

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Josep Maria BECH SERRAT, Pilar BENAVENTE MOREDA, Eva CANO VILÀ, Margarita CASTILLA BAREA, M.^a Carmen CRESPO MORA, M.^a Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María LUBOMIRA KUBICA, Andrea MACÍA MORILLO, Patricia MARISCAL GARRIDO-FALLA, Sara MARTÍN SALAMANCA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alfons SURROCA COSTA.**

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

DERECHO DE LA PERSONA

1. El derecho a la imagen en cuanto derecho autónomo.—Es doctrina reiterada tanto por parte del Tribunal Constitucional como por parte del Tribunal Supremo que en el ordenamiento jurídico español el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental autónomo, distinto del derecho al

honor y del derecho a la intimidad personal y familiar. La consecuencia que tiene tal configuración autónoma, no coincidente con ordenamientos de otros Estados de nuestro entorno, ni con el artículo 8 del Convenio de Roma según su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es que la publicación de la imagen de una persona puede constituir intromisión ilegítima en su honor, en su intimidad o en su derecho a la propia imagen, aumentando así el desvalor de la conducta enjuiciada si ésta vulnera más de uno de estos derechos.

El derecho a comunicar información veraz es independiente del fin de lucro perseguido por el sujeto que lo ejercita.—El derecho constitucional a comunicar libremente información veraz no desaparece ni se debilita por el hecho de que mediante la transmisión de la información se obtengan beneficios económicos, como parece consustancial a toda empresa del sector, ni por el hecho, también consustancial al mundo de la información, de que una primicia o exclusiva aumente la tirada o la audiencia y, por tanto, también los beneficios económicos de la empresa titular del medio. (STS de 18 de noviembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El recurso de casación es interpuesto por la compañía mercantil editora del semanario *Interviú* y por el director de tal publicación en contra de una sentencia que, en apelación, confirma la condena de aquellos por una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la demandante, una conocida modelo española, de pasarela y fotográfica, de fama internacional (*top model*), por haberse publicado en el ejemplar de dicha revista un reportaje ilustrado con varias fotografías de la referida modelo captadas sin su conocimiento, mientras se hallaba en una playa de Jamaica por razones ajenas a su actividad profesional, sin la pieza superior del biquini y en compañía de su novio, sobrino carnal de S.M. el Rey de España. (*Alma R. G.*)

2. Intromisión en el derecho a la propia imagen de una persona enferma en plena asistencia médica, que fue fotografiada sin su consentimiento, siendo incluida la fotografía en un reportaje publicado en un periódico. Ausencia de carácter accesorio de la imagen, de la que podía prescindirse.—En éste se ha publicado un reportaje del que nada se objeta y se acompaña una fotografía de la que no consta el consentimiento para ser obtenida ni, mucho menos, para ser publicada. La fotografía no es de necesidad ni es esencial para el reportaje, del que forma parte y puede prescindirse de ella. En todo caso, ha sido obtenida ilícitamente (al contrario de las sentencias últimamente citadas) y se ha publicado sin el consentimiento de la persona. No se halla tampoco en ninguno de los casos que contempla el artículo 8.2 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, que excluye la protección del derecho a la imagen. (STS de 20 de noviembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Una persona fue fotografiada sin su consentimiento mientras estaba recibiendo asistencia médica. La fotografía fue incluida en un reportaje que se publicó en un periódico. La persona fotografiada demandó al autor de la fotografía, al director del periódico y a la propietaria del mismo en reclamación de una indemniza-

ción por intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad personal y la propia imagen. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esa decisión. (*M. C. B.*)

3. Intromisión en el derecho a la propia imagen de dos niños que fueron fotografiados sin el consentimiento de sus padres, siendo publicada la imagen en diversas ocasiones en el periódico. Ausencia de interés cultural y de carácter accesorio de la imagen.—En ningún caso puede ser de aplicación la argumentación esgrimida por los demandados de que los niños se encontraban en un lugar público, vestidos de traje típico de la Feria de Sevilla y expuestos en un carro de caballos para ser vistos por todos, pues la actitud festiva de los padres no puede ser interpretada en el sentido de autorizar a cualquier medio de comunicación, organismo público o particular a la utilización indiscriminada de una imagen, por muy bella que sea, de los niños. Y no puede olvidarse que dicho consentimiento nunca puede ser prestado de forma tácita, por silencio de los padres ante la publicación por primera vez de la fotografía pues, como establece el artículo 3.2 de la Ley Orgánica, el consentimiento, además de expreso, ha de ser prestado por escrito. No es tampoco oportuno acudir a un pretendido interés cultural, pues, como ya ha mantenido esta Sala en otras ocasiones —S de 7 de octubre de 1996—, «la referencia al interés cultural no puede ser “una patente de corso” de los organismos oficiales (ni, con mayor motivo, de los particulares) para amparar intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales de las personas físicas. Sino que por el contrario debe tratarse de satisfacer el interés cultural respetando el derecho de los ciudadanos y sin intromisiones ilegítimas en los mismos, las cuales sólo quedarán amparadas cuando sin ellas no sea dable atender al necesario interés cultural. El acento efectivamente de la relevancia como causa limitativa del derecho, debe situarse en la imprescindibilidad del uso de la imagen en atención a sus fines». Finalmente, tampoco puede hablarse de accesoriedad de la imagen, que exculparía en algunos casos la eventual aparición de forma ambiental de la imagen de un menor en la publicación de la fotografía de un tercero en la difusión de una noticia, puesto que, como resulta obvio, la imagen en cuestión aparece de forma destacada y en portada en el medio informativo. (**STS de 19 de noviembre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los padres de dos niños demandaron a las propietarias de un periódico que había publicado en diversas ocasiones las fotografías de los menores, captadas en el Real de la Feria de Sevilla sin el consentimiento de sus padres. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, desestimando la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación al considerar que se había producido intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. (*M. C. B.*)

4. No existe intromisión en el derecho a la propia imagen de una persona fallecida en accidente mientras practicaba parapente sin motor, que fue publicada en un periódico. Interés público de la noticia y dificultad

tad de ser reconocida la imagen del fallecido.—Es indudable el interés público tanto por el lugar donde se produce como por las circunstancias del rescate (en el que tuvieron que intervenir diversos servicios comunitarios asistidos de un camión con escalera mecánica del Cuerpo de los Bomberos del Consorcio del Norte y un helicóptero de Protección Civil), como por la relevancia de llamar la atención de los peligros que representa la realización de esa actividad deportiva en esa zona.

Por muy desgarradoras que sean las fotografías (que lo son en grado sumo) es lo cierto que por su contenido no sólo no son infamantes o irrespetuosas con la persona afectada, sino tampoco es posible inferir un ánimo retorcido en quien las difunde. A este respecto conviene recordar que también concurre un elemento común con el contemplado en la sentencia dictada de 28 de mayo de 2004, toda vez que está declarado como probado que la foto representa al fallecido con el rostro desfigurado, lo que implica una seria dificultad de ser reconocido. **(STS de 19 de septiembre de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Una persona fallecida en accidente de parapente con motor fue fotografiada en el momento en que se procedía al rescate del cadáver. La fotografía fue publicada por un periódico en un reportaje en el que se daban toda clase de datos sobre la identidad y circunstancias personales del fallecido. Tres hermanas del difunto demandaron al autor de la fotografía, al director del periódico y a la propietaria del mismo en reclamación de una indemnización por intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen tanto del fallecido como de su familia, y a la publicación de la sentencia. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a los demandados a publicar la sentencia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación formulado por los demandados y estimó parcialmente el recurso presentado por las demandantes en el sentido de condenar también a los demandados al pago de las costas. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación instado por los demandados, con desestimación íntegra de la demanda. *(M. C. B.)*

5. Derecho sobre la propia imagen. Captación de la imagen de un preso para su publicación en un programa televisivo, con consentimiento del titular. No es intromisión ilegítima la posterior publicación de un libro con el mismo título que el programa televisivo, en el que se inserta una fotografía del actor.—Partiendo del consentimiento, reconocido por el recurrente, a la entrevista realizada en el programa televisivo «Cuerda de Presos» en el que relata su experiencia en una cárcel española al presentador, hoy recurrido, Pedro Francisco, ninguna vulneración de los derechos a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen se ha producido con la publicación de esa entrevista en formato libro titulado también «Cuerda de Presos» al darse el supuesto contemplado en el artículo 2.2 de la LO 1/1982 de 5 de mayo, pues otorgado el consentimiento, la cuestión queda enmarcada no en el ámbito del aspecto constitucional del derecho a la intimidad y a la propia imagen, que no ha sido vulnerado, sino en su aspecto patrimonial sobre el incumplimiento o no del contrato celebrado entre las partes. Confir-

mación de la sentencia recurrida que tiene en cuenta no sólo este consentimiento sino además las circunstancias de la publicación del libro «Cuerda de Presos», pues éste no era sino la proyección literaria de un programa televisivo con el mismo nombre y el mismo contenido con una transcripción de la entrevista consentida en los mismos términos en que fue realizada en el medio televisivo, y con la imagen del recurrente como encabezamiento tomada de la misma entrevista consentida. Concluyendo, ninguna vulneración de la intimidad se puede producir por la difusión de los datos relativos al encarcelamiento de la recurrente cuando fue ésta quien consintió esa divulgación en un medio televisivo ni tampoco ninguna vulneración del derecho a su imagen se ha producido cuando esa imagen fue captada con su consentimiento. La utilización de la misma entrevista e imagen en un medio gráfico distinto (libro), firmado por el mismo entrevistador, una vez se ha producido la divulgación, afecta al ámbito patrimonial de estos derechos o en su caso, al ámbito contractual en el que se prestó el consentimiento pero en ningún caso a la esfera constitucional del derecho a la intimidad y a la imagen. (STS de 25 de septiembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El actor era un preso que en su día había consentido realizar una entrevista para el programa televisivo «Cuerda de presos». El presentante y director de ese programa publicó después un libro con el mismo título, en el que se insertaba la entrevista mantenida con el actor acompañada de una foto de éste. El actor demandó al periodista, la editora del libro y el propietario de la cadena de televisión solicitando que se les condenase a indemnizar por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, pues si bien es cierto que había consentido que su imagen saliera en el programa televisivo, no lo había prestado para que su foto se incluyera en el libro posterior. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esta decisión. (M. C. B.)

6. Derecho a la propia imagen: alcance del consentimiento y responsabilidad solidaria.—A diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que no permite constituir un derecho autónomo a la imagen, nuestro Tribunal Constitucional sí le otorga un valor autónomo, distinto a los derechos a la intimidad y al honor. Lo específico de la propia imagen es la protección frente a su reproducción (SSTS de 11 de abril de 1987, 29 de marzo y 9 de mayo de 1988, 9 de febrero de 1989, 19 de octubre de 1992 y 11 de noviembre de 2004). Para que dicha reproducción sea legítima, no es preciso que el consentimiento conste por escrito, ya que puede deducirse de actos o conductas de inequívoca significación (SSTS de 25 de enero y 25 de noviembre de 2002). Eso sí, el consentimiento presunto no impide la existencia de una intromisión ilegítima. El consentimiento no puede ser general, sino que ha de referirse a cada caso concreto en el que se pretenda tal intromisión (STS 22 de febrero de 2006). Es por ello que la falta de información relativa al alcance y a la difusión de una imagen en un determinado medio de comunicación social puede motivar que finalmente la intromisión sea considerada ilegítima, porque con ello se lesiona una parte esencial del derecho

fundamental (SSTS de 10 de octubre de 1994, 12 de diciembre de 1995, 18 de julio de 1998 y 24 de abril de 2000).

Cuando no es posible la individualización de la responsabilidad personal a cada uno de los causantes de la intromisión, la responsabilidad civil por tal vulneración de los derechos fundamentales se rige por el principio culpabilístico de la responsabilidad de carácter solidario (SSTS de 30 de abril de 1990 y 17 de marzo de 2004; y Ley 1/1982, de 5 de mayo). (**STS de 30 de diciembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Doña J. interpone demandada contra don E., el Excmo. Ayuntamiento de Santiago de Compostela, la Cámara de Comercio de Santiago, la Xunta de Galicia y la Asociación de Empresarios de Hostelería de Santiago por la dura intromisión sufrida dada la utilización por las entidades demandadas de su imagen con fines publicitarios. La actora otorgó su consentimiento para promocionar en un periódico local un establecimiento emblemático de la ciudad, pero finalmente la imagen se empleó para el Plan de Promoción Turística de la ciudad de Santiago, apareciendo la imagen inserta en carteles publicitarios y en folletos informativos.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, porque consideró que el consentimiento de la actora podría comprender la difusión y publicidad para la que fue usada. La actora interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo estima parcialmente, ya que considera que no se informó a la apelante exactamente de todos los soportes y formas en los que su imagen iba a ser expuesta y, además, porque el precio convenido para la prestación de sus servicios fue notablemente inferior al habitual en campañas publicitarias de ese tipo. Se interpone recurso de casación por el Ayuntamiento de Santiago y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución recurrida. (*S. E. M.*)

7. Protección del derecho a la intimidad de los menores.—La Constitución en su artículo 18 reconoce con carácter general el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y en el artículo 20.1.d) el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, especificando que esta libertad encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título y «especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». En consonancia con lo anterior, la especial protección que debe darse a datos relativos a menores ha tenido su acogida normativa en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

En la interpretación de estos derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que para que el derecho a la intimidad pueda oponerse legítimamente como un límite al derecho a la libertad de recibir o transmitir información es preciso que las noticias difundidas carezcan de interés público o que, aun siendo de interés público, carezcan de veracidad, ya que en una sociedad democrática que proclama como uno de los principios que inspiran su convivencia el respeto a la dignidad de la persona, no debe tolerarse la divulgación de hechos que pertenecen a la intimidad de ciu-

dadanos particulares ni tampoco se debe tolerar que las noticias que se difundan sean inveraces, no en el sentido de que las mismas coincidan exactamente con las acontecidas, sino en el sentido de que se haya desplegado por quien las publica la diligencia necesaria para cerciorarse de que lo que se divulga no es un simple rumor –SSTC 54/2004, de 15 de abril y 61/2004, de 19 de abril–.

Sin embargo, en los supuestos en los que están implicados menores de edad, la doctrina constitucional ha otorgado un ámbito de superprotección que obliga a ser sumamente cautelosos en cuanto a la información que de los mismos se suministra, aunque ésta tenga interés público. Y, así, el Tribunal Constitucional ha señalado que el legítimo interés de un menor de que no se divulguen datos relativos a su vida personal y familiar «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 ambos menores», incluso, aunque la noticia merezca el calificativo de información neutral –STC de 15 de julio de 1999–.

En línea con esta doctrina constitucional, esta Sala ha resuelto en materia relativa a la protección de datos de menores de edad. Así, en la S de 27 de junio de 2003 se consideró que la noticia sobre una niña que era portadora de anticuerpos de sida era atentatoria contra su intimidad. Del mismo modo, la S de 28 de junio de 2004 también consideró la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad del menor en la noticia que difundía la comisión por este menor de un hecho delictivo.

Teniendo en cuenta la doctrina constitucional y la de esta Sala en relación a la intimidad de menores así como la normativa tanto interna como internacional [...] que otorga una especial protección a los menores, no cabe sino confirmar la sentencia recurrida, pues con independencia de la relevancia e interés público de la noticia en cuestión, relativa al asesinato de un abogado madrileño, los datos que en los artículos presentados con la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal se suministraban en relación con las dos hijas menores de edad del matrimonio, no sólo permitían su identificación, como así se reconoce en la sentencia recurrida, sino que además suponían la revelación de hechos que pertenecen a la esfera más íntima de las menores como son las lesiones sufridas, más aún cuando de una de las menores se transmite la noticia de la posibilidad de haber sido objeto de una agresión sexual. Y ello con independencia de que la información fuese obtenida a través de las ruedas de prensa dadas por la Jefatura de Policía Nacional pues el Tribunal Constitucional ha señalado que existe intromisión ilegítima aunque los datos divulgados fueran ya de dominio público –STC 15 julio 1999– ya que su revelación, haya sido su fuente la que haya sido, podía ser una intromisión en la intimidad lesiva del artículo 18.1 de la CE –STC 197/1991–.

Derecho a la propia imagen de los menores.–Partiendo de la base fáctica de la sentencia recurrida, obtenida tras la valoración de la prueba, que considera que la menor era perfectamente identificable, la solución jurídica en relación con la utilización de la imagen identificable de un menor sin su consentimiento adoptada por la Audiencia Provincial es correcta pues el artículo 4.3 de la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, sobre Protección Jurídica del Menor considera «intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utili-

zación de su imagen o de 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 constan el consentimiento del menor o de sus representantes legales», más aún cuando ni consta su consentimiento, tratándose de una menor de edad en la definición dada por el artículo 1 de la misma ley («La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad»), ni guarda relación alguna con la información publicada relativa a la recomendación del Defensor del Pueblo de contratar seguridad privada en las urbanizaciones, y pese a ello está encuadrada en la parte superior del artículo tras el encabezamiento. (STS de 23 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El recurso de casación interpuesto por la empresa editora, director y periodistas de un importante rotativo atacaba la sentencia de la Audiencia Provincial estimatoria de que, en el caso objeto de la apelación, primaba el derecho a la intimidad sobre el derecho a la información. El periódico había dado la noticia de un asesinato perpetrado en una zona residencial de Madrid abundando en datos relativos a la familia —mujer e hijas menores— de la víctima. Promovió la acción ante el Juzgado el Ministerio Fiscal y la sentencia apreció la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de las menores, criterio que igualmente mantuvo la Audiencia al considerar que lo pormenorizado de la noticia permitía la identificación de éstas. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

8. Delimitación constitucional y jurisprudencial de derechos fundamentales en conflicto: libertad de expresión e información y derecho a la intimidad personal.—En la confrontación entre el derecho fundamental a la intimidad personal y o a la libertad de información que constituye el objeto del presente debate se debe tomar como punto de partida la delimitación que la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala ha hecho, en su respectivo marco de competencia y en su propio ámbito de actuación, del contenido de los derechos fundamentales en liza.

Ya desde la STC 6/1981 se ha destacado que la posibilidad de libre ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información garantiza un interés constitucional relevante, cual es la formación y la existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática (SSTC 159/1986 y 185/2002, entre otras). Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos ha de ser también informado ampliamente, de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas (SSTC 110/2000 y 185/2002). De ahí que la información veraz referida a asuntos de interés general o relevancia pública —requisito éste que deriva tanto del contenido como de la finalidad misma del derecho reconocido en el artículo 20.1d) de la Constitución— reci-

ba una especial protección constitucional, por más que no sea ilimitada, de manera que el derecho a comunicar y emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección (STC 185/2002).

El contenido del derecho constitucionalmente protegido se define, pues, por el rasgo de la veracidad de la información transmitida y por la relevancia pública del asunto a que se refiere, lo que supone que es del interés general por las materias sobre las que versa y por las personas que intervienen (STS de 13 de junio de 1988). En definitiva, para que la incidencia del derecho a la libertad de información sobre otros bienes constitucionales se reputa legítima es necesario que lo informado resulte de interés público, en suma, relevante para la comunidad (STS 6 de noviembre de 2003), pues solo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que la soporten en aras del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad, más allá de la simple satisfacción de la curiosidad ajena, que es lo que justifica la asunción de perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia (SSTC 29/1982, 134/1999 y 52/2002, y SSTC de 13 de junio 1998 y 6 de noviembre de 2003).

El derecho a la libertad de información, por tanto, pese a su carácter prevalente –que no jerárquico o absoluto–, que se explica por la finalidad a que está orientado, no es ilimitado, como ningún derecho lo es (SSTC 159/1986, 297/2000 y 185/2002), sino que se encuentra condicionado por el contenido de los demás derechos con idéntica protección constitucional, como el derecho a la intimidad personal, el cual, según ha destacado la jurisprudencia constitucional y de esta misma Sala, «tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de 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 231/1988, de 2 de diciembre y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a ese fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros particulares o poderes públicos, quienes decidan cuales son los contornos de nuestra vida privada» (SSTC 115/2000, de 10 de mayo, 83/2002, de 22 de abril, 99/2002, de 6 de mayo, y 185/2002, de 14 de octubre, y STS de 6 de noviembre de 2003, que cita las anteriores).

Ponderación casuística de la eventual colisión de derechos fundamentales.—Esta colisión se ha de resolver, además, sin acudir a otros criterios apriorísticos distintos de los que, en cuanto a la delimitación del contenido de cada cual, han quedado expuestos. Cobran singular importancia, pues, las circunstancias del caso concreto, con arreglo a las cuales ha de hacerse la

ponderación entre ambos derechos constitucionales. Y, dados los hechos en que se concreta la intromisión ilegítima denunciada [...] es del todo punto necesario precisar que, sin desconocer los efectos y las exigencias derivadas del principio de publicidad de las actuaciones judiciales penales proclamado en el artículo 120.1 CE y reconocido en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, su incidencia en la solución del conflicto entre los derechos constitucionales de referencia no es en modo alguno absoluta, y puede convivir pacíficamente con el derecho a la intimidad de las personas, pues la ponderación de unos y otros siempre ha de estar guiada, por encima del aludido principio de publicidad, por la exigencia de que la divulgación de la identidad personal sea necesaria a los efectos de reconocer en la noticia el interés público que justifica la prevalencia del derecho a la libertad de información frente al derecho a la intimidad personal, lo que se traduce en la necesidad de que esa relevancia comunitaria radique no sólo en la materia del hecho divulgado, sino también en la identidad de su autor.

Publicidad de las resoluciones judiciales: límites.—Debe recordarse [...] que el Tribunal Constitucional ha declarado que la exigencia constitucional de publicidad de las resoluciones judiciales no es de carácter absoluto, y puede verse limitada por la prevalencia de otros derechos fundamentales y garantías constitucionales con los que entre en conflicto y con los que debe ser ponderada en cada caso (STC 114/2006); y que la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, ha añadido al artículo 266.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial un segundo párrafo conforme al cual el acceso al texto de las sentencias, o a determinados de las mismas, podrá quedar restringido cuando el mismo pudiera afectar al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda, así como, con carácter general, para evitar que las sentencias puedan ser usadas con fines contrarios a las leyes. Este criterio, basado como se ve en la necesidad de la divulgación de aspectos que, como la identidad de las personas, pertenecen a la esfera de lo íntimo, ha de guiar ineludiblemente la valoración en que se resume la ponderación de los derechos en conflicto, sirviendo de elemento para apreciar la relevancia pública y el interés general del hecho al que se refiere la noticia, en donde entronca la finalidad misma del derecho a la libertad de información, la formación de una opinión pública libre como base y condición para el ejercicio de otros derechos en el marco de un sistema democrático; y ha llevado en diversas ocasiones a declarar la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de las personas afectadas, al no considerarse justificada, desde el punto de vista del interés general de la noticia difundida, la divulgación de la identidad de la persona a la que se refiere (*vide*, entre otras, SSTs 18 de marzo de 1992 y 28 de junio de 2004).

