoración de las costas procesales por honorarios de abogado de muy distinto alcance. El consciente incumplimiento del pacto, al presentar demanda en la que se solicita la aplicación del Derecho de los Estados Unidos de América, ante un Tribunal de esta República, en reclamación de 455 millones de dólares por *daños punitivos* ha determinado la necesidad de defensa, generando costes que desbordan el marco previsible en el desarrollo normal o patológico de la relación contractual. La Sala de instancia niega la relación de causalidad entre el incumplimiento del pacto de elección de Derecho aplicable y de sumisión a fuero y el coste que se reclama como daño, pues considera que este coste corresponde al procedimiento seguido ante los Tribunales de Florida y sólo ante el tribunal ante el que se ha seguido puede determinar su pago en calidad de costas del procedimiento. Sin embargo, los honorarios de abogado y otros gastos no son tratados como costas ante aquella jurisdicción, y, en cuanto a los gastos que soportan esta calificación, criterios de imputación objetiva autorizan a considerarlos como una consecuencia causal del incumplimiento de la cláusula de sumisión, pues la demanda presentada ante una jurisdicción territorial distinta de la pactada por conceptos cuya invocación sólo es admisible ante aquélla, los cuales podían determinar una cuantía mucho más elevada que la previsible según el Derecho aplicable a tenor del contrato imponían a la hoy recurrente la carga de la defensa. La reclamación de las costas ante los tribunales americanos ha de entenderse como producto de la pretensión de resarcirse parcialmente de los daños sufridos. La decisión de aquellos tribunales de no imponer las costas produce efectos en el terreno procesal, pero no es óbice para la reclamación de los

daños por razón del incumplimiento contractual en un procedimiento *ad hoc*, en el que la estimación de la petición de costas por el tribunal de USA no hubiera tenido otro efecto que la disminución de la cantidad susceptible de ser reclamada.

Cuantía del daño.—En el presente caso no es necesario deslindar entre ejercicio abusivo del *ius litigandi*, incumplimiento del pacto de sumisión y responsabilidad por daño o culpa, ya que los daños cuya reparación se solicita son previsibles y se conectan causalmente con el incumplimiento según criterios de imputación objetiva de carácter general. La suma total máxima se fija en el contravalor en euros de la cantidad pagada en dólares, de acuerdo con lo probado, pero siempre que no exceda de la cantidad en que se ha fijado la cuantía del procedimiento de 139.186.072 pesetas.

Costas.—De conformidad con el artículo 598 LEC no procede imponer las costas de primera instancia dada la dificultad del tema, que provoca dudas de Derecho constatadas en la argumentación y en las posiciones adoptadas por la sentencia de primera instancia y de apelación; tampoco se imponen las causadas por el recurso de apelación ni por el de casación. (STS de 12 de enero de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El 15 de marzo de 1995 se firma un *Participation Agreement* (contrato de participación) entre *The Travelstead Group Spain SA*, y USA Sogo Inc, del que interesan aquí dos cláusulas o artículos. Según el artículo 6 se contempla la posibilidad de transferir un porcentaje de participación a don Ángel Jesús, bajo ciertas condiciones; mientras que el artículo 14 bajo la rúbrica *Jurisdicción y Derecho aplicable* se dice literalmente: «Este contrato y los derechos y obligaciones de las partes del presente documento deberán interpretarse de acuerdo con el Derecho español. Cualquier disputa o reclamación deberá someterse a los Tribunales de Barcelona». Ángel Jesús, el 5 de junio de 1997 presentó ante los Tribunales de Florida una reclamación de 455 millones de dólares, más los intereses y costas, como indemnización por la conducta de USA Sogo Inc. La demanda se rechaza en ambas instancias norteamericanas por aplicación del artículo o cláusula 14. A su vez USA Sogo Inc reclama en España la suma de 139.186.072 pesetas por minutas de abogados, que, finalmente, es acogido por la Sala 1.^a (compuesta por seis Magistrados) con base en la doctrina antes expuesta. El recurso de casación se apoya en amplias citas y opiniones doctrinales.

NOTA.—El tema de los daños punitivos (*exemplar damages*, según la jurisprudencia inglesa, y *punitive damages*, según la norteamericana) —respecto de los cuales se limita a declarar que no se acepta por nuestros Tribunales (véanse SSTs de 13 de abril de 1987, 28 de abril de 1992 y 26 de noviembre de 1994)— en la sentencia es marginal (cfr. DE SALAS CLAVER, *Daños punitivos: la pregunta es para cuándo*, en «Derecho de daños. Práctica. Revista de responsabilidad civil y seguros», año V, núm. 55, diciembre 2007, pp. 5-21), aunque la presente sentencia podría reanimar la polémica entre los opuestos a su admisión en Derecho español (significativamente, Díez Picazo), y los favorables (Reglero, con amplitud, y el propio De Salas Claver). En este debate no se olvide que el tema no afecta al orden público español (Auto de la Sala 1.^a de 13 de noviembre de 2001). Por otro lado, no deja de ser paradójico que el supuesto

ejemplarizante con que el último autor finaliza su trabajo («¿O acaso serán de mejor derecho los daños que sufra un ciudadano *estadounidense* por una empresa española que opere en aquél país que los daños que sufra un *español* en nuestra patria por esa misma empresa?») se produce en sentido inverso en el presente caso (es el ciudadano español el que acude a los Tribunales de Florida reclamando daños punitivos, y la empresa USA es la que pide al juez español que aplique nuestro ordenamiento). (G. G. C.)

35. Cláusula penal: facultad de moderación de su cuantía por los tribunales (art. 1154 CC).—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo considera que atendiendo al criterio de equidad presente en el artículo 1154 CC, en relación con lo dispuesto en el artículo 3.2 CC, es razonable dar cierta entidad a los incumplimientos parciales del acreedor en el sentido de compensar en parte los efectos del incumplimiento del deudor. Razón por la cual se considera acertado que los tribunales, en este tipo de casos, hagan uso de la facultad moderadora de la cuantía de la cláusula penal reconocida en el citado artículo 1154 CC.

Cláusula penal y devengo de intereses.—El Tribunal Supremo considera que el importe de la cláusula penal resulta exigible desde que se produce el incumplimiento. Si el deudor incumplidor no paga voluntariamente, siendo necesario reclamar judicialmente, se produce la mora en el cumplimiento de dicha obligación, generándose los correspondientes intereses legales desde la interposición de la demanda. (STS de 10 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La Fundación D interpone una demanda con el Colegio Oficial de Diplomados en Enfermería, solicitando se dicte una sentencia que declare la resolución del contrato de prestación de servicios que celebraron ambas partes en 1995 y se condene a la demandada a pagar determinada cantidad de dinero en concepto de cláusula penal como consecuencia del incumplimiento del contrato.

La parte demandada contesta a la demanda solicitando su desestimación y formula reconvencción con la finalidad de que se dicte una sentencia que declare la inexistencia o nulidad del contrato de prestación de servicios y condene a la Fundación D a abonar determinada cantidad de dinero en concepto de indemnización de daños y perjuicios y, subsidiariamente, por si no se declara la nulidad del contrato, solicita se declare la resolución por incumplimiento del mismo y se condene a la Fundación D a pagar una indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda y desestima la demanda reconvenccional. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y revoca parcialmente la sentencia de primera instancia, estimando, de forma parcial, la reconvencción en el sentido de reducir la cuantía de la indemnización. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante. (M. J. P. G.)

36. Rescisión por fraude de acreedores: tendencia a la objetividad.—

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo «ha ido atenuando el requisito de la *scientia fraudis*, para hacer factible en la práctica la operatividad de la acción revocatoria» (*obiter dicta*).

Apreciación del fraude de acreedores: cuestión de hecho.—«La presencia o ausencia de fraude, al igual que la determinación de la insolvencia, son cuestiones de hecho y como tales apreciables por el Tribunal de instancia». (STS de 25 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La entidad bancaria demandante, como subrogada en la póliza de un préstamo contratado con una entidad constituida por el matrimonio codemandado, que figuraba como avalista solidario, se vio obligada a iniciar un procedimiento ejecutivo para el cobro. El embargo no pudo anotarse en el Registro de la Propiedad por haber sido vendidas las nueve fincas objeto del mismo a otra entidad mercantil, cuyo administrador único era hermano del esposo codemandado. La demandante solicitó que se declarasen rescindidas las ventas por fraude de acreedores o, subsidiariamente, se declarase la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados. En ambas instancias se desestimó la demanda, por no apreciarse el carácter fraudulento del negocio, ya que éste se había celebrado —en el contexto de una situación de quiebra voluntaria de la prestataria— a fin de cancelar con otras entidades bancarias acreedoras la hipoteca que gravaba el patrimonio enajenado de los codemandados (obligándose el comprador a retener el precio de la venta para hacer el pago a las entidades acreedoras) y gracias a ello había podido cobrar la demandante parte del préstamo concedido. (C. J. D.)

37. Novación modificativa y extintiva. Declaración de voluntad.—

Señala el Tribunal Supremo, en reiterada jurisprudencia, que la voluntad relevante en la novación es la declarada, pues únicamente mediante su manifestación por los contratantes es como su intención puede conocerse y sólo desde su exteriorización cabe determinar si las partes han querido o no novar y extinguir la obligación primitiva para sustituirla por otra nueva. Por otra parte, esta voluntad no se puede inferir de suposiciones o conjeturas, sino que ha de exponerse con claridad y se ha de expresar de manera cierta e inequívoca, sin provocar dudas, incertidumbres o ambigüedades (SSTS de 31 de mayo de 1997, 14 de diciembre de 1998, 2 de noviembre de 1999, 19 de diciembre de 2001, 8 de julio de 2002 y 22 de diciembre de 2003).

Novación extintiva. Ausencia de presunción.—La novación extintiva no se presume y el beneficio de la duda favorece a la parte que contradice la novación (entre otras, SSTS de 28 de diciembre de 2000, 27 de septiembre de 2002 y 4 de marzo de 2005).

Renuncia a la prórroga forzosa del artículo 57 de la Ley de arrendamientos urbanos de 1964.—La renuncia a este derecho, una vez incorporado al patrimonio del arrendatario, es posible, pero ha de ser clara, precisa y terminante. Por tanto, no hay renuncia si ésta no se realiza expresamente ni cabe deducirla de las circunstancias. (STS de 12 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Bajo la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, don J. L., propietario de una serie de plantas de un inmueble, arrendó el apartamento de la planta baja a don A., por acuerdo verbal. En el año 1991, ante la necesidad que tenía don J. L. de la planta baja del inmueble para ampliar su negocio, convino con don A. modificar el contrato de arrendamiento verbal que les unía, únicamente en el sentido de que don A. pasaría a ocupar a partir de entonces el apartamento de la primera planta del edificio, pero manteniendo el mismo régimen que tenían concertado. Para ello, con fecha de 1 de enero, otorgaron contrato conforme al que don J. L. cedía a don A. el mencionado apartamento por un plazo de cinco años y se convino que, en caso de que ninguna de las partes preavisara con un mes de antelación a la fecha de terminación del contrato, éste se renovarían por un año más hasta que se produjera el preaviso, con anterioridad, al menos, al 31 de diciembre de cada año.

El 22 de febrero de 1999, doña L., hija de don A., notificó a don J. L. el fallecimiento de su padre y su subrogación en el contrato de arrendamiento. Meses después, el 4 de noviembre de ese mismo año, don J. L. preavisó fehacientemente a doña L. para que el día 31 de diciembre entregara la vivienda arrendada. Ante la negativa de doña L. a abandonar la vivienda, don J. L. interpuso demanda contra ésta, reclamando la declaración de extinción del contrato de 1 de enero de 1991, por expiración del plazo contractual, y la condena a doña L. a desalojar el apartamento. Las pretensiones del actor fueron rechazadas tanto en primera instancia, como en apelación, al considerar que el contrato de 1991 suponía una mera novación modificativa de la relación contractual mantenida hasta el momento, conservando por tanto el arrendatario el derecho a la prórroga forzosa reconocida por la legislación sobre arrendamientos de 1964, ya que no había habido renuncia expresa a la misma, ni acto concluyente a este respecto. Don J. L. interpuso entonces recurso de casación, que fue igualmente desestimado por el Tribunal Supremo (*A. M. M.*)

38. Arras.—Según recuerda la STS de 20 de mayo de 2004, con cita de la de 24 de octubre de 2002 «ante la imposibilidad de dar concepto unitario de las arras, la doctrina moderna distingue las siguientes modalidades de ellas: a) Confirmatorias. Son las dirigidas a reforzar la existencia del contrato constituyendo una señal o prueba de su celebración, o bien representando un principio de ejecución; b) Penales. Su finalidad es la de establecer una garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, caso de incumplimiento; c) Penitenciales. Son un medio lícito de desistir las partes del contrato mediante la pérdida o restitución doblada. Esta última es la finalidad reconocida por el artículo 1454 CC». También añade la sentencia antedicha que es doctrina jurisprudencial constante «la de que las arras o señal que, como garantía permite el artículo 1454, tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en aquel sentido [...] debiendo entenderse en caso contrario que se trata de un simple anticipo a cuenta del precio que sirve, precisamente, para confirmar el contrato celebrado».

La STS de 31 de julio de 1993 señala que «el contenido del artículo 1454 CC no tiene carácter imperativo, sino que, por su condición de penitencial,

para que tenga aplicación es preciso que por voluntad de las partes, claramente constatada, se establezcan tales arras, expresando de una manera clara y evidente la intención de los contratantes de desligarse de la convención por dicho medio resolutorio, ya que, en otro caso, cualquier entrega o abono habrá de valorarse y conceptuarse como parte del precio o pago anticipado del mismo». (STS de 24 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La controversia suscitada en la presente sentencia atañe únicamente a la naturaleza confirmatoria o penitencial de las arras entregadas por la entidad recurrente en casación en fecha 18 de junio de 2002, cuando suscribió con los demandados recurridos el contrato de compraventa.

El 23 de septiembre de 2003 los vendedores remitieron a la compradora requerimiento notarial al objeto de poner a disposición de ésta, para desistir del negocio suscrito, la cantidad correspondiente al duplo de la cantidad entregada como arras a la compradora. Tal requerimiento no tuvo respuesta por ésta, quien finalmente interpuso demanda iniciadora del litigio, en fecha 1 de marzo de 2004, interesando la condena de los vendedores a cumplir el contrato referenciado, con elevación a escritura pública del mismo.

La solución dada al litigio en ambas instancias fue divergente. En síntesis, consideró el Juzgado las arras entregadas como confirmatorias, estimando en consecuencia la pretensión de la actora; y, por el contrario, la Audiencia concluyó que la cantidad entregada a la suscripción del contrato, en cuanto tenía la naturaleza de arras penitenciales, facultaba a los vendedores a desistir unilateralmente del contrato suscrito en la forma que se hizo, con devolución del importe correspondiente duplicado, por lo que, revocando la sentencia de instancia, desestimó la demanda.

El Tribunal Supremo mantiene la calificación de arras penitenciales. Para el Alto Tribunal, la originaria indeterminación del momento en que habría de otorgarse escritura pública y consumarse el negocio abona la tesis del carácter penitencial de las arras estipuladas, máxime si se tiene en cuenta que los contratantes dejaron transcurrir más de un año sin exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas, hasta que en fecha 23 de septiembre cursaron los vendedores requerimiento a la compradora a fin de desistir del contrato. Tal conducta, subsiguiente a la suscripción del contrato, también resulta demostrativa (art. 1282 CC) de la intención de los contratantes en torno al carácter penitencial de las arras estipuladas. La Sala también considera significativo el montante entregado en concepto de arras, una cantidad desproporcionadamente inferior al precio total en que se convino la compraventa, de tal suerte que si se hubiera querido configurar la señal entregada como parte del precio cabe pensar que se habría fijado una cuantía superior. (B. F. G.)

39. Arrendamiento de vivienda concertado por uno sólo de los cónyuges constante matrimonio. Subrogación *mortis causa* a favor de la viuda. Necesidad de cumplir el requisito de notificación previsto en el artículo 16 LAU aplicable a los arrendamientos celebrados con anterioridad a la Ley

de Arrendamientos Urbanos de 1994.—El problema de fondo sobre el que resuelve el Tribunal Supremo, gira fundamentalmente en torno a si al haberse celebrado el contrato de arrendamiento exclusivamente por el marido sobre la vivienda que constituyó el hogar familiar, constante la sociedad de gananciales, era o no necesaria la notificación al arrendador de la subrogación a favor de la viuda, al fallecimiento del esposo contratante, conforme a las exigencias del artículo 16 LAU, aplicable a las subrogaciones *mortis causa* de arrendamientos concertados antes de la entrada en vigor de la LAU de 1994 (conforme a lo dispuesto en la DT 2.^a B LAU 1994). Frente a la postura de la propietaria arrendadora, la viuda demandada entendió que no, por tratarse de arrendamiento ganancial, y por tanto de titularidad conjunta de ambos cónyuges.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación presentado por la propietaria, considerando exigible la notificación establecida en el artículo 16 LAU, partiendo de una «base jurídica indiscutible», 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 1257 CC. Por ello se entiende que la subrogación en la posición del arrendatario (prevista en el art. 16 LAU) forma parte del contenido del contrato de arrendamiento y no tiene relación con el régimen de bienes, y ello porque 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. 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. La persona que tiene derecho a subrogarse de acuerdo en la posición del arrendatario es 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 DT 2, B LAU. Por tanto, al no haberse subrogado la viuda del arrendatario en el periodo establecido en el artículo 16 LAU, aplicable en virtud de lo dispuesto en la DT 2, B LAU procede declarar la inexistencia de subrogación y casar la sentencia recurrida. **(STS de 3 de abril de 2009; ha lugar.)** [Ponente Excm.a. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Doña A. era propietaria de un piso en Murcia que su padre había arrendado a don P., por contrato otorgado el 1 de enero de 1968, constante matrimonio con la demandada. El arrendatario falleció el 3 de febrero de 2000. Doña A. demandó a doña E., viuda del arrendatario, porque al no haberle comunicado la muerte de su marido, no podía seguir ocupando el piso al faltar los requisitos para la subrogación exigidos en el artículo 16 LAU/1994, aplicable por lo dispuesto en la DT 2, B, 4 LAU. Doña E. opuso que el arrendamiento se concluyó constante matrimonio, por lo que se trataba de un bien ganancial y, en consecuencia, no hacía falta la subrogación.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Murcia, dictó sentencia en 23 octubre 2003 estimando la demanda, argumentando que no concurría cotitularidad en el contrato objeto de la presente demanda, al haber sido concertado exclusivamente por el esposo de

la demandante, entendiendo igualmente de aplicación preferente la normativa especial contenida en la LAU, frente a la normativa general reguladora del régimen económico matrimonial en el Código civil. Interpuesto recurso de apelación por la viuda, la Audiencia Provincial de Murcia, en sentencia de 23 de febrero de 2004 revocó la sentencia apelada, apoyándose en la doctrina del Tribunal Constitucional, expresada en la sentencia de 31 de octubre de 1986 y concluyó que fallecido el esposo, uno de los titulares del arrendamiento solidario, subsiste el contrato con la otra titular, la esposa, demandada, por derecho propio y no en virtud de subrogación prevista legalmente. La demandante interpuso recurso de Casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—Se resuelve en la presente sentencia una cuestión que tradicionalmente viene siendo objeto de polémica tanto jurisprudencial como doctrinalmente —la ganancialidad o no del arrendamiento concertado por uno sólo de los cónyuges constante la sociedad de gananciales—. Tratamiento diverso derivado en muchas ocasiones de la solución del supuesto concreto presentado (básicamente vinculado con el hecho de que de tal calificación deriven efectos exclusivamente entre los cónyuges o la cuestión afecte a terceros, fundamentalmente el arrendador propietario de la vivienda). La cuestión es importante (calificación con efectos «entre cónyuges» o ganancialidad con efectos frente a terceros) porque de ello depende que entren en juego exclusivamente las normas reguladoras de la materia en el CC (arts. 1346 ss) o que éstas —normas generales— entren en colisión con la norma especial que supone la aplicación de la LAU, que puede chocar frontalmente con la visión tradicional sobre la ganancialidad de bienes y derechos como cotitularidad germánica. Que el arrendamiento pueda ser ganancial no tiene porqué contradecir las consecuencias previstas en la norma especial, en este caso el artículo 16 LAU si, como en la sentencia se hace, se parte de una «base jurídica indiscutible», como es que el contrato de arrendamiento se celebre entre dos personas, arrendador y arrendatario, para los cuales y sólo respecto de ellos son aplicables y exigibles las reglas de juego que dimanen del contrato y que no pueden comunicarse, por más que se quiera, al cónyuge que no arrendó, aunque el derecho arrendaticio en la relación entre los cónyuges, y sólo entre ellos, pueda y deba «computarse» en el haber ganancial. Ello implica fundamentalmente entender la «ganancialidad» no como una atribución de cotitularidad siempre y en todo caso, sino sólo en aquellos casos en los que efectivamente la adquisición se produzca por ambos cónyuges. (P. B. M.)

40. Arrendamientos urbanos. Vigencia del derecho de impugnación del artículo 53 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamiento Urbanos de 1964.—El Texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956, en sus artículos 52 y 53, había regulado el derecho de impugnación con fundamento en los siguientes presupuestos: a) que se haya efectuado la transmisión de la vivienda por alguno de los títulos que conceden al inquilino las acciones de tanteo o retracto; b) que por el inquilino no fueran esgrimidas las acciones de tanteo o retracto; c) que en el momento del ejercicio de la acción

—acción de caducidad a entablar dentro de los sesenta días naturales desde la notificación prevenida en el art. 48, párrafo segundo, mediante la copia de la escritura de transmisión—, el inquilino ostente tal condición y sea ocupante de la vivienda transmitida; d) que el precio de enajenación de la vivienda, incluido, en su caso, el importe de las cargas, exceda de la capitalización de la renta anual que abonare el inquilino —capitalización al 3% o al 4,5% en función de la primera ocupación de la vivienda antes o después de enero de 1942—; e) que el adquirente por actos *inter vivos* de un inmueble urbano, no enajene como fincas independientes, mediante la previa constitución del régimen de la propiedad horizontal, las que al tiempo de la adquisición estuviesen arrendadas, hasta transcurridos cuatro años de la misma, salvo si hubiere venido a peor fortuna; y f) que, en definitiva, se concreten las consecuencias de la impugnación a prohibir al adquirente que pueda denegar la prórroga forzosa al inquilino en virtud de la causa de necesidad del artículo 62 LAU. El Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 se ha limitado a reproducir los citados artículos 52 y 53, así como la DA 5.^a, integrada en la Ley de 1956, de la manera siguiente: «El Gobierno podrá disponer que quede sin efecto la acción impugnatoria regulada en el párrafo último del artículo 53 y la facultad (...) cuando considere que las circunstancias así lo aconsejan». El referido artículo 53 no ha sido derogado y persiste según lo dispuesto en la DT 2.^a de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, en aplicación de la DD Única de la referida Ley, reguladora de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

Aparecen dos criterios contradictorios en el espacio jurisdiccional de las Audiencias Provinciales, detractoras o defensoras de esta acción impugnatoria:

a) La primera tendencia, recogida primordialmente en numerosas sentencias de dos Secciones de la Audiencia Provincial de Barcelona, rechaza las demandas promovidas con base en la presencia de un precio superior al de la capitalización, y aunque admite la vigencia del artículo 53 LAU, sostiene que el ejercicio de dicha acción vulnera el artículo 9 LAU, según el cual «el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley se acomodará a las reglas de la buena fe. Los Jueces y Tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho o constituyen medio para eludir la aplicación de una norma imperativa, que deberá prevalecer en todos los casos frente al fraude de la Ley»; asimismo, entiende que, al tiempo de publicarse el precepto antes aludido, las condiciones del mercado exentas de la actual inflación y sometidas a las condiciones depresivas de la situación económica-social de la época, daban un valor de venta de las viviendas muy parejo o similar al que resultaba de la capitalización prevista al 3% o 4,5%, sin embargo esos valores quedan hoy anacrónicos, desfasados y antieconómicos, y deben admitirse los relativos al mercado actual, salvo que se demuestre la existencia de simulación o incremento para perjudicar al inquilino; y también, manifiesta que esta doctrina se encuentra avalada por los artículos 3 y 7 CC, aunque no se haya derogado expresamente la norma, pueda ésta considerarse reñida con la actualidad (entre otras, SSAP de Barcelona —Sección 13.^a— de 16 de septiembre de 2002, 24 de marzo y 28 de junio de 2006; y de la misma Audiencia —Sección 4.^a— de 10 de mayo de 2001 y 6 de marzo de 2003).

b) Contra esta posición se encuentra la que mantiene la vigencia y correcta aplicación del artículo 53 de la LAU de 1964 para los contratos sometidos a dicha Ley, sostenida, entre otras, por sentencias de varias Secciones de las Audiencias Provinciales de Málaga, Madrid y Cádiz, con la argu-

mentación de que no cabe aquí el abuso de derecho si un inquilino ejercita una acción prevista en la normativa vigente, habida cuenta de lo establecido en el artículo 2.2 CC y, por consiguiente, la aceptación de un criterio distinto constituiría una conculcación del principio de seguridad jurídica determinado en el artículo 9.3 CE; aparte de que dentro del concepto de tutela judicial efectiva debe encuadrarse la obligación ineludible de que las resoluciones judiciales se diriman a tenor del contenido concreto de la norma y según el sistema de fuentes predeterminado (art. 1.7 CC), con la finalidad de que el ciudadano conozca en todo momento y con la debida certeza cual va a ser el contenido de los preceptos aplicables; amén de que cualquiera que sea el sistema interpretativo utilizado en el marco de lo mandado por el artículo 3.1 CC, la intención del Legislador es clara al haber mantenido incólume la citada regla, por lo que cualquier solución contraria a la misma o que suponga un vaciamiento de su contenido, significaría un exceso hermenéutico que acarrearía la indeseada consecuencia de diluir los nítidos límites existentes entre la labor legislativa y la propiamente judicial (aparte de otras, SSAP de Málaga –Sección 5.ª– de 29 de octubre de 2003 y –Sección 4.ª– de 5 de julio de 2005; de Madrid –Sección 9.ª– de 20 de enero de 2003 y –Sección 18.ª– de 24 de septiembre de 2001; de Cádiz de 18 de diciembre de 2000).

El Tribunal Supremo se manifiesta en esta sentencia de conformidad con la segunda de las posiciones indicadas, declarando que el precepto está vigente y es plenamente aplicable a los arrendamientos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, y su ejercicio no supone un abuso de derecho, al ejercitarse la acción impugnatoria con fundamento en una facultad reconocida legalmente, toda vez de la virtualidad del artículo 2.2 CC en cuanto al principio de derogación de las normas, el fundamento de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE y la doctrina del Tribunal Constitucional en este particular, así como la regla de la tutela judicial efectiva para la resolución de los pleitos *secundum legem*, y de acuerdo con el sistema de fuentes establecido (art. 1.7 CC), sin que la interpretación sociológica permita la derogación de una norma que pretende proteger al inquilino, objetivo al que responde dicho artículo 53. (**STS de 15 de enero de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.–Don F. era arrendatario de una vivienda propiedad de doña E., que la vendió a doña A., comunicándosele a aquél que se le negaba la prórroga de su contrato al amparo de la causa 1.ª del artículo 62 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.