Relevancia pública sobrevenida.—[...] se han recogido, en el FD 1.º, los argumentos articulados en el único motivo de casación del presente recurso. Dichos argumentos razonablemente han de ser acogidos, en cuanto provienen de la adecuada interpretación de los preceptos constitucionales y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se invoca.

El juicio de ponderación constitucional de los derechos en conflicto concederá, atendidas las circunstancias en que se desenvuelven los artículos publicados (alarma social sobre los incidentes en las discotecas) preeminencia

al derecho a la información frente a la intimidación del demandante, que en calidad de autor se ha visto involucrado en actos de relevancia penal y pública.

El demandante tiene lo que la doctrina y jurisprudencia han venido en definir relevancia pública sobrevenida, entendida como aquella que se obtiene por el sujeto al estar íntimamente relacionado con un asunto indiscutiblemente de relevancia pública, como lo es un procedimiento penal con sentencia condenatoria en su contra (art. 120.1 CE), recaída en el enjuiciamiento de su actuación delictiva como portero de una discoteca y en concreto por la agresión y lesiones causadas a la víctima. Los recurrentes únicamente han dado noticia del contenido íntegro de la sentencia y desarrollo del juicio oral en el que está incluido el dato esencial de la identidad del autor de los hechos, y no han publicado circunstancia distinta a la expresada. **(STS de 16 de octubre de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—En la demanda que da origen al procedimiento del que trae causa el recurso de casación, el actor —portero de discoteca— solicitó que se declarase la existencia de una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad y a la propia imagen como consecuencia de la publicación de diversos artículos periodísticos en los que se informaba con detalle de un procedimiento penal en el que resultó condenado por un delito de lesiones, identificándosele mediante la expresa mención de su nombre y apellidos. La sentencia de instancia estimó la demanda, si bien redujo el importe de la indemnización solicitada. La Audiencia Provincial confirmó la resolución inferior. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la empresa editorial y periodistas demandados. (R. G. S.)

9. La publicidad de las sentencias y el derecho al honor.—Para discernir si la publicación de una resolución judicial afecta al derecho al honor de una persona que ha obtenido un resultado desfavorable en el proceso ha de tomarse en cuenta, en primer lugar, el cumplimiento de los fines institucionales que el principio de publicidad persigue. Este aspecto, a su vez, exige tomar en consideración la forma en que la publicación se ha producido, de manera que habrá que distinguir si se trata de una comunicación neutral del contenido de la sentencia, o si se añaden o restan elementos que sean susceptibles de desvirtuar el conocimiento objetivo de lo resuelto por el tribunal para convertir la publicación del fallo en procedimiento apto para menoscabar el honor del sujeto afectado. En segundo lugar, es preciso ponderar, en atención a las circunstancias concurrentes, el interés legítimo de quien comunica una resolución judicial. Así, éste puede consistir en el interés del que obtiene un resultado favorable en un pleito para dar a conocer dicho resultado a sus conocidos y a quienes pueden tener relación con el pleito, siempre que esta comunicación no sea desproporcionada por el ámbito subjetivo al que se extienda o por el modo en que se produzca, y que esté justificada en atención a la naturaleza y objeto del proceso de que se trate y al conjunto de circunstancias, incluyendo el carácter de actor o demandado de quien da publicidad a la sentencia. **(STS de 22 de diciembre de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor reclama la protección de su derecho al honor en la medida en que el demandado da a conocer el resultado de un pleito habido entre ambos, en el que el primero había visto desestimada su demanda con condena en costas. Tal publicidad se produce mediante la distribución de unas cuartillas en las que recoge el encabezamiento y el fallo de dicha sentencia, tanto por los buzones y vías públicas de un determinado pueblo como en el local comercial que regenta. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial confirma la sentencia en cuanto entiende que mediante la publicación de la sentencia los vecinos se formaron una opinión negativa de la conducta personal y social del actor, ya que el término «condena», en un ámbito de cultura media, se manifiesta como una «reprobación» del condenado por una supuesta conducta irregular. Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por la parte demandada. (*Alma R. G.*)

10. Derecho al honor. Derecho a la libertad de expresión.—El Tribunal Supremo, tras analizar el contenido del derecho al honor (arts. 18.1 CE y 7.7. LO 1/1982), en el que debe incluirse el prestigio profesional, cuya vulneración se invocaba por el registrador demandante, y el derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE), con un contenido más amplio que el derecho a la libertad de información, como derechos que colisionan en el caso debatido, considera que en la ponderación de ambos debe prevalecer la libertad de información, cuando se trata, como en el caso debatido, no ya de ejercitar el derecho de defensa mediante la utilización de los recursos pertinentes, sino, en el ejercicio de ese mismo derecho de defensa ampliamente considerado, de poner en conocimiento del organismo que tiene encomendada la superior dirección y el gobierno de la organización funcional a la que pertenecía el actor, determinados hechos que para quien los denunciaba, evidenciaban un irregular proceder de éste en el ejercicio de sus funciones públicas y podían ser constitutivos de infracciones disciplinarias. En el contexto en el que se hicieron las manifestaciones realizadas, el Tribunal Supremo entiende que las mismas, lejos de ser difamatorias y perseguir el desprestigio profesional y desmerecimiento de la reputación del actor, estaban orientadas a denunciar las supuestas irregularidades en el ejercicio de la función pública del mismo y a lograr su corrección, quedando por tanto amparadas en el ejercicio de la libertad de expresión en el marco del derecho de defensa, ampliamente considerado y comprensivo del más específico derecho a defenderse frente a actos supuestamente ilícitos, cuya efectiva realización determina la expansión de la libertad de expresión en tanto sirve a sus fines propios y como instrumento para la consecución de fines legítimos anudados a derechos e intereses de raigambre igualmente constitucional, con la correlativa comprensión del derecho al honor del demandante. (**STS de 7 de noviembre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El demandante, Registrador de la Propiedad de Lloret de Mar, devolvió una escritura de compraventa autorizada por el Notario de Figueras, demandado y ahora recurrente, con nota del funcionario indicando unos defectos que impedían su despacho y la inscripción en el Registro Público. Como consecuencia de ello, el Notario autorizante de la escritura devuelta interpuso recurso gubernativo

al amparo del artículo 325.b) LH contra la que consideraba la calificación –errónea– del Registrador de la Propiedad, alegando una serie de causas de impugnación y refiriendo la existencia de «carencias, errores, corruptelas y arbitrariedades» en torno al despacho del título presentado. El recurso fue presentado en el Registro de la Propiedad de Lloret de Mar, solicitándose la formación del correspondiente expediente y la remisión a la Dirección General de los Registros y del Notariado para que por ésta se dictase la oportuna resolución declarando la existencia de calificación y la ausencia de defectos justificativos de la no inscripción del título, acordando su inscribibilidad en los términos que derivaban del mismo. El Registrador demandante, en contestación al escrito de recurso, comunicó mediante escrito que la escritura autorizada por el recurrente había sido despachada, aceptando las alegaciones de éste, por lo que, al no haber contención, no se formaba el expediente ni se remitía el recurso a la Dirección General de Registros y del Notariado. Tras recibir la anterior comunicación, el Notario demandado dirigió una carta al Registrador de la Propiedad demandante en la que, refiriéndose a él como «quien dice ser Registrador accidental del Registro de la Propiedad de Lloret», se indicaba: «Esa última decisión sólo puede calificarse como una maquinación en el ejercicio de funciones públicas, consciente y deliberada urdida con el exclusivo fin de hurtar a la Dirección General de los Registros y del Notariado el conocimiento de las graves corruptelas y arbitrariedades, caprichos personales, opacidades y, en general, irregularidades que de forma generalizada y sistemática se producen en los Registros de Lloret de Mar». En la citada carta se apuntaba igualmente a la incompetencia del funcionario accidental para arrogarse funciones personales del funcionario calificador, y para atribuirse decisiones procedimentales que no se reconocen en la Ley 24/2001, señalando que la calificación y despacho del documento se practicaron por el funcionario accidental antes de que el recurso tuviera entrada en el registro, por lo que no es cierto que se reformara la calificación y se despachara el título de conformidad con las alegaciones del Notario.

Tras la referida carta, el demandado formuló recurso de queja ante la Dirección General de Registros y del Notariado, a fin de que ésta ordenase elevar el expediente para su resolución por dicho centro directivo, en cuya argumentación se ponían igualmente de manifiesto las que se consideraban irregularidades en la tramitación, señalando que tanto el registrador titular como el accidental podían estar dictando a sabiendas resoluciones injustas, diseñado una estrategia tan alambicada como tosca para impedir a toda costa el acceso de los interesados perjudicados por esta disfunción registral a los órganos administrativos que deben prestarle amparo y velar por la transparencia y legalidad del ejercicio de la función pública registral. Añadiendo que tal comportamiento constituye un clamoroso fraude que debe ser inmediatamente corregido disciplinariamente por la superioridad.

La Dirección General de los Registros y del Notariado desestimó el recurso de queja «al no haber contención ni necesidad de salvar la responsabilidad del Notario al haber aceptado los Registradores sus alegaciones, no procede la tramitación del recurso gubernativo. Lo cual puede por sí solo apreciarlo el Registrador, sin perjuicio de la posibilidad de apelar ante este Centro Directivo

como se ha hecho en este caso. En consecuencia, este Centro Directivo acuerda que no proceden las medidas disciplinarias contra los Registradores denunciados, que actuaron precedentemente».

Promovido por el Registrador demandante juicio ordinario para la tutela y protección jurisdiccional del derecho al honor, por intromisión ilegítima, la demanda fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia. Recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación del actor, y, revocando la resolución de primer grado, estimó en parte la demanda, declarando que las expresiones vertidas por el demandado en los escritos aportados con el escrito rector constitúan manifestaciones lesivas para el honor del demandante, al dañar su dignidad personal y menoscabar su prestigio profesional; y, consiguientemente, condenó al demandado a indemnizar al actor en la cantidad de cuatro mil euros, con los correspondientes intereses legales. El notario demandado interpuso recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, articulado su impugnación a través de tres motivos, en los que se alega la vulneración del artículo 20 CE, en relación con el artículo 7.7 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, y en relación con los artículos 18.2, 19 bis 2, 322 y 323 LH. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto considerando que ha de prevalecer la libertad de expresión cuando se trata no ya de ejercer el derecho de defensa utilizando los recursos pertinentes, sino de poner en conocimiento de la autoridad competente determinados hechos que para el recurrente ponían de manifiesto una actuación irregular que podía ser constitutiva de infracciones disciplinarias. (P. B. M.)

11. Derecho al honor frente a libertad de información. Doctrina sobre el reportaje neutral.—El Tribunal Supremo recoge la doctrina relativa al llamado reportaje neutral, contenida en diversas sentencias (entre otras, SSTS de 18 de mayo de 2002, 22 de diciembre de 2003, 21 de julio de 2007 y 24 de enero, 25 de septiembre y 1 de octubre de 2008). Conforme a la misma, para hablar de un reportaje neutral, el medio de comunicación ha de ser un mero transmisor de las declaraciones o afirmaciones de un tercero, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia. No han de incluirse, por tanto, opiniones o juicios de valor, comentarios ni glosas, ni se pueden omitir datos o informaciones relevantes, y el medio de comunicación ha de indicar en concreto de quién proceden las manifestaciones vertidas. Por otra parte, en el caso del reportaje neutral, únicamente se exige constatar la verdad del hecho de la declaración, sin extenderse a la veracidad de ésta, cuya constatación sólo es exigible al autor de la declaración. Esto es así, siempre que el medio de comunicación no conozca que la información no es veraz. (STS de 2 de diciembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—En un periódico de Tenerife apareció publicada una noticia en la que se daba cuenta, sin más, de un proceso penal por estafa seguido contra tres médicos y una farmacéutica por la falsificación de recetas. En el artículo, se informaba de la acusación y se

indicaba quién era la farmacéutica (el nombre e iniciales del apellido), así como la ubicación de la farmacia. Al parecer, tal información se había obtenido en la vista oral del juicio seguido en la Audiencia Provincial, habiendo quedado identificada la mencionada farmacéutica tanto en la calificación provisional del Ministerio Fiscal, como en la sentencia penal dictada. En esta sentencia se absolvía a esta mujer, hecho del que también dio cuenta posteriormente el periódico en cuestión.

Pese a ello, la citada farmacéutica interpuso demanda contra la periodista autora del artículo, el director del periódico y la empresa editora del mismo, por vulneración de su derecho al honor y a la intimidad. Concretamente, la demandante solicitaba una indemnización por la intromisión en sus derechos, así como la condena a la publicación de la sentencia.

La demanda fue desestimada en primera instancia y la demandante interpuso recurso de apelación. Éste fue estimado en parte por la Audiencia Provincial, quien concedió ambos pedimentos contenidos en la demanda por vulneración del derecho a la intimidad de la recurrente, si bien rebajó en gran medida la cuantía de la indemnización solicitada. Razonaba la sentencia que el interés general no justificaba en todo caso la publicación de detalles o cita de datos irrelevantes para hacer llegar la información y que pueden atentar contra los derechos más íntimos de las personas a las que se refieran. Frente a este fallo interpusieron entonces recurso de casación los demandados en primera instancia. (A. M. M.)

12. Derecho de autoorganización de las personas jurídicas de derecho privado, entre las que pueden incluirse las Cajas de Ahorros. Límites, en este ámbito, del control judicial.—Esta Sala ha proclamado repetidamente que debe respetarse el derecho de autoorganización de las personas jurídicas de derecho privado, entre las que pueden incluirse las Cajas de Ahorros, con su peculiar naturaleza jurídica; así el Tribunal Constitucional, si bien ha venido declarando que la actividad de las asociaciones «no forma naturalmente una zona exenta de control judicial» (STC 218/1988, de 22 noviembre), ha determinado cuál es el ámbito de este control, ya que de acuerdo con el artículo 22 CE, la autonomía de las asociaciones para establecer su propia organización forma parte también del núcleo del derecho fundamental reconocido en la mencionada norma constitucional. Esta Sala ha aplicado el mismo criterio y, tal como afirma la S de 5 de julio de 2004 que «la persona jurídica goza de la facultad de autoorganizarse y, mientras no se declare la nulidad de los Estatutos o de una norma de los mismos, de autogobernarse; el control judicial se produce cuando la dirección de la persona jurídica se aparta de su propia normativa o contraviene normas imperativas del ordenamiento jurídico o bien atenta a principios o derechos constitucionales, pero en ningún caso el órgano judicial puede sustituir la voluntad de la persona jurídica, manifestada a través de sus órganos de gobierno» (*vid.* asimismo SS de 24 de marzo de 1992, 2 de marzo de 1999, 18 de noviembre de 2000, 9 de julio de 2001, 16 de junio de 2003, 31 de marzo de 2005, 23 de junio de 2006 y 6 de noviembre de 2007).

En definitiva, lo que aquí se nos está pidiendo es si las normas reguladoras de las Cajas de Ahorros [...] y los Estatutos de la Caja de Ahorros Provin-

cial de [...] han sido bien interpretados por la Comisión electoral. Las normas reguladoras de la elección prevén dos sistemas para llegar a la designación de los candidatos que la Asamblea debe acabar votando: la elección entre ellos de las candidaturas que se presenten y caso que ello no funcione, como realmente ocurrió por el empate producido, el de la mayor edad, que no ha sido impugnado como criterio por la parte recurrente. La aplicación de éste deriva de que no se puede emplear el de la candidatura cerrada para elegir al suplente, al haberse producido un empate y no funcionar ni el de la mayoría ni el de la proporcionalidad previstos en los Estatutos. Por ello no resulta ni absurda ni contradictoria la interpretación efectuada por la Comisión electoral al utilizar el de la mayor edad para designar al suplente que debería ser elegido por la Asamblea general entre los candidatos propuestos. Se produce en este caso una laguna que fue solucionada por la interpretación de la comisión electoral, que era quien podía hacerlo, por el criterio de analogía entre situaciones iguales, decisión que fue bien refrendada por la sentencia recurrida.

Además, debe advertirse que ninguna de las disposiciones que se denuncian como infringidas tienen ninguna relación directa ni indirecta con el problema efectivamente planteado que, ya se ha dicho, produce una laguna legal, que sólo puede resolverse aplicando la vía interpretativa utilizada a la espera de qué texto normativo lo solucione.

Mayoría exigida para la validez de los acuerdos adoptados por la Asamblea General de una Caja de Ahorros.—El segundo motivo denuncia la infracción del artículo 36 de la Ley 4/1977 (LCACM), en relación con lo previsto en el artículo 19 de los Estatutos de la Caja de Ahorros Provincial. Se refiere la decisión a considerar válidamente adoptada una decisión de la Asamblea general extraordinaria por no haber tomado parte en la votación 36 de los consejeros, que decidieron no votar. Entienden los recurrentes que estos consejeros votaron en contra de que la Asamblea se pronunciara sobre la cuestión planteada. Por ello, «cuando se produce la elección, además de las abstenciones, existe una postura que se manifiesta en el sentido de no votar por entender que la elección no debe hacerse por la Asamblea General en los términos propuestos. Los que manifiestan expresamente no votar no se están absteniendo, sino que están manifestándose en contra de que la Asamblea general vote sobre este punto».

El motivo debe ser estimado.

El artículo 19 de los Estatutos de la Caja de Ahorros Provincial de G., aprobados por resolución de la Consejería de Economía y Hacienda de 22 de marzo de 1988 establece que «los acuerdos de la Asamblea General se adoptarán por mayoría simple de los votos de los concurrentes» y reitera que «los acuerdos de la Asamblea General se adoptarán por la mayoría simple de los votos de los asistentes», excepto en algunos casos, en los que se «requerirá el voto favorable de los dos tercios de los asistentes». Por tanto, la regla establecida para la formación de la voluntad en la toma de acuerdos es que el *quorum* se forma sobre los miembros de la Asamblea General que están presentes en la reunión.

Resulta probado que el acuerdo de la Asamblea General en relación con la elección del miembro suplente fue adoptado por 35 votos favorables y 5 abstenciones y que 36 de los miembros presentes se abstuvieron de votar; por tanto, los asistentes a la asamblea eran 76, por lo que la mayoría simple era de 39 votos a favor de la propuesta, lo que impide considerar válido el acuerdo tomado por 35 votos favorables. Ciertamente, los no votantes no pueden

ser considerados como votos contrarios a la propuesta, pero este argumento no resulta decisivo, al no haber votado la mayoría simple de los asistentes, como se exige en los Estatutos de la Caja de Ahorros, que es la norma que debe aplicarse. **(STS de 16 de octubre de 2008;** ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La Asamblea General de una Caja de Ahorros se reunió en sesión extraordinaria al objeto de cubrir dos vacantes en su Comisión de Control (un miembro y suplente en representación de la Diputación Provincial como Corporación Fundadora). Presentadas dos candidaturas (A y B), resultaron empatadas decidiéndose entonces aplicar el criterio de la mayor edad, de acuerdo con el cual se eligió al candidato —de la candidatura A— que la ostentaba. El problema se planteó con la elección del suplente que —de acuerdo con quienes impugnaron la elección— debía tener lugar con arreglo a lo dispuesto en los Estatutos de la Caja y no con arreglo al criterio de la mayor edad que fue el que, de nuevo, se siguió resultando elegido uno de los representantes de la candidatura B. Es dato relevante el que 36 de los miembros de la Asamblea no votaron ni se abstuvieron, si bien estaban presentes. La Diputación Provincial y algunos miembros de la Asamblea demandaron a la Caja de Ahorros interesando la declaración de nulidad de la elección del suplente que efectivamente obtuvieron pues su demanda resultó estimada. Apelada la resolución por la Caja de Ahorros, la Audiencia revocó la sentencia del Juzgado. Interpusieron recurso de casación los actores en la instancia y el Tribunal Supremo lo acogió declarando la nulidad del acuerdo por el que resultó elegido el suplente. (*R. G. S.*)

13. Asociación de Socorros Mutuos de la Guardia Civil. Reconocimiento del derecho de los asociados a darse de baja. No se trata de una entidad de adscripción obligatoria porque no persigue fines de carácter público que tengan relevancia constitucional.—Sin embargo, es cierto que, a diferencia de lo que constataba la STC 244/1991, de 18 de diciembre, respecto de la «Asociación Mutuo Benéfica de la Policía Nacional», la Asociación ahora recurrente no se ha adaptado ni a la Ley de Asociaciones ni a la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre ordenación del seguro privado. Es este un factor que se ha de tener en cuenta para valorar la específica posición de la Asociación ahora recurrente en cuanto que, en definitiva, trata de alcanzar fines u objetivos de asistencia y protección que pueden ser conseguidos a través de asociaciones o instituciones de previsión y aseguramiento. Pero sobre todo, compartiendo las apreciaciones de la Sala de instancia, se ha de llegar a la conclusión de que la «Asociación de Socorros Mutuos de la Guardia Civil» no se dirige a la consecución de fines de carácter público que tengan relevancia constitucional, respecto de los cuales, por otra parte, se haya acreditado que sin la adscripción forzosa se presente la imposibilidad, o al menos la dificultad de alcanzarlos en el tiempo actual. Además de que, en efecto, los asociados se encuentran en una situación en la que carecen de garantías en cuanto a las facultades que hay que reconocerles frente a la aso-

ciación como uno de los componentes del derecho fundamental de asociación (SSTC 173/1998, de 23 de julio; 104/1999, de 14 de junio; 135/2006, de 27 de abril). (**STS de 25 de septiembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Los demandantes, que eran guardias civiles, demandaron a la Asociación de Socorros Mutuos de la Guardia Civil solicitando que se declarase el derecho de los actores a causar baja voluntaria en la asociación demandada, que contestó aduciendo que es una entidad de naturaleza jurídica diferente a las asociaciones mencionadas en el artículo 22 CE, ya que se trata de una entidad benéfica de carácter particular y asistencial. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y con ello la demanda interpuesta. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. B.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

14. Simulación absoluta. Falta de causa. Causa ilícita.—Como afirma la S de esta Sala de 11 de febrero de 1998, de la falta real de precio en la compraventa «se deriva la consecuencia jurídica de simulación absoluta que implica la inexistencia del contrato por falta del elemento esencial de la causa (así, SSTs de 30 de octubre de 1985, 16 de abril de 1986, 5 de marzo de 1987, 29 de septiembre de 1988, 16 de junio de 1989, 1 de octubre de 1990, 1 de octubre de 1991, 23 de julio de 1993 y 16 de marzo de 1994) a lo que cabe añadir, con la STS de 13 de marzo de 1997, que la falta absoluta de causa no admite condicionante alguno «pues lo que no existe no puede generar consecuencia alguna de licitud o ilicitud». Es cierto que las partes estaban guiadas por una finalidad ilícita al celebrar los referidos contratos —sustraer los bienes a la posible acción de los acreedores del vendedor— pero esa finalidad no dota de causa al contrato de compraventa en el que ambas partes convienen que no ha de existir transferencia de la propiedad de la cosa al comprador ni pago de precio alguno por parte de éste. La S de esta Sala de 21 de julio de 2003, con cita de la de 1 de abril de 1998, afirma que «a la vista del artículo 1274 CC se ha mantenido reiteradamente que la causa, como elemento esencial del negocio jurídico y, por ende, del contrato, es un concepto objetivo. El móvil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición». En el supuesto ahora contemplado, el móvil ilícito e inmoral perseguido por los contratantes no se integra en el contrato para dotarle de causa ni ha de producir efectos civiles, sin perjuicio de que en su momento los hubiera podido generar en el ámbito penal; de donde se deriva que, declarada la nulidad de los contratos por simulación absoluta, se haya de volver necesariamente a la situación material anterior a su celebración por aplicación de lo establecido en el artículo 1303 CC.

Imprescriptibilidad de las acciones.—En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad baste señalar que el artículo 1301 CC se refiere a los contratos meramente anulables —en que concurren los requisitos que expresa el art. 1261, como refiere el artículo 1300— y no a aquellos que,

como los simulados, quedan viciados de nulidad radical o absoluta, respecto de los cuales la acción para tal declaración es de carácter imprescriptible (SSTS de 4 de noviembre de 1996, 14 de marzo de 2000, 18 de octubre de 2005, 22 de febrero de 2007 y 18 de marzo de 2008, entre otras muchas). **(STS de 14 de noviembre de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—A causa de problemas económicos, y con el propósito de extraer del patrimonio empresarial bienes de patrimonio personal, don Francisco y su esposa (demandantes) formalizaron en 1981 una escritura pública de compraventa simulada de un chalet y una parcela a favor de don Ángel y su esposa. Puesto que la situación económica de don Francisco no mejoraba, en el año siguiente éste pidió a don Ángel el mismo favor respecto a una vivienda que pertenecía a su esposa. Varios problemas personales forzaron a don Ángel a rechazar la propuesta. Como consecuencia de ello, en el año 1982 se procedió a la celebración de las correspondientes escrituras públicas, otorgándolas la esposa de don Francisco a favor de don Juan y su esposa respecto a la vivienda, y don Ángel y su esposa a favor de don Juan y su esposa respecto al chalet y la parcela. En ninguna de las transmisiones hubo ni precio real ni pago. Don Francisco y su familia se han mantenido de forma constante en la posesión pacífica e interrumpida de los bienes. Pasado el tiempo y hecho el intento de adecuar la situación registral, don Juan y su esposa se opusieron.

La demanda interpuesta por don Francisco y su hija (causahabiente y heredera única de la esposa de don Francisco) contra don Ángel y don Juan y sus esposas, solicitando la nulidad de los contratos, fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia que declaró nulos los contratos por falta de causa, y desestimada por la Audiencia Provincial de Alicante. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación entendiéndolo que la falta de precio real indica existencia de una simulación absoluta que implica la inexistencia del contrato por falta del elemento esencial de la causa. (M. L. K.)

15. *Exceptio non adimpleti contractus.*—Aun cuando nuestro ordenamiento jurídico no regula expresamente la *exceptio non adimpleti contractus*, o contrato no cumplido o inadecuadamente ejecutado, su existencia se admite a través de dicho artículo 1124 y la jurisprudencia de esta Sala al declarar –SS de 9 de julio de 1904, 10 de abril de 1924, 1 de abril de 1925, 3 de diciembre de 1955 y 20 de diciembre de 1975– que si bien es cierto que no tiene derecho a pedir la resolución el contratante que incumple sus obligaciones, no lo es menos que el que las incumplió como consecuencia del incumplimiento anterior del otro, conserva este derecho, pues la conducta del que incumple primero es lo que motiva el derecho de resolución y le libera desde entonces de sus obligaciones (STS de 26 de octubre de 1978).

En el presente caso [...] el demandante futuro comprador ha incumplido totalmente su obligación de pago del precio pactado, por carencia absoluta de numerario; así como también se ha acreditado la inexistencia de incumplimiento alguno de obligaciones a cargo de los demandados futuros o posibles

vendedores. De ahí que, la excepción formulada por éstos enerva la acción ejercitada por el demandante, pues carece tanto de la misma si pretende el otorgamiento de la escritura de compraventa a su favor como –lo que ha ocurrido– si pretende devolución de la cantidad entregada e indemnización de daños y perjuicios.

Diferencia entre precontrato y contrato definitivo.—La S de 5 de octubre de 2005, en línea con la doctrina consolidada de esta Sala, diferencia el precontrato de compraventa del definitivo, constituyendo el precontrato «una primera fase del *iter contractus*: la relación jurídica obligacional nace en aquél y posteriormente, de común acuerdo o por exigencia de una de las partes, se pone en vigor el contrato que había sido preparado. Así, se distinguen dos fases: la primera, el precontrato que es distinto del contrato y no produce los efectos de éste, como pudiera ser la transmisión de la propiedad, sino sólo el que las partes pueden exigirse el paso a la fase segunda, que es la celebración del contrato preparado y es éste el que producirá los efectos que le son propios. Distinción entre el precontrato consistente en la promesa de venta y el contrato de compraventa que han seguido con clara precisión las SS de 11 de octubre de 2000, 20 de abril de 2001 y 31 de diciembre de 2001».

Si bien estamos en presencia de un precontrato de compraventa no parece ocioso olvidar declaraciones jurisprudenciales como la contenida en la STS de 5 de diciembre de 1997: «el carácter sinalagmático del contrato de compraventa entroniza plenamente el principio que configura la excepción *non adimpleti contractus*, creación jurisprudencial que tiene su fundamento en los artículos 1100 y 1124, ambos del Código civil, y que supone que si alguna de las partes pretende exigir de la otra el cumplimiento, o, en este caso, la resolución del contrato de compraventa sin ofrecer la realización de la suya, el demandado podrá oponer la referida excepción, como emblemática y epítome de dicha doctrina jurisprudencial se han de citar las SS de 16 de abril de 1991 y 30 de octubre de 1992». (STS de 24 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Don J. M. y la mercantil A demandan a 7 de los 87 trabajadores adjudicatarios de una finca industrial como consecuencia de un procedimiento seguido ante un Juzgado de lo Social. Los actores interesaban la resolución del compromiso privado suscrito con los referidos adjudicatarios para la venta (a los primeros) de la citada finca. El motivo era –decían– el incumplimiento de las obligaciones asumidas por éstos al haber vendido a un tercero la finca en cuestión. La sentencia de instancia apreció la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Apeló don J. M. y la Audiencia, rechazando la excepción anteriormente opuesta, entró en el fondo y desestimó la demanda en su integridad. Quedó probada la firma del acuerdo al que siguió la entrega por parte de don J. M. –en su propio nombre– de 25 millones de pesetas para garantizar que la compraventa se llevaría a efecto antes de determinada fecha con devolución de la cantidad entregada el día del otorgamiento de la escritura y pago íntegro del precio, o en caso de que la venta no tuviera lugar por causa no imputable a la parte compradora. Como datos fácticos inquestionables constaban también: 1) que la compraventa no se perfeccionó en el plazo previsto por carecer de numerario la sociedad compradora, y 2) que a la vista de lo anterior, los adjudicatarios

vendieron la finca a la sociedad B que inscribió su dominio en el Registro de la Propiedad. El Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación interpuesto por don J. M. (R. G. S.)

16. Contrato de compraventa: acción de cumplimiento (art. 1.124 CC). Incumplimiento esencial de la compradora: no se estima; mero retraso.—Es evidente que se ha producido un retraso en el cumplimiento, pero no puede considerarse como esencial porque no ha privado al acreedor de lo que podía esperar como consecuencia del contrato, puesto que, de acuerdo con lo que declara probado la sentencia recurrida, la obra estaba acabada en el momento de dictarse y el acreedor se había negado a recibirla, porque había interpuesto ya la demanda que da lugar al presente recurso de casación. Por ello, hay que entender que: a) la prestación es aun idónea para satisfacer los intereses del acreedor, que debe considerarlo así, cuando opta por el cumplimiento de acuerdo con el artículo 1124.II CC; b) no existe una voluntad incumplidora de los deudores que han ido superando los obstáculos presentados a la construcción del edificio, algunos de los cuales pueden ser imputadas al propio acreedor cuando aun era propietario de los terrenos, como la falta de licencia dada la diferencia entre el plan propuesto y el que era posible aprobar de acuerdo con las normas de edificación del Ayuntamiento de León y la existencia de un prisma de la Compañía Telefónica, que hubo de ser trasladado, lo que hubiera debido ser advertido por el vendedor, y c) el retraso debe poder justificar la resolución, lo que no ocurre en el presente caso. Además, el vendedor no ha alegado ninguna razón que permita entender que el plazo establecido era esencial en el contrato. Por tanto, la conclusión a que llega esta Sala es que habiendo incumplimiento que se manifiesta en la entrega tardía de lo pactado, no puede ser considerado como esencial, por lo que no es aplicable la regla del artículo 1124.II CC, que se ha denunciado como infringida. (STS de 17 de diciembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La entidad MODEL CASA, S.L. promovió la construcción de un edificio en un solar. El terreno fue adquirido a don Pedro Jesús. Respecto al precio se pacta una parte en metálico y otra mediante «entrega por los ahora compradores y los que de ellos traigan causa en su día al vendedor, de cuatro viviendas, diez plazas de garaje y cuatro trasteros y un local en el sótano del edificio que en su día se construya». La edificación sufre una serie de retrasos, debidos, fundamentalmente a dos causas: a) denegación de licencia por no ajustarse el proyecto al estudio de detalle del sector respecto al espacio de edificabilidad, y que fue subsanado y culminó con la obtención de la licencia en noviembre de 1998; y b) la necesidad de modificar el proyecto inicial debido a la existencia de una instalación de Telefónica. La obra concluye en diciembre de 2001, seis meses después de presentada demanda por don Pedro Jesús, que en aquel momento se niega a recibir las viviendas una vez concluidas. Don Pedro Jesús demandó a la comunidad de construcción y pidió el cumplimiento del contrato, en virtud del artículo 1124.I CC y una indemnización por el retraso y el deterioro de los materiales de la construcción. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Y la Audiencia Provincial rechaza la apelación. (S. M. S.)

17. Promesa de compra y venta. Retraso en el pago. Resolución del contrato.—Dado el diferente origen de las normas contenidas en los artículos 1100 y 1124 CC, la constitución de la mora no se entrecruza con la resolución y no debe impedirla. Ciertamente, el supuesto del cumplimiento tardío de la obligación no está contemplado directamente en el artículo 1124 CC, puesto que se requeriría que se hubiese constituido en mora al deudor, lo que no es suficiente.

Retraso en el pago. Interpretación del contrato. Incumplimiento de las obligaciones. Resolución del contrato.—Cuando el deudor no paga lo que debe y ha de ser constreñido para ello mediante un juicio ejecutivo, ya no nos encontramos ante el supuesto de la mora, sino ante un caso directo de incumplimiento, que además, debe ser considerado como esencial porque impide directamente la satisfacción del fin económico del contrato de compraventa, de modo que si el obligado no ha ejecutado en absoluto su prestación, en este caso, el pago del precio, y el plazo ha vencido, la resolución del contrato puede demandarse sin necesidad de constituir especialmente en mora al demandado. Ante un incumplimiento de este tipo, la jurisprudencia ha venido entendiendo, si bien no de una forma lineal, que los incumplimientos esenciales o sustanciales permiten la resolución del contrato o exigir el cumplimiento (art. 1124.II CC). Aunque una tendencia jurisprudencial haya exigido lo que se ha calificado como «voluntad deliberadamente rebelde del deudor», sentencias recientes han introducido criterios más matizados para determinar cuándo se produce un caso de incumplimiento, por el hecho de la frustración del fin del contrato, «sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando [...] que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte» (SSTS de 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 20 de septiembre y 31 de octubre de 2006, entre otras). Modernamente, los textos internacionales relativos a obligaciones y contratos han recogido una línea, fundada en el derecho inglés, que se resume diciendo que una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de las obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial (art. 7.3.1 de los Principios sobre los Contratos Comerciales internacionales, UNIDROIT), y se considera que es esencial si priva a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato, o bien, «si otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento efectivo de la otra». Este principio se repite en el artículo 8.101 (1) de los Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL), que en el artículo 8.103 recoge los supuestos del incumplimiento esencial, entre los cuales se encuentran los casos en que la estricta observancia de la obligación forma parte de la esencia del contrato, o bien si el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato. Reglas parecidas se encuentran en vigor en España a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 y ratificada por España en 1991; en su artículo 49.1, al tratar del incumplimiento del vendedor, se dice que se podrá resolver cuando esta conducta constituya «un incumplimiento esencial

del contrato» (SSTS de 5 de abril y 22 de diciembre de 2006). (**STS de 3 de diciembre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Las empresas V. y M. habían firmado un contrato calificado por ambas partes de compromiso de compra-venta en el que V. se obligaba a vender y M. a comprar toda la cosecha de uvas que producían anualmente las fincas de aquélla. Las relaciones entre las contratantes fueron deteriorándose debido a los problemas que hubo en la cosecha de 1993 (M. no pagó cuatro letras de cambio). Para asegurar el pago de la siguiente cosecha V. impuso la condición de que M. librase a la vendedora una letra a cuenta de liquidación final aceptada. M. se opuso, por lo que V. no entregó la cosecha en curso ni la siguiente, intentando resolver el contrato en el año 1995. M. no aceptó.

La demanda fue interpuesta por M., solicitándose el incumplimiento del contrato y pago de daños y perjuicios. La demandada se opuso entendiendo que ante la insolvencia del vendedor tuvo derecho a revender sus cosechas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda. Apelada la decisión por ambas partes, la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia declarando un retraso en el cumplimiento por parte de M. y un incumplimiento esencial del contrato por parte de V. Recurrida la sentencia por ambas, el Tribunal Supremo estimó el recurso presentado por V., entendiendo que la promesa de compra-venta celebrada entre las partes constituye una obligación sinalagmática, en cuyo caso el impago da lugar a un incumplimiento esencial del contrato. (*M. L. K.*)

18. Incumplimiento resolutorio. Excepción *non adimpleti contractus*.—Esta Sala había venido manteniendo que sólo existe incumplimiento resolutorio cuando concurre una voluntad deliberadamente rebelde del deudor (SSTS de 28 de febrero de 1980, 11 de octubre de 1982, 7 de febrero de 1983, 23 de septiembre de 1986, 18 de noviembre de 1994 y 5 de diciembre de 2002, entre muchas otras).

Algunas sentencias han introducido matizaciones en este criterio, presumiendo que la voluntad de incumplimiento se demuestra «por el hecho mismo de la ineffectividad del precio contraviniendo la obligación asumida» (STS de 19 de junio de 1985) o por la frustración del fin del contrato «sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren [...] las legítimas aspiraciones de la contraparte» (SSTS de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo y 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo y 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005 y 20 de septiembre de 2006, entre otras); exigiendo simplemente que la conducta del incumplidor sea grave (STS de 13 de mayo de 2004); o admitiendo el «incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida [...] la realización del fin del contrato, esto es, la completa y satisfactoria autorización [...] según los términos convenidos» (STS de 15 de octubre de 2002).

Esta tendencia, como declara la STS de 5 de abril de 2006, se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980 [...] cuyo artículo 25 califica como esencial el incumplimiento de un contrato (en virtud del cual el comprador podrá declarar resuelto el contrato: art. 49) diciendo que el «incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación». En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual «el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.»

El criterio recogido en una disposición internacional de carácter convencional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y reflejado también en un documento en que se formulan jurídicamente los principios que integran las *lex mercatoria* (ley comercial) comunes a los distintos ordenamientos, en cuanto reflejan y pretenden ordenar, con el propósito de elaborar normas uniformes, la práctica seguida en relaciones comerciales que superan el ámbito estatal, debe servirnos para integrar el artículo 1124 CC siguiendo el mandato de interpretarlo con arreglo a la realidad social del momento en que se aplica.

En suma, la jurisprudencia más reciente tiene declarado que el incumplimiento contractual que da lugar al ejercicio de la facultad resolutoria contemplada en el artículo 1124 CC debe ser esencial, intencional y que haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro de quien se comporta de ese modo, privando sustancialmente al contratante perjudicado de lo que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato (STS de 19 de mayo de 2008).

La aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* exige, de acuerdo con estos principios, que quien ejercite la acción resolutoria no esté en la misma situación de incumplimiento, salvo que sea consecuencia del previo incumplimiento del otro contratante (SSTS de 21 de octubre de 1994 y 7 de junio de 1995). En consecuencia, la excepción de contrato incumplido para oponerse a la facultad resolutoria ejercida por la contraparte en las obligaciones recíprocas, debe fundarse en un incumplimiento de relevancia suficiente para llevar consigo la frustración del interés de la contraparte en la celebración del contrato.

En el caso examinado se advierte que la sentencia de primera instancia, cuyos fundamentos se aceptan por la sentencia recurrida, afirma que «no habiendo negado su obligación de pago de la parte correspondiente a contribución y tasa de basuras, así como el consumo de agua caliente y resultando que de la certificación emitida por Caja A. no se han abonado las tasas correspondientes a los meses de octubre y diciembre de 2000, así como 5.000 pesetas del mes de mayo y 10.000 pesetas del mes de junio del mismo año, proce-

de acceder a la pretensión de la demandada reconviniente» y, por su parte, la sentencia recurrida, al no confirmar esta apreciación, acepta la alegación de la parte demandada en el sentido de que «la arrendataria no ha cumplido con su obligación contractual fundamental de pago».

De estos hechos [...] se infiere que el incumplimiento por parte de la arrendataria, que comprende varios meses de renta y las cantidades correspondientes a contribución, tasa de basuras y consumo de agua caliente por el período de un año de contrato, tiene suficiente entidad para ser considerado como un incumplimiento de sus obligaciones principales (pago de la renta y cantidades pactadas) suficientemente relevante en la economía del contrato para el arrendador, cuyo interés en obtener lo que tenía derecho a esperar se ve frustrado cuando se produce un impago, aunque no sea total, de la renta y cantidades pactadas, que en este caso [...] la demandante ha reconocido no haber satisfecho; teniendo en cuenta que en el caso examinado el incumplimiento se mantiene a lo largo del tiempo y no permite por ello esperar razonablemente un cumplimiento futuro. (ST^S de 30 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Tras la denegación de la prórroga del contrato de alquiler de una vivienda por necesidad del propietario, la arrendataria lo demanda por tratarse, a su juicio, de una denegación indebida ya que la vivienda fue ocupada por una nieta del arrendador. Éste reconvinó solicitando determinados gastos pendientes de pago que la inquilina se había comprometido a satisfacer. Las pretensiones de la arrendataria fueron rechazadas en ambas instancias estimándose, en cambio, el derecho del arrendador-propietario al cobro de las sumas adeudadas. La Audiencia fundó su decisión en que la opción que la LAU concede al arrendatario en su artículo 9.3 es análoga a la que el Código civil contempla en su artículo 1124 al exigir, en todo caso, el previo cumplimiento de aquello a que se estuviera obligado. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por la arrendataria. (R. G. S.)

19. La iliquidez de la deuda y la determinación de la cantidad exigible son conceptos técnicamente distintos.—[...] en puridad no hay iliquidez de la deuda, pues la actora reclama la cantidad que resulta de la liquidación del saldo de la cuenta corriente abierta en su día por aquél de quien trae causa la parte recurrente, siendo conceptos técnicamente diferentes la iliquidez de la deuda y la determinación de la cantidad exigible, concretada tras el resultado de la prueba practicada en el proceso.

Paso del criterio *in illiquidis non fit mora* a la valoración de la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama.—Si bien es cierto que la jurisprudencia, en aplicación de la regla *in illiquidis non fit mora*, mandaba desestimar la pretensión de condena del deudor a pagar los intereses de demora (arts. 1100 y 1108 CC) cuando la sentencia que ponía fin al proceso declaraba que la deuda que los podía generar era inferior a la reclamada en la demanda, considerando, por lo tanto que la discrepancia de las partes sobre la cuantía del *debitum* convertía en necesario un proceso para liquidarlo y, por ello, en ilíquida la deuda hasta la sentencia, no es menos cierto que dicho criterio fue paulatinamente abandonado para dar paso a otro conforme al cual se rechaza todo automatismo en la apli-

cación del brocardo de continua referencia, centrándose en la valoración de la razonabilidad de la oposición al deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama. Las razones que abonan semejante cambio de orientación jurisprudencial son de diverso orden, y van desde la función resarcitoria de la tardanza que cumplen las condenas al pago de los intereses moratorios, unida a la natural productividad del dinero, hasta la constatación de la existencia de diversidad de grados de indeterminación de las deudas, y la progresiva revisión de los criterios de imputación al deudor del retraso en el cumplimiento, basados tradicionalmente en la idea de culpa –que había sido negada respecto de quien ignoraba lo que realmente debía: *non potest improbus viteri, qui ignorat quantum solvere debeat*, Digesto 50.17.99–, pasando por la comprobación empírica de que los indicados criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor, al que, según recuerdan las SS de 9 de febrero y de 2 de julio de 2007 –con cita de otras anteriores– le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada.

Esta nueva orientación jurisprudencial se recoge, entre las más recientes, en la S de 19 de mayo de 2008, en la que destaca el sometimiento de la regla *in illiquidis non fit mora* al canon de razonabilidad en la oposición para decidir acerca de la procedencia de condenar o no al pago de intereses y para la concreción del término inicial del cómputo del devengo. Tal como precisa dicha S, recogiendo los términos de la de 16 de noviembre de 2007, este moderno criterio 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, tomando como pautas de razonabilidad 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 las demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación de las circunstancias del caso enjuiciado.