Don F. promovió demanda contra doña E. y doña A., en ejercicio de la acción impugnatoria del artículo 53 LAU 1964, en la que solicitaba la declaración de que, por exceder el precio de dicha transmisión de la capitalización legal, no podía la adquirente negar la prórroga del contrato al inquilino señor F., al amparo de la citada causa.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por don F., la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia. Contra esa sentencia, don F. recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo, que procedió a revocar las anteriores sentencias y estimar la demanda. (*F. J. J. M.*)

41. Aplicación del artículo 53 LAU 1964 a los arrendamientos anteriores al 9 de mayo de 1985.—El artículo 53 LAU 1964 permite al arrendatario impugnar la compraventa realizada por el arrendador como vendedor, siempre que éste no haya ejercitado los derechos de tanteo y retracto, cuando el precio de la transmisión excede de la capitalización de la renta anual pagada por el inquilino a los tipos fijados por el artículo. Esta impugnación, si prospera, impide al comprador denegar la prórroga forzosa bajo la causa de necesitar la vivienda para sí o sus ascendientes o descendientes conforme al artículo 62 LAU 1964.

El artículo 53 LAU 1964 debe ser aplicado, cuando se trata de arrendamientos anteriores al 9 de mayo de 1985, sometidos a las excepciones contempladas en la DT 2.^a LAU, siempre que, concurriendo los requisitos expresados en el citado artículo, el precio de la transmisión exceda de la capitalización de la renta anual pagada por el inquilino a los tipos fijados por el artículo, aun cuando se acredite que no ha existido fraude o maquinación en la compraventa y el precio fijado sea el correspondiente al mercado o inferior a él. **(STS de 15 de enero de 2009; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En virtud de arrendamiento concertado en 1968, doña María era arrendataria de una vivienda. En enero de 2001, la renta pagada por el arrendamiento era de 19.073 pesetas. En 2001, la vivienda fue enajenada a doña Remedios, por 25.200.000 pesetas. El precio pagado por la vivienda se hallaba por debajo del precio corriente en el mercado de una vivienda de las características y de la situación de la que fue enajenada. La capitalización de la renta al cuatro y medio por ciento no alcanza la suma por la que la vivienda fue adquirida por doña Remedios, aunque se incluyesen los gastos de calefacción, portería y suministros a cargo de la arrendataria. La arrendataria fue debidamente notificada de la transmisión y no ejercitó el derecho de retracto. Posteriormente, la arrendataria ejercitó la acción de impugnación de la transmisión prevista en el artículo 53 LAU 1964.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró que el comprador no podía negar la prórroga del contrato de arrendamiento a la inquilina con fundamento en la causa primera del artículo 62 LAU 1964. Apelada la sentencia, la Audiencia confirmó esta sentencia.

NOTA.—En torno a la aplicación del artículo 53 LAU 1964 a los arrendamientos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985, las Audiencias Provinciales han adoptado dos posiciones contradictorias:

A) La primera posición entiende que, conforme a la DT 2.^a a) LAU, el artículo 53 LAU 1964 es aplicable a los arrendamientos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 y su ejercicio no supone un abuso de derecho, al ser el ejercicio de un derecho que la ley reconoce. En esta línea se encuentra la sentencia anotada. Esta posición es la mayoritariamente adoptada por las Audiencias Provinciales: SSAP de Madrid de 30 de noviembre de 2005

(RA n.º 496/2005), Asturias de 25 de enero de 2005 (RA n.º 495/2004), A Coruña de 19 de marzo de 2003 (RA n.º 124/2002), Madrid de 24 de septiembre de 2001 (RA n.º 229/1999), Ourense de 1 de diciembre de 2000 (RA n.º 618/1999), Zamora de 3 de noviembre de 1999 (RA n.º 323/1999).

B) La segunda posición considera que, pese a que el artículo 53 LAU 1964 es aplicable conforme a la DT 2.ª de la LAU 1994, ha de ser interpretado conforme al artículo 3.1 CC con arreglo a un criterio sociológico, atendiendo no sólo a la evolución socio-económica del mercado de la vivienda, sino también al espíritu y finalidad de la norma, que consiste en evitar las conductas fraudulentas del arrendador. Se considera que la finalidad perseguida por el legislador fue la de evitar transmisiones simuladas o por precios excesivos que hicieran inoperante el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por el arrendatario, de tal manera que, en aquellos casos en los que se acredita en el pleito que no ha existido fraude o maquinación en la compraventa, aun cuando el precio de la venta supere el de capitalización de la renta, el ejercicio de la acción de impugnación por el inquilino ha de considerarse abusivo: SSAP de Barcelona de 28 de junio de 2006 (RA n.º 473/2005), Barcelona de 9 de marzo de 2000 (RA n.º 1349/1998), Valencia de 30 de junio de 2005 (RA n.º 501/2005) y Burgos de 9 de octubre de 2000 (RA n.º 479/2000). (M. C. L. J.)

42. Arrendamientos urbanos sometidos a la LAU 1964. Denegación de la prórroga legal por causa de necesidad de propietario del piso alquilado. Interpretación y alcance del artículo 54 LAU.—Del tenor literal de la norma se desprende que para denegar la prórroga del arriendo por causa de necesidad se requiere que el demandante sea arrendador de varios pisos en el mismo edificio, y que la transmisión se cause por venta o donación. Fuera quedan las transmisiones por herencia, a la que no se refiere el precepto, y a las que, aun incluyéndolas en los supuestos contemplados en el mismo mediante la utilización de criterios analógicos, sería aplicable el mismo régimen jurídico que sirve para excluir, tanto del artículo 54 como del 64 LAU, los supuestos en que se ha producido la venta o donación simultánea de todos los pisos del inmueble, puesto que todos los pisos se han transmitido, sin generar la necesidad de establecer el orden de prelación alguno; pues lo contrario equivaldría a otorgar al inquilino, no el derecho a que se respete su situación privilegiada para permanecer en el uso del objeto arrendado, sino la posibilidad de interferir la voluntad de los propietarios en la determinación de a quien debe corresponder cada piso, facultad que no está configurada en la Ley, y que, de estarlo, se prestaría a grandes dificultades, por lo cambiante de las circunstancias momentáneas, que, en cada caso, pueden concurrir. (STS de 4 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Fallecido el propietario del piso objeto del arrendamiento, su hija doña Dolores resultó adjudicataria del mismo en la partición hereditaria, subrogándose en la posición que primitivamente había ocupado su causante; circunstancia que fue oportunamente comunicada a la inquilina. Ejercitada acción de resolución

contractual por la nueva propietaria, fundada en la causa de necesidad prevista en el artículo 62.1 LAU 1964 –a cuyo régimen estaba sometido el contrato– para la denegación de la prórroga legal, se opuso la inquilina doña Maribel al amparo de lo dispuesto en el artículo 54 LAU 1964, así como la invalidez del título de adquisición de la actora para invocar la causa de necesidad expresada en la Ley. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró resuelto el contrato de arrendamiento. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación de la demandada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación planteado por esta última. (C. O. M.)

43. Arrendamiento de local de negocio anterior a 1985: aplicación de la DT 3.^a de la LAU 1994.—Ante la subrogación de un familiar en el contrato de arrendamiento de local de negocio para garaje, por fallecimiento de uno de los arrendatarios, sin efectuar la notificación prevista en el artículo 58 LAU 1964, entiende la Sala que tal falta de notificación no es causa de resolución del contrato ya que el artículo 60 de la LAU 1964 no hace depender la facultad subrogatoria de la circunstancia de haber llevado a efecto la notificación prevenida para otros casos en el artículo 58 LAU 1964, pues «con independencia de que la notificación sea necesaria para que el arrendador pueda conocer con quien ha de seguir la relación arrendaticia y valorar su ajuste a la legalidad, permitiéndole el ejercicio de las acciones de todo tipo..., nunca serán estas las resolutorias de la relación arrendaticia si el cambio de la titularidad del antiguo por el nuevo arrendatario se produce en la forma que la Ley permite puesto que ni la Transitoria la impone, ni lo hace la Ley de Arrendamientos Urbanos 1964 ni tampoco ello es posible a partir de una reinterpretación de la doctrina de esta Sala bajo la consideración de que la nueva Ley establece un nuevo estatuto normativo para esta suerte de contratos... puesto que no implica incumplimiento de ninguna de las obligaciones propias del arrendatario, y como tal no tiene encaje en el artículo 114 LAU 1964, al no ser de aplicación las previsiones sobre notificación de las subrogaciones contenidas en el artículo 58.4 para las viviendas, norma que tiene desde luego una razón de vigencia completamente diferente de las que regulan los locales de negocio...». (STS de 29 de enero de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Se trata de un arrendamiento verbal de local de negocio destinado a garaje, anterior a 1985, suscrito entre una comunidad de propietarios y tres arrendatarios, en el que al fallecer uno de ellos se subroga en el contrato una hija sin que de tal hecho se haga notificación alguna a la arrendadora. Se interpone demanda de juicio de cognición por la arrendadora contra doña Marcelina, doña Elvira y don Rubén solicitando se declare resuelto el contrato de arrendamiento de local por subrogación, cesión o traspaso incontentido.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda y apelada la misma ante la Audiencia, esta la revocó estimando la misma y declarando resuelto el contrato de arrendamiento de local de negocio con destino a garaje. Interpuesto recurso de casación en base a dos motivos el Tribunal Supremo admite el

recurso casando la sentencia recurrida y con revocación de la misma, mantiene la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (C. S. R.)

44. Arrendamientos rústicos sometidos a la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980. Derecho a indemnización por las obras de mejora realizadas por el arrendatario. Necesidad de cumplir con el requisito de la comunicación previa por escrito.—Es doctrina jurisprudencial consolidada, sobre la interpretación y alcance que ha de darse a los artículos 57 y 60 LAR, la de que el arrendatario no puede hacer cualquier obra de mejora, sino sólo aquéllas que, no menoscabando la finca, aumenten de modo duradero la producción, rentabilidad o valor agrario de la finca arrendada (SSTS de 6 de marzo de 2001 y 4 de diciembre de 2003). Siendo imprescindible para que proceda la indemnización de tales mejoras, que las mismas se hayan realizado con conocimiento o intervención del propietario para fiscalizar los gastos, sin que baste meramente su falta de oposición (STS de 9 de septiembre y 12 de diciembre de 1991). De manera que, inexistente en el caso un consentimiento expreso o tácito del propietario, apreciable este último en caso de falta de respuesta del arrendador, en el término de un mes, a la notificación del arrendatario, ha de concluirse la corrección de la sentencia recurrida. (STS de 4 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Resuelto el contrato de arrendamiento rústico entre el arrendatario, don Javier, contra la arrendadora, «S.A.L., S.A.», el primero demandó a la propietaria solicitando el abono de una serie de mejoras introducidas en la finca explotada durante la vida del arriendo. Ésta se opuso alegando la falta de comunicación previa del plan de obras a que aludía el artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 30 de diciembre de 1980, aplicable en el caso. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y condenó al pago de la cantidad debida. La Audiencia Provincial de Málaga estimó el recurso de apelación interpuesto por la condenada y, revocando la sentencia de instancia, desestimó íntegramente la demanda planteada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del actor. (C. O. M.)

45. Comodato y no precario constituido por la usufructuaria de vivienda, a favor de su hijo, nudo propietario de la misma y su cónyuge.—A juicio del Tribunal Supremo, la cesión del uso de la vivienda, de la que es usufructuaria la demandante y ahora recurrente, a favor de su hijo y su cónyuge, nudo propietario aquél de la misma y titular del pleno dominio antes de constituirse el usufructo citado a favor de la recurrente, constituye un contrato de comodato y no puede calificarse como situación de precario. No procede por tanto el desahucio por precario demandado.

Según la doctrina de esta Sala (así, SS de 2, 23 y 29 de octubre y 13, 14 y 30 de noviembre de 2008), el comodato se caracteriza por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado. Si existe, han de aplicarse las normas reguladoras de la figura negocial; de lo contrario, se ha de considerar que la situación jurídica es la propia de un precario,

estando legitimado el propietario o titular de la cosa cedida para reclamar su posesión. En la cesión de una vivienda a un hijo para que constituya en él el hogar conyugal o familiar, pueden apreciarse las notas caracterizadoras del préstamo de uso; pero para ello es preciso que tales elementos aparezcan con claridad, y los hechos sean reveladores de que el uso para el que se cede la cosa se encuentra definido por encima del que es propio de la cosa genérica, e incluso específicamente considerada, lo que no empece a que puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso. Paralelamente, se debe considerar que cuando desaparece el uso concreto y determinado al que se ha destinado la cosa –lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal–, y el propietario o titular de la cosa no la reclama, la situación de quien la posee es la propia de un precarista (SSTS de 26 de diciembre de 2005 y 2 de octubre de 2008). Por otro lado la atribución por resolución judicial del derecho de uso y disfrute de la vivienda no sirve para hacer desaparecer la situación de precario, ni para enervar la acción de desahucio, en la medida en que no constituye un título jurídico hábil para justificar la posesión que resulte oponible frente a terceros ajenos a las relaciones surgidas por el matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posición jurídica y una protección posesoria de vigor jurídico superior al que la situación de precario proporciona a la familia, pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares, desde luego muy dignas de protección, con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita la cesión del uso de la vivienda (STS de 31 de diciembre de 1994, cuya doctrina se recoge en las SSTS de 26 de diciembre de 2005 y 2 de octubre de 2008).

Se considera relevante por otro lado que cuando la actora adquirió el usufructo, y su hijo pasó a ser el nudo propietario de la vivienda, aquélla era plenamente concedora de que en la misma residía él acompañado de su esposa, configurando tal domicilio, por tanto, el hogar familiar de los dos cónyuges, consintiendo en todo momento que continuara tal uso. Consentimiento al que no fue ajena la ahora recurrida, cuando no se opuso, en su momento, a que se produjera la venta del usufructo de la vivienda propiedad del que entonces era su marido. Por ello, se mantiene la calificación de la relación jurídica como de comodato efectuada por la Audiencia, aunque no porque la razón de la cesión del uso de la vivienda fuera la de servir de hogar conyugal, sino porque la recurrente permitió, no que en la vivienda se constituyera el hogar familiar, sino que continuara ese uso, iniciado por quien hasta entonces era pleno propietario de la vivienda, el esposo de la recurrida, y que como consecuencia de la venta del derecho de usufructo a sus padres pasó a ser el nudo propietario. Lo cierto es que sólo tras el convenio alcanzado por la recurrida y su esposo, homologado judicialmente, en virtud del que se atribuyó el uso de la vivienda conyugal al hijo común y a la ahora demandada, la recurrente decide emprender la acción tendente a obtener la posesión del inmueble, lo que podría conculcar incluso el artículo 7.1 CC. (STS de 13 de abril de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.–La actora, doña R., era titular del derecho de usufructo sobre una vivienda, derecho que adquirió, junto con su esposo, en virtud de contrato de compraventa de 7 de junio de 1993, de quien hasta entonces ostentaba la plena propiedad, su hijo D. H. Desde que adquirió el mencionado usufructo, la actora consintió que la primera planta del inmueble siguiera siendo usada por su hijo, nudo propietario, y la esposa de éste, quienes vinieron ocupando la

referida vivienda hasta que sobrevino la crisis matrimonial, atribuyendo la sentencia de separación el uso y disfrute de la vivienda a la esposa, ahora demandada, doña A., y al hijo de los cónyuges.

La actora promovió contra la que fuera esposa de su hijo, juicio de desahucio por precario. El Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 27 de septiembre de 2004, estimó la demanda, indicando que el acuerdo que sobre el uso y disfrute de la vivienda plasmaron los cónyuges en el convenio regulador de la separación debió venir limitado por la venta del derecho de usufructo anterior, hecho del que ambos cónyuges eran perfectamente conocedores, sin que, en todo caso, este acuerdo pudiera vincular o afectar a los derechos legítimamente adquiridos por un tercero. Recurrída la sentencia por la demandada, la Audiencia Provincial, en sentencia de 16 de mayo de 2005, apreció que la relación jurídica controvertida no era la propia de un precario sino la de un comodato, entendiéndose que la cesión del uso no puede quedar restringida al matrimonio, concebido como núcleo de dos personas, sino que se extiende al hijo, cuya guardia y custodia ha sido otorgada a la madre, por lo que, en definitiva, el acuerdo de separación, aprobado judicialmente, por el que el uso de la vivienda se otorgó a la madre, ahora demandada, y al hijo común de ambos cónyuges, constituye un título jurídico que justifica la continuidad del uso para el que se prestó la vivienda. Interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial por parte de la demandante, el Tribunal Supremo lo desestima, considerando la existencia de un contrato de comodato sobre la vivienda y no una mera situación de precario. (P. B. M.)

46. Contrato de préstamo: modalidades y preferencia de créditos.—

La jurisprudencia contempla, en relación con el contrato de préstamo, dos supuestos plenamente diferenciados, que son los siguientes: a) cuando la cantidad adeudada viene exactamente concretada desde el momento mismo del otorgamiento de la póliza, en cuyo supuesto, para resolver cuestiones de preferencia de créditos, habrá de atenderse a la fecha misma de la referida póliza y b) cuando la cuantía de la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa de una posterior actividad complementaria que permita conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, cual es la oportuna liquidación y fijación del saldo, en cuyo caso la preferencia crediticia ha de venir referida, no a la fecha de suscripción de la póliza, sino a la de esa posterior operación de determinación o concreción del saldo exigible.

Contrato de préstamo. Póliza de crédito: diferencias.— En la póliza de préstamo, verdadero contrato real de préstamo dinerario, la cantidad queda determinada desde la fecha misma del contrato en que se ha entregado el dinero y con una simple operación aritmética se sabe, con exactitud, el saldo deudor. En la póliza de crédito, la entidad crediticia sólo puede conocer el saldo deudor tras la práctica de una liquidación, ya que en la cuenta se hacen extracciones e ingresos que lo aumentan o disminuyen; por ello, la cantidad queda determinada en la fecha de la liquidación. (STS de 25 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La entidad financiera B, SA, interpuso demanda de tercería de mejor derecho frente a la mercantil O, S.A., en virtud de un contrato de préstamo en documento privado elevado a escritura pública posteriormente. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Villagarcía de Arosa declaró no haber lugar a la tercería de mejor derecho pretendida por extemporánea. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra revocó la sentencia de instancia estimando la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

47. Sociedad civil: diferencias con la comunidad de bienes.—La comunidad de bienes supone la existencia de una propiedad común y proindivisa, perteneciente a varias personas (art. 392 CC), lo que se traduce en su mantenimiento y simple aprovechamiento plural. En cambio la sociedad civil, aparte de la existencia de un patrimonio comunitario, este se aporta al tráfico comercial al orientarse la voluntad societaria a este fin principal y directo para obtener ganancias y lucros comunes, partibles y divisibles y, consecuentemente, lo mismo sucede con las pérdidas (STS de 24 de julio de 1993).

El contrato ha de ser calificado en atención a lo pactado en el mismo.—Esto es así ya que la calificación que las partes den a lo convenido no vincula al juzgador (SSTS de 26 de mayo de 2005 y 4 de abril de 2006).

Interpretación contractual y casación.—La «cognitio» casacional en relación con la interpretación contractual no supone una revisión total de la labor hermenéutica efectuada por el juzgador «a quo», sino que se limita a controlar si la misma es ilegal, arbitraria, o ilógica por contraria a las reglas del buen sentido o raciocinio humano (SSTS de 21 de septiembre y 2 de octubre de 2007 y 12 de mayo de 2008, entre otras muchas). (STS de 18 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Se ejercitó acción de división de cosa común por una entidad mercantil en relación con la Galería Comercial de un edificio que había adquirido por mitad y pro indiviso con otra empresa. En la compraventa se pactó, entre otros extremos, la indivisión del proindiviso de las compradoras. La empresa demandada se opuso a la división al entender que las partes, lo que constituyeron fue un auténtico contrato de sociedad.

El juzgado consideró que lo que existía entre las partes era una sociedad irregular. La Audiencia confirmó esta sentencia y el Tribunal no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante. (I. D.-L.)

48. Accidente de trabajo: lesiones con graves secuelas: responsabilidad solidaria: jurisdicción competente.—Es cierto que la sentencia del pleno de esta Sala de 15 de enero de 2008 fijó la doctrina siguiente: *En virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social*; doctrina seguida por las SSTS de 19 de febrero, 17 de noviembre, y 12 y 15 de diciembre de 2008, en las que se ha declarado la incompetencia de la jurisdicción civil en recla-

maciones por accidentes laborales. Sin embargo la propia STS de 15 de enero de 2008 señala que en aquellos casos en que han sido demandadas otras personas distintas de la empresa contratante del trabajador lesionado, y aun habiéndose producido un incumplimiento del contrato de trabajo, debe descartarse la declaración de exceso de jurisdicción y en virtud de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil debe declararse la competencia de esta jurisdicción al no poder dividirse la causa; esta es la doctrina que debe aplicarse al presente recurso al haber sido demandadas la aseguradora de la dueña de la obra, los técnicos, arquitectos y aparejador, así como la empresa que colocó en su día la plataforma y cuyo colapso causó el grave accidente.

Culpa o negligencia probada y ausencia de concurrencia de culpas.— Deben rechazarse tales alegaciones cuando los diversos recursos sobre estos puntos hacen supuesto de la cuestión, basándose en meras opiniones de los recurrentes; ni es válido impugnar la doctrina de la responsabilidad por riesgo que aquí no ha sido aplicada; ni negar la relación de causalidad cuando la Sala ha aceptado la denominada *imputación objetiva* en la que se busca si la conducta que se pretende sea la causa es suficientemente relevante para la producción del daño por el que se reclama, de acuerdo con el criterio de la *adecuación* (SSTS de 6 de septiembre de 2005, 10 de febrero y 12 de diciembre de 2006, entre otras).

Intereses del artículo 20 LCS: doctrina general: causas de exclusión de la mora.—La imposición de los intereses del artículo 20 LCS tiene un carácter sancionatorio para evitar que se utilice el proceso como maniobra dilatoria para retrasar el cumplimiento de la obligación correspondiente (SSTS de 2 y 27 de marzo de 2006), y además debe tenerse en cuenta que la aplicación concreta de las causas de exoneración del pago de los intereses tiene un componente casuístico indudable, por lo cual esta Sala aplica el criterio según el cual dicho pago queda restringido al caso de que la aseguradora no hubiese pagado la indemnización correspondiente por causa que no esté justificada o que no le sea imputable. Se requiere que exista un motivo razonable de excusabilidad, que no se produce en este caso, porque las aseguradoras recurrentes hubieran podido evitar las consecuencias de la mora consignando el importe mínimo establecido en el artículo 18 LCS, lo que no realizaron. En consecuencia, la condena a su pago es una consecuencia de su propia conducta, de modo que conociendo el siniestro, no se preocuparon de tener una actitud diligente para evitar el pago de los intereses a los que ahora han resultado condenados.

Infracción del periodo temporal de cobertura.—Deben tenerse en cuenta los hechos siguientes: a) El accidente tuvo lugar el 29 de marzo de 1994, por lo tanto, dentro del periodo de vigencia de la póliza; b) La póliza estuvo vigente hasta el 1 de marzo de 1996, por lo que teniendo en cuenta el periodo de doce meses establecido en las condiciones de la póliza la reclamación debería haberse presentado antes del 1 de marzo de 1997; y c) la demanda se presentó el 14 de mayo de 1999. Existía una delimitación del periodo temporal de cobertura, que las partes podían pactar en virtud del artículo 73 LCS, que les afecta y que nadie ha impugnado; como afirma la STS de 4 de junio de 2008, nos hallamos ante unas cláusulas delimitadoras del riesgo, que definen de forma clara el siniestro que dará lugar a la reclamación y, determinan el periodo temporal de cobertura que se identifica en tiempo de vigencia del contrato, dentro del cual debe haberse efectuado la reclamación. Dado que no ha podido oponer dichas cláusulas la aseguradora, se ha vulnerado el artículo 76 LCS, porque es cierto que dicha aseguradora es responsable de si

su asegurado lo es, pero siempre de acuerdo con las condiciones pactadas en el contrato. (STS de 23 de abril de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Aunque no se describen las lesiones sufridas en el accidente laboral, su gravedad se infiere claramente del hecho de que se reclamaban unos 350 millones de pesetas. en concepto de indemnización, concediéndose de modo definitivo alrededor de 292 millones de pesetas. Desde la producción del accidente laboral hasta la sentencia del Tribunal Supremo transcurren quince años, aunque la demanda se interpuso transcurridos cinco años de aquél. La competencia civil era clara por estar dirigida la demanda contra un amplio espectro de posibles responsables (empresa subcontratada para la que trabajaba el accidentado, empresa contratista de las obras, personal técnico, y sus respectivas aseguradoras, además de ejercer la acción directa contra la aseguradora del Seguro Vasco de Salud promotora del edificio que se construía), garantizándose frente a eventuales absoluciones (como ha ocurrido efectivamente en casación con la última demandada). Notable el esfuerzo sistematizador y clarificador de la Magistrada Ponente, ante la variedad de recursos y argumentaciones aunque no ofrecían duda los hechos básicos. (G. G. C.)

49. Responsabilidad civil extracontractual derivada de hechos delictivos cometidos por menores de edad penal. Efecto de la inimputabilidad sobre las responsabilidades penal y civil.—Con relación al carácter penal o no de la responsabilidad declarada de un menor de edad penal, el acto cometido por el menor ha de consistir en un hecho tipificado como delito y, por tanto, serán los tribunales competentes, en este caso, la jurisdicción de menores, quienes deberán declarar los hechos probados y el juez civil queda totalmente vinculado por la resolución penal. Ahora bien, el menor no resulta imputable penalmente debido a su edad, de manera que la inimputabilidad excluye la responsabilidad penal, pero deja subsistente la civil para la reparación de los daños causados por el hecho; para que esta responsabilidad tenga el mismo tratamiento que la derivada de un delito, es necesario que el tribunal competente haya declarado la existencia del hecho y la autoría del menor de edad.