De todo lo anterior resulta que, incluso examinada la pretensión de condena al pago de los intereses desde la perspectiva de la aplicación de la regla *in illiquidis non fit mora*, ésta debe ser considerada procedente [...]. **(STS de 11 de septiembre de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.–El Juzgado estimó en parte la demanda por la que Unicaja reclamaba a la herencia yacente de D. A. determinada cantidad –el saldo deudor que arrojaba la cuenta abierta en una de las oficinas de la entidad– más el interés pactado de dicha suma desde la interposición de la demanda. La Audiencia desestimó el recurso de apelación promovido por la representación de la herencia yacente de D. A., representación que interpuso finalmente recurso de casación. El único motivo del recurso se concretaba en la infracción por aplicación indebida de los artículos 1100, 1101 y 1108 del Código civil en relación con la regla *in illiquidis non fit mora* arguyendo que, al haberse condenado a una cantidad inferior a la solicitada en la demanda, resultaba improcedente la condena al pago de intereses, por ser ilíquida la cantidad reclamada, y por no incurrir el deudor en mora sino a partir del momento en que se fija la cantidad debida por sentencia firme. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (R. G. S.)

20. Cláusula penal. Moderación de la pena: artículo 1154 CC; procedencia.—El desistimiento del que se trata en el caso hay que entenderlo producido no *ad nutum* o por libérrima decisión, sino por concurrir una justa causa o causa relevante. Esto es, por tratarse de una denuncia justificada —supuesto al que, con distintas denominaciones, se refieren algunos textos legales, como los arts. 1707, 1736, 1737, 1749 y 1776 CC. Las partes pactaron una sanción para el caso de que HNPSAS renunciara anticipadamente al contrato, al modo de una especie de «dinero de arrepentimiento», y, por tanto, de todas las obligaciones nacidas a su cargo. El Tribunal de apelación moderó esa sanción económica por considerar que la causa de extinción del vínculo no había sido la prevista por las partes —denuncia *ad nutum*— sino otra del mismo género, pero de especie cualitativa distinta —la denuncia con justa causa—. Tal conclusión obtenida por analogía, no es contraria al sentido que la jurisprudencia respetuosa con la voluntad presunta de los contratantes, atribuye a la norma del artículo 1154 CC.

Excepción de contrato incumplido: artículo 1124 CC; sólo faculta al deudor para oponer una negativa meramente provisional que neutralice temporalmente la exigibilidad del derecho de la otra parte.—Facultad reconocida a la parte que debe cumplir simultáneamente o con posterioridad a hacerlo la otra, de suspender el pago —en todo o en parte, según sea razonable— hasta que la misma le haya hecho una oferta seria de cumplir o haya efectivamente cumplido, no se regula expresamente en nuestro Código civil, si bien diversos preceptos en él contenidos efectúan aplicaciones concretas de la misma —arts. 1308, 1466, 1467, 1500 y 1502 y la jurisprudencia ha admitido dicha excepción en sus dos manifestaciones (arts. 1100 y 1124 CC). Sin embargo, no produce la consecuencia de liberar de modo definitivo al deudor al que se reclama el cumplimiento, sino que sólo le faculta para oponer una negativa meramente provisional que neutralice temporalmente la exigibilidad del derecho de la otra parte de la relación, condicionándola sucesivamente al cumplimiento previo o simultáneo de la obligación recíproca. Por ello, no tiene aplicación cuando el sinalagma funcional derivado del contrato ha quedado extinguido, lo que no es incompatible con que las prestaciones restitutorias postcontractuales o propias de la liquidación del contrato se rijan por la misma regla: artículo 1308 CC ya que, en tal caso, lo que procede es liquidar definitivamente la relación. (STS de 12 de diciembre de 2008; no ha lugar). [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—HNPSAS es propietaria de un edificio compuesto de locales comerciales, oficinas y aparcamientos. Concluye contrato con CCCSA, en virtud del cual la segunda quedó obligada a administrar el inmueble con el máximo rendimiento económico. La gestión se convino que alcanzara a los contratos de arrendamiento, facturación, cobro de rentas, limpieza, seguridad y mantenimiento del conjunto, así como régimen de horario de los establecimientos, elaboración de presupuestos de cargas comunes, asesoramiento comercial... Según las cláusulas 3.^a y 4.^a del contrato CCCSA quedó obligada, en caso de que los beneficios anuales fueran inferiores a los previstos en forma, a pagar a la propietaria un tanto por ciento de la diferencia. En la cláusula 10.^a, las partes convinieron que si HNPSAS renuncia anticipadamente al presente contrato, CCCSA tendrá derecho a una indemnización por todos los conceptos equivalente a la cuantía fija total del año en curso. HNPSAS interpone dos demandas que se acu-

mulan contra su contraparte. En la primera reclamaba el pago de la suma a su cargo como consecuencia de no haber obtenido en uno de los ejercicios anuales el beneficio previsto. En la segunda, interpuesta meses después, ante el afirmado incumplimiento por la demandada, solicitaba que se condenase a la misma a pagarle la suma que al margen de la reclamada en la otra demanda resultara de la liquidación procedente, con inclusión de la derivada de que tampoco se hubieran alcanzado los beneficios previstos con la gestión en el ejercicio anual siguiente al contemplado en el primer proceso. La demandada, en reconvencción, alegó que la relación contractual había quedado extinguida no por resolución, sino por denuncia de la propietaria. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte las demandas y la reconvencción. La Audiencia confirmó la decisión recurrida. (S. M. S.)

21. Cláusula penal moratoria: inaplicabilidad del artículo 1154 CC.—La Sala Primera del Tribunal Supremo reitera en esta sentencia la doctrina jurisprudencial (recogida, entre otras, en las SSTs de 29 de noviembre de 1997, 27 de febrero de 2002 y 25 de enero de 2008) según la cual el artículo 1154 CC, que reconoce la facultad de los tribunales de moderar la cuantía la cláusula penal, no es aplicable a las cláusulas penales moratorias. Este tipo de cláusulas se caracterizan porque se pactan exclusivamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la obligación y, a juicio del Tribunal Supremo, en estos casos el mero retraso en el cumplimiento de la obligación es incompatible con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicas hipótesis en las que se reconoce a los tribunales, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 1154 CC, la facultad de moderar la cuantía de la cláusula penal. (STS de 16 de octubre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El Ayuntamiento de V. interpone una demanda contra C. y la entidad mercantil HP, S. L., ejercitando dos acciones: por una parte, una acción de recuperación de la posesión de una concreta finca (dicha finca es propiedad de la parte demandante y ha expirado el plazo pactado para su devolución en un contrato transaccional); y, por otra, una acción de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la obligación de desalojo en la fecha convenida (conforme a lo dispuesto en la cláusula penal pactada en el citado pacto transaccional para el caso de incumplimiento de la obligación de entrega).

El demandado C. se opuso a la demanda alegando que no tenía relación contractual alguna con el Ayuntamiento de V. (realizó una subrogación a favor de la empresa HP, S. L.). Por su parte, la entidad codemandada HP, S. L., también se opone a la demanda y afirma que su actuación es correcta, pues existe un incumplimiento previo por parte del Ayuntamiento de V.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda respecto del demandado C. y la estima respecto de las pretensiones planteadas contra la entidad mercantil HP, S. L. La Audiencia Provincial estima parcialmente los recursos de apelación interpuestos por los codemandados. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de V. (M. J. P. G.)

22. Rescisión de donación por fraude de acreedores. Requisitos.—La Audiencia Provincial ha hecho recaer el peso de la denegación de la improcedencia de la acción rescisoria sobre la base de que en el momento en el que se realizó la donación (13 de febrero de 1992) Felipe, el fiador solidario, no era deudor pues el vencimiento de la primera letra impagada fue en 1993, tal es la *ratio decidendi*. La Sala de apelación, aparte de que despacha el rechazo de la acción rescisoria con razonamiento parco, que orilla aspectos importantes en el tratamiento de la cuestión, acude a un criterio puramente cronológico sobre la preexistencia del crédito al interpretar el artículo 643.2.º CC, criterio que no se compadece con la doctrina seguida por esta Sala, que lejos de propugnar un automatismo radical en cuanto al tiempo de exigibilidad del crédito acude a criterios de razonabilidad y flexibilidad, y así, en S de 19 de junio de 2007, declara, con cita de la S de 17 de julio de 2006, que, respecto de la existencia del crédito, esta Sala ha repetido en diversas resoluciones, entre ellas, la de 5 de mayo de 1997, y reiterada en las SS de 11 de octubre y 28 de diciembre de 2001 y 21 de enero de 2005, que este requisito ha de entenderse en términos generales, y se hace preciso que se estudie cada caso en sus particularidades, especialmente cuando la intención defraudatoria resulta bien manifiesta, como en el supuesto de venir demandada por la próxima y segura existencia posterior del crédito a lo que cabe añadir cuando ocurre que se tiene pleno conocimiento de la existencia de débitos tributarios o, como afirma la S de 28 de diciembre de 2001, que cabe aplicar la acción pauliana a créditos existentes, pero no exigibles al tiempo de la enajenación fraudulenta, o incluso a los de próxima y segura o muy probable existencia, añadiendo que es concebible la rescisión del negocio jurídico fraudulento cuando este se hace en la previsión de lo que va a suceder en el futuro, aun cuando en el momento de su celebración no exista una efectiva situación de insolvencia en el deudor. También se cumplen el resto de requisitos de la acción rescisoria, respecto de los cuales declara la ya citada S de 19 de junio de 2007 que son: A. La existencia de un crédito anterior a favor del accionante y en contra del que enajena la cosa, requisito cuya efectiva concurrencia ya ha quedado examinada. B. La realización de un acto en virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena, consistente, en el presente caso, en la donación de los inmuebles otorgados a favor del hijo por el deudor solidario y su esposa en escritura de 13 de febrero de 1992. C. El propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor, que goza de la presunción legal establecida en los artículos 643.2.º y 1297, primer párrafo, CC que además, en el presente resulta fácilmente inferible de las circunstancias, máxime cuando, independientemente de la claridad del presente supuesto, no es precisa siquiera una intención directa de causar daño al acreedor sino que basta con la simple conciencia de causarlo. D. La ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor. (STS de 12 de noviembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El BCH, S. A. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Vigo contra don Felipe, su esposa, doña Daniela y contra su hijo, don Silvio, solicitando que se declarase la rescisión de una donación por fraude de acreedores y, subsidiariamente, se condenase a los demandados, con carácter solidario, a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Pontevedra la revocó, al considerar que cuando se hizo la donación no existía una efectiva situación de insolvencia por parte de los donantes. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo al apreciar la concurrencia de todos los requisitos de la acción rescisoria. (A. S. C.)

23. Cesión de créditos. Significado de la cláusula «salvo buen fin».-

La STS de 11 de febrero de 2003 (recurso 2105/97) declara que la circunstancia de que el riesgo sea a cargo del cedente en absoluto desnaturaliza la cesión, al ser materia disponible por las partes, así como que «cuando se asume la función de financiación, pero sin concurrencia de la de garantía, las cesiones efectuadas en virtud del contrato de *factoring* se estiman como plenas en atención a los artículos 1529 CC y 348 CCO, que caracterizan la asunción del riesgo de insolvencia por el cesionario como materia dispositiva y, por consiguiente, entregada a la autonomía de la voluntad, y sin influencia sobre la naturaleza jurídica de la operación». De ahí que, «en definitiva, excepto si la cesión de un determinado crédito se realizó a los exclusivos efectos de su cobro, todas las cesiones de crédito que provienen de un contrato de *factoring* originan plenos efectos traslativos de la titularidad de los créditos cedidos». Y más recientemente la S de 6 de noviembre de 2006 (recurso 3459/99) declara que la reserva «salvo buen fin» no significa que el crédito no haya sido transmitido «sino que lo ha sido condicionado resolutoriamente, por una parte, a su existencia y validez, y por otra, a su destino al pago de los préstamos que la cesión tiene por objeto».

Artículo 1164 CC. Acreedor que está en posesión del crédito: interpretación doctrinal y jurisprudencial. Buena fe del deudor y omisión de una total diligencia—El precepto citado libera al deudor que de buena fe pagase al que estuviera en posesión del crédito; esta última locución ha sido entendida por la doctrina científica y la jurisprudencia como acreedor adecuada y razonablemente aparente, dotado de una apariencia «objetivamente verosímil» (SSTS de 17 de octubre de 1998 y 22 de febrero de 1988, entre otras).

Por otro lado, la omisión de una total diligencia no tiene por qué excluir la buena fe de quien se libera pagando al acreedor aparente conforme al artículo 1164 CC. La falta de diligencia no se traduce en un segundo pago de su misma deuda sino, si acaso, en una acción indemnizatoria contra el deudor cedido, ejercitada por parte de quien demuestre haber sido efectivamente perjudicado por ese pago.

Artículo 878 CCO.—El precepto citado, vigente cuando sucedieron los hechos enjuiciados, establecía inequívocamente la nulidad de los actos posteriores en unos días al determinado judicialmente para retrotraer los efectos de la quiebra. (STS de 5 de noviembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Los sujetos que intervienen en los antecedentes de hecho del presente litigio son: TVG (deudora), la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (acredora aparente; en adelante AEAT), C.T. (acredora de TVG y deudora del Banco B.), el Banco B. (acredor de C.T.) y E. (avalista de C.T.). C.T., B. y E. forman parte del mismo grupo de sociedades.

Se producen dos cesiones: (1) C.T. cede los créditos frente a TVG a B.; el cesionario acepta la cesión mediante la frase «salvo buen fin»; (2) B. cede a E. esos mismo créditos a E., tras haberle pagado ésta la deuda de C.T., que había sido declarada en quiebra.

La demandante en el presente proceso y recurrente en casación es E., que dirige su demanda frente a TVG.

La cuestión jurídica que se plantea en casación consiste en dilucidar si la demandada TVG está obligada o no a pagar otra vez el importe de las dos facturas giradas contra ella por la empresa C.T. pese a haber transferido en su día el importe de esas mismas facturas a la AEAT, que la había requerido para que retuviera y entregara a la Unidad de Recaudación cuantas cantidades debiera satisfacer a C.T. La demanda proviene de E., esto es, de quien en origen no era cesionario de los créditos representados por tales facturas frente al deudor cedido (TVG) sino garante del cedente (C.T.) frente al cesionario (B.) para el caso de que el deudor cedido (TVG) no llegara a pagárselo a dicho cesionario por la razón que fuera («salvo buen fin»).

El Tribunal Supremo incluye el presente caso en aquellos que la jurisprudencia califica de «mala práctica bancaria consistente en acudir a la figura de la cesión de créditos para situarse al margen y por encima del sistema legal de concurrencia y prelación de créditos». Los datos de hecho que le conducen a dicha conclusión son los siguientes: (a) unos meses después de la cesión de las facturas litigiosas se declaró la quiebra de C.T. a instancia de ella misma; (b) judicialmente se acordó retrotraer los efectos de la declaración de quiebra a unos días antes de las cesiones respectivas; (c) cuando se celebró el contrato de crédito entre C. y B., afianzado por E., ya se habían embargado por la AEAT los derechos de crédito de C. frente a TVG.

El Alto Tribunal desestima el recurso de casación porque, a pesar de no compartir el razonamiento de la sentencia de instancia, considera que el fallo debe ser mantenido por otras razones. En concreto, además de la aplicación de los artículos 1164 CC y 878 CCO en el sentido indicado más arriba, el Tribunal Supremo considera jurídicamente inadmisibles que el deudor cedido (TVG) siga obligado pese a haber pagado ya su deuda; que el cesionario (B.) se haya resarcido del fiador (E.) del cedente (C.T.) y que dicho garante se resarza a su vez, no de su afianzado, sino de quien ya pagó a un acreedor aparente. (*B. F. G.*)

24. Contrato de compraventa sometido a condición suspensiva. Destrucción parcial de la cosa por incendio: efectos.—Invalidado un contrato de compraventa que se ha comenzado a ejecutar, como es el caso, aunque no llegara a consumarse por la entrega instrumental dada la imposibilidad de cumplimiento de la condición, procede, en su caso, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1307 CC, pues su aplicación constituye una consecuencia ineludible de la invalidez contractual declarada. Respecto de la cuestión de la existencia de culpa en el obligado a restituir si la pérdida de la cosa se produce estando en su poder, nada prevé el artículo 1307 CC. Lo cierto es que cuando se produjo el incendio la entidad compradora tenía la cosa en su poder, siendo

evidente que estaba obligada a la devolución de la misma si no se cumplía la condición de otorgamiento de la licencia, y, en tal medida, siendo deudora de la parte vendedora en virtud de las obligaciones asumidas respecto a ésta, debe aplicarse el artículo 1183 CC, en el que se prevé que siempre que la cosa se haya perdido en poder del deudor se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, de modo que correspondía al comprador la prueba de que el incendio se debió a un caso fortuito, lo que en modo alguno ha quedado acreditado. En tal sentido, se pronunció esta Sala en S de 20 de diciembre de 2004, en la que se dice que «es cierto que la concurrencia de caso fortuito exime en ciertos casos de responsabilidad, pero para que tal cosa suceda se hace preciso que la prueba del mismo sea aportada por aquél en cuyo poder se perdió la cosa que debía ser entregada», así como que «ya en tema de daños causados por incendio, es doctrina consolidada la de que, ocurrido tal evento en el círculo de la actividad empresarial de una persona, sometido al control y vigilancia de la misma, le incumbe a ella para exonerarse de responsabilidad la prueba de un suceso extraño a su empresa como causa del siniestro (SS de 22 de mayo de 1999, 31 de enero de 2000 y 27 de febrero de 2003)», ello teniendo en cuenta que, como la propia recurrente reconoce en su contestación a la demanda, había entrado en la posesión de uso del negocio de bar ya desde diciembre de 1999. **(STS de 4 de diciembre de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—D.^a M.^a Inmaculada y D.^a Lidia concluyen contrato de compraventa con PSL, por el que se obligan a transmitir la propiedad de una finca, en parte edificada, en parte sin edificar. La compradora paga parte del precio, acordando compradora y vendedoras que el resto se abonaría al otorgamiento por las vendedoras de la correspondiente escritura pública. En dicho contrato se hace constar que los compradores tenían la finca bajo su posesión. Pero para la efectividad de las obligaciones asumidas se fijaba la condición de que se otorgara licencia de explotación del negocio de hostelería instalado en la finca vendida; la parte vendedora entregaba ya la posesión de la misma a la compradora, para que ésta llevara a cabo la referida actividad hostelera, pero el otorgamiento de la escritura y la entrega del precio restante quedaban a la espera de la concesión administrativa. Antes de que fuera conseguida la licencia, se produce un incendio que destruye la finca. Las vendedoras mandan a la compradora solicitando que se declare perfeccionado el contrato de compraventa y el abono del precio convenido, además de los gastos de reforma del bar, proyecto de insonorización e instalación para extracción y ventilación del bar, andamios y vallado. El Juzgado de primera instancia desestima la demanda y estima la reconvenzional. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación. (S. M. S.)

25. Presupuestos que posibilitan la facultad del comprador de suspender el pago del precio: interpretación del artículo 1502 CC.—Sostiene en esta sentencia el Alto Tribunal que pese a que los presupuestos que activan el artículo 1502 CC han de ser interpretados de forma restrictiva, ello no justifica la exclusión de su ámbito de aplicación de aquéllos supuestos en los

que el temor fundado a ser perturbado en el dominio de la cosa adquirida deriva de acciones cuyas consecuencias son idénticas a las de la acción reivindicatoria. Tal es el caso de la existencia de una acción de nulidad de la donación de la que trae causa el título de propiedad del vendedor, siempre que el vendedor no haya presentado garantías de devolución del precio y que no exista pacto alguno que, ante tales circunstancias, obligue al pago. (**STS de 19 de noviembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don J. vendió una finca rústica a don P. en documento privado, con conocimiento de que sus padres habían formulado contra él demanda de nulidad de la donación que constituía su título de propiedad, y sobre la cual constaba anotación preventiva en el Registro de la Propiedad. Cuando don P. tiene conocimiento de tal circunstancia se niega a pagar la parte del precio que todavía adeudaba, asumiendo, eso sí, el pago del crédito hipotecario en el que se había subrogado y requiriendo a don J. para que afianzase la devolución del precio. Don J. hace caso omiso a los requerimientos de don P. y le demanda ante la falta de pago.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y acoge las pretensiones de don P., estimando, tal y como alegaba la parte demandada, la existencia de un temor fundado a ser perturbado en el dominio de la cosa adquirida, dado que el litigio sobre la nulidad de la donación no estaba aún resuelto en sentencia firme. El demandante recurre ante la Audiencia Provincial, la cual desestima el recurso ratificando la sentencia de instancia. Por último, don J. interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo alegando infracción en la interpretación del artículo 1502 CC. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*P. M. G.—F.*)

26. Venta a plazos de bienes muebles: resolución del contrato e indemnización por el deterioro.—En el artículo 11 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles se prevé que dentro de las partidas indemnizatorias a las que el comprador tiene derecho una vez se lleva a cabo la resolución del contrato, el vendedor puede deducir aquellas partidas correspondientes a la tenencia, a la depreciación y al deterioro de la cosa vendida (SSTS de 7 de julio de 1987 y 30 de octubre de 1997). Eso sí, en virtud de una interpretación integradora del apartado tercero del citado artículo 11, sólo se hace responsable al comprador de los menoscabos o deterioros en la cosa que supongan la pérdida de la aptitud física o funcional que ésta tuviera al tiempo de su adquisición, no comprendiendo los que sean consecuencia de situaciones ajenas, como la necesidad de adaptación a una normativa posterior a su venta. La función de la indemnización por deterioro es sancionatoria, por lo que es preciso que el comprador sea responsable de su causación. Por ello, el simple deterioro del objeto por cualquier causa no implica necesariamente que el vendedor se convierta de forma automática en acreedor de la indemnización, puesto que junto a la prueba del menoscabo se debe constatar la imputabilidad del mismo al comprador.

A su vez, la resolución no es una consecuencia automática del incumplimiento en estos casos. El vendedor puede libremente optar entre el cumplimiento o la resolución cuando se produzca el impago por parte del comprador.

De modo que, si existe un deterioro de las cosas no imputable al comprador que implique un coste elevado de recuperación, el vendedor puede optar por exigir el cumplimiento, ya que si resuelve le corresponderá a él la realización de los gastos necesarios para poder comercializar lo vendido. (**STS de 3 de octubre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—M., S.P.A., como vendedora, formula demanda contra A.C.G., S.A. por el impago del precio estipulado en dos contratos para la adquisición de sendas máquinas cosedoras automáticas de libros. En su demanda solicita la resolución de los contratos, la recuperación definitiva de la maquinaria y la indemnización por su deterioro.