Prescripción de las acciones por la responsabilidad civil generada por los hechos delictivos cometidos por menores de edad. Interrupción por prejudicialidad penal.—El Tribunal Supremo ha asimilado al proceso penal los procesos en los que se está tratando de la responsabilidad de menores por hechos que, si fueran imputables, habrían sido considerados delitos o faltas, y ha aplicado el principio de la prejudicialidad penal a los efectos de la interrupción de la prescripción para la reclamación de los daños (así, las SSTs de 29 de diciembre de 1962, 8 de mayo de 1965, 8 de abril de 1980, 10 de julio y 13 de septiembre de 1985 y 29 de octubre de 1993). De este modo, la incoación del procedimiento en dicha jurisdicción tiene efectos prejudiciales, de modo que, al igual que ocurre con la instrucción de diligencias penales en los procedimientos ordinarios, se interrumpe el plazo de prescripción durante la incoación del procedimiento, asimilándose en este punto el procedimiento de menores a los ordinarios.

Plazo de prescripción de la acción derivada de hechos de los que son autores menores de edad inimputables.—Una línea jurisprudencial entiende que para la prescripción de la acción derivada de los hechos de los que son autores menores de edad inimputables se aplica el plazo de prescripción de un año del artículo 1968.2.º CC, que debe contarse a partir del momento de la comunicación a la parte de la decisión del tribunal competente (así, las SSTS de 8 de mayo de 1965 y 29 de octubre de 1993). Sin embargo, el propio Tribunal Supremo ha aplicado a las acciones de reclamación de la responsabilidad civil derivada de delito cometido por mayores de edad el plazo de quince años, porque el artículo 1968.2.º CC incluye exclusivamente en el plazo de prescripción de un año las obligaciones que nacen en virtud de lo dispuesto en el artículo 1902 CC, mientras que las que surgen como consecuencia de daños producidos por delitos que no sean la calumnia o la injuria no están incluidas en esta disposición, en virtud de lo que establece el artículo 1092 CC (SSTS de 7 de enero de 1982, 7 de octubre de 1983, 1 de abril de 1990, 19 de octubre de 1990, 10 de mayo de 1993, 4 de julio de 2000 y 31 de enero de 2004, entre muchas otras). Por tanto, al tratarse de un hecho delictivo de un inimputable que ha sido objeto de sanción en la jurisdicción competente de menores, debe aplicarse la doctrina sostenida en relación al plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad civil por daños derivados de hechos delictivos y, por tanto, el plazo será de quince años por aplicación del artículo 1964 CC, requiriéndose que haya habido una resolución de la jurisdicción de menores declarando que los hechos probados están tipificados como delito que han sido cometidos por un menor no imputable. **(STS de 14 de enero de 2009; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El menor J. fue agredido por I. y C., de la misma edad, con la intención de robarle unas zapatillas deportivas, produciéndosele graves daños. Por estos hechos, se siguió un procedimiento ante el Juzgado de Menores de A., que acabó con sendas resoluciones que impusieron a ambos la medida de prestación de servicios a favor de la comunidad.

Doña O., madre de J., en su nombre y representación, demandó a los padres de los autores de los hechos, don M. y doña A., y don C. y doña E., solicitando una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, moderando la indemnización pedida. La sentencia fue apelada por ambas partes y la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de doña O., aumentando la cantidad acordada como indemnización. Contra esa sentencia, don M., doña A. y doña E. recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. *(F. J. J. M.)*

50. Responsabilidad contractual y extracontractual: doctrina general: muerte de fumador adicto, víctima de adenocarcinoma de pulmón: no hay responsabilidad contractual: prescripción de la responsabilidad extracontractual.—Según la jurisprudencia de esta Sala la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas se une la producción,

por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquél y cuando concurren un elemento objetivo –el daño– ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes e integrada conforme al artículo 1258 CC, y otro subjetivo –la relación de obligación ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe–. Es aplicable el régimen de la responsabilidad extracontractual, aunque exista relación obligatoria previa, cuando el daño no haya sido causado en la estricta órbita de lo pactado, por tratarse de daños ajenos a la naturaleza del negocio aunque hayan acaecido en la ejecución del mismo (SSTS de 22 de julio de 1927, 29 de mayo de 1928 y 29 de diciembre de 2000). Por el contrario, es aplicable el régimen contractual cuando en un determinado supuesto de hecho la norma prevé una consecuencia jurídica específica para el incumplimiento de la obligación. No cabe excluir la existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o la integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio llamado a veces doctrinal y jurisprudencialmente de unidad de la culpa civil. En el ámbito del Derecho comunitario, el TJCE, al abordar la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual a los efectos de la aplicación de los Reglamentos Roma I y Roma II, considera como extracontractual toda responsabilidad que no se derive o no se haya producido en el marco de una relación libremente establecida entre las partes o por una parte frente a la otra (SSTJCE C-189/87, C-261/90, C-51/97, C-96/00; C-334/00; C-167/00).

En el caso la recurrente imputa a la deficiente información en las cajetillas de tabaco vendidas, del riesgo de adicción que produce la nicotina, consistente en el fallecimiento de una persona. Este resultado dañoso, atribuido al consumo constante de tabaco durante muchos años, rebasa ampliamente la órbita de los distintos contratos de compraventa celebrados presumiblemente con distintos expendedores tanto desde el punto subjetivo como desde el punto de vista objetivo. Desde el punto de vista subjetivo, el incumplimiento de la obligación de información debe imputarse al fabricante y no a los vendedores. Por otra parte, el perjuicio por el que se reclama no corresponde *iure hereditatis* a los demandantes, sino que debe entenderse que responde al daño moral o *pretium doloris* padecido por el fallecimiento de un familiar. Resulta evidente que ni el sujeto activo ni el pasivo de la relación de responsabilidad civil que pretende establecerse se corresponden con los elementos subjetivos de los contratos de compraventa celebrados. Desde el punto de vista objetivo, el daño no ha sido causado por un incumplimiento producido en la estricta órbita de lo pactado con el vendedor. Se trata de daños ajenos a la naturaleza del negocio, ya que derivan de una información hipotéticamente deficiente sobre la peligrosidad del producto imputable al fabricante, importador o distribuidor mayorista.

Contrato con expendedores de tabaco.—La relación entre el comprador del tabaco y los fabricantes, importadores y mayoristas no es una relación de carácter contractual libremente establecida entre ellos, por cuanto que los distintos contratos celebrados por la víctima a lo largo de su vida se formalizan con los expendedores, los cuales actúan en establecimientos abiertos al público en nombre y por cuenta propia; los expendedores son concesionarios del Estado habilitados para la venta al por menor, en régimen de exclusividad, de las llamadas labores de tabaco adquiridas de los correspondientes

distribuidores mayoristas (Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, y RD 1129/1999), y según esta última norma las expendedorías se emplazarán necesariamente en un establecimiento mercantil en funcionamiento de la localidad de que se trate, donde la venta de los productos monopolizados constituye una actividad complementaria de la comercial que, con carácter principal, aquél desarrolle. Esta situación no resulta afectada por la existencia de un régimen de intervención por razones de interés público que se traduce en la gestión de la actividad como servicio público en régimen de monopolio estatal, pero que no transforma a los expendedores en agentes o representantes de la entidad titular del monopolio. No afecta a esta consideración el hecho de que sea la entidad titular del monopolio la que lleva a cabo la publicidad del tabaco, puesto que el fabricante puede estar interesado en fomentar la venta del producto por los expendedores, ni tampoco el hecho de que la entidad titular del monopolio deba satisfacer al Estado una cantidad por el impuesto recaudado por el expendedor respecto de cada una de las cajetillas, pues la relación tributaria tiene carácter autónomo y la intervención en ella como sustituto del contribuyente no altera la naturaleza ni los efectos civiles de los contratos celebrados. En consecuencia, los daños por los que se reclama rebasan ampliamente el ámbito subjetivo y objetivo de la relación contractual establecida entre los expendedores en los distintos contratos de compraventa y el comprador fallecido y deben ser considerados de naturaleza extracontractual, y en el momento de la presentación de la demanda había transcurrido con exceso el plazo anual de prescripción establecido en el artículo 1968 CC, desde el momento del fallecimiento del padre y esposo de los demandantes.

Información insuficiente.—El motivo se funda, en síntesis, en que a partir de 1982 avisan los paquetes de tabaco que *el tabaco perjudica seriamente la salud*, pero Tabacalera, hoy Altadis, debió ir más allá para ayudar a sus clientes con los que se lucra, avisando de que el tabaco genera adicción, padecida por la víctima, la cual nació en 1951, empezó a fumar aproximadamente hacia 1965 ó 1966, a la temprana edad de 14 ó 15 años, y llegó a ser un gran fumador (dos o tres paquetes diarios) falleciendo a los 43 años. El motivo se considera inadmisibles por denunciarse la infracción de disposiciones administrativas (RRDD 709/1982 y 2072/1983) no susceptibles de ser examinadas en un recurso de casación civil. **(STS de 4 de marzo de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La actora, en nombre propio y de sus hijos, presentó demanda el 15 de enero de 1998, ejercitando una acción de responsabilidad contractual entre su esposo, fallecido el 19 de noviembre de 1993, víctima de un adenocarcinoma de pulmón, y la entidad Altadis (antes Tabacalera, SA), en su condición de mayorista de labores de tabaco, a cuyo consumo se atribuía la causa del fallecimiento de su esposo. El Juzgado de Primera Instancia consideró que con una interpretación laxa podía admitirse la existencia de una relación contractual entre el fallecido y la demandada, a pesar de necesitar ésta del entramado de estancos o puntos de venta, pero desestimó en definitiva la demanda por falta de prueba del nexo de causalidad entre la conducta de la demandada y el fallecimiento del familiar de los demandantes. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia apelada, excepto en el pronunciamiento sobre costas, pero discrepó en sus razonamientos; no había existido vínculo con-

tractual entre el esposo de la actora y la entidad demandada, sino que la relación contractual se concertó con las expendedorías de tabaco frecuentadas por la víctima; siendo extracontractual la relación existente, había transcurrido el plazo anual de prescripción; y aunque no fuera así, no existía responsabilidad por no ser aplicable la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios a los productos peligrosos cuyo suministro está legalizado, siempre que se cumpla con el deber de información impuesto normativamente; la omisión de la advertencia de que el tabaco produce adicción no puede constituir, según las reglas de la lógica, causa eficiente del resultado dañoso producido. (G. G. C.)

51. Responsabilidad civil del Registrador por los perjuicios derivados de una anotación preventiva indebidamente practicada: nexo de causalidad.—

—Esta Sala no aprecia que pueda establecerse la existencia de un nexo de causalidad entre la conducta del Registrador que calificó erróneamente el mandamiento judicial, dando lugar a una anotación preventiva de demanda que realmente carecía de efecto alguno, y el daño causado. En efecto, el nexo de causalidad no puede establecerse únicamente en el plano fenomenológico atendiendo exclusivamente a la sucesión de acontecimientos en el mundo externo, sino que la causalidad física debe ser acompañada de una valoración jurídica en virtud de la cual, con criterios tomados del ordenamiento, pueda llegarse a la conclusión de que el daño causado se encuentra dentro del alcance de la conducta del agente, en virtud de lo que en nuestro ámbito jurídico suele llamarse imputación objetiva. En el caso examinado se observa que los criterios de imputación objetiva aplicables no autorizan a imputar al Registrador el daño producido, no obstante la negligencia en que incurrió. Así: a) aplicando el criterio de cercanía entre la actividad dañosa y sus efectos (reconocido jurisprudencial y científicamente; verbigracia, en el art. 3:201 a) de los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil, PETL) se aprecia que el daño producido, ligado a la falta de eficacia de la anotación preventiva, tiene una relación no inmediata con el error de calificación por parte del Registrador. Sólo de manera refleja puede afirmarse que la práctica de la inscripción de la anotación preventiva fue la causa de la frustración de la finalidad del asiento, ya que para ello es necesario dar por supuesto que la reacción a la denegación —en principio, en virtud de un defecto insubsanable, puesto que la demanda aparecía como dotada exclusivamente de naturaleza obligacional—, hubiera determinado el inicio de una cadena causal que terminase necesariamente con la expedición de un nuevo mandamiento en las debidas condiciones, cuando en la realidad su desenvolvimiento dependía de factores diversos y de la intervención de diferentes profesionales. b) Aplicando el criterio de interferencia de causas pertenecientes a la esfera de la víctima en la producción del daño, se advierte que contribuyó a la defectuosa anotación realizada la conducta procesal de la parte que solicitó la anotación preventiva sin especificar correctamente los extremos de trascendencia real que debían constar en la misma, así como el carácter incompleto del mandamiento expedido por el Juzgado, en el cual se presentaba la demanda simplemente como una demanda de reclamación de cantidad, pero no se hacía referencia directa ni indirecta alguna a cualquiera petición con trascendencia real o registral contenida en la misma. En relación con este defecto resulta relevante el hecho de que la defensa y representación de la parte inte-

resada no hiciera ninguna observación o reclamación al obtener este mandamiento defectuoso, sino que se limitara a solicitar su inscripción en el Registro y a insistir en su validez cuando, ciertamente de manera tardía, el Registrador advirtió el error y lo comunicó al juzgado. c) Aplicando el criterio del fin de protección de la norma infringida (reconocido también en sede jurisprudencial y científica: art. 3:201 c] de PETL) se advierte que el deber de calificación del Registrador no tiene como objeto principal y directo evitar los perjuicios que puede padecer quien obtiene con arreglo a sus deseos la protección registral aparente de un derecho no susceptible de dicha protección; sino evitar los perjuicios en el tráfico jurídico que puede originar a los titulares de otros derechos, el ingreso indebido en el Registro de derechos que no pueden gozar de protección registral, entre otras razones, por carecer de naturaleza real.

Alcance de la función calificadora cuando se ejerce erróneamente.–

Los efectos de la función calificadora no pueden extenderse hasta el extremo de justificar la existencia de un grado absoluto de confianza de los interesados en la validez y eficacia de asientos registrales practicados de conformidad con su solicitud, al menos en los casos en que sólo en virtud de un error de carácter vencible y, por consiguiente, imputable a quien lo padece la solicitud formulada puede considerarse apta para producir un asiento eficaz. 1.º) Así se infiere del principio de rogación, en consonancia con el cual, en el caso de que la calificación resulte positiva y se proceda a la inscripción, el acto del Registrador causa estado y no es susceptible de impugnación en vía gubernativa, sino sólo ante los tribunales por parte de quienes pueden resultar perjudicados por el acceso al Registro del derecho objeto del documento inscrito, pues en principio se presume que el solicitante no puede resultar perjudicado por un acto registral que él mismo solicitó si se realiza en los propios términos de la solicitud. 2.º) El Registrador carece de facultades para anular de oficio los asientos inválidos una vez practicados, si no es con el consentimiento de todas las partes o en supuestos específicamente previstos en el Reglamento Hipotecario. La inscripción registral consolida así una expectativa de protección cuya subsistencia no depende del Registrador sino de la voluntad de los interesados y del ejercicio con éxito por parte de quienes se opongan a su validez de la facultad de solicitar judicialmente la anulación o cancelación de los asientos. La persistencia de un asiento erróneo practicado a instancia del interesado en los términos de la solicitud no es suficiente por sí misma para reprochar al Registrador los daños que la confianza del propio instante en su existencia haya podido causar. El caso resuelto por la STS de 23 de octubre de 2002 no es idéntico al contemplado, pues en aquél el Registrador omitió reflejar en el asiento una cláusula de trascendencia real contenida en la escritura presentada para la inscripción (colocándose con ello en una situación causal inmediata al daño producido dimanante directamente de la omisión) mientras que en el caso examinado el mandamiento dirigido por el Registrador a solicitud de la parte fue objeto de registro en sus propios términos (con lo que tal relación de inmediatez no existe). Estos criterios, valorados conjuntamente, llevan a la conclusión de que el alcance de la responsabilidad profesional del Registrador no podía comprender los efectos dañosos que produjo en el caso examinado el error en que incurrió en la calificación jurídica de la anotación preventiva solicitada. (STS de 2 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La actora solicitó anotación preventiva de demanda para que se reconociera una deuda a su favor y que se declarase que el inmueble que se citaba, por expresa voluntad del fallecido deudor, está afecto de manera especial al cumplimiento de las obligaciones de pago que son objeto del litigio. El mandamiento judicial que ordenaba la anotación preventiva, previa la constitución de fianza de 12 millones de pesetas recogía únicamente que en juicio ordinario de menor cuantía sobre declaración de cantidad, se había acordado la anotación preventiva de la demanda sobre la siguiente finca [...]. El Registrador practicó la anotación preventiva Letra A solicitada el 17 de mayo de 1993, prorrogada hasta el 16 de septiembre de 1996. Posteriormente el 20 de enero de 1997 el Registrador remitió al Juzgado un oficio haciendo constar que la citada anotación de demanda, ordenada y anotada indebidamente conforme al artículo 42.1 LH, está produciendo una publicidad engañosa, ya que la finalidad cautelar de las anotaciones de demanda es asegurar las resultas del juicio a fin de que sea posible la ejecución del fallo y no resulte ilusoria la acción entablada. El Juzgado de Primera Instancia dictó auto por el que se dictaba la nulidad de la providencia en cuanto acordaba la práctica de la anotación de la demanda, pero fue dejado sin efecto por recurso de reposición de la parte actora, sustituyéndolo por otro de 27 de marzo de 1997 en el que se declaraba la subsistencia de la prórroga de la anotación preventiva de demanda. Mientras tanto el 2 de agosto de 1993 se practicó anotación preventiva de embargo letra B, y, como consecuencia del mismo procedimiento ejecutivo, el 19 de abril de 1996 se inscribió la adjudicación de la finca en subasta judicial a favor de la Caja de Ahorros de V. C. y A. En el procedimiento de origen de la primera anotación se dictó también sentencia estimatoria y con fecha 15 de diciembre de 1998 se otorgó escritura pública de adjudicación judicial del inmueble a favor de la actora. La inscripción de esta escritura fue denegada por el Registrador, en resolución en lo sustancial confirmada por Auto del Presidente del TSJ de 24 de noviembre de 1999, y por Resolución de 21 de noviembre de 2001 de la DGRN por adolecer del defecto consistente en la existencia de tercero a quien no vincula una anotación de demanda que carecía de trascendencia real y que nunca pudo adquirir tal trascendencia por el hecho de ser anotada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de responsabilidad civil contra el Registrador, y la Audiencia Provincial la confirmó por razones que no comparte sustancialmente la Sala 1.^a, aunque sí, mayoritariamente, su fallo desestimatorio.

NOTA.—Hay un Voto particular del Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete que propone estimar parcialmente la demanda, repartiéndola por partes iguales los daños entre el Registrador y la parte actora.

Supuesto singular y complejo. La parte beneficiada con la inicial y errónea calificación del Registrador (admitiendo, sin fundamento, la anotación preventiva al amparo del art. 42.1 LH) reclama contra éste después de haber intentado rectificar tardíamente aquélla; en último término, el resultado final es que no llegó a producir ningún efecto registral la anotación indebidamente practicada. La demanda se rechaza en ambas instancias, con distinto fundamento,

y el Tribunal Supremo, reconociendo la inicial negligencia del Registrador, llega, no obstante, a la conclusión de no existir relación de causalidad entre ésta y el daño –que acaso pueda calificarse de *putativo*– que invoca la parte actora. Aguda y minuciosa argumentación que, a mi juicio, resulta más convincente que la del Voto particular, favorable a la estimación de la demanda. No coincide en sus presupuestos fácticos con la STS de 18 de mayo de 2006 [extractada por mí en *ADC*, 2008, pág. 1707 ss.] en la que, aunque se refería también a una anotación preventiva (art. 42-2.º LH), hubo, sin embargo, condena del Registrador por cancelar indebidamente la relativa a un embargo estimándose la existencia de relación de causalidad *con meridiana claridad*. (G. G. C.)

52. Culpa extracontractual: lesiones y daños causados por animal que arrastra un carruaje en Feria organizada por Ayuntamiento: conductor menor de edad que abandona momentáneamente el carruaje siendo sustituido por otro menor: responsabilidad por riesgo.—La sentencia condenatoria del Ayuntamiento y de los padres de los menores más parece dictada desde la abstracción o, desde un aspecto meramente especulativo o, teórico, que desde una concreta situación fáctica que haya sido puesta de manifiesto por la propia sentencia para establecer un criterio seguro y razonable de imputación. Concorre, sin duda, causalidad física o material entre el daño y el atropello por el carruaje en el recinto ferial durante las fiestas organizadas por el Ayuntamiento, sin embargo no hay base de causalidad jurídica para atribuirle participación o contribución causal de ningún tipo, de acuerdo con criterios como el del riesgo o adecuación, puesto que ninguna de las omisiones que se le atribuyen tienen la característica de ser suficientemente adecuadas para imputarle causalmente el resultado. Así, 1.º) no se infringe ninguna norma por el hecho de conducir un carro por el recinto ferial siendo menores, ni el hecho de que lo fuera quien lo hacía implica por sí mismo una insuficiente pericia, no habiendo dato alguno que permita deducir que una persona de mayor edad hubiera determinado un curso causal diferente o que una mayor presencia policial hubiese aminorado las consecuencias del desbocamiento de un caballo cuya razón última se desconoce; 2.º) la jurisprudencia de esta Sala ha venido repitiendo que el riesgo, por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903 CC, a no ser que se trate de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole, y es evidente que la organización por una Administración local de una feria o similar no puede convertirla sin más en responsable de todo cuanto acaezca en su interior, si esta se desarrolla en un marco adecuado y previsible en cuanto a los riesgos que el recinto genera para el conjunto de las personas que acceden al mismo junto a caballos y carros, y no se incrementan éstos de tal forma que permitiera desplazar la responsabilidad sobre quien, aun de forma lícita y permitida, ha permitido crearlos, estableciendo la existencia de una causalidad jurídica. El daño no fue debido a una dejación de competencias de la Administración que le eran propias en cumplimiento de un servicio público, ni es la feria quien lo causa, sino un caballo desbocado que participaba en ella conducido y manejado por un particular sobre el que la Administración no tenía ningún motivo ni posi-

bilidad legítima alguna para impedirle el acceso; acción esta que tiene en el orden civil unas consecuencias jurídicas diferentes para los que se sirvieron del caballo creando un riesgo y causando el daño.

Responsabilidad ex artículo 1905 CC: responsabilidad de los padres.—La jurisprudencia ha destacado el carácter objetivo de esta responsabilidad, basada en el riesgo consustancial a la tenencia o a la utilización en propio provecho de los animales, la cual exige tan solo una causalidad material, estableciendo la presunción de culpabilidad del poseedor del animal o de quien se sirve del mismo por su mera tenencia o posesión, con la única exoneración de los casos de fuerza mayor o de culpa del perjudicado (STS de 20 de diciembre de 2007, y las que se citan en ella). En el sentido de la norma no tiene la condición de poseedor del animal quien no tiene el poder de hecho ni se sirve de él, ni quien carece del dominio o el control efectivo y real del mismo que le permita desplegar alguna acción o ejercer algún mando en el momento en que ocurren los hechos. En el caso presente, el relato de hechos de la sentencia se limita a decir que el menor no acredita tener la preparación, aprendizaje ni cualificación suficiente, como se vio y quedó patentizado al no haber conseguido controlar el caballo desbocado, y que se encontraba en el carruaje cuando el animal se desbocó, y sin más hechos que los relatados la sentencia deduce la responsabilidad de sus padres en una doble sede: de los artículos 1905 y 1903, todos ellos del CC. El caballo se desbocó y ningún dato de la sentencia permite sostener que fuera dicho menor quien estuviera al mando o al frente del animal con las riendas tomadas, o el que provocó la acción determinante del daño, pues nadie le imputa, por más que se encontrara en el carruaje cuando ello se produce, una vez que se baja quien lo conducía y al que acompañaba; de lo cual se desprende que no se daban las condiciones necesarias para exigirle responsabilidad al amparo del artículo 1905 CC, pues ni poseía el animal, ni tenía interés alguno en su utilización, ni pudo haber conseguido controlarlo una vez que se desboca inopinadamente, por más que lo intentara. Al no haberse acreditado, con respecto a su hijo, la existencia de un comportamiento irregular o culposo con incidencia en la relación de causalidad, no cabe deducir responsabilidad alguna de sus padres en su vigilancia, tanto porque no encaja en el artículo 1905, como, porque en modo alguno es posible deducirla del hecho de ser un simple acompañante de otro menor sin ninguna responsabilidad en la conducción del carruaje. (STS de 4 de marzo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Supuesto complejo derivado de la pluralidad de reclamaciones presentadas por los diversos damnificados (hubo algún caso de atropello mortal), por consecuencia de haberse desbocado los caballos que arrastraban un vehículo, en horario abierto al público, en un recinto ferial organizado por el Ayuntamiento de una localidad andaluza, demandas finalmente acumuladas en un proceso único, en el que hubo rebeldías, desistimientos por abono de indemnizaciones de una aseguradora y recursos de aclaración. El propietario del animal condenado en apelación no recurrió al Tribunal Supremo, pero sí lo hicieron, con éxito, el Ayuntamiento, su aseguradora, y los padres del menor que acompañaba al conductor del carruaje, también menor.

NOTA.—Puede sorprender la absolución del Ayuntamiento organizador de la feria anual entre cuyas obligaciones, según esta

sentencia, no figura asegurar la libre circulación de peatones y carruajes por el recinto, ni imponer alguna medida de precaución a sus conductores. Al parecer, ningún reglamento nacional ni autonómico establece tampoco los requisitos para obtener lo que puede denominarse el «carnet de conducción de caballerías» dentro de los recintos feriales, por lo cual puede afirmar categóricamente la sentencia que *no hay dato alguno que permita deducir que una persona mayor de edad hubiera determinado un curso causal diferente o que una mayor presencia policial hubiese aminorado las consecuencias del desbocamiento de un caballo*. Afirmaciones que parecen conducir a una actitud, en los principales protagonistas del suceso, de resignada admisión del *casus* o de la *vis maior*, poco o nada satisfactoria en nuestros días. A mi parecer, por lo que al Ayuntamiento se refiere, no puede decirse que su condena en ambas instancias se base en una mera abstracción de los hechos alegados y probados como afirma el 2.º FD. (G. G. C.)

53. Responsabilidad extracontractual. Previsibilidad del daño.—No es posible exigir responsabilidad extracontractual por más daños que aquellos cuya causación no eran de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, por tratarse de daños que no eran previsibles en las circunstancias de personas, tiempo y lugar en que se generan según el artículo 1902 CC.

Responsabilidad extracontractual. Criterios de imputación: riesgos de la vida.—Existen pequeños riesgos que la vida obliga a soportar o riesgos no cualificados. En este sentido puede decirse que riesgos hay en todas las actividades de la vida. (STS de 30 de enero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Antonio interpone demanda por la que solicita que se condene al Ayuntamiento de Madrid y a don Gaspar a abonar una indemnización por las lesiones causadas a su hija menor, Virginia, cuando utilizaba las instalaciones existentes en un parque público. Las lesiones se producen cuando la niña entra corriendo en busca de su pelota en el recinto cerrado de un frontón enclavado en el parque, propiedad del Ayuntamiento de Madrid, en el que la puerta de acceso estaba sin su correspondiente hoja. Dentro del recinto se encontraba don Gaspar realizando una técnica habitual de preparación de los pelotaris consistente en quemar y endurecer los esparadrapos que envuelven sus manos mediante la acción de una pequeña llama de fuego. Al tropezar la niña con el jugador, se vertió el frasco de alcohol que llegó al tapón prendido, alcanzándole las llamas a la pequeña.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Apela la sentencia, la Audiencia Provincial la revoca y condena al Ayuntamiento de Madrid y a don Gaspar apreciando una concurrencia de culpas que atribuye en un 75% a la niña y a su madre, en un 15% al Ayuntamiento y en un 10% al deportista.