El Juzgado de Primera Instancia acoge la pretensión resolutoria por quedar acreditado el impago, pero rechaza la indemnización por deterioro por no quedar ésta probada. La actora interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial, lo desestima y confirma íntegramente la resolución de primer grado, en primer lugar, porque cuando se restituyó la maquinaria, ésta se encontraba en funcionamiento y, en segundo lugar, porque las reparaciones estimadas como necesarias por el perito no traen causa de la conducta del comprador, sino del deber de adaptar dicha maquinaria a las exigencias impuestas por una normativa posterior al año de su fabricación y venta. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución recurrida. (*S. E. M.*)

27. Contrato de arrendamiento urbano. Demanda de resolución del contrato por realización de obras inconcensadas que modifican la configuración del edificio: no se aprecia.—La configuración es un concepto indeterminado, circunstancial y contingente que el Tribunal califica en atención a las particularidades en el objeto arrendado, dando lugar a un casuismo jurisprudencial muy ajustado al supuesto concreto. En el caso objeto de recurso, se descarta que las obras realizadas hayan modificado la configuración de la casa objeto de arriendo y lo hace a partir de la consideración de que todas ellas eran urgentes y beneficiosas para la construcción debido al mal estado de la cubierta que podía incluso caerse; de que la madera estaba podrida y las tejas rotas, por lo que se sustituyeron por otras nuevas de similares características y forma, respetando las maderas estructurales viejas que forman las aguas o vertientes de los faldones de la cubierta, por estar en buen estado, haciéndolo sin aumentar el volumen de la edificación y sin variar el ángulo de inclinación del tejado, «manteniendo la misma tipología y estructura». Es cierto que se introdujo un elemento nuevo, como es la Uralita colocada debajo de la teja, pero este elemento, tal como se ha dispuesto, tampoco lo tiene en cuenta la sentencia puesto que no altera la disposición y estructura de la edificación ni afecta a la peculiaridad física de la cubierta. (El Tribunal Supremo cita, además, como jurisprudencia concordante sobre la interpretación del art. 114.7 LAU/1964 las SS de 4 de julio de 1970, 30 de enero de 1991, 23 de mayo de 1967, 6 de marzo de 1974, 2 de abril y 23 de noviembre de 1974). (**STS de 18 de diciembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El inquilino de una vivienda, sin consentimiento del arrendador coloca Uralita debajo de la teja. El arrendador

demanda resolución del contrato en virtud del artículo 114.7 LAU, por tratarse de obras incontinentadas que modifican la configuración del edificio. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación.

NOTA.—Las referencias que se hacen a la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) se refieren a la (ya derogada) LAU de 24 de diciembre de 1964, aplicable al arrendamiento enjuiciado. (S. M. S.)

28. El impago del IBI es asimilable al impago de la renta a efectos de la resolución de un arrendamiento concertado al amparo de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.—Partiendo de la celebración de un contrato de arrendamiento con fecha de 1 de agosto de 1971, la legislación aplicable, según la DT 2.ª A) apartado primero de la LAU de 1994, es la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. En relación con la cuestión jurídica planteada por el recurrente, esto es, si el IBI es cantidad asimilada a renta a los efectos del artículo 114.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse mediante la S de Pleno de 12 de enero de 2007 en el siguiente sentido: «Declarar como doctrina jurisprudencial que el impago por el arrendatario del Impuesto de Bienes Inmuebles, en arrendamientos de vivienda vigentes en el momento de la entrada en vigor de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, ha de considerarse como causa de resolución comprendida en el artículo 114-4.ª del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964». La fundamentación jurídica de esta afirmación se contiene en el FD 3.º de dicha resolución que señala: «Cuando la causa 1.ª del artículo 114 se refiere a cantidades asimiladas a la renta está aludiendo a aquéllas cuyo pago ha de asumir el arrendatario por mandato legal, empleando una fórmula abierta que ha de ser completada con las que en cada momento establezca la legislación aplicable. Si bajo la vigencia del texto refundido de 1964 eran, en determinados supuestos, las correspondientes a diferencias en el coste de servicios y suministros y las derivadas de la repercusión del importe de las obras realizadas por el arrendador, ahora la consideración del texto de la nueva Ley lleva a estimar que esta nueva obligación del arrendatario de satisfacer el importe del IBI ha de merecer igual consideración, de forma que su impago —en cuanto supone el incumplimiento de una obligación dineraria añadida a la esencial del abono de la renta— faculta al arrendador para instar la resolución del contrato. Lo contrario supondría forzar a dicho arrendador a emprender anualmente el ejercicio de una acción de reclamación contra el arrendatario incumplidor de una obligación de periodicidad anual de la que ha de responder mientras el contrato esté vigente, cuyo carácter periódico comporta su necesaria asimilación a estos efectos a la obligación, también periódica, de pago de la renta. Por otro lado, la interpretación de las normas conforme a su espíritu y finalidad (art. 3 CC) lleva también a considerar que la causa resolutoria del artículo 114-1.ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 ha de comprender actualmente el impago por parte del arrendatario del impuesto de bienes inmuebles, en tanto dicha norma tiende a proteger al arrendador frente a los incumplimientos del arrendatario respecto de obligaciones de inexcusable incumplimiento, como es ésta, y carecería de sentido estimar que, impuesta dicha obligación respecto de los contratos de arrendamiento de vivienda concertados tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, con efectos resolutorios por su incumplimiento

[art. 27.2 a)], y extendida tal obligación del arrendatario igualmente a los contratos anteriores regidos por la Ley de 1964, opere la resolución para los primeros –en cuanto a los que el legislador dispensa una menor protección– y no respecto de los segundos amparados por un derecho de prórroga indefinido, en los que la máxima protección concedida al arrendatario ha de verse correspondida por un escrupuloso cumplimiento de sus obligaciones. **(STS de 26 de septiembre de 2008; no ha lugar.)** [Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.–El recurso de casación dimana de un juicio verbal de desahucio en ejercicio de acción de resolución de un contrato de arrendamiento por impago del impuesto de bienes inmuebles (IBI). La actora alegó que dicha cantidad había sido reconocida en juicio verbal de determinación de rentas. La demandada adujo que no se le había hecho llegar el recibo y la improcedencia de la acción de desahucio en cuanto el IBI no era asimilable a la renta. La sentencia del Juzgado estimó la demanda y la de la Audiencia la confirmó. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (R. G. S.)

29. Contrato de arrendamiento. Pago del IBI como cantidad asimilada a renta a efectos de resolución por impago.–Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión planteada mediante S de Pleno de 12 de enero de 2007, declarando como doctrina jurisprudencial que el impago por el arrendatario del impuesto de bienes inmuebles (IBI), en arrendamientos de vivienda vigentes en el momento de la entrada en vigor de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, ha de considerarse como causa de resolución comprendida en el artículo 114-1.^a del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Cuando la causa 1.^a del artículo 114 se refiere a cantidades asimiladas a la renta está aludiendo a aquéllas cuyo pago ha de asumir el arrendatario por mandato legal, empleando una fórmula abierta que ha de ser completada con las que en cada momento establezca la legislación aplicable. Si bajo la vigencia del texto refundido de 1964 eran, en determinados supuestos, las correspondientes a diferencias en el coste de servicios y suministros y las derivadas de la repercusión del importe de las obras realizadas por el arrendador, ahora la consideración del texto de la nueva Ley lleva a estimar que esta nueva obligación del arrendatario de satisfacer el importe del IBI ha de merecer igual consideración, de forma que su impago –en cuanto supone el incumplimiento de una obligación dineraria añadida a la esencial de abono de la renta– faculta al arrendador para instar la resolución del contrato. Por otro lado, la interpretación de las normas conforme a su espíritu y finalidad (art. 3 CC) lleva también a considerar que la causa resolutoria del artículo 114-1.^a de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 ha de comprender actualmente el impago por parte del arrendatario del impuesto de bienes inmuebles, en tanto dicha norma tiende a proteger al arrendador frente a los incumplimientos del arrendatario respecto de obligaciones de inexcusable cumplimiento, como es ésta, y carecería de sentido estimar que, impuesta dicha obligación respecto de los contratos de arrendamiento de vivienda concertados tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, con efectos resolutorios por su incumplimiento [art. 27.2 a)], y extendida tal obligación del arrendatario

igualmente a los contratos anteriores regidos por la Ley de 1964, opere la resolución para los primeros –en cuanto a los que el legislador dispensa una menor protección– y no respecto de los segundos amparados por un derecho de prórroga indefinido, en los que la máxima protección concedida al arrendatario ha de verse correspondida por un escrupuloso cumplimiento de sus obligaciones. (STS de 7 de noviembre de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.–Doña Celestina ejercita contra su arrendataria, doña Marina, acumuladamente, acción de resolución de contrato de arrendamiento por impago de las cinco últimas mensualidades del IBI y reclamación de las cantidades debidas en tales conceptos. La sentencia de primera instancia estima íntegramente la demanda. La sentencia es recurrida por ambas partes en apelación y la Audiencia revoca parcialmente la sentencia, considerando que el impago del IBI no puede determinar causa de desahucio, aunque mantiene la condena al pago de las cantidades debidas. La parte demandante interpone recurso de casación. (S. M. S.)

30. Contrato de obra. Vicios ruinógenos. Responsabilidad solidaria del promotor con los técnicos de la obra, aun cuando los daños sean causalmente imputables a éstos: atribución legal al promotor de la condición de garante de la calidad de la obra realizada.–Es hecho probado de la sentencia que el recurrente en casación fue promotor de la edificación y en tal concepto viene obligado a la reparación de los defectos reseñados de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial expresiva de que no obsta a la responsabilidad del promotor que también pudiera ser imputada a los técnicos intervinientes en la obra y la solidaridad en estos casos ha sido declarada con la misma reiteración por la jurisprudencia en el sentido de hacerle responsable junto con los demás agentes de la construcción (SSTS de 29 de noviembre 2004 y 24 de mayo de 2007), en cuanto viene a hacer suyos los trabajos realizados por personas a las que ha elegido y confiado, y su obligación de entrega, caso de que tengan vicios incursos en el artículo 1591, la ha cumplido de modo irregular, defectuoso, de tal forma que no puede quedar liberado alegando la responsabilidad de terceros ligados con él mediante los oportunos contratos (STS de 12 de marzo de 1999)... La responsabilidad de los promotores no es por tanto por culpa extracontractual, sino que opera dentro del ámbito jurídico del artículo 1591 CC en relación al 1596, como responsabilidad profesional, por tratarse de supuesto de ruina, y darse, entre otras, las condiciones de que: a) la obra se realiza en beneficio del promotor; b) se destina al tráfico mediante la venta a terceros; c) los adquirentes confían en su prestigio profesional; d) es el promotor quien elige y contrata a los técnicos y al constructor y e) al adoptar criterio contrario produce desamparo o limita a los futuros compradores, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción. Estos criterios de jurisprudencia, señala la S de 24 de mayo de 2007, han sido incorporados a la Ley de Ordenación de la Edificación, en la que, según el artículo 17.3, el promotor responde solidariamente, «en todo caso» con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionado por vicios o defectos de construcción. Significa que responde aun cuan-

do estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo. Se podría decir que la Ley constituye al Promotor en responsable exclusivo de los defectos constructivos, o lo que es igual, en garante de la calidad del producto final elaborado. (STS de 4 de diciembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Se plantea recurso de casación por los promotores de la obra consistente en 5 naves aquejadas de vicios ruinógenos, contra la sentencia de la Audiencia Provincial que había condenado solidariamente por los vicios a los ingenieros industriales encargados del proyecto y dirección de la obra, a la aseguradora de ésta hasta el límite de la suma asegurada y de los promotores mismos, a la reparación de tales vicios y defectos constructivos, gastos y perjuicios ocasionados a los demandantes. (S. M. S.)

31. Responsabilidad del contratista por ruina de edificio. Carácter solidario.—La sentencia recurrida ha concluido que los recurrentes en apelación también deben ser considerados como responsables solidarios de los defectos constructivos que traigan causa en la naturaleza del suelo y una suficiente compactación o relleno del mismo, entre los que se encuentran las humedades y sus consecuencias; para alcanzar esta declaración, desde la resultancia de los informes técnicos obrantes en autos, la resolución ha examinado detalladamente las causas determinantes de las grietas en los muros interiores, el parquet, el alicatado, la chimenea del salón, la chimenea del calentador, el aislamiento acústico, y, en el exterior de las viviendas, las grietas, las aceras perimetrales y los desprendimientos de pintura, entre otras. Esta Sala acepta la argumentación de la sentencia de instancia, pues al existir varias concausas, unas que son imputables a la dirección técnica de la obra y otras a la ejecución material de la misma, sin posibilidad de discernir entre ellas, la responsabilidad de todos ellos frente al dueño no puede ser otra, como así lo tiene establecido con reiteración esta Sala, que la responsabilidad solidaria (por todas, STS de 21 de mayo de 1999), sin que en casación hayan quedado desvirtuados los razonamientos de la instancia.

Esta Sala tiene declarado que «el contratista, como profesional que es en el ramo en que ha sido contratado, debe indicar las consecuencias perjudiciales que se deben seguir de determinadas órdenes y direcciones en la ejecución de la obra, salvando su responsabilidad, siempre que por su profesión pueda conocerlas, no requiriéndose para ello otros conocimientos»; lo que no puede escudarse es en la simple y socorrida excusa de que hace lo que le mandan, pues de lo contrario sobraría su mención entre los responsables de los daños que enumera el artículo 1591: siempre estaría en su mano huir de la responsabilidad pretextando las órdenes recibidas de los técnicos. Ya esta Sala en S de 22 de septiembre de 1986 dijo que el constructor, por su carácter técnico, debió no realizar la obra sin un correcto terraplenado (en el caso de aquellos autos), o bien asumir las consecuencias que tendría hacerla de la manera proyectada (SSTS de 8 de febrero de 1994 y 26 de diciembre de 1995). Por otra parte, es doctrina reiterada de esta Sala la de que la apreciación de las causas determinantes de la ruina, así como la distribución de las cuotas de responsabilidad entre los distintos partícipes del proceso constructivo, es materia reservada a los Tribunales de instancia, en atención a su

carácter eminentemente fáctico (por todas, STS de 19 de noviembre de 1999). Asimismo, constituye doctrina jurisprudencial la referente a los siguientes aspectos: a) las responsabilidades derivadas del artículo 1591 CC cabe que se atribuyan a arquitectos y a constructores, según el origen de las mismas (vicios de dirección, del suelo, de construcción o de infracción de condiciones del contrato); b) el concepto de arquitecto puede comprender a otros técnicos directores de las obras y el de constructor abarcar incluso al promotor; c) la concurrencia en los demandados de hechos susceptibles de ser determinantes de su declaración de responsabilidad, es manifestada por los Tribunales de instancia con el carácter de hecho; d) proclamada la responsabilidad solidaria por el todo o con atribución de cuotas, puede cualquiera de los condenados recurrir en casación por el sistema establecido y con los requisitos legales; e) un condenado carece de facultad procesal para pedir en casación la condena por el todo a otro codemandado, y sólo ha de tratar de demostrar que la suya propia ha sido producida por infracción de ley sustantiva o procesal (STS de 19 de noviembre de 1997). La doctrina jurisprudencial recién expuesta es de aplicación para el perezimiento del motivo. **(STS de 3 de diciembre de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Los propietarios de distintos chalets interpusieron demanda con la que solicitaron que se condenara solidariamente a L.A., arquitecto técnico, E., arquitecto, la contratista CEID, S.A., y la promotora EP, S.L., a realizar a su costa las obras necesarias para subsanar unos defectos de edificación. Los chalets adolecían de humedades debido a las características del terreno sobre el que se asentaban, la falta de previsión de un drenaje adecuado y la absorción de humedad de la estructura de hormigón del edificio. Tales defectos de construcción, junto con un aislamiento térmico no acorde con las normas técnicas, fueron determinantes de la ruina de los inmuebles.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gijón estima la demanda, mediante S de 24 de marzo de 2000 y condena solidariamente a los demandados. La S de 28 de febrero de 2002 de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo estima parcialmente el recurso de apelación y condena a subsanar los defectos relativos a redes de fontanería y saneamiento solamente a la contratista.

CEID, S.A., interpuso recurso de casación, por considerar que los defectos eran imputables exclusivamente al arquitecto en el marco de una responsabilidad mancomunada. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

32. Acción directa del artículo 1597 CC. Existencia de un convenio arbitral entre el subcontratista y el contratista, seguido de un arbitraje de equidad cuyo laudo se dictó antes que la sentencia de primera instancia. La decisión arbitral sobre la existencia, vigencia y exigibilidad del crédito debe tenerse en cuenta en la acción directa.—Tal y como se han desarrollado las actuaciones en el caso, la ausencia de la contratista principal en este procedimiento impide estimar la existencia de litispendencia, pero su emplazamiento hubiera determinado, por efecto de la cláusula arbitral conve-

nida, la estimación de la excepción de sumisión a arbitraje. En el orden lógico, pues, aunque no en el temporal, la decisión de los árbitros sobre la fijación del crédito de la subcontratista había de preceder a la de los tribunales sobre la acción directa frente al *dominus operis*, toda vez que uno de los elementos a tener en cuenta en la «acción directa» del artículo 1597 CC es, precisamente, la determinación de la existencia, vigencia y exigibilidad del crédito del subcontratista, cuestión que estaba sometida de antemano a arbitraje de equidad. (STS de 26 de septiembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—El subcontratista de una obra ejerció la acción directa del artículo 1597 CC y reclamó al dueño de la obra la cantidad que el contratista adeudaba al demandante. Poco después, el contratista promovió el arbitraje de equidad contra el subcontratista, ya que ambas partes habían firmado un convenio arbitral. Este arbitraje culminó con un laudo que cuantificó la deuda del contratista en una cantidad sensiblemente inferior a la que reclamaba el subcontratista en la acción directa que había promovido contra el dueño de la obra. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandada, declarando que el dueño de la obra adeudaba al subcontratista la cantidad que había establecido el laudo arbitral. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el subcontratista demandante. (M. C. B.)

33. Contrato de obra. Cláusula de sumisión a arbitraje. Interpretación.—Las cláusulas del convenio arbitral, como las de cualquier negocio jurídico, deben ser interpretadas con arreglo a las normas generales sobre interpretación contenidas en los preceptos del Código civil que se refieren a los contratos (STS de 27 de mayo de 2007, rec. 2613/2000). En la interpretación de los negocios jurídicos, según ha declarado con reiteración esta Sala, debe aceptarse el criterio seguido por el tribunal de instancia, fundado en los datos fácticos obtenidos mediante la valoración de la prueba que por razón de competencia funcional le corresponde, siempre que la interpretación o calificación realizada no sea ilógica o arbitraria o contradiga las normas hermenéuticas aplicables, pues esta situación desplaza la controversia al terreno de una cuestión jurídica susceptible de ser resuelta en el recurso de casación.

La STS de 5 de septiembre de 2006 ha destacado la prelación del contenido literal en la interpretación de las cláusulas arbitrales, poniendo de manifiesto que ha de estarse a lo efectivamente pactado como objeto de arbitraje, pues, conforme a los artículos 1 y 5 LA 1988 (aplicable a este proceso por razones temporales), la sumisión a la decisión arbitral ha de entenderse con carácter decisorio y exclusivo, no de forma concurrente o alternativa con otras jurisdicciones, y para ser tenida por eficaz es necesario que se manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros (SSTS de 18 de marzo, 20 de junio y 31 de mayo de 2003).

Responsabilidad extracontractual. Exclusión del arbitraje.—En el caso examinado, las razones esgrimidas por la Sala de apelación, que confir-

man en lo principal las apreciaciones del Juzgado de Primera Instancia, son aceptables. En efecto, la acción de responsabilidad ejercitada no versa de manera directa sobre la interpretación y la ejecución del contrato de obra, sino que tiene su origen en un hecho dañoso de especial magnitud, el cual, según la calificación efectuada por la sentencia recurrida, tiene un significado independiente suficiente para poder ser considerado como fundamento de una responsabilidad de carácter extracontractual, apreciada con los criterios de imputación aplicables a la creación de riesgos o a la producción de graves daños, que se separan de la órbita estrictamente contractual, pues no se trata solamente de discutir si la ejecución del contrato ha sido defectuosa, sino de determinar si la producción de graves daños derivados de un accidente es imputable a quien puso en funcionamiento una instalación incurriendo en graves negligencias y creando riesgos innecesarios, con independencia de que quienes hayan padecido los daños como perjudicados se encuentren incluidos o no en la órbita de las obligaciones creadas por el nexo contractual relacionado con la construcción de la instalación. Por esta razón no resulta inconveniente la cita de la STS núm. 612/2001, de 19 de junio, que efectúa la sentencia de apelación, pues en ella esta Sala considera que la responsabilidad por vicios ruinosos contemplada a la sazón en el artículo 1591 CC no es una cuestión de cumplimiento o incumplimiento del contrato de obra fundándose, entre otras razones, en el hecho de que dicha responsabilidad, nacida *ex lege*, afecta no solamente a los intervinientes en el contrato, sino también a los sucesivos adquirentes de la finca ajenos a la órbita contractual. **(STS de 20 de noviembre de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Con fecha 26 de abril de 1997, un derrame de amoníaco producido por la rotura de un codo de acero de carbono de una instalación causó importantes daños en la sala de máquinas, cámara frigorífica y productos precocinados de una nave industrial propiedad de EE., S.A. La nave había sido entregada por la contratista ICO, S.A., el día 1 de julio de 1996 e inaugurada el día 29 de octubre del mismo año. EE., S.A. e ICO, S.A., habían convenido en el contrato de obra que «todo litigio o cuestión derivado de la interpretación o ejecución del presente contrato» se resolvería mediante arbitraje de equidad, con sometimiento expreso al Tribunal Arbitral de Barcelona. La comitente EE., S.A., interpuso demanda con la que solicitó que se condenara solidariamente a la contratista y la aseguradora a indemnizar los daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Guadalajara estima la demanda, mediante S de 1 de febrero de 2002. La sentencia de 3 de junio de 2002 de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Guadalajara desestima el recurso de apelación interpuesto por las demandadas.

La contratista y la aseguradora interpusieron recurso de casación por infracción procesal, por considerar sometida a arbitraje la indemnización del daño reclamada, en virtud del convenio del contrato de obra. Según palabras del Alto Tribunal, los recurrentes entendían que «toda cuestión que pretenda el examen de la ejecución del contrato para vincularlo a una indemnización de daños por negligente o mala ejecución, será materia incluida en el pacto

arbitral, tanto si se trata de una responsabilidad civil contractual como extracontractual». Ello no obstante, el Tribunal Supremo no acepta el razonamiento y declara no haber lugar al recurso de casación. (J. M. B. S.)

34. Responsabilidad civil del abogado. Contrato de arrendamiento de servicios. Contrato de mandato.—La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato (SSTS de 28 de enero de 1998, 23 de mayo, 27 de junio y 30 de marzo de 2006, 14 de julio de 2005, 26 de febrero, 2 de marzo y 21 de junio de 2007 y 18 de octubre de 2007). El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. En la relación del abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual. El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* (reglas del oficio), esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos (STS de 14 de julio de 2005). [...] El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS de 14 de julio y 14 de febrero de 2005, 30 de marzo de 2006 y 26 de febrero de 2007, entre otras).

Indemnización. Daños y perjuicios (incumplimiento de las obligaciones).—Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe resultar probada, se ha producido —siempre que no concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales de la actuación judicial— una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva y por ello un daño resarcible en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101. La propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su ver-

tiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones (S de 30 de noviembre de 2005). Es menester, en suma, que exista una relación de certeza objetiva entre el incumplimiento de su obligación por parte del profesional jurídico y la inadmisión o desestimación de las pretensiones formuladas en defensa de su cliente, como ocurre de forma señalada, entre otros, en los supuestos de falta de presentación de escritos en los plazos establecidos o de omisión de trámites exigidos por la Ley como carga para hacer valer las respectivas pretensiones o –cuando se trata de solicitar el abono de una indemnización por daños y perjuicios– la omisión de algún concepto indemnizable con arreglo a la jurisprudencia consolidada de los tribunales, como es el caso del daño moral o del lucro cesante (STS de 14 de diciembre de 2005). Este criterio comporta la inexistencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defensa del abogado se ha desempeñado por cauces incompatibles con la aplicación indiscutible de la ley, con la jurisprudencia consolidada o con la práctica reiterada de los tribunales –que deben ser conocidas por los profesionales del Derecho– o con el respeto a los mandatos de la Ley cuya interpretación no ofrezca dudas razonables según las pautas que puedan deducirse de la doctrina y de la jurisprudencia. [...] La Sala de lo Civil, en la STS de 8 de junio de 2000, ha considerado que la presentación de la demanda en un Juzgado, desconociendo la cláusula de sumisión a los juzgados de otra localidad de un contrato cuya nulidad se postuló sin éxito, no determina por sí la responsabilidad civil del abogado. A su vez, la STS de 23 de julio de 2003, consideró igualmente que no generaba responsabilidad profesional la fallida elección del procedimiento establecido a la sazón en la DA 1.ª de la Ley Orgánica 3/1989 para reclamar los daños y perjuicios por las lesiones padecidas a resultas del accidente sufrido. Finalmente, desde la perspectiva de la concurrencia de elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, se observa que la procedencia o no del juicio de menor cuantía constituye una cuestión de orden público que debe ser resuelta de oficio por el juez, de no existir acuerdo de las partes sobre la valoración del proceso [...]. Se pone así de relieve que la falta de acuerdo en la comparecencia, la intervención del perito para la valoración de los bienes y la dilación del momento de resolución a la sentencia implican la concurrencia de elementos ajenos suficientes para desvirtuar la influencia en el resultado dañoso de la conducta del abogado en el plano de la imputación objetiva, pues son circunstancias que abren un margen de indeterminación relacionado con las dificultades de la defensa o el devenir del proceso y, por ende, el mero fracaso de la vía procesal elegida no es suficiente para considerar existente la responsabilidad por la que se reclama. (STS de 22 de octubre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–Una comunidad de propietarios interpuso demanda contra un abogado contratado por ella por incurrir en negligencia profesional al presentar una demanda de menor cuantía, siendo procedente, según el valor de los terrenos, la interposición de una

demanda de mayor cuantía. El abogado hizo saber a la comunidad actora el cambio de una clase de juicio por otra. No se había probado que la comunidad conociese y aprobase el cambio de juicio, ni que el abogado hiciese saber los efectos o consecuencias económicas de dicho cambio.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando al abogado a indemnizar a la comunidad en las costas procesales y en los honorarios del perito. Así mismo, estimó parcialmente la reconvenición del abogado, condenando a la comunidad al pago de una suma a título de daños y perjuicios. La Audiencia Provincial de Madrid revocó parcialmente la sentencia y, confirmando la condena del abogado por responsabilidad civil, redujo el importe de la condena a la comunidad. Interpuesto recurso de casación por el abogado demandado, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso considerando, por un lado, que la interposición de la demanda de menor cuantía pudiera resultar justificada. Por otro lado, apreció la concurrencia de elementos ajenos suficientes para desvirtuar la influencia en el resultado dañoso. (*M. L. K.*)

35. Responsabilidad civil del abogado.—Reiterada jurisprudencia ha puesto de manifiesto que la obligación del abogado no es de resultado, ni la de agotar el margen de incertidumbre propio del proceso judicial y ligado al carácter controvertido de las cuestiones jurídicamente discutibles, sino que su compromiso se extiende a actuar diligentemente en defensa de los intereses de su cliente (SSTS de 28 de enero de 1998, 30 de marzo, 23 de mayo y 27 de junio de 2006, 26 de febrero, 2 de marzo, 21 de junio y 18 de octubre de 2007 y 15 de febrero de 2008). [...] Para que la conducta dañosa sea determinante de la responsabilidad civil del agente no es suficiente que exista una relación de causalidad física o fenomenológica entre su acción y el resultado producido, sino que es necesario que con arreglo a los mandatos positivos del legislador y a los principios extraídos del ordenamiento jurídico pueda inferirse la existencia de un criterio en virtud del cual ese resultado le sea objetivamente imputable, frente a otros factores concurrentes, por razones de proximidad, relevancia, frecuencia y aptitud de la conducta para originar el resultado dañoso en relación con las circunstancias y con el fin o bien jurídico protegido por la norma con arreglo a la cual aquella es exigible. Este requisito constituye una *quaestio iuris* (cuestión jurídica) revisable en casación (SSTS de 30 de abril de 1998, 2 de marzo de 2001, 29 de abril y 22 de julio de 2003, 17 de abril de 2007 y 11 de junio de 2008). [...] La jurisprudencia viene exigiendo que para la apreciación de la responsabilidad civil del abogado el resultado dañoso se concrete, al menos, en una pérdida de oportunidades de buen éxito de la acción suficientemente justificada, la cual no concurre cuando existe la posibilidad de enmendar el daño mediante recursos o acciones posteriores (SSTS de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 30 de mayo de 2006 y 2 de julio de 2008). (**STS de 1 de diciembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Jesús Carlos contrató unos servicios del despacho «M. A.» para la gestión judicial de cobro de una letra de cambio. A consecuencia de ello, don Jesús, abogado en dicho des-

pacho, interpuso demanda de juicio ejecutivo contra el librado y su esposa. En la mencionada letra de cambio faltaba la designación del tomador, por lo que, a lo largo del proceso, el ejecutante solicitó la ampliación de la ejecución, aportando cinco otras letras de cambio.

La sentencia dejó sin efecto la ampliación del juicio ejecutivo por ausencia del presupuesto legalmente establecido, declarando no haber lugar a dictar la sentencia de remate.

En consecuencia, don Jesús Carlos interpuso la demanda contra don Jesús (el abogado), así como contra la compañía de seguros G. contratada por el colectivo al que pertenecía el codemandado. El objeto del proceso en cuestión fue el de determinar si el abogado demandado incurrió en responsabilidad civil al ejercitar la acción ejecutiva fundándose, por un lado, en una letra que se hallaba en las condiciones anteriormente mencionadas y, por otro, al no proponer prueba en primera instancia para demostrar la relación existente entre la letra inicialmente presentada y las que presentó posteriormente ampliando la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda contra don Jesús y la desestimó contra la compañía de seguros. La Audiencia Provincial de Málaga absolvió a ambos, don Jesús y la compañía de seguros G. Recurrída la sentencia por don Jesús Carlos, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (*M. L. K.*)

36. Cesión de vivienda a un hijo para que constituya en ella el hogar conyugal: ¿comodato o precario? Conflicto con la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda.—El recurso de casación que se examina suscita el problema, por lo demás bastante frecuente, y que esta Sala ha tenido ocasión de abordar al resolver otros recursos de casación análogos, consistente en la procedencia de la reclamación por su propietario de la vivienda que ha cedido sin título concreto y de forma gratuita a un hijo, para su uso como hogar conyugal o familiar, cuando posteriormente el vínculo conyugal se rompe y el uso y disfrute de la vivienda se atribuye por resolución judicial a uno de los cónyuges.

[...] la controversia se ciñe, ante todo, a la concreción del título que legitima al hijo o hija para poseer el inmueble, y se complica con la determinación de la eficacia de la resolución judicial que confiere, una vez roto el vínculo conyugal, el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como domicilio familiar, a uno de los cónyuges que opone dicho derecho frente al demandante del desahucio por precario.

Se ha de tener a la vista la fundamentación jurídica y el fallo de la S de esta Sala de fecha 2 de octubre de 2008, en donde se fija la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual ha de decidirse la controversia. Conforme a la misma, la cuestión controvertida debe resolverse, ante todo, mediante la comprobación de la existencia de un contrato entre las partes, y particularmente, de un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto y determinado que faculta al comodante para reclamar la cosa prestada únicamente cuando ha transcurrido dicho plazo o ha concluido el uso para el que se prestó, excepción hecha de los casos en que tuviere la urgente necesidad de ella (art. 1749 CC). Si existe el préstamo de uso, 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 reclamarla a su voluntad. Ciertamente, en la cesión de una vivienda a un hijo para que constituya en ella el hogar conyugal o familiar pueden apreciarse las notas caracterizadoras del préstamo de uso; pero para ello es preciso que tales elementos –la concreción y determinación del uso al que se destina el inmueble, en ese caso, para subvenir a las necesidades familiares y facilitar un lugar destinado a servir de vivienda o domicilio conyugal y familiar– aparezcan con claridad, y que los hechos sean reveladores de que el uso para el que se cede la cosa se encuentra definido más allá del que es propio de la cosa genérica, e incluso específicamente considerada –*in casu*, servir de morada o residencia–, lo que no empece a que puedan inferirse de las circunstancias fácticas del caso –SS de 26 de diciembre de 2005 y de 2 de octubre de 2008–. 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 –SS de 26 de diciembre de 2005 y 2 de octubre de 2008–; y, en fin, que 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 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 a 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 –S de 31 de diciembre de 1994, cuya doctrina se recoge en las de 26 de diciembre de 2005 y 2 de octubre de 2008–.

En el caso examinado el tribunal de instancia ha apreciado la concurrencia de un uso concreto y determinado en la cesión de la vivienda, a saber, su utilización como domicilio familiar mientras el matrimonio no constase con los recursos suficientes para costear la adquisición de otra vivienda, o hasta que surgiese una situación de necesidad familiar que hiciese necesaria la desocupación. Consecuentemente, consideró que la relación jurídica entre cedentes y cesionarios era la propia de un contrato de préstamo de uso, que no permitía al comodante reclamar la cosa prestada sino en el momento en que concluyese el uso al que había sido destinada, lo cual no había tenido lugar.

No obstante tal apreciación [...] la decisión de la Audiencia no se puede mantener, pues sus conclusiones se oponen a la doctrina jurisprudencial que ha quedado expuesta. Si bien es posible reconocer en las circunstancias en que se produjo la cesión los elementos característicos de un préstamo de uso, delimitado precisamente por la asignación del destino de servir de morada familiar y de subvenir de ese modo a las necesidades de la familia, se ha de convenir, empero, en línea con el criterio jurisprudencial expuesto, que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista, que es la que, en cualquier caso, se da cuando por cesar la convivencia conyugal, desaparece el uso concreto y determinado al que eventual-

mente pudiera considerarse que fue destinada la vivienda cedida. Y esta situación no se ve afectada por la atribución judicial a la esposa demandada del derecho de uso y disfrute de la vivienda en su condición de vivienda familiar, pues, tal y como se ha indicado, semejante declaración jurisdiccional no conforma un derecho nuevo, ni confiere mayor vigor jurídico que el correspondiente al precario, que pueda oponerse eficazmente frente a un tercero en la relación y en el proceso matrimonial que pretende, contando con título jurídico bastante para ello, la recuperación posesoria del inmueble. (STS de 29 de octubre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los demandantes en la instancia, usufructuarios de un piso, lo habían cedido gratuitamente a un hijo y a su esposa para que en él constituyeran el hogar familiar. A consecuencia de una crisis matrimonial, la vivienda fue judicialmente atribuida a la mujer y a los hijos menores. Los cedentes promovieron juicio verbal de desahucio por precario. El Juzgado desestimó la demanda y declaró no haber lugar al desahucio por considerar que la relación existente entre las partes era un préstamo de uso o comodato. La Audiencia confirmó la sentencia apelada. Interponen recurso de casación los actores y el Tribunal Supremo casa y anula la sentencia condenando a la cesionaria a que abandone y deje libre la vivienda como precarista que era. (R. G. S.)

37. Préstamo usurario. Declaración de nulidad.—Conforme a reiterada jurisprudencia (sirva de ejemplo la STS de 28 de octubre de 2004), la nulidad de los contratos derivada de la aplicación del artículo 1 de la Ley de Usura de 1908 es la nulidad radical, ya que no admite convalidación sanatoria, en cuanto que ésta queda fuera de la disponibilidad de las partes.

Nulidad del contrato objeto de cesión. Nulidad «derivada» del negocio jurídico de cesión.—Afirma el Tribunal Supremo que, declarada la nulidad radical de un contrato, la novación por cambio del acreedor —por subrogación— que supone la cesión del contrato no puede operar la consolidación del mismo, por prohibirlo así expresamente el artículo 1208 CC, en relación con el artículo 6.3 CC. En este caso, la novación opera en el vacío, al carecer del imprescindible sustento que dicha figura exige, representado por la obligación primitiva que se pretende novar (SSTS de 26 de octubre de 1959 y 30 de diciembre de 1987). (STS de 20 de noviembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La entidad FC, S.A., en garantía de dos préstamos de veintiséis y treinta y tres millones de pesetas, había constituido a favor de la prestamista sendas hipotecas sobre una finca inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad. Estando próximos a vencer los pagos aplazados del capital, FC, S.A. constituyó el 14 de febrero de 1998 hipoteca a favor de SB, S.L., en garantía de un préstamo de setenta y nueve millones, de los cuales la prestamista retenía cincuenta y nueve para hacer frente al pago de las deudas de FC, S.A. No se pactó el pago de intereses remuneratorios y sí de moratorios, al dieciocho por ciento anual. La devolución del capital

se pactó por medio de siete plazos con vencimientos entre agosto y noviembre de 1998.

Ante el impago de los plazos por parte de FC, S.A., la prestamista y acreedora hipotecaria, SB, S.L. procedió judicialmente a la ejecución de la hipoteca por el procedimiento sumario del artículo 131 LH. Pendiente el resultado del procedimiento, SB, S.L. cedió el crédito hipotecario en escritura pública de 7 de mayo de 1999 a don C.M., quien solicitó la adjudicación del bien inmueble al amparo de la regla 10 del artículo 131 LH. No obstante, se decretó la suspensión del procedimiento, por seguirse causa penal sobre los mismos hechos contra la mercantil FC, S.A.

La entidad FC, S.A. interpuso entonces demanda contra SB, S.L. y don C.M., solicitando, entre otros pedimentos, la declaración de nulidad por usurario del contrato de préstamo suscrito con fecha de 14 de febrero de 1998, así como su condena a devolver a los demandados únicamente los cincuenta y nueve millones prestados, sin interés alguno, y en los plazos señalados por el órgano judicial. Igualmente, solicitaba la declaración de la nulidad del procedimiento judicial del artículo 131 LH y la consiguiente nulidad y cancelación de los asientos registrales correspondientes. El Juzgado de Primera instancia estimó parcialmente la demanda, fallo contra el que interpusieron recurso tanto la demandante en primera instancia, como los demandados. La Audiencia provincial estimó en parte los recursos de FC, S.A. y de SB, S.L. y desestimó el recurso de don C.M. Éste interpuso entonces recurso de casación. (A. M. M.)

38. Relevancia civil de la infracción de normas administrativas: planteamiento general.—[...] la cuestión a considerar es si la infracción de la prohibición de préstamos a los jugadores en los lugares en que tengan lugar los juegos puede tener o no efectos que vayan más allá de la mera sanción administrativa de la empresa explotadora del casino; en definitiva, si la sanción administrativa no agota la respuesta del ordenamiento jurídico porque, además, serían posibles consecuencias civiles en forma de inexigibilidad del cumplimiento de la deuda del jugador.

Para resolver la cuestión así planteada resulta imprescindible examinar la jurisprudencia de esta Sala sobre la relación entre normas administrativas, imperativas o prohibitivas y consecuencias civiles de su infracción.

Que la materia en general no está exenta de dificultades lo demuestra la propia evolución de la jurisprudencia de esta Sala sobre algunas cuestiones concretas en las que inevitablemente se planteaba esa relación entre normas administrativas y consecuencias civiles. [...]—Esa jurisprudencia favorable a la plenitud de efectos civiles de los contratos entre particulares aunque sus cláusulas infringieran alguna norma administrativa se correspondía, además, con la que en general sostenía que «la sanción de nulidad no se reputa doctrinalmente aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas» (STS de 26 de abril de 1995, con cita de otras muchas, y STS de 22 de julio de 1997).

Sin embargo la jurisprudencia más reciente de esta Sala no permite seguir manteniendo la irrelevancia civil de la infracción de normas administrativas.

Así, la S de 31 de octubre de 2007 [...]. Además, cabe señalar que la S de 23 de noviembre de 2006 [...]. De todo lo razonado hasta ahora se desprende, en primer lugar, que la jurisprudencia actual de esta Sala no permite

seguir manteniendo, con carácter general, que la sanción administrativa excluya la nulidad civil de un acto o contrato contrario a una norma administrativa imperativa o prohibitiva; y en segundo lugar, que la estimación o prohibición o desestimación del motivo que se está examinando, en cuanto plantea la incidencia que la prohibición de préstamos a los jugadores pueda tener en la exigibilidad de las deudas de juego contraídas por los mismos, pasa necesariamente por analizar el sentido y alcance de tal prohibición. Aquella primera conclusión no puede desligarse, a su vez, de considerar que una interpretación del artículo 6.3 CC que llevara hasta sus últimas consecuencias lógicas la exclusión de la nulidad civil por la sanción administrativa conduciría al absurdo de mantener la eficacia civil de los negocios jurídicos constitutivos de delito por prevenir el ordenamiento jurídico para el caso de contravención un efecto tan enérgico como la pena misma, y ello comportaría de hecho dejar sin efecto el régimen del propio Código civil sobre la ilicitud del objeto o de la causa de los contratos (arts. 1271 párrafo tercero, 1275 y 1305).

Sentido de la prohibición de préstamos en los locales de juego.—En cuanto al análisis específico de la prohibición de préstamos en los locales en que tengan lugar los juegos, debe hacerse desde una consideración previa como punto de partida básico, que es la subsistencia en el Código civil, como regla general, de la falta de acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar (art. 1798), de suerte que el juego autorizado administrativamente constituiría una excepción a ese régimen general y por tanto sería encuadrable en su artículo 1800, con la consecuencia de quedar civilmente obligado el perdedor conforme al párrafo primero del artículo 1801. Así resulta de la S de esta Sala de 8 de julio de 2000 [...]. Abordando ya el estudio de la referida prohibición, debe recordarse que la legalización del juego bajo determinadas condiciones se llevó a cabo mediante el Real Decreto-Ley 16/1977, de 25 de febrero [...]. Como complemento indispensable del antedicho Real Decreto-Ley se dictó el Real Decreto 444/1977, de 11 de marzo [...]. Por último la Ley 34/1987, de 26 de diciembre, de Potestad Sancionadora de la Administración Pública en materia de Juegos de Suerte, Envite o Azar [...]. Por lo demás, en la normativa de las Comunidades Autónomas a las que se fueron transfiriendo competencias en materia de juegos de suerte, envite o azar, es una constante la prohibición impuesta a la dirección de los casinos de conceder préstamos o créditos a los jugadores [...].

Del régimen administrativo del juego [...] se infiere una estrecha vinculación entre la prohibición de préstamos o créditos a los jugadores por parte de las empresas explotadoras de los casinos o su personal y el régimen del Código civil sobre los juegos de suerte, envite o azar. Cualquiera que sea el juicio moral que hoy merezcan tales juegos, lo cierto es que, jurídicamente, el ordenamiento sigue contemplándolos como un peligro potencial para las personas y el patrimonio de los jugadores y sus familias, algo que resulta notorio por demás desde la caracterización clínica de la ludopatía. De ahí que en la prohibición de préstamos, que por la finalidad de la norma debe entenderse comprensiva también de la prohibición de créditos, quepa advertir sin especial dificultad la voluntad de la ley de evitar que el jugador arriesgue más dinero del que pensaba cuando entró en el casino; de impedir, en suma, que por el afán de recuperar lo perdido el jugador sea fácilmente inducido en el propio local a seguir jugando y con ello, muy probablemente, a perder aún más dinero en provecho de quien se lo presta.

La prohibición de préstamos o de créditos se corresponde, pues, con aquella finalidad de «tutela y protección social» que ya el Decreto-Ley de 1977 consideraba como uno de sus «objetivos ineludibles» y, por ello, las normas que la establecen se erigen en normas prohibitivas que por su carácter de orden público determinan la nulidad civil de pleno derecho de los actos contrarios a tales normas, por aplicación del artículo 6.3 CC citado en el motivo. Se trata de que la empresa titular del casino o su personal no induzcan o permitan al jugador seguir jugando sin dinero propio en efectivo; si lo hacen, la potencial sanción administrativa no excluirá, por todo lo razonado hasta ahora, las consecuencias civiles que procedan.

Consecuencias civiles de la infracción de la prohibición de préstamos a los jugadores en los locales de juego. Rectificación de la jurisprudencia anterior.—Llegado ya el momento de decidir sobre la estimación o desestimación del motivo examinado, debe concluirse que procede su estimación porque si bien es cierto que el juego en los casinos autorizados no es un juego prohibido que conforme al artículo 1798 CC prive de acción al ganador, no lo es menos que la doctrina de las SS de 23 de febrero de 1988 y 30 de enero de 1995 debe ser rectificadas en cuanto considera que la sanción administrativa por infringir la prohibición de préstamo a los jugadores excluye cualesquiera consecuencias civiles en contra del infractor; o dicho de otra forma, en cuanto que declara que la infracción de dicha prohibición no transforma el juego de lícito en ilícito porque las sanciones administrativas agotarían toda la reacción del ordenamiento jurídico contra el infractor.

Por el contrario, la doctrina que ahora se sienta por el pleno de los magistrados de esta Sala es que la potencial sanción administrativa por infringir la prohibición de que se trata no agota la respuesta del ordenamiento jurídico contra el infractor, porque también caben consecuencias civiles en su contra debido al alcance y trascendencia de dicha prohibición.

[...] Esta nueva interpretación del artículo 6.3 CC en relación con la prohibición de préstamos o créditos a los jugadores por las empresas explotadoras de los casinos o locales autorizados, o por su personal directivo o auxiliar, exige como complemento necesario cuáles deban ser las consecuencias civiles de la infracción de dicha prohibición.