NOTA.—En la sentencia anotada, al igual que en la sentencia dictada en segunda instancia, la responsabilidad municipal se conecta con los hechos por la apreciación de que, de haber puerta

en el frontón, el accidente no se habría producido, mientras que la del deportista porque el elemento causante de la lesión (fuego) se encontraba dentro del recinto del parque público, sin que estuviera autorizado hacer fuego o manipularlo.

No obstante, la imputación objetiva del incumplimiento de las medidas necesarias para preservar de riesgos a los usuarios del parque aparece moderada por el reconocimiento de la mayor relevancia de la conducta de la niña y de la madre en una proporción del 75 por ciento habida cuenta el papel preponderante que, en orden a la concurrente imputación objetiva del perjuicio padecido, corresponde al proceder de una y de otra. Para ello se tuvo en cuenta que el ámbito de juegos del parque público está claramente definido y separado del lugar donde se practica frontón, y esta separación es lo que hace que no se interfieran, en condiciones normales, niños y mayores, de tal forma que el libre acceso no resulta compatible con una puerta que estaba, pero que ya no está, porque los servicios municipales no se cuidaron de reponerla y que lo impediría.

La jurisprudencia ha reiterado que existen pequeños riesgos que la vida obliga a soportar: *vid.* STSS 11 de noviembre de 2005 (RJ 2005, 9883); 2 de marzo de 2006 (RJ 2006, 5508); 17 de junio de 2003 (RJ 2003, 5646) y 31 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8882). (M. C. L. J.)

54. Culpa médica: intervención médica con secuelas: invalidez permanente absoluta: responsabilidad de la Administración sanitaria: jurisprudencia consolidada sobre su carácter extracontractual: prescripción de la acción.—La STS de 11 de junio de 2001 admite que algunas sentencias de esta Sala han declarado la naturaleza contractual o análoga a la contractual entre la persona afiliada a la Seguridad Social y el centro hospitalario integrado en el sistema que le presta asistencia médica a efectos de tomar como plazo de prescripción el de 15 años del artículo 1964 CC (así STS de 30 de diciembre de 1999, acompañada de un voto particular en sentido opuesto). Sin embargo, siguiendo el precedente de la STS de 12 de febrero de 2000, pone de manifiesto que la inmensa mayoría de las sentencias de esta Sala dan por supuesto que el plazo aplicable es el de un año del artículo 1968.2.º CC, y rechaza la calificación de contractual para la relación entre el paciente de la Seguridad Social y el centro hospitalario partiendo de la configuración constitucional de la Seguridad Social como un régimen que los poderes públicos tienen que mantener para garantizar a todos los ciudadanos la asistencia y prestaciones sociales suficientes (art. 1 CE) y de su consideración como una función del Estado sujeta a un régimen de configuración legal y de carácter público según la doctrina del Tribunal Constitucional (así SSTC 65/1987 y 37/1994). Finalmente la STS de 11 de julio de 2001 sienta la conclusión de que no puede decirse que la naturaleza contractual de la relación y la consiguiente aplicabilidad del plazo de prescripción quincenal constituyan jurisprudencia en el sentido del artículo 1.6 CC. Doctrina posteriormente seguida por SSTs de 15 de octubre y 19 de diciembre de 2008, y debe considerarse como manifestación del criterio jurisprudencial ya consolidado de esta Sala. (STS de 26 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. C. C.)

55. Responsabilidad médica. Deber de obtener el consentimiento informado.—La vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*, o lo que es lo mismo un supuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud, y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto (SSTS de 15 de noviembre de 2006, y las que en ella se citan). Como tal forma parte de toda actuación asistencial, constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente, que constituye el marco normativo actual, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. Su exigencia, tanto si existe vínculo contractual —contrato de servicio sanitario, sea arrendamiento de servicio o de obra— como si opera en la relación meramente extracontractual, debe considerarse con independencia del cumplimiento del deber de que la intervención en sí misma se desarrolle con sujeción a la *lex artis* (STS de 19 de noviembre de 2007), pues una cosa es que la actuación del médico se lleve a cabo con absoluta corrección y otra distinta que la reprochabilidad pueda basarse en la no intervención de un consentimiento del paciente o sus familiares debidamente informado por el médico.

Relevancia de la información proporcionada verbalmente.—La jurisprudencia ha declarado con reiteración que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene mero valor *ad probationem* (SSTS de 2 de octubre de 1997, 26 de enero y 10 de noviembre de 1998, 2 de noviembre de 2000, 2 de julio de 2002 y 29 de julio de 2008), garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente, especialmente en aquellos tratamientos continuados en los que se va produciendo poco a poco dentro de la normal relación existente con el médico, a través de la cual se le pone en antecedentes sobre las características de la intervención a la que va a ser sometido así como de los riesgos que la misma conlleva; habiendo afirmado la STS de 29 de mayo de 2003, que debe al menos «quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte», como exige la Ley de 24 de noviembre de 2002; doctrina, por tanto, que no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previene la Ley General de Sanidad para cualquier intervención, y que exige como corolario lógico invertir la carga de la prueba para que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras este se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico,

pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios. (STS de 21 de enero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña Y., en ese momento menor de edad, fue ingresada en el Hospital R., dependiente del Instituto Nacional de la Salud, para ser tratada de una cifoescoliosis. Tras el estudio preoperatorio se decidió su intervención que se llevó a cabo en dos actos quirúrgicos. En el primero sufrió complicaciones, si bien el postoperatorio es bueno. Después del segundo acto quirúrgico, ingresa en la UVI, donde a las cuatro horas de terminada la cirugía se detecta una paraplejía, por lo que se le vuelve a ingresar en quirófano dada la existencia de déficit neurológico y pasando nuevamente a la UVI. Una vez dada de alta, ingresa en el hospital de parapléjicos en Toledo.

Doña Y. reclamó una indemnización del Instituto Nacional de la Salud, el cirujano don R. y la anestesista doña T., con base en la impericia manifestada en la intervención quirúrgica, dejándose de advertir de los riesgos que podían seguirse de la misma, y en el hecho de no haberse solicitado el consentimiento de sus padres por escrito.

Las sentencias de primera instancia y de apelación desestimaron la demanda y el recurso de apelación con base tanto en que el daño producido a la actora no trae causa de la intervención quirúrgica practicada, siendo diagnosticada la paraplejía en la UVI a las cuatro horas de terminada la cirugía, y no advirtiéndose error alguno en la técnica utilizada ni fallos en la aplicación de la anestesia, como en que, si bien no hubo consentimiento informado por escrito, el deber de información se cumplió en este caso como se deduce del historial clínico de la actora, en el que consta que los facultativos hablaron con la familia de la gravedad y necesidad de la operación, explicándoles el plan quirúrgico que iba a seguirse, siendo conscientes los padres de que la enfermedad que su hija padecía precisaba de una intervención de alto riesgo, dado el fracaso del tratamiento conservador que se había aplicado, y habiendo quedado acreditado que el consentimiento de los familiares fue verbal. Contra la sentencia de apelación, recurrió en casación doña Y. siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

56. Responsabilidad por hecho ajeno: responsabilidad de Entidad de Previsión social por supuesta mala praxis de médicos incluidos en su cuadro médico.—La Sala estima que en relación con la infracción de los artículos 1902 y 1903 CC aun admitiendo que es suficiente la inclusión del facultativo en el cuadro médico de la Mutua para inferir la existencia de responsabilidad derivada de la *culpa in eligendo* siendo no obstante imprescindible la concurrencia de culpa en la prestación del acto médico.

Responsabilidad derivada del artículo 28 de la LGDCU.—También afirma la Sala que este tipo de responsabilidad 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...*, resultando aplicable únicamente en relación con los

aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios ajenos a la actividad médica propiamente dicha, citando especialmente las STS de 4 de diciembre de 2007 y 20 de junio de 2008, entre otras. (STS de 23 de enero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. don Jose Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Jon, sufrió lesiones al caerse de una escalera existente en su sede laboral (hernia discal a nivel L-5 S-1), siendo intervenido por don Humberto y tratado por don Luis descubriéndose en el curso del tratamiento una infección sobrevenida por espondiodiscitis posquirúrgica de la que fue asistido por don Narciso, todos ellos profesionales pertenecientes al cuadro médico de la entidad de previsión social FM. Como consecuencia del proceso, don Jon resultó con graves secuelas entablado acción de responsabilidad civil contra la entidad de previsión social FM demandando de la misma el pago de una indemnización de 180.303 euros en base a una supuesta culpa *in vigilando* o *in eligendo* y a la existencia de un daño desproporcionado.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda al estimar que hubo mala praxis médica y una vinculación de dependencia contractual (arrendamiento de servicios) entre los médicos que prestaron la asistencia y la entidad de previsión social demandada, condenando a ésta al pago de 102.000 euros. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia absolviendo a aquélla de todas las peticiones de la demanda, al estimar que no existía relación de dependencia entre los médicos y la entidad de previsión social y apreciar como no acreditado un actuar negligente de los facultativos. Interpuesto recurso de casación basado en cinco motivos, el Tribunal Supremo no da lugar al mismo. (C. S. R.)

57. Responsabilidad civil extracontractual. El riesgo no crea por sí solo responsabilidad.—Respecto de la «teoría del riesgo», según la cual quien obtiene los beneficios de una actividad debería asumir los perjuicios necesarios para obtener dicho beneficio (*cuius commoda eius incommoda*), la jurisprudencia ha venido repitiendo que «el riesgo, por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903 CC» (STS de 2 de julio de 2008, entre muchas otras), a no ser que se trate de «riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole» (SSTS de 22 de febrero de 2007 y las allí citadas, así como las de 3 de mayo de 2007 y 2 de marzo de 2006).

Causalidad: imputación objetiva.—En relación a la causalidad, como afirma la STS de 28 de julio de 2008, existen casos en que «(...) si bien concurre la causalidad física o material, (...), sin embargo no hay base alguna, en un juicio de causalidad jurídica, para atribuir participación o contribución causal de ningún tipo». La Sala ha aceptado así la denominada «imputación objetiva» en la que no se busca si uno de los elementos de la relación es la causa del resultado, sino si la conducta que se pretende sea la causa, es suficientemente relevante para la producción del daño que se reclama, de acuerdo con el criterio de la «adecuación» (SSTS de 6 de septiembre de 2005, 10 de febrero y 12 de diciembre de 2006, así como otras posteriores).

Ley de consumidores: no hay responsabilidad del Ayuntamiento que autoriza la instalación de una atracción de feria.—La responsabilidad objetiva de la Ley 26/1984 requiere que el demandado haya prestado el servicio o el producto que ha ocasionado el daño. En este caso, el Ayuntamiento ni ha producido la atracción de feria, ni era quien estaba prestando el servicio, de manera que el recurrente puede reclamar como consumidor frente a quien le proporcionó el producto o servicio, no frente al Ayuntamiento, que resulta completamente ajeno al mismo. (STS de 16 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don G., de 17 años de edad, sufrió un accidente al caer en una atracción de feria, originándosele graves lesiones y quedándole como secuela una tetraplejía irreversible. Concurrieron una serie de factores que agravaron el riesgo, tales como que la velocidad dependía del manejo de un operario que estaba a cargo de la máquina; su uso por más de una persona a la vez, cuyo comportamiento era imprevisible y que no existía advertencia previa sobre los posibles riesgos. Don G. demandó a don E. y doña J., su esposa, propietarios de la atracción; la aseguradora E., S.A., y al Ayuntamiento de T.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por todos los codemandados, la Audiencia Provincial estimó únicamente el del Ayuntamiento y confirmó la condena a los demás codemandados. Don G. recurrió en casación contra esa sentencia absolutoria del Ayuntamiento, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

58. Consumidores y usuarios. Indemnización de daños y perjuicios. Carga de la prueba.—El nexos causal ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba. La prueba del nexos causal, requisito al que no alcanza la presunción ínsita en la doctrina denominada de la inversión de la carga de la prueba, incumbe al actor, el cual debe acreditar la realidad del hecho imputable al demandado del que se hace surgir la obligación de reparar el daño causado. (STS de 19 de febrero de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Carlos, que se dedicaba habitualmente con su empresa entre otras cosas a la instalación de gas, tenía una bombona de reserva en el trastero de su vivienda. Al accionar la propia bombona el sistema de seguridad ante una fuente de calor producida por don Carlos, se produce la deflagración de la mencionada bombona. Ante estos hechos, don Carlos interpone demanda en la que solicita a la empresa suministradora de butano indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta y concedió la indemnización de 124.276,28 euros. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial incrementó la indemnización a la cifra de 369.227,66 euros. La sentencia es recurrida

exclusivamente por la empresa suministradora de butano, a la que se atribuye un 60% de la cuantía indemnizatoria.

NOTA.—La sentencia anotada casa la dictada por la Audiencia Provincial porque considera que esta última después de no advertir defecto alguno en la bombona de gas que sea causa de la deflagración y de tomar en consideración la existencia de un foco de calor anterior, acude a unos criterios de responsabilidad más allá de lo estrictamente subjetivo para llegar a criterios de responsabilidad por riesgo. La Audiencia para absolver a la compañía suministradora de butano tiene en cuenta la inadecuada ubicación de la bombona y la falta de control del estado de la instalación en su conjunto, fundamentando la condena en una acción distinta de la extracontractual, como es la que resulta de la normativa de los consumidores y usuarios (arts. 26 y 28 LGDCU).

Constituye doctrina reiterada del Tribunal Supremo que para la imputación de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjetivo u objetivo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño: SSTS 11 febrero 1998 (RJ 1998, 707); 3 de junio de 2000; 19 octubre 2007 (RJ 2007, 8627).

Para el Tribunal Supremo, el riesgo en este caso no lo origina la posesión de bombonas autorizadas, revisadas y suministradas en las debidas condiciones de seguridad, sino el hecho de su utilización de una forma distinta para la función prevista. En ningún caso puede vincularse el daño al servicio de gas prestado a una persona que, aunque formal y jurídicamente revestido de la consideración de usuario, actúa en el ramo del producto que se le suministra porque una cosa es que carezca de los conocimientos técnicos necesarios sobre la composición o manipulación de los envases y otra distinta que desconozca precisamente aquello que la sentencia imputa a la recurrente sobre las posibles deficiencias de la instalación. (*M. C. L. J.*)

59. Accidente de circulación. Régimen legal aplicable.—El régimen legal aplicable a un accidente ocasionado con motivo de la circulación de vehículos es siempre el vigente en el momento en que el siniestro se produce, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 LRCSCVM y el punto 3.º del párrafo primero del anexo de la Ley 30/1995, que no fija la cuantía de la indemnización, porque no liga al momento del accidente el valor del punto que generará la aplicación del sistema. El daño, es decir, las consecuencias del accidente, se determina en el momento en que este se produce y este régimen jurídico afecta al número de puntos que debe atribuirse a la lesión padecida y a los criterios valorativos (edad, trabajo, circunstancias personales y familiares, incapacidad, beneficiarios en los casos de muerte, etc.), que serán los del momento del accidente. Por aplicación del principio de irretroactividad, cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado.

Sin embargo, puede ocurrir que la determinación definitiva de las lesiones o el número de días de baja del accidentado se tengan que determinar en un momento posterior. El artículo 1.2 y el número 3 del párrafo primero del anexo de la Ley 30/1995 no cambia la naturaleza de deuda de valor de la obligación de indemnizar los daños personales. En consecuencia, la cuanti-

ficación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del accidente debe efectuarse en el momento en que las secuelas del propio 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 del Tribunal Supremo: SS de 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 y 22 de junio de 2001, 23 de diciembre de 2004 y 3 de octubre de 2006, entre muchas otras.

Cómputo del interés de demora una vez transcurridos dos años desde la fecha del siniestro. La teoría del tramo único o de los dos tramos de interés.—La regla 4.^a del artículo 20 LCS, en su redacción dada por Ley 30/1995, de 8 de noviembre señala: «*La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 %; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial.*—*No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20%».*

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. **(STS de 25 de febrero de 2009; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El 18 de junio de 1998 colisionan una ambulancia y un ciclomotor. Don Gabriel, conductor del vehículo ciclomotor y su esposa interponen demanda contra don Esteban, conductor de la ambulancia, la propietaria de ésta «Funeraria F., S.A.», y su compañía aseguradora en la que se reclamó la condena solidaria de los demandados al abono al Sr. Gabriel de 71.841.173 pesetas, y a la Sra. Carlota de la suma de 16.474.963 pesetas con base en la responsabilidad extracontractual por los daños, lesiones e incapacidad sufridos por el actor, y por los perjuicios morales sufridos por su esposa, a consecuencia del accidente de circulación ocurrido.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a los demandados a que en forma solidaria abonaran al actor la cantidad de 144.911,385 euros, más los intereses. Tal suma indemnizatoria representaba el 50% del importe de 289.823,67 euros, consecuencia de la estimación de concurrencia de culpas en tal porcentaje de sendos conductores en la causación del accidente. Mediante Auto, el Juzgado procedió a la aclaración de la sentencia y del fallo, en el que se elevó la indemnización al Sr. Gabriel a 155.337,465 euros. En cuanto a los intereses a satisfacer por la aseguradora se aclaró la sentencia en los siguientes términos: «Intereses... la cantidad por la que se estima la demanda devengará en cuanto responsabilidad de la entidad aseguradora el interés del artículo 20.4 de la Ley de Contratos de Seguro desde la fecha del accidente».

Apelada la sentencia dictada en primera instancia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora y el Sr. Esteban, con imposición de las costas de este recurso, y rechazó en lo sustancial el del Sr. Gabriel, con la única modificación de fijar en 40 en vez de 38 los puntos por la secuela de síndrome orgánico de la personalidad.

NOTA.—La aparente contradicción entre el apartado 3 del párrafo Primero del Anexo, que establece textualmente que *«a los efectos de la aplicación de las tablas la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será la referida a la fecha del accidente»*, y el punto 10 del mismo párrafo que establece que *«anualmente, con efectos de primero de enero de cada año y a partir del año siguiente a la entrada en vigor de la presente Ley, deberán actualizarse las cuantías indemnizatorias fijadas en el presente Anexo y, en su defecto, quedarán automáticamente actualizadas en el porcentaje del Índice General de Precios al Consumo correspondiente al año natural inmediatamente anterior. En este último caso y para facilitar su conocimiento y aplicación, por resolución de la Dirección General de Seguros se harán públicas dichas actualizaciones»* dio lugar a que las Audiencias, al interpretar como debían valorarse los daños personales, mantuvieran fundamentalmente las dos siguientes posturas: Una favorable a valorar los daños en atención al momento en que se produjo el daño, según las cuantías resultantes del Baremo vigente en la fecha en que acaeció el siniestro y otra favorable a entender que los daños deben cuantificarse según la tabla vigente en el momento de dictar sentencia: SSTS del Pleno de la misma de 17 de abril de 2007, 10 de julio de 2008 (RJ 2008, 3355), 23 de julio de 2008 (RJ 2008, 4619), y 30 de octubre de 2008 (RJ 2009, 391).

El Tribunal Supremo en la sentencia anotada declara aplicable el baremo correspondiente al año 1999, correspondiente al alta definitiva del lesionado, y no el del año 2003, relativo a la fecha de la sentencia, debiendo procederse en el periodo de ejecución de sentencia a la revisión de la indemnización acordada. (M. C. L. J.)

60. Culpa extracontractual: accidente de circulación: indemnización correspondiente al progenitor único, de estado viudo, de la víctima, fallecida sin hijos ni hermanos: criterio jurisprudencial ante una imperfección legal.—La cuestión planteada tiene su razón de ser en una imperfección del texto legal. En la Tabla I del Anexo LRCSVM 1995 se contempla únicamente la concurrencia de los dos padres de la víctima y no se prevé el supuesto de premoriencia, exclusión o no-concurrencia de uno de los dos progenitores. De manera contradictoria se introduce en la nota 5, como factor diferenciador, la convivencia o no con la víctima. En una nueva antinomia, no se hace así respecto de los hermanos en el Grupo V. Esta situación aconsejaría, en principio, prescindir de la literalidad del texto y resolver el problema planteado — como declara la relevante SAP de Sevilla de 11 de mayo de 2004, que defiende esta solución —, con arreglo a los principios propios del Derecho de daños, entendiendo que no puede existir un derecho de acrecer propio del Derecho hereditario, que repugna al principio de indemnización por cabezas

propio de los sistemas de resarcimiento. La mayoría de las Audiencias Provinciales, en contra del seguido por otras, se ha inclinado en los primeros años de vigencia del Sistema de valoración por este criterio, favorable a la asignación al progenitor único de la mitad de la indemnización fijada en la Tabla I del Anexo para los *padres*.

La explicación en que se apoya esta conclusión, sin embargo, es insuficiente, dadas las imperfecciones de carácter técnico de la Tabla I. En ella se aplican principios que, por razones ligadas al tratamiento económico de las indemnizaciones propias del sector específico de los accidentes de circulación, en parte tratan de aproximar al Derecho de daños a una regulación más propia del Derecho sucesorio o de los seguros de sumas. En efecto, se distinguen entre perjudicados principales y secundarios, aplicando una preferencia de grupos con exclusión de los posteriores. Se configura la indemnización, en muchos supuestos, no como indemnización por cabezas sino como cantidad total fijada para el conjunto de los que integran una categoría (con un aumento no directamente proporcional al mayor número de miembros, hijos o hermanos). La indemnización efectivamente percibida por cada perjudicado sufre así una reducción en el supuesto de concurrencia de varios en una misma categoría. El Tribunal Constitucional ha aceptado la constitucionalidad de esta técnica, por considerar que resulta justificada dada la especialidad del sector de accidentes de circulación y la necesidad de establecer un sistema de seguro obligatorio para garantizar la efectividad de la responsabilidad civil en este ámbito. Asimismo en la doctrina se ha sostenido que es razonable, hasta cierto punto, entender que el sufrimiento del perjudicado único por el fallecimiento de un familiar es superior al que padecen varios familiares que sufren conjuntamente la pérdida.

El principio de individualización de la indemnización, o indemnización por cabezas, apoya, sin duda, la solución favorable a la asignación de la mitad de la indemnización al progenitor único. El principio de configuración de la indemnización como única o total para los integrantes de una categoría –que tiene un inequívoco reflejo en la Tabla I–, permite interpretar, en sentido contrario, que la indemnización se asigna en su totalidad al progenitor único y que resulta reducida a la mitad cuando concurren los dos progenitores (si bien se mira, en esta hipótesis la cuantía total se mantiene inalterable y cada uno percibe el 50%). Si se admite esta interpretación no se produce un acrecimiento en el caso de subsistencia de un solo progenitor; antes bien una reducción en el caso de la concurrencia de ambos. Podrá decirse que esta reducción no se acomoda a los principios del Derecho de daños; pero no es ajena a los principios a que responde la Tabla I, que en un grado significativo no son coherentes con aquéllos. En consecuencia, el principio de indemnización total por categorías apoya la solución favorable a la asignación del total de la indemnización al progenitor único. De esta forma cobra virtualidad el argumento –manejado por la doctrina– de que el artículo 22.3 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros, aprobado por RD 1575/1989, de 22 diciembre, al establecer como beneficiarios de la indemnización a los padres del fallecido, en defecto del cónyuge y descendientes, precisa que si sólo viviera uno de los padres, percibirá la totalidad de dicha indemnización. En efecto, la diferencia de naturaleza de la función de cobertura de riesgo por parte del seguro, respecto de la función de resarcimiento del daño propio de la responsabilidad civil resulta menos relevante cuando el legislador trata un supuesto de resarcimiento por responsabilidad civil aproximándose en algu-

na medida al principio de suma única propio de los seguros de personas, como ocurre en la Tabla I.

Ante la imperfección del texto legislativo resulta difícil atenerse a una interpretación que sea acorde con principios tan contradictorios. Parece razonable, como solución más coherente, atenerse a la literalidad del texto legal, que configura la indemnización como cuantía total asignada a la categoría integrada por los *padres*, independientemente del número de los llamados a percibirla. Aboga en función de esta solución el principio *in dubio pro damnato*, corolario del principio que figura como uno de los *Criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización*, contenidos en el Anexo primero 7 (*asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados*). Es la solución que ha terminado prevaleciendo en la jurisprudencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo (S. de 5 de julio de 2001) y cuyo origen se remonta a un acuerdo de unificación de criterios, que no tiene, como la Ley Orgánica establece, carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales. Y aunque la Sala 1.^a no ha tenido ocasión de abordar directamente la cuestión, la STS de 24 de noviembre de 2006 se muestra favorable a ella. (STS de 27 de abril de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—A results del mismo accidente de circulación fallecen dos jóvenes cuya situación familiar es la misma, pues a cada uno le sobrevive únicamente la madre viuda. En ambas instancias y con base en la Tabla I del Baremo en vigor, se concede a cada progenitora una indemnización del 50% del total fijado en aquélla. La Sala 1.^a del Tribunal Supremo, con una composición de diez Magistrados, en resolución que puede calificarse de valiente y audaz, inspirada en la equidad, y que no es seguro que se reitere ni prevalezca, otorga a cada una de ellas el 100%. Solución que *prima facie* parece equitativa y razonable. Desde la entrada en vigor del nuevo Sistema de evaluación de daños en accidentes de circulación, la Sala 1.^a ha tenido ocasión de resaltar sus imperfecciones técnicas, debidas —probablemente— a la diferente óptica con la que se acometió la redacción del ya famoso Baremo (¿preparación actuarial vs. jurídico-privada, pudo ser la alternativa elegida por el legislador?) (G. G. C.)

61. Culpa extracontractual: accidente de circulación: baremo aplicable para valorar los daños sufridos.—Planteada nuevamente la cuestión de cuál ha de ser el baremo aplicable para valorar los daños sufridos como consecuencia de accidentes de circulación, si el vigente en el momento de la sentencia de primera instancia, o el vigente en el momento en que tuvo lugar el siniestro, esta cuestión debe ahora dilucidarse en línea con la doctrina establecida al respecto por el Pleno de la Sala 1.^a en sendas sentencias de 17 de abril 2007, resolviendo los recursos de casación 2908/2001 y 2598/2002, y que ha sido acogida con posterioridad en SSTS de 9, 10 y 23 de julio de 2008. La línea jurisprudencial iniciada por las referidas sentencias de Pleno, que analiza con profusión el estado de la cuestión y las razones que tradicionalmente venían siendo esgrimidas como justificación de cada alternativa, sitúa el nudo gordiano de la polémica en la confusión en que las Audiencias venían incurriendo al equiparar régimen legal aplicable para determinar las consecuencias del siniestro y valoración económica corres-

pondiente al menoscabo resultante de la aplicación de aquél, aspectos que la Sala 1.^a se esfuerza en diferenciar, con la consecuencia de que el accidente se ha de tomar en cuenta para determinar el régimen legal aplicable, al que habrá que estar para concretar el daño, es decir, las consecuencias de aquél, impidiendo el principio de irretroactividad que cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable pueda ir en contra del perjudicado; al mismo tiempo, la cuantificación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del accidente debe efectuarse en el momento en que las secuelas del propio accidente han quedado determinadas, que es el alta definitiva. Con este criterio queda salvado el principio de irretroactividad porque el régimen jurídico se determina en el momento de producirse el daño, aunque su cuantificación pueda tener lugar en un momento posterior, y se salvan también las finalidades perseguidas por la Ley 30/1995, pues ha de valorarse el punto de acuerdo con las variaciones del IPC, evitando hacer recaer sobre los perjudicados las consecuencias de la inflación.

Legislación aplicable: irretroactividad como norma general.—El apartado 3.º del artículo 2.º CC establece taxativamente que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario. Esto es así porque la seguridad jurídica, principio inspirador del ordenamiento de plasmación constitucional (art. 9.3 CE), exige el conocimiento previo de la norma que va a aplicarse a una determinada situación jurídica, de manera que las situaciones y relaciones jurídicas se rigen por la vigente al tiempo en que aquellas acontecen o se producen. Certeza, predictibilidad y confianza en el ordenamiento jurídico son exigencias por razón de la seguridad jurídica, que, de acuerdo con el viejo axioma, *tempus regit actum*, conducen a establecer el principio general de que las normas son por regla general irretroactivas salvo que excepcionalmente en ellas se diga lo contrario. Así lo ha proclamado una jurisprudencia reiterada de la Sala 1.^a (SSTS de 16 de enero de 1963, 22 de diciembre de 1978, 19 de octubre de 1982 y 25 de mayo de 1995), de manera que, con independencia del grado de retroactividad que se atribuya a la ley posterior, incluso para admitir un grado débil o mínimo, es preciso que ésta así lo disponga, sin perjuicio de que ello no deba entenderse en el sentido estricto de que lo haga expresamente, pues, a falta de previsión expresa, jurisprudencia y doctrina admiten también la retroactividad que resulta tácitamente de la norma posterior (SSTS de 26 de mayo de 1969 y 7 de julio de 1987), retroactividad tácita que ha venido atribuyéndose tradicionalmente a las normas interpretativas, a las complementarias, de desarrollo o ejecutivas, a las que suplan lagunas, a las procesales y, en general, a las que pretenden eliminar situaciones pasadas incompatibles con los fines jurídicos que persiguen las nuevas disposiciones, pues de otro modo no cumplirían su objetivo (SSTS de 26 de noviembre de 1934, 17 de diciembre de 1941, 5 de julio de 1986 y 9 de abril de 1992). Llegados a este punto, deben hacerse dos precisiones: la primera, que no puede colegirse que existe retroactividad tácita del mero hecho de que la nueva ley, como es lógico, se haya inspirado en la experiencia pretérita (STS de 5 de noviembre de 1986); la segunda, que la aplicación retroactiva de la norma no puede suponer, en ningún caso, que resulten obviados o menoscabados derechos adquiridos, o situaciones beneficiosas o favorables nacidos al amparo de la normativa anterior vigente cuando se produjo el hecho, pues tal cosa iría en contra del artículo 9.3 CE que proscribía de modo absoluto la aplicación retroactiva de una norma posterior restrictiva de derechos individuales. De aquí el carácter irretroactivo de la Ley 34/2003, de 4 noviembre, de Modificación y

adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados. Una doctrina reiterada ha sentado que el régimen legal aplicable a un accidente ocasionado con motivo de la circulación de vehículos es siempre el vigente en el momento en que se produjo, de acuerdo con el artículo 1.2 de la LCVM y el punto 3.º del párrafo 1.º del Anexo de la Ley 30/1995, con la consecuencia, por aplicación del principio de irretroactividad, de que cualquier modificación posterior del mismo aplicable al daño producido por el accidente, resulta indiferente para el perjudicado.

Intereses de demora artículo 20 LCS: cálculo: doctrina jurisprudencial.—Después de la sentencia del Pleno de 1 de marzo de 2007, es doctrina pacífica (plasmada, entre otras, en SSTS de 11 de diciembre de 2007 y 1 de julio de 2008) que para calcular los intereses de demora han de diferenciarse dos tramos, el primero durante los dos años siguientes al siniestro, en que 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%, y un segundo tramo, que comenzará a partir de concluir la segunda anualidad, en el que el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, pero con un tipo mínimo del 20% si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento. **(STS de 20 de abril de 2009;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.] (G. G. C.)

62. Culpa extracontractual: accidente de circulación: indemnización de los daños causados: doctrina jurisprudencial sobre la valoración económica.—Se declara aplicable a este caso la doctrina jurisprudencial de 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 las indemnizaciones procedentes, en el momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado (SSTS de 8 de julio de 1987, 6 de julio de 1991, 3 de septiembre de 1996, 22 de abril de 1997, 20 de noviembre de 2000, 14 y 22 de julio de 2001, 23 de diciembre de 2004, 3 de octubre de 2006, 9, 10 y 23 de julio, y 30 de octubre 2008). **(STS de 12 de marzo de 2009;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Con mayor amplitud ver STS de 20 de abril de 2009 en este mismo fascículo de ADC. (G. G. C.)

63. Culpa extracontractual: accidente de circulación: indemnización por perjuicios estéticos: valoración: dudas interpretativas ante incoherencias legislativas.—En el Anexo introducido por la Ley 30/1995, la referencia al límite de los 100 puntos está en relación con la fórmula aritmética de concurrencia de secuelas, respecto de la cual tiene un carácter descriptivo y explicativo de la finalidad que se persigue mediante ella (a saber, evitar que por la acumulación de secuelas pueda rebasarse el importe máximo fijado y que la puntuación final sea producto de una suma aritmética y no de un cálculo proporcional a la suma fijada como máxima). Sin embargo, la referencia al límite de 100 puntos figura antes que la regla especial establecida para los perjuicios estéticos, a los que se ordena no aplicar la fórmula

reductora, y, por lo tanto, no afecta a la puntuación fijada para ellos. Un sector de la doctrina ha defendido que el importe máximo responde al máximo valor que puede concederse, según los principios en que se inspira el Sistema de valoración, de tal suerte que, en ningún caso, podría fijarse un perjuicio de más de 100 puntos sin atentar contra ellos. Sin embargo, la aplicación de esta limitación al conjunto de la puntuación derivada de las secuelas permanentes y de los perjuicios estéticos, lejos de introducir coherencia en la aplicación del Sistema, conduciría a consecuencias notablemente absurdas, pues resultaría que los perjuicios estéticos, que la ley ordena sumar aritméticamente a las secuelas permanentes sin aplicar la fórmula reductora, podrían resultar reducidos e incluso eliminados cuando la puntuación asignada a las secuelas fuera muy alta, como ocurre en el caso examinado, y así se incurriría en una incoherencia más grave en perjuicio de la víctima, en contra del principio de reparación íntegra del daño, que constituye uno de los principios capitales del sistema, y al que debe concederse prevalencia en la interpretación de los casos dudosos haciendo efectivo el principio *in dubio pro damnato*. La ponderación entre el principio de reparación íntegra del daño frente al de proporcionalidad de las indemnizaciones impide que pueda aceptarse la limitación propuesta por la parte recurrente como adecuada para una interpretación correctora. El criterio introducido en el año 2003, que se funda en la distinción entre daño fisiológico y el perjuicio estético de la persona como susceptibles de valoración separada, con un máximo total de 100 y de 50 puntos respectivamente, ambos computables independientemente, no puede ser aplicado con carácter retroactivo. De esta suerte, carece de sentido, dentro del sistema originario del Sistema de valoración introducido por la Ley 30/1995, aplicar un máximo de 100 puntos a la suma aritmética de los puntos por perjuicio estético a los resultantes de las secuelas permanentes, pues es tanto como tratar de corregir la conmixti3n en que incurre la Ley mediante una fórmula, perjudicial para la víctima, que sigue desconociendo la diferente naturaleza de unos y otros perjuicios.

La fecha del alta como momento de determinar el valor: doctrina jurisprudencial.—Las SSTs de 17 de abril de 2007, del Pleno de esta Sala (SS núms. 429 y 430 de 2007) han sentado como doctrina jurisprudencial que los daños sufridos en un accidente de circulaci3n quedan fijados de acuerdo con el r3gimen legal vigente en el momento de la producci3n del hecho que ocasiona el da1o, y deben ser econ3micamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnizaci3n procedente, en el momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado. La circunstancia de que la obligaci3n de indemnizar los da1os personales constituya una deuda de valor no altera dicha doctrina que ha sido reiteradamente aplicada por esta Sala, y tambi3n lo ha sido por la sentencia recurrida que se ajusta b3sicamente a ella, y obliga a rechazar el recurso.

Intereses moratorios.—La aseguradora contaba desde el primer momento con elementos suficientes para poner de manifiesto con relativa certeza la existencia de la obligaci3n civil de indemnizar de su asegurado, dada la existencia y conocimiento de circunstancias que demostraban la coincidencia de una conducta negligente en que hab3a incurrido; ni la absoluci3n en el proceso penal, que dej3 libre la v3a civil, ni la concurrencia de una conducta negligente por parte de la v3ctima —que no constituy3 causa exclusiva del accidente—, son suficientes para justificar el hecho de que no consignase o entregase al perjudicado cantidad alguna; y a estos efectos carecen de relevancia las cantidades entregadas para hacer efectiva la pensi3n provisional que el Juz-

gado reconoció a la víctima para su sustento, pues se trata de una medida cautelar de carácter anticipatorio y de naturaleza distinta a la consignación de la indemnización o del importe mínimo que debe satisfacerse. (STS de 23 de abril de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

64. Responsabilidad civil de los auditores de cuentas. Función del informe de los auditores de cuentas respecto del balance de las sociedades. Incumplimiento de sus obligaciones como fuente de responsabilidad profesional.—Dentro de las cuentas anuales, el balance es el documento contable del que debe resultar, con claridad y precisión, la situación patrimonial de la sociedad al final de cada ejercicio. Pone de manifiesto el estado patrimonial de la sociedad y supone la declaración de conocimiento de los administradores ante los accionistas, pero al mismo tiempo esta declaración no sólo es relevante para los socios, ya que les permite conocer el valor actualizado de sus acciones, sino también para los acreedores sociales, que así podrán conocer la consistencia patrimonial de la sociedad, e incluso para otros terceros que puedan entrar en relación con la sociedad. Por ello las sociedades de capital tienen obligación de depositar y dar publicidad a sus cuentas anuales a través del Registro Mercantil (arts. 218 y ss. TRLSA y 365 y ss. RRM). Como garantía de veracidad y ajuste a las normas de contabilidad, se exige el informe de auditoría que ha de acompañar a las cuentas anuales y que tiene por objeto la verificación y dictamen sobre si dichas cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio social (art. 1.2 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, LAC). Es la propia Ley la que determina la forma en que los auditores han de ejercer su función para cumplir dicha finalidad de garantía, de modo que el incumplimiento de sus obligaciones se erige por sí en fuente de responsabilidad profesional (art. 11.1 LAC) pues supone la falta de diligencia, que les resulta exigible más allá de la normal que se requiere del deudor común según el artículo 1104 CC, de modo que en el caso la diligencia en el cumplimiento de la obligación no puede establecerse por remisión a este precepto de carácter genérico, que está en relación con un modelo de diligencia no especializado o profesionalizado. La propia obligación contraída puede expresar «la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento» salvando el carácter supletorio de la norma (art. 1104, párrafo segundo) y aquí ello viene concretamente determinado por la legislación específica que contempla las obligaciones profesionales de los auditores de cuentas.

Naturaleza no meramente contractual de la responsabilidad profesional de los auditores. Incluye la reparación del daño causado a los acreedores de la empresa auditada.—La responsabilidad profesional que nace para los auditores del artículo 11.1 LAC se produce frente a las empresas o entidades auditadas y frente a terceros, lo que determina que no se circunscribe a una responsabilidad meramente contractual ya que ninguna relación de tal clase aparece entablada con dichos terceros, como son los acreedores de la sociedad auditada. De ahí que no pueda excluirse la finalidad de reparación del daño causado a los acreedores de la empresa auditada.

El artículo 1 LAC establece en tal sentido que «se entenderá por auditoría de cuentas la actividad consistente en la revisión y verificación de documentos contables, siempre que aquélla tenga por objeto la emisión de un informe que pueda tener efectos frente a terceros», y la STS de 14 de octubre de 2008,

tras referirse a la propia Exposición de Motivos de la Ley, según la que «la auditoría de cuentas es, por tanto, un servicio que se presta a la empresa revisada y que afecta e interesa no sólo a la propia empresa, sino también a terceros que mantengan relaciones con la misma, habida cuenta que todos ellos, empresa y terceros, pueden conocer la calidad de la información económico contable sobre la cual versa la opinión emitida por el auditor de cuentas», dice que «por ello –como señala el considerando 19.º de la Directiva 2006/43/CE– los auditores, obligados a llevar a cabo su trabajo con la diligencia debida, son responsables de los perjuicios financieros que hayan causado por negligencia. Y, hay que añadir, no sólo frente a quienes a ellos estén vinculados por la relación contractual en cuyo funcionamiento se produjo el deficiente cumplimiento de la prestación, sino también frente a los terceros que se relacionen con la sociedad auditada –como expresamente establecía el art. 11.1 de la Ley 19/1988, en la redacción vigente cuando la demanda fue interpuesta–, claro está, siempre que concurren los requisitos precisos para afirmar una responsabilidad extracontractual conforme a las normas generales del Código Civil –a las que se remite el art. 11.1 citado, en la redacción dada al mismo por la Ley 44/2002, de 24 de noviembre–»; y añade que «la declarada infracción de las reglas de la *lex artis* por parte de los auditores demandados, aunque no hubiera sido la causa principal de la crisis económica de la sociedad auditada y, por ello, del incumplimiento por la misma de sus compromisos frente a los actores, contribuyó a ese resultado, pues privó a estos, como socios, de la necesaria información sobre la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de aquélla».

Relación de causalidad entre los informes de auditoría erróneos y los daños producidos.–Precisamente la actuación errónea basada en la confianza en la corrección de los informes de auditoría es la que se trata de prevenir desde la fijación de un régimen de responsabilidad derivada de la función de auditoría. Situados en el terreno de la causalidad no puede desconocerse la relación entre el contenido de la auditoría que omitió la necesaria formulación de un juicio desfavorable sobre el contenido de las cuentas auditadas y el resultado del perjuicio patrimonial producido; relación que cabe establecer tanto si se parte de la teoría de la «equivalencia o de la condición *sine qua non*», como si se atiende a la «causalidad adecuada» o a la «causa eficiente». Ahora bien, es cierto que habrá de atenderse a criterios de imputación objetiva respecto de la actuación que se ha considerado relevante para la producción del daño o perjuicio:

a) Criterio del fin de protección de la norma. La responsabilidad de los auditores aparece configurada en la propia Ley de Auditoría de Cuentas para proteger a los terceros, ya sean accionistas o acreedores de la sociedad, por lo que tal criterio de imputación se cumple en el caso.

b) Criterio de la conducta alternativa correcta. El criterio de imputación señalado se encuentra presente en el caso porque la puesta de manifiesto en el informe de la concurrencia de causa de disolución de la sociedad habría forzado a los administradores a iniciar el procedimiento de disolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 262 TRLSA y habría posibilitado que cualquier accionista pudiera requerir a aquellos para que convocaran la junta general con tal finalidad, además de generar la responsabilidad solidaria de los administradores en cuanto al cumplimiento de las obligaciones sociales en caso de no proceder según lo indicado en la referida norma. Por otro lado, se habría advertido a los terceros de la situación de la sociedad con

los efectos que ello conllevaría en cuanto a sus relaciones económicas con la misma.

c) Criterio de aumento del riesgo. Según lo anteriormente razonado cabe afirmar que también tal criterio de imputación se da en el caso presente.

d) Criterio de la prohibición de regreso. Se alude a la interrupción del curso causal cuando media la conducta dolosa o gravemente imprudente de tercero (en este caso, los administradores) de modo que no se puede «regresar» desde el que dolosa o culposamente interviene causando el daño hasta el que lo desencadenó por más que hubiera podido ser condición *sine qua non*. No puede aceptarse la negación de la responsabilidad de los auditores desde esta perspectiva, pues dicha tesis, acorde con la afirmación de que el informe por sí mismo no es susceptible de causar daño alguno, conduciría en definitiva a la exclusión de responsabilidad derivada del ejercicio de la función de auditoría pues siempre serían otras actuaciones las directamente causantes del daño, viniéndose a desconocer la propia existencia de la responsabilidad proclamada por el artículo 11.1 LAC para el caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de los auditores, derivada de la posición de «garante» que la ley les atribuye en relación con el reflejo fiel de la situación patrimonial de la sociedad expresada en las cuentas auditadas, con claros efectos para la propia sociedad y para los terceros. (STS de 5 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de E.A., S.A., presentó demanda contra la auditora P.A., S.L., solicitando que se declarara su responsabilidad como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones contractuales con E.A., S.A., concretamente en relación con la auditoría y posterior emisión del informe de auditoría de la cuentas anuales de E.A., S.A., y se le condenara a abonar a la actora la correspondiente indemnización, integrándose en la masa activa de la quiebra.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando que la demandada había incurrido en responsabilidad con ocasión de la emisión del referido informe, y le condenó a abonar a la masa activa de la quiebra de E.A., S.A. los daños y perjuicios ocasionados, consistentes en la diferencia entre el valor patrimonial, calculado con criterios de empresa en liquidación, de la masa de la quiebra en la fecha de su declaración y el que hubiera tenido en el caso de disolución en la fecha de emisión del informe. Interpuesto recurso de apelación por P.A., S.L., la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, P.A., S.L. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

65. Acción de división de varios propietarios sobre fincas comunes.—

De los párrafos primero y segundo del artículo 400 CC se desprenden los dos caracteres esenciales de la comunidad de bienes: su naturaleza incidental o transitoria y la inexistencia de vínculo, a falta de pacto entre los particulares, por el cual los comuneros se encuentren obligados a permanecer en la comu-

nidad. El Código, inspirado en el carácter no definitivo, poco rentable y desfavorable con el que configura la situación de comunidad, otorga al comunero una acción para exigir que se divida la cosa común. La acción de división es indiscutible para los demás partícipes, de carácter incondicional e imprescriptible, porque la facultad de pedir la división de la cosa no es un derecho que pueda extinguirse por su falta de ejercicio en determinado plazo, sino una facultad de carácter permanente que acompaña siempre a la comunidad y que ha de entenderse subsistente mientras dura aquella. Con el ejercicio de la acción de división se persigue la cesación del estado de indivisión para que se adjudique al comunero la propiedad plena y separada de una parte o porción de la cosa común o, en el supuesto de que tal división no sea posible desde el punto de vista físico o jurídico, se le atribuya la parte proporcional del precio obtenido mediante su venta.

Por consiguiente, la facultad concedida se dirige al cese de la situación de comunidad mediante el reconocimiento y asignación de titularidades individuales a cada uno de los partícipes, que se han de materializar sobre todos y cada uno de los bienes en los que son titulares de una cuota indivisa, y no contempla la creación de nuevas situaciones de comunidad sobre las porciones resultantes de la división, que sólo resultaría posible si hay acuerdo de todos los interesados (art. 402 CC). (**STS de 1 de abril de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don Clemente y once demandantes más interponen demanda sobre división de varias fincas comunes contra doña Tár-sila y dieciocho demandados más, declarando que todos ellos, en la proporción que se afirma, son propietarios de tres fincas, solicitando que se decrete la división de las referidas fincas mediante lotes integrados por otras fincas que se segregarían de las primeras y que se adjudicarían a cada uno de los grupos familiares que proceden de los ocho hermanos, que eran los primitivos propietarios de las fincas litigiosas. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Los actores recurren en apelación y la Audiencia Provincial estima la demanda, condenando a los demandados a proceder a la división de las fincas objeto del litigio en la forma solicitada. Los demandados formulan contra dicha sentencia recursos por infracción procesal y de casación. (*Alma R. G.*)

66. División de cosa común. Carácter indivisible de conjunto monumental (bien de interés cultural).—Tratándose de un bien de interés cultural, por aplicación de lo establecido en el artículo 19 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, no podrá realizarse obra interior o exterior que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias, sin autorización expresa de los organismos competentes. De igual forma, la autorización administrativa resultará necesaria para realizar obras en el entorno afectado por la declaración. En consecuencia, el ordenamiento jurídico parte del carácter indivisible de los bienes de interés cultural dada su integración en un conjunto administrativamente calificado y protegido como tal, siendo así que cualquier obra de división material afectaría indudablemente al conjunto de modo negativo. (**STS de 30 de abril de 2009**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Dos copropietarios de una finca interponen demanda de juicio ordinario sobre división de cosa común frente a los otros cinco copropietarios de la misma. La finca litigiosa constituye un conjunto monumental histórico-artístico en el que se integra un Museo Convento declarado por el Ministerio de Cultura bien de interés cultural con categoría de monumento. De la totalidad, le corresponde a uno de los actores la propiedad de una tercera parte por título de herencia, al otro copropietario otra tercera parte por compraventa y a los demandados, la tercera parte restante igualmente por título de herencia. Los actores solicitan que se dicte sentencia en la que se declare, en atención a las circunstancias del caso, la indivisibilidad de la mencionada finca y que se proceda a su venta en pública subasta, repartiéndose entre los comuneros el precio obtenido en proporción a su respectiva cuota.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Sin embargo, la Audiencia Provincial dictó sentencia revocatoria de la anterior. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes. (*M. C. C. M.*)

67. División de cosa común.—Según la más adecuada interpretación la división, para el Código civil, no significa sólo división material, sino que comprende también la división en sentido jurídico, de manera que la indivisibilidad puede resultar de que el bien, en caso de división, quede inservible para el uso al que se le destina, o bien porque produzca un anormal desmerecimiento, o bien porque ocasione un gasto considerable. Como es doctrina jurisprudencial (en este sentido se pronuncian las SSTs de 19 de junio de 2000 y 22 de julio de 2002), a falta de convenio, el juzgador ha de examinar si la cosa es divisible o indivisible, entendiéndose que se da esta última hipótesis no sólo cuando no sea divisible desde la perspectiva material, según criterios económicos y sociales, sino también cuando desmerezca mucho por la división, en cuyo supuesto se comprende también la inservibilidad (arts. 404, 406 y 1062 CC). (**STS de 27 de marzo de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Gestora Inmoroyal, S.L. interpone una demanda de juicio declarativo ordinario contra BANESTO por el que solicita la extinción del condominio existente sobre varias fincas. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial están conformes en declarar extinguido el condominio existente entre demandante y demandado sobre las fincas registrales, mediante la división material de las mismas, al declarar su naturaleza de fincas urbanas, asignando a cada parte la superficie proporcional al porcentaje de coparticipación que ostentan sobre la propiedad de las mismas. La parte demandante interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, en cuanto mantiene que una de las fincas posee naturaleza rústica y que su división material quebrantaría la normativa sobre las unidades mínimas de cultivo, por lo que es preciso acudir a la división económica mediante la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños. (*Alma R. G.*)

68. División de la cosa común.—La posibilidad de que la división de dos fincas registralmente independientes tenga lugar como una unidad, mediante la formación de lotes proporcionales a la cuota de cada condómino es cuestión nada pacífica. Es un procedimiento admitido en alguna ocasión (así, la S. de 27 de julio de 1994, que cita la de 31 de octubre de 1989, acepta la formación de lotes en la división de varias fincas o inmuebles indivisibles, «pero que estimados en su conjunto no lo son en cuanto pueden atribuirse de aquella manera a cada uno de los partícipes»). Esta solución encuentra su razón de ser en que el Tribunal Supremo no impone la aplicación mecánica del artículo 404 CC, a pesar de que el conjunto no sea objeto único de copropiedad sino cada uno de los inmuebles, facilitando a la hora de materializar la división «una solución armónica con la realidad económica, evitando la subasta pública para salir de la indivisión, que se halla en la formación de lotes, siempre que no haya mucho desmerecimiento.

En otras ocasiones se ha seguido el criterio contrario, siendo ejemplo de esta última postura la S. de 30 de julio de 1999, que señala que «las únicas formas de proceder al cese de la situación de indivisión en caso de que las cosas en proindivisión sean indivisibles son las previstas en los artículos 404 y 1062 CC, sin que proceda, en caso de ser varios los bienes poseídos en común, la formación de lotes como dispone el artículo 1061 de citado Cuerpo legal, precepto aplicable únicamente en los supuestos en que exista una comunidad universal de bienes en que los comuneros ostentan una participación indivisa sobre la totalidad del patrimonio en común y no sobre cada uno de los bienes concretos que lo integran».

Partición. Nulidad. Rendición de cuentas.—En materia de nulidad, rescisión y hasta modificación de las particiones, predomina, en general, el llamado «principio de conservación» para evitar en cuanto ello sea posible, que las particiones se anulen o rescindan. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala, sostenida, entre otras, en las SS de 2 de julio de 1904, 5 de mayo de 1920, 17 de abril de 1933, 17 de abril de 1943, 6 de marzo de 1945, 17 de marzo y 5 de noviembre de 1955, 30 de abril de 1958 y 13 de octubre de 1960, todas ellas mencionadas por la de 25 de febrero de 1969. Consecuencia de ello es la interpretación restrictiva de la nulidad y la rescisión de la partición. Y dado que, según la S. de 14 de mayo de 2003 «la nulidad de la partición no está regulada orgánicamente en el Código civil sino que se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico», sólo se produce «cuando falta un elemento esencial, cuando se contravenga una norma imperativa o prohibitiva o cuando concorra con vicio del consentimiento o un defecto de capacidad».

De ello se deduce que la omisión de bienes (frutos, rentas e intereses) no es motivo de nulidad. (**STS de 12 de marzo de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Interpuesta demanda de partición de herencia y división de cosa común, por los herederos de uno de los sujetos integrantes de una comunidad de bienes integrada por dos edificios divididos en pisos y locales arrendados, se solicita, igualmente, rendición de cuentas y liquidación posesoria.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, en lo referente a la rendición de cuentas y liquidación.