Sobre tal cuestión caben dos vías que se traducen en una misma solución, consistente en que la empresa explotadora del casino no tendrá derecho a exigir al jugador lo que éste perdió jugando o apostando a crédito o con dinero prestado. La primera vía que permite llegar técnicamente a esta solución está constituida por los artículos 1798 y 1799 CC en relación con sus artículos 1800 y 1801, porque el juego en el casino habría dejado de ser lícito o no prohibido a partir del momento en que se prestó dinero al jugador y, en consecuencia, la empresa explotadora del casino carecerá de acción, conforme al artículo 1798, para reclamar lo ganado en el juego; y la segunda vía por la que también se llega a idéntica solución se encuentra en el artículo 1306 del mismo Cuerpo legal, ya que el préstamo o crédito a una persona para jugar, concedido por la empresa titular del casino o sus directivos o empleados, no constituye delito pero sí introduce en el contrato de juego o apuesta una causa torpe que impide al prestamista, ganador a su vez en el juego, reclamar la devolución del dinero que prestó para jugar.

Que la indicada solución es la más adecuada al régimen civil de los juegos de suerte, envite o azar, en combinación con la prohibición de préstamos a los jugadores en el propio local donde se juega, se advierte con toda clari-

dad por las siguientes razones: primera, porque mientras la infracción administrativa prescribe a los dos años, en cambio la acción civil de la empresa explotadora del casino contra el jugador no prescribiría hasta los quince años conforme al artículo 1964 CC, de modo que se produciría un fraude al ordenamiento jurídico en su conjunto si dicha empresa dejara transcurrir voluntariamente el plazo de los dos años para, a continuación, ejercitar desde la impunidad la acción civil contra el jugador; segunda, porque las concretas circunstancias del caso examinado demuestran cómo [...] la conducta desordenada del demandado era más que patente para cualquiera; y, tercera, porque los propios hechos de la demanda [...] lo que revelan en realidad es una mantenida inducción o incitación de la primera al segundo para seguir jugando por encima de sus posibilidades [...]. (STS de 10 de octubre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La empresa explotadora de un casino demanda a un cliente al que había prestado dinero en varias ocasiones con el fin de que continuase jugando una vez agotados sus fondos. El Juzgado y la Audiencia estimaron parcialmente la demanda por aplicación de la jurisprudencia que consideraba lícito el juego pese a la infracción de una norma administrativa (en el caso, la prohibición de los casinos de prestar dinero a los clientes para jugar), infracción que no tenía la virtualidad de convertir el juego en ilícito. El cliente demandado recurre en casación y el Tribunal Supremo, en sentencia de pleno, casa la recurrida, desestima la demanda y unifica el criterio jurisprudencial en relación con la licitud o ilicitud civil de un negocio jurídico en el que se contravienen normas administrativas. (R. G. S.)

39. Contrato de alquiler de cajas de seguridad: contrato atípico. Régimen jurídico: causa mixta; deber de vigilancia y conservación de lo que entrega el cliente que no es propio del arrendamiento sino del depósito cerrado.—El contrato tiene una causa mixta. La naturaleza jurídica del contrato bancario denominado de alquiler de cajas de seguridad no es la de depósito en su variedad de depósito cerrado, sino la de un contrato atípico, surgido de la conjunción de prestaciones del arriendo de cosas y de depósito, en el que la finalidad pretendida por el cliente no es el mero goce de la cosa arrendada, sino el de la custodia y seguridad de lo que se guarda en la caja, que se consigue de una forma indirecta, a través del cumplimiento por el banco de una prestación consistente en la vigilancia de la misma y de su integridad a cambio de una remuneración. La entidad bancaria no asume la custodia de ese contenido, sino del daño que la ruptura, sustracción o pérdida de la caja pueda ocasionar al cliente. En cuanto a su régimen jurídico debe ser el de la aplicación ante todo de las reglas imperativas de la normativa sobre obligaciones y contratos en general; subsidiariamente el de las estipulaciones de las partes en lo que no traspasen los límites de la autonomía de la voluntad; y finalmente se han de aplicar las normas del contrato típico que forma parte del contenido del atípico en cuestión, siempre que no pugne con la finalidad perseguida mediante la celebración de este último contrato. En el que examinamos, existe un deber de vigilancia y conservación de lo que se entrega por el cliente, a cargo del Banco, a través de la caja que la entidad bancaria pone a su disposición, que no es propio de las obligaciones del arrendador. El

incumplimiento imputable al Banco de su prestación es evidente que desencadena la obligación de reparar el daño si desaparece el contenido de la caja total o parcialmente. No hay inconveniente en aplicar a la situación creada las normas del depósito, en este caso del cerrado, por su analogía clara. En realidad, en el llamado alquiler de la caja de seguridad, se entrega al Banco para su custodia, con todo lo que contiene. Ciertamente que no existe depósito de cosas porque al Banco no se le entregan las mismas para su depósito, pero ha de conservar y custodiar la caja que usa y entrega el cliente, lo mismo en que, por imperativo del artículo 1769 CC, ha de conservar el depositario el sobre cerrado y sellado en que se contienen las cosas, no estas mismas. Su custodia y conservación se efectúa, tanto en un caso, como en otro, de una forma indirecta, a través de la de la caja de seguridad o del sobre cerrado y sellado.

Carga probatoria sobre el valor de los objetos depositados: artículo 1.769.3.º CC.—En el depósito cerrado el depositante será creído en cuanto al valor de los objetos depositados, salvo prueba en contrario. Por tanto, no se trata más que de una norma probatoria favorable al depositante como presunción *iuris tantum*. La prueba contraria a la declaración del depositante no consistirá en la inmensa mayoría de casos más que en la aportación de indicios. En el caso, los indicios aportados por el Banco han de considerarse sólidos; los demandantes no han aportado ni siquiera indicio de su adquisición, aunque argumentan que han sido heredados. (STS de 4 de noviembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Se produce la desaparición de las joyas y objetos preciosos depositados en una caja de seguridad alquilada al Banco Z, S.A. Los propietarios interponen demanda por incumplimiento de contrato contra el Banco. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada. (S. M. S.)

40. Extinción de sociedades: la lista de causas del artículo 1700 CC no es tasada siendo posible la extinción por mutuo disenso de las partes.—La doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar el carácter no taxativo de las causas previstas en el artículo 1700 CC y la imposibilidad de desconocer el mutuo disenso como causa general de extinción de los contratos [...]. Así lo ha expresado esta Sala, entre otras, en S de 14 de septiembre de 2006, al decir que «la enumeración de causas de disolución que contiene el artículo 1700 no es cerrada, sino que debe ser integrada con otras de indudable efecto disolutorio por su aptitud para abrir la fase de liquidación, como es, dada la naturaleza contractual de la sociedad, el mutuo disenso o acuerdo de quienes celebraron el contrato de extinguir la relación jurídica nacida de él. O, en términos de la S de 5 de abril de 1979, la retractación bilateral del contrato (causa, por lo demás, prevista expresamente en legislaciones que se apartaron del silencioso art. 1844.7 del Código civil francés: artículos 2272.3.º del Código civil italiano y 1007 del portugués). A ese negocio jurídico consensual y extintivo se puede llegar no sólo por medio de declaraciones expresas, sino también mediante declaraciones tácitas o actos concluyentes, esto es, con palabras, signos o actos que no sirven para exteriorizar directamente la voluntad extintiva de quienes los emplean o ejecutan, pero de los que la misma se infiere o deduce inequívocamente». Igualmente la S de 25 de octu-

bre de 1999 en un supuesto que trataba también sobre extinción de una sociedad civil declaró que «este abandono fáctico, y consentido, por las partes contractuales, y sus manifestaciones, revelan la existencia de un supuesto de mutuo disenso que, aunque no previsto en el artículo 1156 CC, se admite por la jurisprudencia (SS de 5 de diciembre de 1940, 13 de febrero de 1965, 11 de febrero de 1982, 30 de mayo de 1984, entre otras). Se trata de una hipótesis de extinción o resolución contractual por retractación bilateral (*contrarius consensus* o *contrarius voluntas*) que determina una eficacia sobrevenida por causa sobrevenida, y que se puede manifestar de forma conjunta (pacto), o por concurrencia de disentimientos unilaterales derivados de manifestaciones explícitas o de hechos de significación inequívoca». (STS de 26 de septiembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Pretendía el actor que el Juzgado declarase la existencia y actual vigencia de una sociedad irregular entre él y los demandados más la consiguiente obligación de los socios de rendirse cuenta de las gestiones realizadas en beneficio y con fondos de la sociedad. El Juzgado estimó la demanda pero la Audiencia acogió el recurso de apelación interpuesto por los demandados estimándolo parcialmente. La sentencia de instancia fue revocada en el extremo relativo a la subsistencia de la sociedad —que se declaró extinguida— lo que hizo inviable el pronunciamiento del Tribunal sobre los restantes pedimentos del demandante. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación que éste último interpone. (R. G. S.)

41. Fianza. Extinción: hecho obstativo a la subrogación del fiador: inexistencia. Venta por el deudor a terceros de los inmuebles hipotecados en garantía del crédito afianzado.—La STS de 8 de mayo de 2002 recoge la doctrina pronunciada en torno a la interpretación del artículo 1852 CC. La sentencia dice que este artículo trata de evitar que por cualquier medio, como puede ser un acuerdo entre acreedor y deudor, se perjudique al fiador y acabe pagando la deuda ajena. Hay, en consecuencia, una carga de preservar el derecho de subrogación del fiador con plenitud de sus efectos y la norma del 1852 CC es una sanción por el incumplimiento de dicha carga. Esta doctrina es la que debemos aplicar a este recurso. Y, en el caso enjuiciado, no se ha producido un perjuicio del derecho de subrogación del deudor porque lo que llevaron a cabo acreedor, ahora recurrente, y deudor, fue extinguir en parte la deuda afianzada. Por tanto se ha producido la extinción en una parte importante de la obligación garantizada mediante el pago de la misma por el deudor, cancelándose en consecuencia la hipoteca. El pago no ha ocasionado ningún perjuicio al aminorarse la obligación garantizada, puesto que la conducta del Banco se encaminó a cobrar el crédito, a lo que tenía perfecto derecho. Además, ciertamente si el acreedor hubiera procedido a ejecutar la hipoteca y vender en pública subasta los dos inmuebles hipotecados, no se podría haber obtenido un precio más conveniente que el que se consiguió con la venta efectuada, o al menos, el demandante no lo ha demostrado en ningún momento. (STS de 4 de diciembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—ASL concierta en 1992 con BUSA dos préstamos con garantía hipotecaria. En 1993 se amplía el principal de ambos préstamos y se añade la fianza solidaria de don Rubén, que renuncia a los beneficios de excusión, división y orden. Habiéndose impagado ambos préstamos, BUSA interpone demanda ejecutiva en 1995 contra el deudor y el fiador. Se procedió al embargo de los bienes del fiador. El 31 de octubre de 1997, ASL vende una de las fincas registrales objeto de la hipoteca, dando carta de pago el Banco, procediendo a cancelar la hipoteca. Lo mismo ocurrió con la otra finca hipotecada, aclarándose en ambos casos que la carta de pago se otorgaba exclusivamente sobre la citada hipoteca. Don Rubén demandó a BUSA y a ASL, alegando que la deuda no le era exigible al haberse perjudicado su derecho a una posible subrogación en las garantías reales prestadas por el deudor al prestamista y considerando aplicable el artículo 1852 CC. Por ello pedía: a) la extinción de la fianza; b) la declaración de que no le eran exigibles las garantías prestadas; y c) la devolución de lo obtenido como producto de los embargos realizados sobre sus bienes. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia apelada. (S. M. S.)

42. Suelos contaminados. La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual como fundamento para la responsabilidad por daños en la cosa vendida.—Según el Tribunal, en el presente caso, el hecho de que el comprador no sea el primer adquirente no lo autoriza por sí mismo para el ejercicio de acciones de responsabilidad extracontractual contra los anteriores propietarios por los daños que haya que sufrido la cosa vendida. Este requisito constituye una consecuencia de la distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, pues cuando los daños por los que reclama el comprador afectan a la cosa vendida, la reclamación sólo es admisible, en el marco de la responsabilidad contractual, cuando lo permite la reglamentación del contrato de compraventa, pero no puede ampliarse arbitrariamente el alcance de la responsabilidad nacida del contrato apelando a la existencia de daños de naturaleza extracontractual, salvo cuando su alcance resulte ajeno a la órbita del contrato. Los daños originados en la cosa vendida que suponen un menoscabo de su valor o una imposibilidad de dedicarla al uso al que está destinada deben ser reclamados mediante el ejercicio de las acciones contractuales. Esta reclamación debe ir dirigida contra el vendedor mediante la subrogación que a tenor del artículo 1511 CC se opera en favor del comprador respecto de las acciones que corresponden al primero contra los transmisores anteriores.

La protección del medio ambiente y la responsabilidad extracontractual.—En esta sentencia el Tribunal Supremo reitera su doctrina sobre la protección del medio ambiente, declarando que el mismo, como bien de la colectividad, y la responsabilidad de quien lo menoscaba difícilmente puede ser objeto de consideración en el ámbito del Derecho civil. Sólo un aspecto de la protección del medio ambiente, el que se refiere a la protección específica de derechos subjetivos patrimoniales, ha sido objeto de una reiterada jurisprudencia civil, que contempla, sustancialmente, inmisiones en fincas o propiedades vecinas. La consideración como terceros perjudicados de estos sucesivos titulares exige demostrar que han sido víctima de daños distintos

de los consistentes en perjuicios económicos dimanantes de los defectos sufridos por la cosa vendida, pues, en caso de no ser así, sólo las acciones relacionadas con el incumplimiento del contrato o con el saneamiento de la cosa vendida pueden ser utilizadas para el resarcimiento, en el marco de las acciones contractuales. La figura de la responsabilidad civil extracontractual no puede ser utilizada para transformar la obligación de indemnizar a la comunidad por daños originados en general a los bienes colectivos en una obligación de reparación concebida particularmente en beneficio del comprador de un inmueble que pudo haber tenido en cuenta, al pactar las condiciones de la compraventa, el deficiente estado del solar y en ese caso resultaría después beneficiado de manera injusta por la reparación de unos daños cuyo sujeto pasivo es la comunidad. (STS de 22 de diciembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—G., S. L., interpuso demanda, contra Ercros, S. A., solicitando la retirada de residuos enterrados en un solar de la localidad de Camas (Sevilla). Los vertidos se habían producido mientras el propietario del solar era Ercros, S. A., y el solar había sido adquirido por G., S. L., como último adquirente tras una cadena de transmisiones. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia por estimar, en síntesis, que: a) la demandada, cuando era la propietaria, había enterrado residuos de manera irregular en un solar propiedad de la entidad actora, utilizándolo como vertedero incontrolado de peligrosos productos tóxicos, con potencia para causar la muerte de cualquier afectado; b) que se habían causado daños y perjuicios a la entidad propietaria del terreno determinantes de la responsabilidad de la entidad demandada integrada exclusivamente en el ámbito de la culpa extracontractual de los artículos 1902 ss. CC en relación con la infracción de disposiciones administrativas, y no en el terreno contractual ni por referencia a los anteriores propietarios de la parcela donde se realizó el enterramiento ilegal de productos tóxicos, por cuanto el vertedero tóxico afectaba a todos y a cualquier titular del terreno perjudicaba el uso y disfrute del mismo conforme a su destino. c) La sentencia hacía una referencia a la doctrina jurisprudencial sobre los daños continuados o de producción sucesiva hasta el definitivo resultado y a la responsabilidad cuasi objetiva por la actividad peligrosa, «incluso mediante la aplicación del artículo 1908 CC por razón de riesgo creado». Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación por la entidad demandada en base a los siguientes motivos: a) aplicación indebida del artículo 1902 CC, por cuanto la sentencia recurrida, en base a dicho precepto, acoge una pretensión por daños en cosa propia, posteriormente adquirida por el actor, entendiéndose que, en virtud de un contrato de compraventa, la posible responsabilidad de E., S. A., frente a futuros adquirentes de la finca, se integraba estrictamente en el ámbito de la culpa contractual por incumplimiento, en su caso, de obligaciones convenidas o por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, pero no podía dar lugar a una responsabilidad por culpa extracontractual al faltar uno de los elementos esenciales que la configuran en el artículo 1902 CC como es el resultado dañoso causado a bienes de otro sujeto; b) infracción por aplicación indebida del artículo

lo 1908 CC, por cuanto la sentencia recurrida utiliza dicho precepto que regula relaciones de vecindad, como fundamento legal relevante para conducir al fallo, en el que se estima una pretensión por daños en cosa propia. La sentencia ha estimado los motivos de casación de la demandada ERCROS S.A. (E. C. V.)

43. Suelos contaminados. Coste de descontaminación.—El Tribunal Supremo sigue la posición generalizada de los Tribunales, los cuales, sobre la protección civil del medio ambiente, han abandonado la aplicación de los preceptos legales dedicados a las inmisiones para decidirse por la utilización de las normas que rigen la responsabilidad civil. En el presente caso, la Sala llegó a idéntica conclusión que el Juzgado de Primera Instancia al entender que los terrenos propiedad de la entidad I. C., S.A. se encontraban contaminados como consecuencia del desarrollo en los mismos de la actividad industrial de fabricación de fertilizantes. Ello supuso que la responsabilidad frente a la entidad actora la ostentara la parte demandada, que con su acción consistente en la fabricación de fertilizantes produjo el daño de contaminación de los terrenos, y ocasionó y motivó que la parte actora asumiera unilateralmente los trabajos de descontaminación a través de la contratación de terceras entidades. El Tribunal concluyó que de todo ello existía una clara aplicación de todos los requisitos de la responsabilidad extracontractual, acción u omisión, negligencia, resultado dañoso y relación de causalidad entre la acción/ omisión y el daño producido.

Relación de causalidad.—El Tribunal determinó que en el plano jurídico no cabía estimar como causa no eficiente la causa que, de modo indubitado, preparare, condicionare o completare la acción de la causa mediata o inmediata originadora del evento dañoso que, por su acción conjunta, se produjo; y también que era causa eficiente del resultado aquélla que, aun concurriendo con otras, preparare, condicionare o completare la acción de la causa última. El Tribunal añadió que en cada caso concreto deberá valorarse si el acto es antecedente del que se presenta como consecuencia necesaria, no siendo suficientes las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una interrelación de esos acontecimientos, sino que es preciso la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que se haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo.

Daños continuados y prescripción de la acción.—El primer conocimiento de la contaminación del terreno adquirido por la actora lo tuvo por la comunicación de la Junta de Compensación en marzo de 1999, y, en consecuencia, ejercitó su acción dentro del plazo legal.

Unidad de culpa civil.—El Tribunal entendió que no era bastante que hubiese un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual operare necesariamente con exclusión de la aquiliana en la órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial, siendo aplicables los artículos 1902 y siguientes no obstante la preexistencia de una relación negocial. En el presente caso, la acción principal ejercitada por la actora era la de responsabilidad extracontractual, y la argumentación de dicha resolución, según el Tribunal, se ajustaba primordialmente al examen de los requisitos necesarios para el éxito de la misma.

Culpa.—El Tribunal sostiene la destacada doctrina científica que determina que cuando el daño ha sido producido como consecuencia del ejercicio normal o anormal de una actividad de la cual la persona obtiene un beneficio económico, la carga de la prueba se invierte de tal manera que no es el perjudicado quien tiene que probar la culpa del dañador, sino que es éste quien tiene que probar que adoptó todas las medidas de precaución posibles para evitar el daño. Asimismo se apoya en la doctrina jurisprudencial que sostiene que no es suficiente la diligencia reglamentaria, si la realidad fáctica evidencia que las garantías adoptadas para evitar los daños previsibles han resultado ineficaces.

Inaplicación al caso del artículo 1484 CC.—La Sala declaró que sería enormemente injusta la aplicación del artículo 1484 a unos vicios que está probado que se ponen de relieve con el tiempo, no dentro del reducido plazo de seis meses que concede el Código civil para la acción de saneamiento. **(STS de 29 de octubre 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—I.C., S.A. promovió demanda contra E., S.A. por la contaminación de una finca propiedad de la demandada que adquirió por subasta pública, en la que esta última había llevado a cabo su explotación industrial consistente en la elaboración de fertilizantes desde el año 1938. La demandante, antes de desarrollar comercialmente los terrenos y ante la gravedad de la contaminación, requirió a la demandada y le entregó un proyecto de descontaminación al que la misma se opuso. La sentencia de primera instancia fue estimatoria y posteriormente confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia. Posteriormente, el recurso de casación interpuesto por la demandada se funda en los siguientes motivos: a) Infracción del artículo 1902 CC, por inexistencia del nexo de causalidad entre acción y daño, por entender no tenía obligación de descontaminar porque no había causado el daño, ni tampoco la incumplió, pues la legislación que obligaba a estas labores es posterior, de modo que los gastos patrimoniales de descontaminación son responsabilidad de la actora que decidió hacerlo; b) violación del artículo 1968.2 CC, puesto que censuraba la inexistencia de daños continuados, y, por tanto, la prescripción de la acción ejercitada en el escrito de demanda, porque la actividad de producción de fertilizantes finalizó en el año 1989, de modo que consideraba imposible que se siguieran «causando» daños, que además era cuestión diferente de la permanencia de sus efectos al tiempo en que se enteró la actora; c) El motivo quinto denuncia la infracción de los artículos 1101 y 1902 CC sobre la responsabilidad contractual y la doctrina de «la unidad de la culpa civil» aplicada por la resolución recurrida, por entender que no puede llevarse al supuesto de autos, pues, al no existir relación jurídica previa entre las partes, no podía hablarse en ningún caso de responsabilidad contractual; d) El motivo sexto reprochaba la infracción del artículo 1902 CC, en lo relativo a la inexistencia del presupuesto de la culpa, con la indicación de que la recurrente no había incumplido deber alguno frente a la actora, pues la legislación que obliga a la limpieza de suelos contaminados se había dictado a partir de 1998, cuando E., S.A. ya no era propietaria de la finca; e) El motivo octa-

vo reprochaba la transgresión por inaplicación de los artículos 1101 y 1484 CC, y mantenía que lo procedente hubiera sido que la actora reclamara por vicios o defectos ocultos al anterior propietario. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (E. C. V.)