La Audiencia confirmó esta sentencia, desestimando los recursos de apelación.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar, confirmando las sentencias de la Audiencia Provincial y de primera instancia. (*M. R. D. R.*)

69. Venta de cosa común realizada por uno de los comuneros sin el concurso de los otros.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la enajenación de la cosa común como propia por parte de uno de los comuneros supone una alteración de la misma prevista en el artículo 397 CC. Tal alteración no sólo se refiere a actos materiales, sino también a aquellos que tienen repercusión jurídica, pues el citado artículo 397 no distingue, y es precisamente este precepto el que se ocupa de los actos sobre el bien común que poseen una mayor entidad y que, por tanto, exigen régimen de unanimidad. Frente a ello, el artículo 398 CC se circunscribe a los actos de mera administración en la cosa común, para la adopción de los cuales basta la simple mayoría. (**STS de 3 de febrero de 2009**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Doña Begoña interpone demanda de juicio ordinario contra Fincas Altimira, S.L. con el fin de que se declare nulo el contrato de compraventa de una finca, celebrado en documento privado de fecha 27 de agosto de 1997, entre su padre fallecido —como vendedor— y la entidad demandada —como compradora—, por falta de consentimiento del resto de los partícipes en la propiedad. En dicho contrato se señala que el vendedor es titular de una participación indivisa de noventa y ocho enteros y setenta y dos milésimas, mientras que el resto de las participaciones corresponden a otras dos entidades mercantiles (de setecientas cincuenta y ocho milésimas y un entero y setenta y siete milésimas, respectivamente). El vendedor se compromete a adquirir estas participaciones de sus titulares inscribiendo a su favor la titularidad de ellas, momento en que se otorgaría la correspondiente escritura pública y se pagaría por la compradora la parte de precio pendiente que quedaba aplazada.

La demandada se opone a la demanda pidiendo su desestimación y formula reconvencción solicitando que se declare la plena validez del contrato y se obligue a la parte vendedora a su cumplimiento según lo pactado. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimando la demanda y acogiendo la reconvencción formulada por la demandada. Dicha sentencia es recurrida en apelación por la demandante y la Audiencia Provincial desestima el recurso. Doña Begoña interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo. (*Alma R. G.*)

70. Propiedad horizontal. Utilización privativa de los patios.—Con frecuencia se permite tácitamente por la Comunidad la utilización privativa de los patios, aunque son comunes según el artículo 396 CC, a los dueños de pisos bajos o locales que, de ordinario, son los únicos que tienen acceso a los mismos; inclusive, en determinadas ocasiones, algunos de sus titulares se aprovechan de su posición y realizan obras para ampliar el propio piso, sin el permiso de la Junta de Propietarios, las que, singularmente si fueran de fábrica, están prohibidas y la Comunidad tiene facultades para solicitar su derribo

y el retorno a su primitivo estado (entre otras, SSTS de 3 de abril de 1990 y 24 de mayo de 1991).

Propiedad horizontal. Constitución de servidumbres para la creación de servicios comunes.—La regla del artículo 9.1 c) permite la constitución de servidumbres mediante acuerdo de la Junta de Propietarios con la mayoría del 3/5 del total de los mismos, que se determina en el artículo 17.1 de la Ley, de modo que se puede establecer para «la creación de servicios comunes de interés general», sin concreción alguna sobre cuáles son éstos, por lo que el precepto tiene una aplicación e interpretación amplia.

Propiedad horizontal. Calificación como elementos comunes.—Según destacada doctrina científica, el artículo 5 LPH, con el artículo 396 CC, constituyen los fundamentos de la propiedad horizontal, y el precepto primeramente citado se refiere al Título, los Estatutos y la cuota de participación, esto es, determina los presupuestos principales para conocer los detalles del inmueble y las normas de funcionamiento, de modo que concreta el espacio jurídico para el funcionamiento de las Comunidades de Propietarios, sin perjuicio de los acuerdos de la Junta adoptados posteriormente con el *quórum* exigido en el artículo 17.1 de la Ley. Por consiguiente, serán parte del inmueble todos los servicios y elementos comunes con que cuente realmente el edificio, no designados como privativos, se mencionen o no específicamente en el artículo 396 CC; no cabe negar su existencia, pues bastará con probar que los mismos aparecen desde el principio, o posteriormente por acuerdo válido de la Junta de Propietarios. (STS de 11 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—E., en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios actora demandó a A. y A. A. La cuestión litigiosa se centra principalmente en la determinación de si es procedente o no la instalación de un ascensor en un patio de luces de un edificio regido por la Ley de Propiedad Horizontal, lugar considerado como un elemento común y utilizado, con autorización tácita de la Comunidad, por los titulares de un piso de la planta baja.

El Juzgado rechazó la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, que acogió en parte la demanda con las declaraciones siguientes: (1) el patio de luces existente es propiedad de la Comunidad de Propietarios, dado su carácter de elemento común, y se autoriza a dicha Comunidad a ejecutar las obras de instalación de un ascensor; (2) la condena a A. y A. A. a retranquear la pared divisoria de la habitación construida en dicho patio de luces, para dejar el espacio necesario para la instalación del ascensor, siendo el coste de tal obra a cargo de la Comunidad demandante.

A y A.A. interponen recurso de casación por interés casacional. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (B. F. G.)

71. Propiedad horizontal. Aplicación analógica del régimen de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960 a las urbanizaciones.—Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 26 de junio de 1995 y 5 de julio de 1996) admite la coexistencia de dos tipos de comunidades entrelazadas para la administración de supracomunidades, comunidades planas o urbanizaciones: la propia y exclusiva de cada edificio ya construido

–integrado por una pluralidad de viviendas– y la comunidad sobre la propia urbanización. De esta última son parte integrante todos los propietarios de los elementos susceptibles de un aprovechamiento individual. De acuerdo con la RDGRN de 5 de abril de 2002, para que a la urbanización le resulten aplicables las normas de la propiedad horizontal no es imprescindible que se hayan edificado los terrenos, sino que basta con la acreditación de la coexistencia de diferentes unidades inmobiliarias, que existan propietarios distintos y que la propiedad singular y exclusiva sobre cada uno de esos elementos lleve aparejada la participación, con arreglo a una cuota, sobre elementos comunes o, al menos, sobre servicios generales destinados al mejor uso y disfrute o aprovechamiento de los privativos. Dándose esta situación fáctica, con independencia de la existencia de título de constitución, a la misma le será aplicable el régimen jurídico de la Ley de Propiedad Horizontal cuyos preceptos, al tener carácter imperativo, no pueden ser eludidos en virtud de pacto estatutario. Con anterioridad a la reforma de 1999 –que dispone expresamente la aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal a los complejos inmobiliarios–, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 28 de mayo de 1985, 7 de abril de 2003 y 27 de octubre de 2008) había admitido reiteradamente la posibilidad de aplicar analógicamente la Ley de Propiedad Horizontal a los complejos inmobiliarios privados. **(STS de 1 de abril de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.–La comunidad de propietarios de una urbanización solicita a un grupo inmobiliario el pago de cierta cantidad que le adeudaba en concepto de contribución a los gastos comunes correspondientes a los ejercicios 1998, 1999 y 2000, en relación con diversas fincas titularidad de esta última entidad, sobre las que había construido un conjunto de varios bloques que se integró en la mancomunidad. La entidad demandada alega, respecto a los gastos de 1998, que en esa época aún no era dueña de las fincas; en cuanto a la reclamación por los gastos de los dos ejercicios siguientes, argumenta la imposibilidad de aplicar la Ley de Propiedad Horizontal, pues los bloques no habían sido construidos a la fecha de devengo de los gastos comunes. La entidad demandada alega, igualmente, una cláusula estatutaria que la exime de contribuir a los gastos generales.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo a la entidad demandada de los pedimentos promovidos en su contra. Por el contrario, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante y condenó a la entidad demandada a abonar a la actora la suma que solicitaba. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el grupo inmobiliario. (*M. C. C. M.*)

72. Propiedad intelectual: actos de comunicación pública; receptores de televisión situados en las habitaciones de hotel: existencia.–La cuestión jurídica ha sido resuelta recientemente por la Sentencia de Pleno de esta Sala, de fecha 16 de abril de 2007. Dicha sentencia se adecuó a la necesaria armonización y unificación de la interpretación jurisprudencial del artículo 20.1 TRLPI al Derecho Comunitario, tras el pronunciamiento realizado al respecto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en

sentencia de fecha 7 de diciembre de 2006, en la cuestión prejudicial C-306/05. En igual sentido se pronunciaron las sentencias de Pleno de 15 de enero de 2008 y de 10 de julio de 2008. La sentencia de 16 de abril de 2007 ha supuesto un cambio de doctrina jurisprudencial respecto a fallos anteriores del Tribunal Supremo, y, siguiendo al TJCE, establece que hay retransmisión porque el Hotel recepciona o capta la señal televisiva original o primaria y la transmite –retransmite (radiodifusión secundaria)– a los televisores instalados en las habitaciones. En el supuesto que se examina concurren los requisitos positivos consistentes en a) una actividad o actuación del hotel; b) por medio del cual una pluralidad de personas; y c) pueden tener acceso a una obra audiovisual; y no concurren los requisitos negativos de «sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas», «celebración dentro de un ámbito estrictamente doméstico» y «no estar integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo», procediendo advertir respecto de estos dos últimos que la exclusión de la «comunicación pública» exige la concurrencia de ambos, sin que baste la de uno solo. Esta comunicación es a un público nuevo, integrado por la pluralidad de personas, indeterminada e indeterminable, que constituyen la clientela, cuya pluralidad se contempla en las perspectivas acumulativas espacial (conjunto de huéspedes de las diversas habitaciones del hotel) y temporal (los huéspedes sucesivos que ocupan y pueden acceder a la señal), que tienen la accesibilidad –potencialidad– de recepcionar la señal difundida. La retransmisión puede tener lugar por cualquier medio técnico alámbrico o inalámbrico, y, además, las habitaciones de los hoteles no tienen carácter «estrictamente doméstico» a los efectos del artículo 20.1 LPI. Por consiguiente en el supuesto enjuiciado hay acto de comunicación pública de conformidad con el artículo 20, apartados 1 y 2 e) y f) LPI 22/1987. **(STS de 22 de enero de 2009; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.–EGEDA, AISGE y AIE demandan a un establecimiento hotelero por las comunicaciones públicas de obras y grabaciones audiovisuales que se efectuaban en las habitaciones de dicho hotel a través de los receptores de televisión instalados, sin la pertinente autorización de las demandantes. El Juzgado estimó la demanda. La sentencia fue recurrida por la demandada y confirmada por la Audiencia Provincial. Se interpone recurso de casación por el establecimiento hotelero. (S. M. S.)

73. Propiedad intelectual: actos de comunicación pública; receptores de televisión situados en las habitaciones de hotel: existencia.–La cuestión jurídica ha sido resuelta recientemente por la Sentencia de Pleno de esta Sala, de fecha 16 de abril de 2007. Dicha sentencia se adecuó a la necesaria armonización y unificación de la interpretación jurisprudencial del artículo 20.1 TRLPI al Derecho Comunitario, tras el pronunciamiento realizado al respecto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencia de fecha 7 de diciembre de 2006, en la cuestión prejudicial C-306/05. En igual sentido se pronunciaron las sentencias de Pleno de 15 de enero de 2008 y de 10 de julio de 2008. La sentencia de 16 de abril de 2007 ha supuesto un cambio de doctrina jurisprudencial respecto a fallos anteriores del Tribunal Supremo, y, siguiendo al TJCE, establece que hay retrans-

misión porque el Hotel receptiona o capta la señal televisiva original o primaria y la transmite –retransmite (radiodifusión secundaria)– a los televisores instalados en las habitaciones. En el supuesto que se examina concurren los requisitos positivos consistentes en a) una actividad o actuación del hotel; b) por medio del cual una pluralidad de personas; y c) pueden tener acceso a una obra audiovisual; y no concurren los requisitos negativos de «sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas», «celebración dentro de un ámbito estrictamente doméstico» y «no estar integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo», procediendo advertir respecto de estos dos últimos que la exclusión de la «comunicación pública» exige la concurrencia de ambos, sin que baste la de uno solo. Esta comunicación es a un público nuevo, integrado por la pluralidad de personas, indeterminada e indeterminable, que constituyen la clientela, cuya pluralidad se contempla en las perspectivas acumulativas espacial (conjunto de huéspedes de las diversas habitaciones del hotel) y temporal (los huéspedes sucesivos que ocupan y pueden acceder a la señal), que tienen la accesibilidad –potencialidad– de receptionar la señal difundida. La retransmisión puede tener lugar por cualquier medio técnico alámbrico o inalámbrico, y, además, las habitaciones de los hoteles no tienen carácter «estrictamente doméstico» a los efectos del artículo 20.1 LPI. Por consiguiente en el supuesto enjuiciado hay acto de comunicación pública de conformidad con el artículo 20, apartados 1 y 2 e) y f) LPI 22/1987.

Carácter abusivo de las tarifas generales: se aprecia.–Siguiendo las sentencias de Pleno de 15 de enero de 2008 (recursos 3623/2000 y 681/2001) procede declarar que las tarifas generales se ajustan a los criterios equitativos para la fijación de tarifas por comunicación pública por referirse a habitaciones y apartamentos «ocupados». Pero también debe tenerse en cuenta la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 27 de julio de 2000 que declaraba que EGEDA, AISGE y AIE habían explotado abusivamente su posición de dominio en la gestión de los derechos de propiedad intelectual, en concreto, en relación con la fijación de sus tarifas generales, por lo que afecta al período entre 1994 y 1997.

Prescripción de la acción: interrupción al considerar que los documentos no habían sido recibidos por la parte demandada (art. 1973 CC); inexistencia.–Constando en autos los acuses de recibo, es razonable que, al no existir ningún otro tipo de relación entre las partes, el contenido de estos acuses no puede ser otro que la reclamación por la difusión de contenidos sujetos a propiedad intelectual. (STS de 26 de enero de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.–EGEDA demanda a la sociedad propietaria de varios hoteles por las comunicaciones públicas de obras audiovisuales realizadas a través de los aparatos de televisión situados en las habitaciones de dichos hoteles, sin la pertinente autorización de la demandante. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demanda, considerando que la distribución de señales de televisión en habitaciones de hotel no era un acto de comunicación pública. EGEDA interpone recurso de casación. (S. M. S.)

74. Propiedad intelectual. Comunicación pública: transmisión a través de los televisores de las habitaciones de entidad hotelera: existencia.—La cuestión ha sido recientemente resuelta por la Sentencia del Pleno de esta Sala de fecha 16 de abril de 2007, reiterada por la Sentencia de Pleno de 15 de enero de 2008 y la de 10 de julio de 2008. A consecuencia de la Sentencia del TJCE, Sala Tercera, de 7 de diciembre de 2006, asunto prejudicial C-306/05, se ha producido un cambio jurisprudencial en la doctrina del Tribunal Supremo, plasmado en la referida sentencia de Pleno de 16 de abril de 2007, estableciéndose concurren los requisitos positivos consistentes en a) una actividad o actuación del hotel; b) por medio del cual una pluralidad de personas; y c) pueden tener acceso a una obra audiovisual; y no concurren los requisitos negativos de «sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas», «celebración dentro de un ámbito estrictamente doméstico» y «no estar integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo», procediendo advertir respecto de estos dos últimos que la exclusión de la «comunicación pública» exige la concurrencia de ambos, sin que baste la de uno sólo.

Hay retransmisión porque el hotel recepciona o capta la señal televisiva original o primaria y la transmite —retransmite (radiodifusión secundaria)— a los televisores instalados en las habitaciones. Esta comunicación es a un público nuevo, integrado por la pluralidad de personas, indeterminada e indeterminable, que constituyen la clientela, cuya pluralidad se contempla en las perspectivas acumulativas espacial (conjunto de huéspedes de las diversas habitaciones del hotel) y temporal (los huéspedes sucesivos que ocupan y pueden acceder a la señal), que tienen la accesibilidad —potencialidad— de recepcionar la señal difundida. La retransmisión puede tener lugar por cualquier medio técnico alámbrico o inalámbrico, y, además, las habitaciones de los hoteles no tienen carácter «estrictamente doméstico» a los efectos del artículo 20.1 y 2 e) y f).

Derecho de remuneración: carácter abusivo de las tarifas aplicadas por las entidades de gestión: criterios.—Para determinararlo, hay que tener en cuenta la declaración de la Sentencia del Pleno de 15 de enero de 2008 sobre la aplicación, en principio, de las tarifas fijadas por la entidad demandante, a falta de acuerdo con el establecimiento demandado; y la conducta abusiva que aprecia el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su Resolución de 27 de julio de 2000, respecto a las tarifas aplicadas por EGEDA, AISGE y AIE para los años 1994, 1995 y 1997. (STS de 25 de marzo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—EGEDA, AISGE y AIE demandan a una entidad hotelera por las comunicaciones públicas de obras y grabaciones audiovisuales que se efectuaban en las habitaciones de dicho hotel sin la pertinente autorización de las demandantes. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, al entender que no existía acto de comunicación pública. (S. M. S.)

75. Propiedad intelectual: derecho de remuneración de los artistas, artículo 108.3.2 LPI; exceso *ultra vires* en la refundición del Texto Refundido de Propiedad Intelectual; inexistencia.—Comparando el artículo 108.3 LPI con el artículo 7.3 de la Ley 43/1994 se observa que se han alterado los perceptores la remuneración equitativa y única, ya que no se incluye a los productores, y que se ha alterado el sistema de reparto, pues en la Ley de

Propiedad Intelectual toda la remuneración la reciben únicamente los artistas sin acuerdo con los productores. Pero la falta de mención de los productores en el artículo 108.3.II LPI (en la redacción anterior a la Ley 23/2006), cuando se trata de actos de comunicación distintos de los comprendidos en el artículo 20.2.f) y g) LPI, se explica razonablemente por el hecho de que al productor le corresponde el derecho a autorizar la comunicación pública de las grabaciones audiovisuales (art. 122.1 LPI) por lo que no parece justificado que perciba una remuneración equitativa por el acto de comunicación pública que tiene la facultad de autorizar. Mientras que en los actos de comunicación pública comprendidos en el artículo 20.2 f) y g) LPI, a los que se refiere el artículo 108.3.I LPI, resulta imposible prever el alcance que pueden tener para establecer de antemano las condiciones económicas que compensen proporcionalmente la explotación de la obra en función de su éxito. De tal suerte que es en este supuesto donde sí se justifica la percepción de una remuneración equitativa por parte de los productores.

Concepto de usuario en el artículo 108.3.2.º LPI: se puede aplicar a la entidad de radiodifusión aunque ésta haya contratado individualmente con los productores.—El reconocimiento del derecho a la remuneración equitativa no se funda en la imposibilidad de establecer pactos de manera individual y concreta sobre los derechos económicos derivados de la autorización de la comunicación pública, sino en la necesidad de garantizar de manera efectiva la participación de los titulares de derechos de autor en la explotación de la obra. El legislador reconoce este derecho a los artistas, intérpretes o ejecutantes no sólo en los casos de comunicación derivada, sino también en los de comunicación originaria, habida cuenta de que, mientras los productores se hallan en la situación adecuada para negociar sus derechos económicos respecto de dichos actos, los artistas, intérpretes o ejecutantes se presumen en una situación de inferioridad frente a la productora en el momento de la contratación.

Carácter equitativo de la remuneración: aplicación de las tarifas comunicadas por las sociedades de gestión al Ministerio de Cultura a falta de acuerdo entre las partes; no están favorecidas por una presunción de equidad.—El requisito de la equidad en la fijación de la remuneración equitativa, partiendo de las tarifas fijadas por las sociedades de gestión debe estar sometido al control de los tribunales. Aunque el Ministerio no haya puesto objeciones, puesto que la Ley de Propiedad Intelectual no le atribuye facultades de aprobación de las tarifas, sino una mera facultad para la recepción de la comunicación (art. 159.3 LPI) y con carácter general, una facultad genérica de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones establecidos en la Ley, su grado de tutela es muy leve y no es suficiente para considerar trasladada en exclusividad a la Administración y a la jurisdicción contencioso administrativa el examen de la equidad de las tarifas. Por otra parte, la existencia de un proceso negociador previo no justifica que la aplicación de las tarifas generales se ajuste al requisito de la equidad. Las tarifas generales están fijadas atendiendo exclusivamente a los rendimientos de explotación de la sociedad demandante. Es evidente, en principio, que resulta más equitativo el criterio de la efectividad del uso del repertorio en la medida en que sea aplicable su aplicación. Igualmente debe tenerse en cuenta la comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión con otras productoras. Igualmente deben tenerse en consideración los criterios relacionados con la amplitud del repertorio de cada una de estas sociedades en relación con las demás y con los sujetos activos de la remuneración equitativa, que no

son sólo los que han celebrado contratos de gestión, pues existen otros que pueden estar al margen de los mecanismos efectivos de distribución del producto obtenido a través de una o de todas las entidades de gestión. La STJCE de 6 de febrero de 2003, as. C-245/00, expresa en este punto la necesidad de establecer diversos criterios o «factores variables y fijos» relacionados con el principio de efectividad de uso y de comparación con situaciones análogas, como la cantidad de horas de difusión, los índices de audiencia, las tarifas fijadas por contrato con otros titulares, las tarifas practicadas por organismos de radiodifusión del mismo tipo en otros Estados miembros vecinos y las cantidades pagadas por las emisoras de distinto tipo. (STS de 7 de abril de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Estimando parcialmente la demanda interpuesta por AISGE y AIE contra una entidad de radiodifusión, el Juzgado de Primera Instancia declaró el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a obtener una remuneración equitativa y única por los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales realizados por la entidad de radiodifusión. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por las demandantes y declaró que la determinación de la remuneración equitativa y justa, que corresponde recibir a los artistas deberá hacerse en función de las tarifas generales aprobadas por las sociedades de gestión y notificadas al Ministerio de Cultura y Ciencia. Desestimó el recurso de apelación interpuesto por la radiodifusora. La entidad de radiodifusión interpone recurso de casación. (S. M. S.)

76. Propiedad intelectual; comunicación pública. Derecho de artistas a una remuneración equitativa por la comunicación pública de sus interpretaciones, grabadas por la productora de la propia emisora de radiodifusión: existencia; carácter irrenunciable e indisponible.—El artículo 108.3 LPI (hoy art. 108.5 LPI) ha eliminado la expresión «irrenunciable» que se recogía en el artículo 7.3 de la Ley 43/1994, expresamente derogada. Sin embargo, la Ley de Propiedad Intelectual se aprueba como texto refundido por un Real Decreto Legislativo del Gobierno, el cual únicamente tiene facultades para aclarar, regular y armonizar los textos legales anteriores que se refunden y derogan mediante su entrada en vigor, pero no para modificar los derechos reconocidos en ellos sin incurrir en *ultra vires*, circunstancia que acarrea la nulidad del texto contrario a la Ley. En consecuencia, la eliminación del término «irrenunciable», no puede comportar que este hecho se haya transformado en intransmisible. Además, el hecho de que en otras ocasiones, la Ley atribuya carácter irrenunciable al derecho a la remuneración equitativa (art. 90 LPI, art. 109 LPI) no comporta, *a sensu contrario* que deba considerarse transmisible o susceptible de renuncia cualquier otro derecho reconocido en la ley respecto del cual no se haga idéntica calificación. Apoyándose en criterios sistemáticos y teleológicos de interpretación, antes al contrario, hay que convenir que el derecho a la remuneración equitativa, como institución, difícilmente puede tener una naturaleza sustancialmente diferente por el hecho de que opere en relación con derechos de autor de diferente carácter, ya que la finalidad que persigue y, especialmente, su forma de gestión, responden a idénticos principios.

El productor como legitimado pasivo: el usuario del artículo 108.5 LPI.—La productora puede actuar con un doble carácter, como productora de la obra y como usuaria de la comunicación pública de la misma, en el caso de que la comunicación pública se realice por la propia productora y no mediante la autorización a un tercero. Y aunque entre artistas y productoras exista un contrato de cesión de derechos, el carácter irrenunciable del derecho a la remuneración equitativa se mantiene frente a este convenio. Es así porque el carácter irrenunciable se funda en la necesidad de garantizar su efectividad. Por tanto, es incompatible con la posibilidad de que aquellos artistas que se hallen en una situación de inferioridad frente a la productora en el momento de la contratación puedan renunciar a los expresados derechos. También se relaciona con la falta de previsibilidad de tales derechos, que se desenvuelven en gran medida en relación con acontecimientos inciertos en el futuro y dependientes del éxito de la explotación de la obra.

El carácter colectivo de la gestión: lesión de la vertiente negativa del derecho constitucional de asociación: inexistencia.—No existe tal vulneración ya que, en todo caso, los titulares de estos derechos tienen la posibilidad de no asociarse. Con independencia de ello, las entidades, una vez autorizadas, estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión, lo que se refiere a aquellos derechos cuya gestión *in genere* constituye el objeto de actuación de la gestión, no a los concretos derechos individuales que mediante contratos con los titulares les hayan sido encomendados para su gestión.

Necesidad de que la remuneración equitativa se fije con criterios de equidad: no es aceptable que resulte obligado estar a las tarifas generales comunicadas por las sociedades de gestión al Ministerio de Cultura. Criterios de equidad.—El artículo 159.3 LPI sólo le atribuye una mera facultad de recepción de la comunicación de las tarifas, y, con carácter general, una facultad genérica de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y requisitos establecidos en la Ley, la cual implica un grado de tutela muy leve y no es suficiente para considerar trasladada en exclusividad a la Administración y a la jurisdicción contencioso-administrativa, el examen de la equidad de las tarifas. La existencia de un proceso negociador previo no justifica que la aplicación de las tarifas generales se ajuste al requisito de la equidad. Si no fuera así, la imposibilidad de llegar a un acuerdo comportaría la posibilidad de que las sociedades de gestión impusieran unilateralmente sus tarifas, aun cuando no tuvieran carácter equitativo. Las tarifas generales están fijadas atendiendo exclusivamente a los rendimientos de explotación de la sociedad demandante. Este criterio no puede ser aceptado. Resulta más equitativo el criterio de efectividad de uso del repertorio. Otro de los criterios que deben ser tenidos en cuenta es el de la comparación con otros acuerdos a que haya llegado la sociedad de gestión con otras productoras. Y el hecho de no llegar a un acuerdo en un proceso negociador no puede convertirse en un criterio justificativo para la imposición de unas tarifas más gravosas. La STJCE de 6 de febrero de 2003, en el asunto C-245/00, expresa, en este punto, la necesidad de establecer criterios análogos a los propuestos por el Tribunal Supremo, citando diversos criterios o «factores variables y fijos», relacionados con el principio de efectividad de uso y de comparación con situaciones análogas. (STS de 18 de febrero de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Estimando parcialmente la demanda interpuesta por AISGE y AIE contra GT, S. A., el Juzgado declaró: a) el derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes a obtener una remuneración equitativa y única por cada acto de comunicación al público de las grabaciones audiovisuales en las que se fijen sus actuaciones; b) el derecho de las entidades demandante a establecer tarifas generales por el uso de los repertorios objeto de su gestión y a percibir de la demandada la remuneración equitativa devengada por los actos de comunicación pública de grabaciones audiovisuales realizados desde el 1 de enero de 1995 hasta la fecha de presentación de la demanda. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia. (S. M. S.)

77. Hipotecante por deuda ajena: derecho de subrogación (art. 1210.3.º CC) y aplicabilidad del artículo 1852 CC.—La doctrina mayoritaria considera que al hipotecante por deuda ajena que paga le es de aplicación el derecho a la subrogación previsto en el artículo 1210.3.º CC, pues es un interesado en el cumplimiento. Se entiende que hay interés y que es en el cumplimiento, cuando de un acto o de una omisión se deriva un beneficio o ventaja o se evita un perjuicio o desventaja. En la presente sentencia, el Tribunal Supremo considera que el interés aludido en la norma es el cumplimiento de la obligación y no el interés en la «relación obligatoria», como sostiene parte de la doctrina, puesto que esto último excluiría al hipotecante por deuda ajena y al adquirente de la cosa hipotecada. Igualmente, entiende que es necesario comprender dentro de los casos de subrogación tanto el caso del pago voluntario, como el que se produce en virtud de la realización forzosa, porque aún cuándo en este último caso ha desaparecido el interés de liberación de la finca, resultaría carente de sentido e injusto establecer una solución diferente, agravando de forma desproporcionada el sacrificio sufrido con su pérdida.

Respecto a la posible acción de regreso del hipotecante no deudor contra los cofiadores solidarios de la deuda y el ámbito de la misma, la doctrina se encuentra dividida. A favor de la aplicabilidad del artículo 1852 CC se señala que si el fiador tiene derecho de liberación respecto del hipotecante no deudor, éste debe tener la misma facultad respecto de la liberación del fiador y, sobre todo, se aduce la común finalidad de garantía. En contra de la aplicación del mencionado artículo, se mencionan las diferencias estructurales entre hipoteca y fianza y se argumenta que el hipotecante no deudor paga como tercer interesado y no como garante; el hecho de que dicho hipotecante no está obligado y el acreedor no tiene acción contra el mismo para reclamar el crédito impagado por el deudor; que la responsabilidad del fiador se extiende a todo el patrimonio y la del hipotecante a lo dado en garantía y, finalmente, que el artículo 1852 CC es un medio específico de tutela de la subrogación procedente del artículo 1839 CC que no puede ser aplicado por analogía al hipotecante no deudor. El Tribunal Supremo concluye al respecto que, si bien no cabe excluir la aplicación de ciertas reglas de la fianza al hipotecante por deuda ajena (por ejemplo, art. 1857 CC), sin embargo esta aplicación no es posible respecto de la citada regla contenida en el artículo 1852 CC, ya que: a) supone la creación de una causa de extinción de la hipoteca no prevista en el ordenamiento, lo que afecta sustancialmente a su régimen jurídico; b) la norma del mencionado artículo presenta unas características propias y singulares que le añaden la nota de excepcionalidad que impide su extensión a

otras figuras por analogía y, finalmente; c) la función común de la garantía no supone una identidad de razón suficiente que justifique la analogía en este caso. (STS de 3 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La entidad mercantil J.F., S.A. formula demanda contra E.S., S.A, B.C.H., S.A., H., S.A. y R.R.H.B., A.G. y solicita que se les condene al pago de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la ejecución hipotecaria, durante cuyo transcurso concurrió causa de extinción de la garantía por liberación de los avalistas del deudor principal. Con carácter subsidiario, solicita que se condene a E.S, S.A., H., S.A. y a B.C.H., S.A. al pago de la cantidad que la demandante entregó a los citados avalistas en su condición de hipotecante ajeno.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda tanto respecto de la petición principal como de la subsidiaria. La actora interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial, lo desestima, pero estima la adhesión interpuesta por H., S.A., dejando sin efecto la condena solidaria al pago de las costas procesales de la primera instancia. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución recurrida. (S. E. M.)

78. Constancia de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito en la demanda del procedimiento de ejecución hipotecaria.—En cuanto al requisito de que en la demanda del procedimiento de ejecución hipotecaria conste la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta que por todos los conceptos sea objeto de la reclamación, es doctrina jurisprudencial que, respecto a los intereses, no es preciso la determinación exacta de los devengados, sino que basta con que se hayan fijado unas bases de cálculo, y ello nunca producirá indefensión en el deudor. Lo mismo puede afirmarse respecto de los pagos parciales que, al igual que los intereses, se fijarán al tiempo de la liquidación final de la deuda. En general, cabe señalar que una posible indeterminación de las cantidades reclamadas no conduce a una situación de indefensión ni, por tanto, a la nulidad del procedimiento.

Sujetos de la cesión de remate.—A pesar de que la cesión de remate sólo se contempla de modo expreso respecto de los rematantes, es decir, respecto de aquellos que han presentado la mejor de las posturas admisibles, es doctrina del Tribunal Supremo que también puede hacer uso del derecho de cesión el acreedor que solicite la adjudicación en pago de la finca por el tipo de subasta, por haber quedado desierta. Por tanto, ha de rechazarse la petición de los acreedores posteriores de declarar la nulidad de las actuaciones por el hecho de que el acreedor que se adjudicó la finca en pago de su crédito haya cedido a tercero, ya que no hay diferencia práctica de relieve entre el acreedor que licita y cede el remate y aquel que se adjudica la finca y después la cede a tercero, caso en el que ningún perjuicio se origina a los acreedores que piden la nulidad.

Momento temporal hasta el cual puede enervarse la acción hipotecaria.—En cuanto a la fijación del tiempo en que el deudor o la persona hipotecante pueden liberar los bienes enervando la acción hipotecaria y dando por terminado el procedimiento de ejecución hipotecaria, la Ley Hipotecaria no se pronuncia al respecto. Sí lo hace la Ley de Enjuiciamiento Civil

de 2000 en su artículo 693.3, estableciendo que hasta el día señalado para la celebración de la subasta podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta. La Ley Hipotecaria sí contempla una aprobación provisional del remate (regla 15.^a del art. 131), tras la que el adquirente debe consignar en breve plazo el resto del precio, por lo que posee carácter provisional. Transcurrido el plazo, cumplidos los requisitos de consignación de diferencia y, en su caso, la cesión de remate, se procede a la aprobación definitiva de la adjudicación a favor del adjudicatario o cesionario (regla 17.^a). Cuando se ha practicado la subasta, la consignación del precio total e incluso la cesión a tercero, la hipoteca ha sido totalmente ejecutada, la acción se ha consumado, es decir, no puede ser enervada. Se ha producido la perfección del acto transmisivo a la espera de la actividad judicial consistente en dictar el auto que será título bastante para la inscripción, como dice la regla 17.^a; pero la acción hipotecaria está consumada y la hipoteca ejecutada. Por consiguiente, se concluye que el momento final para la enervación de la acción hipotecaria es el anterior a su consumación, esto es, el anterior a la consignación del precio, tras la aprobación del remate. (STS de 5 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El deudor hipotecario y la entidad constituyente de la hipoteca, propietaria de las fincas objeto de la misma, formulan demanda de nulidad del procedimiento hipotecario y de indemnización de daños y perjuicios, por una serie de defectos (domicilio equivocado del deudor donde se practican los requerimientos y notificaciones; certeza y exigibilidad del crédito que no constan en la demanda inicial del procedimiento hipotecario; falta de notificación del procedimiento al titular registral; inadecuación de la cesión del remate por quien no es rematante sino adjudicatario; enervación de la acción hipotecaria por el hipotecante no deudor, que fue rechazada por el juzgador por extemporánea...). La demanda fue desestimada tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial. Contra la sentencia de la Audiencia se interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación.

NOTA.—En relación con el procedimiento de ejecución hipotecaria puede consultarse la obra de Máximo Juan Pérez García, *El valor de los bienes en la ejecución*, Madrid, 2007. (Alma R. G.)

79. Concepto y efectos de la prenda de créditos.—Conforme a la STS de 26 de septiembre de 2002, la prenda de créditos es un derecho real que no recae sobre una cosa, sino sobre un derecho. En este caso, al acreedor pignoraticio se le transmite, no la posesión de la cosa, sino el poder en que el derecho consiste, que le permite realizarlo. Así, el acreedor pignoraticio, podrá ejercitar en su día y percibir directamente el crédito objeto de la prenda; concretamente, si se trata de un derecho de crédito dinerario, el acreedor podrá cobrarse directamente, sin que ello signifique un pacto comisorio (proscrito por el art. 1859 CC). La notificación al deudor y la facultad del acreedor pignoraticio de percibir directamente el importe del crédito que ha sido objeto de la prenda producen los mismos efectos que la posesión.

Prenda de derechos. Transmisibilidad del derecho dado en prenda.—El Tribunal Supremo señala que el artículo 1858 CC no exige la transmisibilidad del derecho dado en prenda en el momento de la constitución

de la misma, sino en el momento en que ésta deba ejecutarse, lo que se producirá sólo en el caso en que la obligación principal garantizada venza y se incumpla.

Posesión de la cosa pignorada en el caso de la prenda de derechos.—Si bien el concepto de derecho de prenda implica la posesión de la cosa pignorada por el acreedor pignoraticio, en la prenda de créditos, donde no cabe tal posesión, ésta se sustituye por la notificación al deudor. Por tanto, no se exige una inscripción constitutiva para la eficacia del derecho de prenda, pues no hay norma que así lo imponga expresamente de forma general. Concretamente, esta inscripción no se exige para la deuda especial del Estado, por lo que es suficiente con la notificación al Banco de España —como deudor— de la constitución del derecho de prenda, que produce los mismos efectos del desplazamiento de la posesión. (STS de 3 de febrero de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La entidad mercantil WS, S.A. suscribe una anotación de deuda especial del Estado —cuyas anotaciones son nominativas y sólo transmisibles *mortis causa*— por un importe de setenta y siete millones de pesetas con fecha de canje de 10 de enero de 1992 (canje de activos financieros por la nueva deuda pública especial), y con vencimiento previsto para el 28 de junio de 1997. Años después, el 24 de octubre de 1995, se celebra ante Corredor de comercio un contrato que se denomina de «póliza de pignoración», por el que la mencionada entidad afecta a favor de la empresa P los activos de la citada deuda pública especial, en garantía de una deuda que WS, S.A. tenía con P. Como consecuencia, WS, S.A. cede expresamente a la entidad P. su derecho al reembolso del importe representado por el expresado activo, una vez llegada su amortización, e incluso le da poder irrevocable para que solicite en su nombre la amortización y cobro del importe para saldo del débito garantizado. El fedatario interviniente remite sendas cartas al Banco de España y a la entidad gestora (la Caja de ahorros C), comunicando la constitución de la garantía y el apoderamiento.

El 16 de octubre de 1996, el Banco de España dirige una comunicación a la Confederación Española de Cajas de ahorro, solicitando el embargo de la anotación de la deuda especial del Estado referida y comunicando que se ha procedido a inmovilizar su importe a favor de la Agencia Tributaria, por deudas que tiene WS, S.A. frente a ella. Apenas un mes después, el 12 de noviembre de ese mismo año, la empresa P formula demanda de tercería de mejor derecho en vía administrativa respecto al mencionado embargo, demanda que es desestimada por silencio administrativo. Posteriormente, el 14 de febrero de 1997, la empresa P presenta ante la jurisdicción civil demanda de tercería de dominio y, subsidiariamente, de mejor derecho, contra la entidad WS, S.A. y la Agencia Tributaria.

La demanda es desestimada en primera instancia, sobre la base de dos argumentos: la intransmisibilidad de la anotación de la deuda pública especial y la falta de inscripción de la prenda, que se considera como requisito constitutivo. Estos mismos argumentos son empleados por la Audiencia Provincial para desestimar el recurso interpuesto por la demandante. Contra esta sentencia interpone entonces la empresa P recurso de casación, referido exclusivamente

ya a la tercería de mejor derecho, alegando que se trata de una prenda de derecho, y no de una transmisión de la deuda especial del Estado y que la exigencia de inscripción constitutiva no se aplica a este tipo de deudas, pues no son valores negociables.

NOTA.—El concepto de las «deudas especiales del Estado», conforme a la Ley 18/1991 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de 6 de junio, deriva de la necesidad de establecer la posibilidad de regularizar voluntariamente las situaciones tributarias que, hasta entonces, permanecían al margen de la legalidad fiscal. A tal fin, en la DA 14.^a se previó la regularización mediante las declaraciones complementarias; de otro lado, en la DA 13.^a, se estableció el canje de activos financieros, mecanismo con el que se pretendió dar respuesta al problema que representaba para ciertos sectores de la sociedad la titularidad de Pagars del Tesoro con opacidad fiscal. Este problema quiso solucionarse con la adquisición por canje de una Deuda Pública Especial, de rentabilidad prácticamente nula, y con permanencia obligada de seis años, lo que, en última instancia, provocaba el pago indirecto de las cuotas tributarias pendientes, pero con la posibilidad de aplicar su importe a la reducción de las rentas ocultadas en su día, haciendo así más benigno el coste de la afloración. La mencionada DA 13.^a estableció como característica financiera de esta deuda pública especial, que estaría representada mediante anotaciones en cuenta y que tendría carácter nominativo y no transmisible salvo por título *mortis causa*. (A. M. M.)

80. Retracto de comuneros. Naturaleza jurídica.—El retracto legal, como derecho que tiene una persona para subrogarse en el lugar del que adquiere y en sus mismas condiciones, constituye un auténtico límite que el ordenamiento jurídico impone al derecho de propiedad, construyendo el poder de disposición que, de ordinario, corresponde al dueño de la cosa, estableciendo una preferencia a favor de determinadas personas para adquirir aquella en caso de que tenga lugar su enajenación. De lo dicho se desprende que tal derecho de adquisición preferente no entra en juego sino después de que la cosa haya sido enajenada, esto es, transmitida a un tercero.

Retrato de comuneros. Requisitos.—El derecho de retracto como derecho de adquisición preferente no entra en juego sino después de que la cosa haya sido enajenada, esto es, transmitida a un tercero, siendo los conceptos de enajenación (o transmisión) y de correlativa adquisición de la cosa determinantes tanto para el ejercicio del derecho de retracto como para la fijación del inicio del plazo de caducidad contemplado específicamente en el artículo 1524 CC respecto del retracto legal de comuneros —S. de 14 de diciembre de 2007, con cita de la de 9 de marzo de 1999, admitiéndose el retracto respecto de enajenaciones hechas en pública subasta judicial, pues, precisamente en un supuesto de retracto legal de comuneros, recuerda la S. de 25 de mayo de 2007, haciéndose eco de lo dicho en la de 8 de junio de 1995, que no existen razones para limitar el retracto a las adquisiciones derivadas de compraventa, con rechazo de las efectuadas en el curso de una subasta judicial, «no sólo porque estas segundas ofrezcan respecto a las primeras notoria semejanza, sino debido, principalmente, a la correlación substancial que existe entre los efectos y consecuencias de las adquisiciones verificadas por uno u otro mecanismo».

Retracto de comuneros. Inicio del plazo de caducidad.—El hecho determinante del nacimiento del derecho y del comienzo del plazo para ejercitar la acción es la venta entendida como acto de enajenación o traslativo de dominio, esto es, entendida como venta consumada y no meramente perfeccionada. Así, dice la S. de 17 de junio de 1997 que el retracto exige una venta o dación en pago no proyectada, sino consumada, siendo aún más explícita la S. de 14 de noviembre de 2002, que señala que la acción de retracto nace a partir de la consumación del contrato transmisivo del dominio, no de su perfección, estando por tanto el ejercicio de la acción de retracto supeditada al conocimiento que de la venta haya tenido el retrayente, venta que ha de entenderse como compraventa ya consumada y no meramente perfeccionada, requiriéndose al efecto un conocimiento completo, cumplido y cabal, que abarque no sólo el hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, como precio, condiciones esenciales de la venta, modalidades de pago, etc. pues solamente en tal caso el titular del retracto puede disponer de elementos de juicio suficientes para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción. De este modo, en las transmisiones de bienes a través de contrato de compraventa, aunque el contrato se perfeccione al concurrir el consentimiento de las partes sobre la cosa objeto del mismo y el precio según el artículo 1450 CC, lo relevante a efectos de determinar cuándo nace el derecho de retracto y cuándo puede ejercitarse la acción por el retrayente es que la adquisición de lo comprado no tiene lugar sino cuando a ese título se le une el modo o tradición consistente en la entrega de la cosa del vendedor al comprador (en nuestro sistema, hasta el momento en que se produce la entrega de la cosa, el contrato sólo produce efectos de índole obligacional entre las partes), incluso de forma simbólica —*traditio ficta*— con otorgamiento de escritura pública según el artículo 1462.2.º CC. Y de igual forma, en los casos de venta judicial en pública subasta, aunque la perfección se produzca con el acto de la subasta y aprobación del remate, lo relevante será la consumación de la venta pues sólo entonces se producen los efectos traslativos de dominio que dicha consumación lleva aparejada, lo cual acontece cuando se adjudica al adquirente el bien subastado, esto es, en el momento en que se dicta auto de adjudicación, siendo la fecha de este auto el instante a tomar en cuenta para el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción, fijado en 9 días, salvo que se desconozca, en cuyo caso habrá de estarse a la fecha en que se libra testimonio y se notifica al retrayente. En tal sentido se ha pronunciado esta Sala de forma concluyente en sus dos últimas sentencias sobre la cuestión, de 14 de diciembre de 2007 y 14 de julio de 2008, confirmando esta última la doctrina, que ahora se reitera, de que en casos de transmisiones en subasta judicial, el *dies a quo* es el día en que el retrayente ha tenido conocimiento pleno de la venta y sus condiciones, lo que no tiene lugar con la subasta sino con el auto de adjudicación, siendo la fecha de este la que debe tomarse en cuenta como día inicial del cómputo a no ser que el retrayente desconozca su existencia, en cuyo caso el plazo comenzará a partir del día siguiente a su notificación. **(STS de 18 de marzo de 2009; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—Interpuesta demanda de retracto legal de comuneros por la actora, condueña de la finca enajenada, la parte demandada opone la caducidad de la acción de retracto.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó en su integridad la demanda, acogiendo la excepción de caducidad de la acción ejercitada.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia dictada en primera instancia y declaró haber lugar al retracto.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial. (M. R. D. R.)

81. Retracto de comuneros. Requisitos.—La acción de retracto de comuneros, que se recoge en la legislación actual procedente del Derecho romano para facilitar la extinción de situaciones de comunidad, tiene que respetar la previsión del artículo 1522 CC (el copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos).

Retracto de comuneros. Inicio del plazo de caducidad.—Para el ejercicio de la acción de retracto hay que tener en cuenta el breve plazo de caducidad que establece el artículo 1524 (no podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de nueve días contados desde la inscripción en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta), cuyo problema es el *dies a quo* en el caso en que procede de una subasta judicial.

El mandato legal es claro: el *dies a quo* es la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad partiendo del principio de publicidad registral y sólo se altera si se acredita (no es el caso presente) que el retrayente había tenido conocimiento anterior de la compraventa o, en su caso, de la subasta, con todos los datos del negocio jurídico transmisivo.

El conocimiento de la transmisión no se presume por la publicidad de la subasta y de los actos transmisivos posteriores. El artículo 1524 parece claro respecto al *dies a quo* del retracto legal: la inscripción en el Registro de la Propiedad o, sólo en su defecto, si no se produce la inscripción, es desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. La jurisprudencia ha matizado que si antes de la inscripción el retrayente hubiera tenido conocimiento completo de la transmisión, la fecha de tal conocimiento sería el *dies a quo*. En caso de subasta administrativa, se entendió que el *dies a quo* fue la notificación de la adquisición y compraventa en escritura pública, en la S. de 14 de diciembre de 2007. En caso de subasta judicial, sólo si consta el conocimiento de la transmisión —aprobación judicial del remate y adjudicación al rematante— será éste el *dies a quo*; en otro caso, la inscripción en el Registro de la Propiedad: lo cual lo dice también la citada sentencia de 14 de diciembre de 2007. (STS de 26 de febrero de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Interpuesta demanda de retracto legal de comuneros por la actora, condueña de la finca enajenada, la parte demandada opone la caducidad de la acción de retracto.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en su integridad la demanda, declarando existente el derecho de retracto alegado.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y, revocando la sentencia dictada en primera instancia, declaró no haber lugar al retracto.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, casando y anulando la sentencia de la Audiencia Provincial. (M. R. D. R.)

82. Fe pública registral: adquisición por tercero hipotecario del artículo 34 LH y el alcance de la norma del artículo 33 LH.—Según doctrina reiterada, el artículo 34 LH ampara las adquisiciones *a non domino* porque salva el defecto de titularidad o poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca. A su vez, el mencionado artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte del artículo goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiriera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el título de su propio transmitente (SSTS de 22 de junio de 2001 y 5 de marzo de 2007).

Igualmente, la jurisprudencia ha destacado que el artículo 33 LH puede impedir la aplicación del artículo 34 LH si lo nulo es el acto o contrato adquisitivo de quien inscribe, por ejemplo, por falta de consentimiento, pero no si el problema consiste en haber adquirido de quien ya había vendido y entregado anteriormente la finca a otro que no inscribió su adquisición (SSTS de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007). En definitiva, la nulidad a la que se refiere el artículo 33 LH no tiene que ver con el poder de disposición del transmitente ni con el pago más o menos íntegro del precio de la primera compraventa, sino con los requisitos propios del título o del procedimiento de apremio que hubiera culminado con la adquisición inscrita (SSTS de 11 de octubre de 2006 y 20 de marzo de 2007). (STS de 6 de marzo de 2009; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—En 2001, don L. F. adquirió de don M. —que era el titular registral— unas fincas a título oneroso y las inscribió en el Registro de la Propiedad. Don M. había adquirido las citadas fincas en marzo de 1999, mediante un auto de adjudicación por subasta. Posteriormente, se pretende la declaración de nulidad de la mencionada subasta y del auto de adjudicación, y que se reconozca que dichas fincas pertenecían a la herencia yacente de don J. A.. Para ello, don F. en su nombre y en el de la herencia yacente de don J.A. ejercita acción reivindicatoria y solicita la declaración de nulidad.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la acción reivindicatoria y la declarativa de nulidad interpuestas y absuelve a don M. y don L. F. de la totalidad de pretensiones de la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y declara la nulidad de la subasta y del auto de adjudicación de bienes dictado a favor de don M., así como de la transmisión de las fincas registrales a don L. F.. Se interpone recurso de casación por este último y el Tribunal Supremo lo estima, anula la resolución recurrida y confirma la sentencia dictada en primera instancia respecto a don L. F., si bien mantiene el fallo respecto al codemandado don M. (S. E. M.)

DERECHO DE FAMILIA

83. Matrimonio: régimen de separación de bienes previamente pactado: pensión compensatoria: doctrina jurisprudencial.—Constituye doctrina de esta Sala, contenida en STS de 10 de febrero de 2005, reiterada por STS de 28 de abril de 2005, que *la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora y responde al presupuesto básico del efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o divorcio —pero no en la declaración de nulidad—, en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio*. Desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad —así el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo—, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios.

Caracteres.—Al introducirse por la Ley de 1981, la reguló con características propias o *sui generis*, pues está notoriamente alejada de la prestación alimenticia, que atiende al concepto de necesidad, pero ello no supone caer en la órbita puramente indemnizatoria, que podría acaso suponer el vacío de los artículos 100 y 101 CC, ni en la puramente compensatoria que podría conducir a ideas próximas a la *perpetuatio* de un *modus vivendi*, o a un derecho de nivelación de patrimonios.

Factores a tener en cuenta.—Son numerosos y de imposible enumeración, destacándose en el propio artículo 97 y sin ánimo de ser exhaustivo, los siguientes: la edad, duración efectiva de la convivencia conyugal, dedicación al hogar y a los hijos cuando éstos precisan atención futura; estado de salud y su recuperabilidad; trabajo que el acreedor desempeñe o pueda desempeñar por su cualificación profesional; circunstancias del mercado laboral en relación con la profesión del perceptor, facilidad de acceder a un trabajo remunerado —perspectivas reales y efectivas de incorporación al mercado laboral—; posibilidades de reciclaje o volver —reinserción— al anterior trabajo (que se dejó por el matrimonio); preparación y experiencia laboral o profesional; oportunidades que ofrece la sociedad, etc.

Concepto de la pensión compensatoria.—La pensión compensatoria resulta ser así una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges —que ha de ser apreciado al tiempo en que acontece la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma—, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones porque el art. 97 no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y

de la compensatoria (STS de 2 de diciembre de 1987). Se trata de un derecho subjetivo sujeto a los principios generales de la justicia rogada y del principio dispositivo formal, pues la ley no autoriza al juez a señalar tal pensión de oficio, siendo claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer, con la consecuencia de que la renuncia a la pensión hecha por ambos cónyuges de común acuerdo en convenio regulador o la ausencia de petición expresa por la parte interesada en su demanda de separación o divorcio, impiden su estimación por el tribunal.

Sustitución del régimen de gananciales por el de separación de bienes un año antes de la separación judicial: interpretación de sus cláusulas: no hay renuncia tácita a la pensión compensatoria: actos propios.— En la redacción del pacto IV de las capitulaciones se desprende con absoluta claridad que la voluntad de los esposos de correr con sus gastos *de cualquier tipo y en cualquier circunstancia*, era tan sólo una de las consecuencias del régimen de separación por el que habían optado en sustitución del legal de gananciales que hasta entonces regía la economía del matrimonio, faltando razones para entender que además existía en los cónyuges el ánimo de renunciar a la pensión por desequilibrio del artículo 97 CC, y con menor motivo si se tiene en cuenta que en ese instante la pensión era una mera expectativa de un derecho futuro, el cual estaba pendiente para su devengo de que se diera la ruptura conyugal (la cual no se produciría sino más de un año después de la fecha de otorgamiento de las capitulaciones). La invocación por el marido recurrente de los artículos 1091 y 1258 CC resulta ajena a la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida y, por ende, casacionalmente irrelevante, ya que en modo alguno la Audiencia Provincial pone en duda la fuerza vinculante de lo pactado; cosa distinta es que el negocio capitular suscrito no comprendiera en su objeto lo relativo a la disposición del derecho a la pensión compensatoria que se pudiera reconocer a cualquiera de ellos en caso de separación o divorcio. La doctrina sobre los actos propios también es inocua en este caso, pues siendo cierto que los cónyuges pactaron un régimen de separación y disolvieron y liquidaron la sociedad de gananciales, de sus actos y, sobre todo, de los actos de la esposa no cabe extraer la conclusión de que la asumienda independencia económica alcanzaba hasta el punto de renunciar a la pensión que por desequilibrio pudiera corresponder a cualquiera de ellos en el momento de eventual ruptura conyugal, debiéndose tener, además, en cuenta que la pareja seguía conviviendo y lo siguió haciendo hasta el verano del año siguiente, momento en que se sitúa la ruptura determinante del nacimiento del derecho, por lo que es del todo punto imposible que los actos previos a ese momento puedan considerarse actos de renuncia a la pensión, que vinculen a la recurrida, dado que fueron realizados sin tener conciencia de ese ulterior y eventual derecho; en este sentido la STS de 5 de julio de 2007 declara que es insoslayable el carácter concluyente e indubitado entre la conducta anterior y la pretensión actual, de modo que exista una incompatibilidad o contradicción en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior; no pudiendo aplicarse la doctrina de los actos propios cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo o inconcreto, o carecen de la trascendencia que se pretende para el cambio jurídico.

Factores o presupuestos del artículo 97 CC.—La Audiencia Provincial se ajusta a la doctrina sobre la pensión compensatoria y a los presupuestos legales que han de concurrir para su concesión: el matrimonio ha durado 29

años, durante este tiempo la esposa se ha dedicado constantemente al cuidado de la familia, coadyuvando al éxito de su esposo; la edad de la esposa (48 años) y su falta de formación y experiencia profesional, es determinante de graves dificultades para acceder al mercado laboral. Ese desequilibrio conlleva un empeoramiento de la situación de la esposa respecto de la que tenía durante el matrimonio, porque es evidente que mientras el esposo era el único que ha trabajado constante matrimonio y sigue al frente del que fue el negocio familiar, la esposa, al verse privada de su formación y experiencia laboral por el cuidado de la familia, coadyuvando al éxito profesional del esposo, se encuentra en desventaja respecto el mismo a la hora de obtener un empleo que le permita mantener el patrimonio que le fue adjudicado en la liquidación o incluso incrementarlo con los rendimientos de su trabajo, lo que por el contrario puede hacer el recurrente, al constar unos ingresos de unos 22 millones de pesetas anuales sólo por ese concepto. A la hora de apreciar los presupuestos de la pensión, no resulta relevante que en el último año el matrimonio se rigiera por la separación de bienes pues este régimen no es incompatible con la pensión compensatoria, ni la disolución y liquidación del de gananciales que venía rigiendo es incompatible con la generación de desequilibrio que le produjo la ruptura, en tanto siguió subsistiendo el matrimonio y la convivencia, aunque cada uno de ellos recibió aproximadamente un patrimonio de 180 millones de pesetas (se afirma que en bienes improductivos la esposa), dado que concurrían los presupuestos del desequilibrio, por todo lo cual es ajustada a derecho la concesión de una pensión de 2.100 euros mensuales a la esposa, actualizada anualmente según las variaciones del IPC. **(STS de 10 de marzo de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

NOTA.—La primera lectura de esta sentencia evoca un posible *spanish case de premarital agreements*, que los sucesivos argumentos del Tribunal Supremo van sistemáticamente difuminando, al diferenciar con toda claridad la facultad de todo matrimonio de alterar, mientras subsiste, su régimen de bienes (art. 1317), y la de pactar un convenio regulador conforme al artículo 90 previamente a cualquier proceso que resuelva una crisis matrimonial. Ocurre que las circunstancias concurrentes en los cónyuges no son nada típicas ni habituales en nuestros tribunales, dado el elevado nivel de vida que mantenía el matrimonio: así en una liquidación del régimen de gananciales anterior en un año a la separación judicial cada cónyuge recibe un patrimonio valorado en unos 180 millones de pesetas (aunque el de la esposa se califica de poco o nada productivo), y los ingresos anuales del marido después de la separación giran en torno a 22 millones de pesetas. El único punto discutido es la procedencia de la pensión compensatoria en favor de la mujer (dedicado a la familia durante 29 años, con un hijo que había cumplido 16 años al iniciarse el pleito), la cual había solicitado una pensión de aproximadamente millón y medio de pesetas mensuales, cuantía que el Juzgado de Primera Instancia redujo a un tercio y se mantuvo a lo largo del proceso matrimonial. Convencen, desde luego, los argumentos de la sentencia para fundamentar en este caso la existencia del desequilibrio patrimonial, si bien convencen menos los utilizados para disociar de modo absoluto el pacto de separación de la crisis matrimonial que se formaliza judicialmente un año después, aunque, por otro lado, la redacción

textual del Pacto IV en la escritura de separación, no parece fácil identificar con una renuncia tácita a la pensión. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

84. Testamento abierto: interpretación: criterios de literalidad y totalidad.—Si bien es cierto que esta Sala ha sido siempre contraria a reexaminar las conclusiones interpretativas efectuadas por los Tribunales de instancia, ya que a ellos está atribuida la facultad de interpretar el testamento (SSTS de 21 de enero de 2003, 18 de julio y 20 de diciembre de 2005, 29 de septiembre de 2006 y 20 de noviembre de 2007, entre muchas otras), sin embargo, también es cierto que cuando las soluciones a las que llega la Sala sentenciadora llevan a resultados absurdos o francamente contradictorios con la voluntad expresada en el testamento, debe revisarse dicha interpretación. Y ello es lo que ocurre en el presente recurso. La regla de la interpretación del testamento se centra en la necesidad de buscar la verdadera voluntad del causante, en un supuesto muy especial dado que dicha declaración no es recepticia, en la que lo que debe buscarse es si la voluntad testamentaria expresa la voluntad real del testador (como señala la STS de 9 de marzo de 1984). Para ello se utilizan diversos métodos hermenéuticos, entre los que se encuentra el criterio de la *literalidad*, que es la primera regla interpretativa (SSTS de 10 de abril de 1986 y 19 de diciembre de 2006), y lo que el artículo 675 CC denomina *el tenor del mismo testamento*, es decir, el conjunto de las cláusulas testamentarias en lo que puede denominarse el *canon de la totalidad*, de modo que no se trata sólo de interpretar una cláusula aisladamente de su contexto, sino de examinarla y darle sentido en el entero documento, teniendo en cuenta, además, que no existe una jerarquía en los medios interpretativos, sino que los diferentes cánones de interpretación deben ponerse en juego dentro de un proceso interpretativo unitario, por lo que el artículo 675 CC no impone, ni podía hacerlo, un orden sucesivo de prelación en que deban utilizarse dichos criterios (SSTS de 5 de marzo de 1944, 3 de febrero de 1961, 9 de marzo de 1984, 10 de febrero de 1986, 2 de septiembre de 1987, 31 de diciembre de 1992, y las antes citadas).

Sustitución fideicomisaria a favor del primogénito.—Aplicando estas reglas debe concluirse que la voluntad del testador don Ángel Daniel se contiene no sólo en la cláusula 4.^a de su testamento, única examinada en la sentencia recurrida, sino en todas las transcritas en el FD 1.^o de esta sentencia, de modo que de su conjunto se deduce lo siguiente: 1.^o) La voluntad testamentaria fue la de favorecer primero a su esposa, con el legado sobre la titularidad de los bienes que se describen en el testamento, sin que ello obstara a la finalidad de favorecer a su hijo, como se observa en las cláusulas posteriores. Ello se deduce de las cláusulas 4.^a y 6.^a 2.^o) Era voluntad del testador la que de su hijo don Benedicto recibiera los bienes inmuebles que en primer lugar había legado a su esposa. Ello se deduce de la propia cláusula 6.^a, y, además, de la facultad que atribuía al hijo de pagar las legítimas a sus hermanas en dinero. 3.^o) Esta misma voluntad se deduce de lo establecido para los albaceas, a quienes se faculta para entregar los bienes inmuebles a una sólo persona, tal como se estableció en la cláusula 8.^a En consecuencia, de la interpretación efectuada utilizando el canon de la totalidad debe considerarse correcta la conclusión a que llega la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que entendió que se había establecido una sustitución fideicomisaria; es

decir, que don Benedicto fue nombrado para después de su madre, la primera legataria. Y ello con independencia de que se tratara, o no, de un fideicomiso de residuo que sólo afectaría al supuesto concreto de constar que se habían efectuado determinadas enajenaciones por la primera legataria, cuyo poder de disposición se hubiera discutido, lo que no ha sucedido en este pleito. (STS de 3 de marzo de 2009; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

85. Contrato de concesión: diferencia con el contrato de agencia.—El concesionario compra y revende las mercancías del fabricante por cuenta y en nombre propio, con la ganancia que representa el llamado margen o beneficio comercial, el agente promueve y, en su caso, concluye, la venta de los productos del empresario, por cuenta y en nombre del mismo, a cambio de una comisión.

Contrato de concesión. Indemnización por clientela: diferencia con daños y perjuicios.—La indemnización por daños y perjuicios, aparte de la prueba del daño y del nexo causal, requiere un incumplimiento contractual doloso o culposo, o una resolución unilateral del contrato de duración indefinida sin preaviso, o un ejercicio abusivo o de la mala fe de la facultad de disenso unilateral.

Contrato de concesión. Indemnización por clientela: no es automática.—La diferencia entre concesión y agencia conlleva la improcedencia de aplicar, de un modo automático, el artículo 28 de la Ley 12/1992 a la liquidación de la relación contractual de distribución, cual si fuera cierta una igualdad jurídica esencial que, como regla, no existe.

Contrato de concesión. Indemnización por clientela: prueba del aumento.—La indemnización por clientela, en el contrato de distribución, a la hora de plantearse una indemnización por clientela a favor del distribuidor, no debe olvidarse, en beneficio del concedente, el renombre o reputación de los productos de éste y el coste de las campañas publicitarias de los mismos, dadas las ventajas que reportan al distribuidor en forma de mayores ganancias, y en los supuestos de fidelidad a la marca distribuida, esta clientela difícilmente puede ser imputada al distribuidor, siendo así que la creación o aumento de clientela ha de ser probada.

Contrato de concesión. Resolución unilateral: daños y perjuicios.—La jurisprudencia admite la posibilidad indemnizatoria de daños y perjuicios en el caso de resolución unilateral del contrato de distribución de duración indefinida, pero exige que haya habido deslealtad constitutiva de mala fe o ejercicio abusivo del derecho.

Contrato de concesión. Resolución unilateral: cláusulas excluyentes de responsabilidad.—En lo que se refiere a la validez y eficacia de la cláusula contractual que excluye cualquier derecho a indemnización en caso de extinción del vínculo contractual por ejercicio de la facultad de rescisión ordinaria, es cierto que el disenso unilateral en los contratos de duración indefinida puede dar lugar a indemnización de daños y perjuicios si no se cumple el preaviso o cuando se efectúe con abuso de derecho o con mala fe, y también, aún con preaviso, y sin abuso ni mala fe, puede dar lugar a la posibilidad de exigir compensación por clientela. Pero, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de agencia, cuya normativa imperativa, veda la renun-

cia anticipada de la denominada *indemnización por clientela*, en el contrato de concesión o distribución nada obsta al pacto por el cual las partes excluyen toda indemnización para el supuesto de resolución unilateral mediante el preaviso, y así lo viene reconociendo la doctrina jurisprudencial, porque no vulnera la ley, la moral, ni el orden público. (STS de 21 de enero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—La mercantil D., S.A. interpuso demanda contra F., S.A. y frente a R., S.A., solicitando con base en la resolución unilateral del contrato por la concedente la condena solidaria de las entidades codemandadas al abono de diversas cantidades, en concepto de indemnización por clientela y por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Almería estimó que la relación que unía a las partes era la propia de un contrato de agencia, y estimó parcialmente la demanda. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería revocó parcialmente la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

86. Contrato de franquicia. Definición jurisprudencial.—En el contrato de franquicia o «franchising», una de las partes, que es titular de una determinada marca, rótulo, patente, emblema, fórmula, método o técnica de fabricación o actividad industrial o comercial, otorga a la otra, el derecho a utilizar, por un tiempo determinado y en una zona geográfica delimitada, bajo ciertas condiciones de control, aquello sobre lo que ostentaba la titularidad, contra la entrega de una prestación económica, que suele articularse normalmente mediante la fijación de un canon o porcentaje.

Contrato de franquicia. Naturaleza jurídica.—La franquicia es un contrato nominado porque está previsto en el ordenamiento, pero atípico porque no goza de regulación legal.

Contrato de franquicia. Régimen aplicable.—Dado el carácter de contrato atípico se regirá, en primer lugar, por la voluntad de las partes plasmada en cláusulas y requisitos concretos que, fundados en relaciones de buena fe y mutua confianza, deben producir todos sus efectos, y para el caso de que hubiera lagunas, para interpretar su contenido, será preciso recurrir a figuras de contratos típicos afines a dicha relación consensual atípica.

Contrato de franquicia. Derecho comunitario: reconocimiento y concepto.—En el Derecho comunitario se inicia el tratamiento de la franquicia, en relación con la exclusión del artículo 85.1 del Tratado CE (actualmente 81.1 T), por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1986 (TJCE 1986, 34) (en el caso de «Pronuptia de París GmbH contra Pronuptia de París Irmgard Schillgalis»), cuya doctrina, recogida en diversas Decisiones de la Comisión, servirá de fundamento al Reglamento 4087/1988, de 30 de noviembre, sobre cláusulas restrictivas exentas de la prohibición -art. 85, apartados 1 y 3, del Tratado CE-. En este Reglamento se entiende por acuerdo de franquicia «aquel contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios, y que comprende por lo menos: el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato y la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un *know-how*, así como la prestación continua por

el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del contrato» (art. 1, apartado 3 b). El Reglamento anterior ha sido sustituido, e incorporado junto con otros del año 1993, por el Reglamento 2790/99, de la Comisión, de 22 de diciembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (antes 3 del art. 85 TCE) a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

Contrato de franquicia. Diferencia de los contratos de suministro o de distribución de mercancías.—La jurisprudencia, siguiendo la Sentencia del TJCE de 28 de enero de 1996 (caso «Pronuptia»), los diferencia: a) el franquiciador debe transmitir su *know-how*, o asistencia o metodología de trabajo, aplicando sus métodos comerciales; y, b) que dicho franquiciador queda obligado a diseñar, dirigir y sufragar las campañas publicitarias, realizadas para difundir el rótulo y la marca del franquiciador. **(STS de 9 de marzo de 2009; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La entidad mercantil PR, S.L. interpuso demanda contra A, S.L., solicitando, entre otras peticiones, que se le abonaran las facturadas giradas a cargo de la demandada. La demandada formuló demanda reconvenzional solicitando se declare la existencia de contrato de franquicia y que ha sido interrumpido unilateralmente por la demandada, y se le indemnizará por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Lleida estimó la demanda y desestimó la reconvencción. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Lleida confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

87. Las cartas de patrocinio. Reconocimiento jurisprudencial en base a la autonomía de la voluntad.—Las «cartas de patrocinio», también denominadas «cartas de confort», «cartas de apoyo», «cartas de conformidad», «cartas de responsabilidad» o «cartas de garantía» constituyen una nueva figura del tráfico bancario y que ya gozan de naturaleza en nuestra jurisprudencia, cuya génesis ha de buscarse en el principio de libertad de contratación establecido en el artículo 1255 CC.

Las cartas de patrocinio. Modalidades: débiles y fuertes.—La jurisprudencia distingue entre las denominadas *débiles* y las *fuertes*. Las *débiles* suelen ser emitidas generalmente para declarar la confianza en la capacidad de gestión de los administradores de la sociedad que aspiran al crédito, de la viabilidad económica de la misma y que pueden estimarse como simples recomendaciones que no sirven de fundamento para que la entidad crediticia pueda exigir el pago del crédito a la entidad patrocinadora. Las *fuertes* se consideran como contrato atípico de garantía personal con un encuadramiento específico en alguna de las formas negociales o categorías contractuales tipificadas en el ordenamiento jurídico como contrato de garantía, o como contrato a favor de terceros, o como promesa de crédito. La jurisprudencia lo ha referido al contrato de fianza, que puede constituirse por carta del fiador al banco.

Moderación de responsabilidad del artículo 1103 CC. Alcance.—La doctrina jurisprudencial no excluye absolutamente la aplicación de la moderación del artículo 1103, cuando no se trata tanto de la fijación cuantitativa de la indemnización, como de discernir el grado y naturaleza del respectivo aporte de culpabilidad o ni siquiera se plantee en la decisión judicial la posibilidad de hacer uso de dicha facultad, si la misma viene forzosa y lógica-

mente impuesta por las especiales circunstancias concurrentes en el supuesto concreto que se enjuicia. (STS de 18 de marzo de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil De La Cuesta.]

HECHOS.—La entidad financiera B., S.A. presentó demanda contra la también mercantil E., S.A. reclamando el resarcimiento de cierta cantidad de dinero al entender la entidad actora que la demandada había asumido la obligación de prestar recursos a S., S.L. para que ésta asumiera sus obligaciones de pago frente a la entidad financiera actora. El Juzgado de Primera núm. 22 de Sevilla estimó la demanda. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

88. Quiebra. Alcance del principio de fe publica registral: tercero hipotecario.—La protección del tercero hipotecario debe referirse a aquél a quien efectivamente convendría tal calificación subjetiva teniendo en cuenta el contenido del derecho del otorgante que se anula o resuelve con posterioridad a su adquisición, amparada en el contenido de los folios registrales. En tal sentido, en cuanto al grado de ineficacia de los actos del deudor dentro del período de retroacción, la jurisprudencia es decididamente rigorista al decantarse por una nulidad radical o de pleno en la que el adquirente directo del quebrado no resulta protegido por el artículo 34 LH porque la inscripción no convalidaría el acto nulo según el artículo 33 de la misma Ley. En consecuencia, no se puede amparar al adquirente directo del quebrado, así como que una aplicación indiscriminada del artículo 34 LH acabaría con la eficacia del artículo 878.11 CCO, pues posibilitaría transmisiones rápidas por parte del quebrado que serían ya inatacables, y que los términos en que se protegen los derechos del tercero de buena fe por el artículo 34 LH son de muy difícil incidencia en el riguroso régimen del artículo 878 CCO, pues el derecho de quien transmite al tercero no se anula o resuelve por una causa que pudiera constar en el Registro de la Propiedad, sino precisamente por la sola circunstancia de haberse adquirido ese derecho en un tiempo anterior que se fija retroactivamente por el Auto judicial de declaración de la quiebra, de suerte que en rigor no cabría hablar de inexactitud del Registro.

Quiebra. Retroacción: justificación.—La oposición al interés general de los acreedores es lo que justifica la sanción de nulidad de los actos efectuados dentro del período de retroacción, que aun cuando se entienda que no opera *ipse legis potestate et auctoritate* como se derivaría de la aplicación del criterio de interpretación más riguroso de la norma, no exige la concurrencia de mala fe o *consilium fraudis* por parte de quien contrató con el quebrado. Así tal nulidad actúa incluso con independencia de que los terceros que han contratado con el quebrado pudieran haber intervenido de buena fe en las operaciones cuestionadas, ignorando la situación en cuyo contexto se celebraban. (STS de 11 de febrero de 2009; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de la entidad mercantil A., S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra C en ejercicio de acción de nulidad de la hipoteca constituida a su favor por la quebrada. Igualmente la parte actora interesó que se declarara la

nulidad del proceso de ejecución hipotecaria iniciado y la cancelación de los correspondientes asientos e inscripciones registrales. La demandada se opone a las pretensiones y solicitó la desestimación de la demanda. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Murcia estimó la demanda en su integridad. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia desestimó la apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

DERECHO PROCESAL

89. Competencia de los tribunales del orden civil en relación con el cumplimiento por los particulares de obligaciones contraídas respecto de corporaciones públicas de base privada, cuando el legislador ha excluido la competencia de la Administración para ejecutarlas. Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos (CORES).—

Los artículos 11 y 12 de la Ley 34/1992 de 22 de diciembre, de Ordenación del Sector Petrolero, establecen un sistema centralizado y único de gestión y mantenimiento de existencias mínimas de seguridad, apoyado en la creación de una entidad dirigida a estos fines. El artículo 19.1 y 2 RD 2111/1994, de 28 de octubre, por el que se regula la obligación de los operadores de mantener existencias mínimas de seguridad de productos petrolíferos, establece que las existencias estratégicas serán financiadas por los sujetos obligados mediante el pago de una cuota unitaria por tonelada métrica vendida o consumida (o alternativamente por tonelada del producto adquirido para su consumo o comercialización), que será distinta para cada grupo de productos y que dicha cuota se determinará en función de todos los costes previstos por la CORES, entidad especialmente creada con este fin. Dicha cuota unitaria se fija por Orden del Ministerio de Industria y Energía, a propuesta de la Corporación (art. 5 RD 2111/1994). La STS (Sala 3.^a) de 22 de febrero de 2005 ha estimado que, aunque la entidad CORES es calificada legalmente como corporación de Derecho Público que actuará en régimen de Derecho privado (art. 12.2 Ley 34/1992), se le conceden poderes de intervención propios de un ente instrumental del Estado (recabar la información y realizar las inspecciones que sean precisas y promover la iniciación de expedientes sancionadores) para el ejercicio de una importante función pública y, en definitiva, por ser una manifestación de la competencia del Estado sobre la ordenación de la economía, la obligación de financiar los costes previstos por CORES, tanto los que generen la constitución, almacenamiento y conservación de las existencias estratégicas de cada grupo de productos, como el coste de las demás actividades debe considerarse como una prestación patrimonial que se impone al sector petrolero, encuadrada en el artículo 31.3 CE, como ingreso público, ya que la obligación nace directamente de la ley y no en virtud de un contrato entre las partes.

Sin embargo, ello no es suficiente para considerar que la competencia jurisdiccional corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, pues la calificación de las cuotas como ingresos de Derecho público no es suficiente para considerar sometido al Derecho administrativo el régimen de ejecución de las cuotas en su integridad, según se infiere de los siguientes razonamientos:

a) El reconocimiento de competencia a la Administración, en la sentencia del Tribunal Supremo expresada, se refiere a las cuestiones relacionadas

con el Derecho administrativo sobre la validez de la autoliquidación en relación con la procedencia o improcedencia de las cuotas y con su sujeción al IVA o IGIC, materia estrictamente tributaria, pero la sentencia no extiende este pronunciamiento a la ejecución de las cuotas, pues «la norma no contempla el acceso a la vía de apremio para el cobro de las cuotas discutidas», admitiendo que este hecho no puede ser decisivo para su consideración como ingreso de Derecho privado, ya que lo esencial es la naturaleza pública de la relación que da origen al ingreso. La vía de apremio constituye un elemento natural del procedimiento de ejecución de las prestaciones públicas, pero no tiene carácter esencial a las mismas, pues el artículo 95 LRJ y PAC exceptúa de la ejecución forzosa de los actos administrativos los supuestos en que la Constitución Española o la ley exijan la intervención de los tribunales. En consecuencia, es forzoso admitir situaciones en que ingresos de Derecho público pueden carecer de mecanismos de ejecución forzosa en el ámbito del Derecho administrativo.

b) En este supuesto, si la entidad ejecutada es otra entidad de Derecho público o la entidad ejecutante carece de puntos de conexión con el Derecho privado, como cuando se ventilan relaciones entre entes públicos territoriales, la inexistencia de estos mecanismos de ejecución responde a las particularidades que derivan de las relaciones entre los entes públicos en el marco del equilibrio mutuo de competencias impuesto por la estructura administrativa o por el sistema constitucional, y no puede aceptarse la competencia de la jurisdicción civil. Sin embargo, cuando, la entidad de Derecho público tiene una base privada (como ocurre con CORES, pues las operadoras actúan como miembros de una corporación de esta naturaleza aunque se trate de una situación distinta de la que se refiere a los colegios profesionales), la inexistencia de mecanismos de ejecución forzosa en el ámbito administrativo por disposición del legislador podría determinar una vulneración del Derecho a la tutela judicial efectiva de los organismos y las personas afectadas y, en consecuencia, la necesidad de evitar la vulneración de este derecho comporta la aplicación del artículo 9.2 LOPJ, con arreglo al cual «los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional», en el bien entendido de que la cuestión principal planteada debe referirse al cumplimiento de la obligación y no a los aspectos relativos a su procedencia regulados por el Derecho administrativo.

Una interpretación del artículo 9.2 LOPJ conforme a la efectividad del derecho a la tutela judicial conduce a admitir que la jurisdicción civil es también competente cuando, en relación con el cumplimiento por los particulares de obligaciones contraídas respecto de corporaciones públicas de base privada, cualquiera que sea su régimen, el legislador ha excluido la competencia de la Administración para ejecutarlas, dado que a los tribunales del orden jurisdiccional civil se les atribuye una jurisdicción de carácter residual «además de las materias que le son propias». La jurisprudencia civil tiene reiteradamente declarado que corresponde al orden jurisdiccional civil, según el artículo 9.1 LOPJ, el conocimiento de los conflictos *inter privatos*, puesto que se le atribuyen las materias que le son propias, además de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional; pero el hecho de que la controversia deba resolverse aplicando normas de Derecho administrativo no comporta necesariamente que estemos en presencia de una cuestión de la que deba conocer la Administración Pública y, por derivación, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (art. 9.4 LOPJ), toda vez que el artículo 10.1

LOPJ autoriza a cada orden jurisdiccional a conocer de los asuntos que no le estén atribuidos privativamente a los solos efectos prejudiciales.

Asimismo la Sala civil del Tribunal Supremo ha puesto de relieve la relación existente entre el artículo 9.2 LOPJ, que establece la *vis attractiva* y el carácter residual de la jurisdicción civil con los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a no padecer dilaciones indebidas (SSTS, entre las más recientes, de 5 de diciembre, 18 de septiembre y 24 de junio de 2008, y 6 de marzo de 2007). En consonancia con este principio, en sentido inverso, ha admitido excepciones al principio de la *vis attractiva* del orden jurisdiccional civil, aunque la reclamación se dirija conjuntamente contra una Administración pública y contra particulares, si mediante la petición de condena solidaria se pretende eludir el origen del daño en un acto administrativo, en un contrato regido por el Derecho administrativo o en una actuación de la Administración en el ejercicio de sus competencias y no constitutiva de vías de hecho (SSTS de 31 de octubre de 1995, 24 de septiembre de 1996, 18 de noviembre de 1997, 27 de enero de 1998, 20 de marzo y 15 de junio de 1999, 14 de junio de 2000, 7 de febrero de 2001 y 28 de febrero de 2007). **(STS de 2 de abril de 2009;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos (CORES) interpuso demanda civil reclamando de D., S.A., en su condición de miembro de aquella el pago de cuotas correspondientes a las doce mensualidades del año 1996 e intereses de demora devengados.

El Juzgado de Primera Instancia, desestimando la excepción de incompetencia de la jurisdicción civil, estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia. Contra esa sentencia, D., S.A. interpuso recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación, siendo desestimados ambos por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia impugnada. (*F. J. J. M.*)