44. Responsabilidad del procurador por falta de comunicación del emplazamiento para ejercitar las acciones penales y civiles derivadas de delito. Requisitos para que se produzca la responsabilidad por pérdida de oportunidades.—Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico (STS de 15 de febrero de 2008, rec. 5015/2000), que es el aspecto que se trata en este motivo segundo del recurso, en el que se contempla la frustración de la acción de responsabilidad civil ejercida en el proceso penal. Este principio, cuando se relaciona con los criterios de imputación rigurosos aplicables a la responsabilidad nacida del incumplimiento de los deberes profesionales, implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: SSTs de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003, 30 de mayo de 2006, 23 de julio de 2008, rec 98/2002). El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades, cuando los criterios de imputación autorizan a estimarla, exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006).

Indemnización del daño moral por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.—La sentencia de apelación considera indemnizable el daño moral ligado a la privación del ejercicio de la acción penal porque la privación de esta, que es independiente del ejercicio de la acción civil, constituye un menoscabo de la autonomía y de la dignidad de la persona, en cuanto le impide, en contra de su voluntad, hacer uso del derecho reconocido por el ordenamiento al perjudicado, como especialmente interesado en el castigo del hecho punible, de actuar en el proceso penal para solicitar que se haga justicia ejerciendo la acusación contra aquellos que estima responsables de un delito que le ha causado perjuicios. La consideración de esta vertiente de la acción penal es suficiente para valorar adecuadamente el daño moral derivado de la privación de su ejercicio, puesto que, como acertadamente señala la sentencia de apelación, la protección del buen nombre de las personas no es el objeto del ejercicio de la acción penal cuando se trata de delitos encaminados a la protección de bienes jurídicos ajenos al honor y sólo pueden imputarse al agente a efectos de establecer su responsabilidad civil aquellas consecuencias que aparecen anudadas a su conducta dentro de los fines de la norma que apodera para el ejercicio de la acción penal a los perjudicados y obliga a su repre-

sentante procesal a actuar con la debida diligencia para permitir dicho ejercicio. (STS de 23 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—A consecuencia de la muerte de una persona ocasionada por un delito, el hermano de la fallecida se personó como perjudicado en el sumario abierto cuando se encontraba en fase de instrucción. El auto de conclusión del sumario fue notificado al procurador del personado, sirviendo la notificación de emplazamiento, pero el procurador comunicó al abogado únicamente el auto de conclusión y no le dio cuenta del emplazamiento, lo que privó a su cliente de la facultad de ejercitar las acciones penal y civil derivadas del delito. El hermano y la madre de la mujer fallecida demandaron al procurador y su compañía de seguros reclamando una indemnización por frustración de una acción judicial. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta por el hermano de la mujer fallecida, condenando a los demandados a indemnizar el daño moral por lesión al derecho a la tutela judicial efectiva y desestimó íntegramente la demanda formulada por la madre de la mujer fallecida. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esta decisión. (L. F. R. S.)

45. Culpa extracontractual: accidente laboral: cuantía de la indemnización por daño no patrimonial: doctrina general.—Esta Sala ha venido declarando que la determinación de la cuantía para la compensación de los daños no patrimoniales debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de que no existen parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el menoscabo en que consiste el daño moral; es también muy amplia la facultad de apreciación de que dispone el juzgador cuando deben valorarse las consecuencias patrimoniales derivadas de la incapacidad que origina un daño corporal cuando ha de integrarse en ella el lucro cesante. Por otra parte, para evitar posibles disparidades entre las resoluciones judiciales, el legislador ha implantado sistemas de valoración fundados en la tasación con arreglo a tablas o baremos indemnizatorios, cuya aplicación tiene lugar según las reglas fijadas por el propio legislador y también según las normas generales sobre interpretación de las leyes.

Aplicación orientativa de los baremos para fijar el *pretium doloris*.—La jurisprudencia más reciente de esta Sala ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los baremos legales que rigen respecto de los daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso (SSTS de 11 de noviembre de 2005, 10 de febrero y 19 de mayo de 2006, 2 y 22 de julio de 2008). Este criterio hermenéutico se funda en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad; aunque su reconocimiento está muy lejos de admitir una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas legales de tasación, con arreglo al artículo 4.1 CC. Cuando se toma como base orientativa para la fijación de los daños corporales, el sistema legal de tasación de daños derivados del uso y circulación de vehículos de motor, puede exami-

narse en casación cuando se aprecie un inexplicable o una notoria desproporción entre lo que resulta de la aplicación del expresado sistema y la indemnización fijada por la sentencia (SSTS de 10 de febrero y 20 de diciembre de 2006), pero la parte recurrente no aporta fundamento consistente alguno que permita afirmar que el sistema de valoración que los tribunales de instancia han tenido en cuenta como pauta orientativa haya sido aplicado de manera defectuosa o errónea.

Mora de la aseguradora.—Según la jurisprudencia de esta Sala, superado el viejo aforismo *in illiquidis non fit mora*, debe excluirse la mora de la aseguradora únicamente cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial. Si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso para vencer la oposición de la aseguradora, se hace necesario examinar la fundamentación de la misma. En el presente caso: a) La empresa asegurada comunicó inmediatamente a la aseguradora el accidente laboral, luego no hubo inactividad de aquélla; b) era previsible deducir una cierta responsabilidad en sede civil dada la doctrina sobre siniestros laborales del Tribunal Supremo; c) que no se consignó ninguna cantidad, ni, por tanto, «el importe mínimo de lo que el asegurador puede deber», a que hace referencia el artículo 18 LCS. (STS de 9 de diciembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

46. Culpa extracontractual: lesiones por accidente laboral: recargo de prestaciones: doctrina general de la jurisdicción laboral que acoge la Sala 1.ª: no se computa el recargo para calcular la indemnización derivada de la responsabilidad civil.—La imposibilidad de compensación ha venido siendo reiteradamente declarada por la jurisprudencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo, en doctrina consolidada a partir de la sentencia de Sala General de 2 de octubre de 2000. Tiene su fundamento en el hecho de que tal deducción dejaría vacía de contenido su finalidad, ya que el recargo, en una sociedad con altos índices de siniestralidad persigue evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales. Esta jurisprudencia ha venido siendo mantenida de manera constante hasta la actualidad (así SSTS, Sala 4.ª, de 9 de octubre de 2001, 21 de febrero de 2002 y 17 de julio de 2007), aclarando la última de las citadas que, de ese cómputo de las prestaciones ha de excluirse el recargo por infracción de medidas de seguridad, por su naturaleza esencialmente sancionadora, y porque su posible detracción del importe indemnizatorio dejaría vacía de contenido la finalidad atribuida por el artículo 123 LGSS, consistente en incrementar significativamente sus responsabilidades con el propósito de que no les resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidentes. A su vez, la STS, Sala de lo Social, de 30 de enero de 2008, la cual, entrando en el tema de la incidencia de las prestaciones de la Seguridad Social en la reparación íntegra del daño causado por el accidente de trabajo, ha indicado que, además de las prestaciones públicas que procedan, también puede reclamarse al empresario culpable una indemnización por los daños y perjuicios de aquél en cuyo cálculo han de tenerse en cuenta las prestaciones de la SS, pues de lo contrario se produciría un exceso carente de causa, pero no así el recargo por infracción de medidas de seguri-

dad. Doctrina que, a su vez, ha sido aplicada por STS, Sala 1.^a, de 24 de julio de 2008, la cual afirma que, en relación al recargo de prestaciones, la ley nos indica que se trata de un supuesto sancionador del empresario negligente, por lo que no debería acumularse esta cantidad, que no tiene como finalidad reparar el daño causado, sino sancionar a quien lo ha ocasionado. (**STS de 3 de diciembre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

47. Responsabilidad civil de los auditores.—El Tribunal parte de la regla según la cual cuando un conjunto de condiciones es antecedente necesario de un resultado conforme a las reglas de la experiencia, todas ellas merecen la calificación de causa, con independencia de su jerarquía relativa, esto es, aunque fueran meramente cooperadoras o concomitantes. En el presente caso considera que la actividad de los auditores como garantía de la veracidad de las cuentas auditadas importaba a la otra parte del contrato de auditoría y a las personas en ella integradas como socios y tenía, además, un indudable interés general. El Tribunal declara que la infracción de las reglas de la *lex artis* por parte de los auditores demandados, aunque no haya 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, ha contribuido a ese resultado, pues ha privado a los socios de la necesaria información sobre la imagen fiel del patrimonio y situación financiera de aquélla. De haber dispuesto los socios actores de esa información habrían modificado su actitud ante la cooperativa sustituyendo sus periódicos asentimientos sobre las cuentas presentadas, por una reacción ante lo que no era más que una gestión social irregular que, de modo irremisible, llevaba a la sociedad a la situación económica causante del objetivo incumplimiento de los compromisos por ella asumidos. Añade, por último, que los intereses de los actores y los demás socios estaban, en definitiva, protegidos por la norma que los auditores demandados infringieron, y les imputa el daño que los demandantes sufrieron, en los términos que había establecido la sentencia de la primera instancia. (**STS de 14 de octubre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid, interpuso demanda de juicio ordinario de mayor cuantía doña Estíbaliz y otros, socios de PSV Sociedad Cooperativa, adjudicatarios de viviendas promocionadas por la misma, contra E & Yo S.A., don Jesús María y Agf U.F., S.A. (actualmente ACSR, S.A.), sobre responsabilidad por la ejecución deficiente de una auditoría, y, en consecuencia, a indemnizar a los demandantes en los perjuicios que habían sufrido como consecuencia de la paralización de las obras debida, en síntesis, a la grave crisis económica de la cooperativa, declarada en suspensión de pagos, y a una gestión irregular de los fondos que habían aportado para la adquisición de las fincas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente y condenó en forma solidaria a los demandados La condena impuesta tuvo por objeto una cantidad equivalente a las derramas y costes que debieron pagar los actores para la reanudación y conclusión de las obras, pese a haber convenido en sus contratos un precio cerrado. Dicho perjuicio fue imputado por el Juzgado de Primera Instancia al auditor y a la sociedad en la que estaba integrado, por no haber revisado y verifi-

cado correctamente los documentos contables de la cooperativa auditada, correspondientes a los ejercicios y, en consecuencia, por no haber reflejado en el informe su verdadera y crítica situación. Los actores interpusieron contra dicha sentencia recurso de apelación, el cual fue estimado. Pese a ello, el Tribunal consideró que el auditor había infringido las normas reguladoras de la auditoría. Así, declaró que no negaba «la infracción... de determinadas normas técnicas de auditoría» y, por el contrario, que estaba de acuerdo con la sentencia apelada «en cuanto a la apreciación de determinados incumplimientos por la auditora demandada al elaborar los informes de auditoría...». Negó, sin embargo, la relación causal entre dichos incumplimientos y la insolvencia de PSV, Sociedad Cooperativa, con declaración de que ésta había sido consecuencia directa de la gestión de sus propios rectores. Los demandantes interpusieron recurso de casación en base a los siguientes motivos: infracción del artículo 11 de la Ley 19/1988; e infracción del artículo 1902 CC. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (E. C. V.)

48. Responsabilidad civil de los auditores. Imputación objetiva. El criterio del fin de protección de la norma.—De los presupuestos de la responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 1902 CC, aplicable al caso, tiene particular importancia el referido a la relación causal entre la conducta y el daño. A él se refiere el motivo que estamos examinando. Dicha relación se reconstruye, en una primera fase, mediante la aplicación de la regla de la *conditio sine qua non*, conforme a la que toda condición, por ser necesaria o indispensable para el efecto, es causa del resultado; y la de la «equivalencia de condiciones», según la cual, en el caso de concurrencia de varias, todas han de ser consideradas como iguales en su influencia causal si, suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también. Afirmada la relación causal según las reglas de la lógica, en una segunda fase se trata de identificar la causalidad jurídica, para lo que entran en juego los criterios normativos que justifiquen o no la imputación objetiva de un resultado a su autor, en función de que permitan otorgar, previa discriminación de todos los antecedentes causales del daño en función de su verdadera dimensión jurídica, la calificación de causa a aquellos que sean relevantes o adecuados para producir el efecto. Se trata, con ello, de construir la causalidad según una visión jurídica, asentada sobre juicios de probabilidad formados con la valoración de los demás antecedentes causales y de otros criterios, entre ellos el que ofrece la consideración del bien protegido por la propia norma cuya infracción atribuya antijuridicidad al comportamiento fuente de responsabilidad. El referido planteamiento es el seguido por la jurisprudencia en la aplicación del artículo 1902 –SS de 29 de marzo y 6 de septiembre de 2005 y 10 de junio de 2008, entre otras muchas–.

El Tribunal de apelación, según afirma en la sentencia recurrida, aplicó «criterios de lógica humana sobre el antecedente del resultado favorable, aunque erróneo, de la auditoría del ejercicio de mil novecientos noventa y tres y la consecuencia de la continuidad sin problemas de la actividad de la agencia en el seno de la cual se produjeron expolios del producto de las inversiones de los actores... por parte del administrador... a partir de junio de mil novecientos noventa y cuatro», para afirmar como indiscutible la relación de causalidad entre el deficiente cumplimiento por el auditor de la obligación de detectar errores y fraudes y el daño patrimonial sufrido por los inversores

demandantes. En otro pasaje de su sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona califica como «segura (la) intervención de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a la vista del resultado desfavorable que debería haber tenido la auditoría» e identifica la misma como la causa probable de que «la evolución descrita de las inversiones de los actores no (hubiera) tenido lugar» y, al fin, de que «los títulos se (hubieran) mantenido incólumes a su disposición». El respeto que merece la declaración de hechos probados en la instancia –reafirmado, entre otras, en la S de 29 de marzo de 2005– y la naturaleza básicamente fáctica de la afirmación de una equivalencia de condiciones del daño patrimonial, no pueden, sin embargo, impedir que, en esta sede, revise-mos los criterios empleados por el Tribunal de apelación para, con base en aquella, afirmar o negar la causalidad jurídica o imputación objetiva, investida de los caracteres propios de una cuestión jurídica a los efectos de la casación –SS de 5 de octubre de 2006, 22 de febrero y 17 de abril de 2007 y 10 de junio de 2008–, dada su naturaleza valorativa o de toma de posición para la integración de lo que constituye un tipo jurídico abierto.

Como se indicó, la sentencia recurrida no afirma que el auditor responda por haber posibilitado que los demandantes invirtieran con una conciencia viciada por un error, sobre la situación financiera de XMPAV, S.A., provocado por el ofrecimiento de una información económico contable que no era fiel y veraz sobre las cuentas anuales auditadas. Sino por no haber determinado la actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, organismo administrativo de supervisión e inspección de dicho mercado. Pues bien, la que, para los demandantes y el Tribunal de apelación, fue causa inmediata del daño –identificada, se insiste, en el hecho de que el órgano de supervisión no hubiera actuado a tiempo de impedir las inversiones efectuadas por aquellos– debe ser calificada como extraña al ámbito de protección proporcionado por la normativa a cuya infracción se ha vinculado la responsabilidad del auditor. No cabe desconocer, como también se ha expuesto, que la finalidad de la norma infringida no era otra que permitir, además de a la sociedad auditada, a los terceros «conocer la calidad de la información económico contable sobre la cual versa la opinión emitida por el auditor de cuentas» –en términos de la Exposición de Motivos de la Ley 19/1988–. Es cierto que el auditor, en los casos de violación grave de normas, de riesgo para la continuidad de la empresa auditada o de comprobación de determinadas irregularidades, asume *ex lege* un deber de denuncia. Pero, además, de que el incumplimiento del mismo no se presentó en la demanda como autónomo, sino como la consecuencia de no haber descubierto el auditor las irregularidades y fraudes en la revisión y verificación de los documentos contables de XMPAV, S.A., por razón de una prestación profesional negligente, no cabe prescindir de que la norma que le obligaba a colaborar, mediante la denuncia –DF 1.ª de la Ley 19/1988–, con el organismo supervisor en la defensa del mercado, sólo remotamente coincidía en su finalidad con la realmente infringida. Si a ello se une que comportamientos ajenos al del auditor, cual el de la agencia de valores –merecedor de la tramitación de un proceso penal y de la aplicación de sanciones por el Consejo de Ministros– concurrieron a la producción del daño, así como que las competencias de supervisión e inspección a cargo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que implican un control continuado del cumplimiento de la normativa vigente por aquellos que desarrollan su actividad profesional en los mercados financieros –arts. 13 y 84 de la Ley 24/1988–, las debe ejercer por propia iniciativa dicha entidad, se llega a la conclusión de que la imputación objetiva o causalidad jurídica se ha lle-

vado por el Tribunal de apelación demasiado lejos, dadas las circunstancias, al considerar a PWA, S.A., y don Iván, en la condición de vigilantes o garantes últimos de la transparencia de la información económico-contable de la empresa auditada, causantes del resultado perjudicial para los actores. Procede, por ello, estimar este motivo y, con él, el recurso. (**STS de 9 de octubre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Bajo una apariencia de solvencia, desde el año 1993 la sociedad de valores XMPAV, S.A. desvió fondos de clientes para cubrir pérdidas producidas por otras operaciones en el mercado de derivados financieros. Los informes de auditoría de cuentas anuales realizados por PWA, S.A., no reflejaron sin embargo la imagen fiel del patrimonio social ni la situación financiera de la sociedad de valores. Importantes inversiones encomendadas por algunos clientes tuvieron lugar tras el depósito de las cuentas de 1993 en la CNMV. No obstante, XMPAV, S.A. fue declarada en quiebra con fecha 14 de septiembre de 1995 y las cantidades entregadas por los inversores no pudieron ser recuperadas. Los inversores interpusieron demanda de responsabilidad civil contra la auditora PWA, S.A., por entender que, de haber sido correctamente formulados los informes de auditoría, la CNMV hubiera intervenido antes y eficazmente, circunstancia que hubiera impedido que tuvieran lugar las inversiones ruinosas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Barcelona desestima la demanda íntegramente, mediante sentencia de 21 de octubre de 1998. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de 31 de julio de 2000 de la Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona lo estima y condena a PWA, S.A., a indemnizar el daño causado a los inversores.

La auditora recurre en casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, tras considerar que la circunstancia de despertar el celo de las agencias públicas de regulación para evitar daños con su pronta reacción a quienes ponen sus ahorros en este mercado no se incluye en el fin de protección de la norma de auditoría de cuentas. Además, según el Alto Tribunal, la inversión fallida no fue tomada sobre la base de la confianza del inversor en el informe de auditoría, que desconocía, y habría muchos otros factores que hubieran podido y debido causar la intervención de la CNMV.

NOTA.—Bajo el elocuente título «Paños calientes: la responsabilidad de los auditores frente a los acreedores de la sociedad auditada», Francisco Vicent Chuliá dedicó la segunda parte de su trabajo «Variaciones mercantiles sobre responsabilidad civil de los administradores y auditores, en vísperas de la unificación concursal», *RdP*, 2002, núm. 9, pp. 83 a 90, a poner de relieve la existencia de un sector doctrinal partidario de restringir la responsabilidad de auditores por daños a terceros. El estudio atribuyó especial interés a la SAP Barcelona de 31 de julio de 2000, ahora revocada. Con todo, la STS de 9 de octubre de 2008 no marca ninguna tendencia y la jurisprudencia española de casación, iniciada ese mismo año, en ocasiones declara la responsabilidad de esas empresas. Así, la STS de 5 de marzo de 2009, Sala 1.^a, Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, RJ 2009/1631, imputa objetivamente el daño a la conducta de

la auditora aunque, a diferencia de la STS de 9 de octubre de 2008, no valora la incidencia que dicha conducta puede tener en una eventual intervención de la CNMV. Sobre las últimas sentencias del Alto Tribunal, véase Jordi Ribot Igualada, «La responsabilidad extracontractual del auditor en la jurisprudencia: análisis y perspectiva de futuro», *AC*, 2009, fascículo I, pp. 2287 a 2327. (*J. M. B. S.*)

49. Responsabilidad extracontractual del empresario por hechos de sus dependientes. Negligencia del empresario al elegir a un operario que no estaba capacitado para realizar el trabajo encargado.—Habiéndose acreditado en período probatorio —y sin que sea dable su revisión en casación al mantenerse incólumes los hechos en esta instancia, sin que tampoco se haya interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal para combatir adecuadamente su valoración— tal como considera probado la sentencia impugnada, que el propietario encargó un trabajo que llevaba intrínseco un riesgo, como es la utilización de soldadura, a personas no capacitadas para ello, incumpliendo el deber de diligencia exigible según el estándar de prudencia, resulta que José Manuel, asegurado de la recurrente «Royal Insurance, S.A.», es responsable civilmente de los daños causados a terceros, por lo que, en virtud del contrato de seguro que le une con la parte recurrente, la aseguradora debe responder de los daños que le son atribuidos al asegurado por mor de su acción u omisión negligente, sin que, por tanto, pueda entenderse producida la infracción normativa invocada.

Cláusula limitativa de los derechos del asegurado no consentida específicamente por éste. Cobertura del seguro.—En el caso de autos, la cláusula contenida en la letra a) del artículo 1, apartado A-VI de las Condiciones Generales de la Póliza suscrita entre la recurrente y el asegurado constituye una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, el cual, una vez producido el siniestro cubierto por la póliza, se ve privado de la cobertura del seguro por hechos ajenos al evento dañoso, sin que constituya una descripción del riesgo cubierto, como acertadamente ha interpretado la sentencia impugnada, y sin que conste que dicha limitación haya sido destacada expresamente en el contrato y consentida específicamente —no de forma general— por el asegurado. (**STS de 17 de septiembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los actores, que eran la propietaria del local comercial siniestrado y su compañía aseguradora, demandaron al operario que originó el incendio, al empresario que lo había contratado, a la compañía aseguradora de éste, al propietario de la vivienda en la que se hacían los trabajos de soldadura y a otra persona —que fue absuelta en las dos primeras instancias— en reclamación de una indemnización de los daños producidos por el incendio, que se originó a consecuencia de las chispas que cayeron desde un piso hasta el patio de luces con el que comunicaba el almacén de la demandante, que contenía materiales inflamables. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta por la compañía aseguradora y desestimó íntegramente la demanda presentada por la propietaria del local siniestrado. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación formulado por los demandan-

tes condenando a los demandados –salvo a uno de ellos– a indemnizar los daños causados a los demandantes. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación instado por los demandados condenados. (*L. F. R. S.*)

50. Doctrina jurisprudencial acerca de la teoría de la responsabilidad por riesgo.—En el único motivo del recurso se denuncia la infracción por indebida aplicación de lo dispuesto en el artículo 1902 CC; vulneración que se produce, según afirma la parte recurrente, al imputar la sentencia impugnada a Comercial Distribuidora de Butano y Derivados S.A., responsabilidad en la explosión ocurrida en la mencionada vivienda y ello por cuanto –insiste la parte recurrente– no se ha acreditado la necesaria relación de causalidad entre el daño y la existencia de una acción u omisión imputable a dicha entidad, a pesar de constituir tal elemento requisito imprescindible para que nazca su responsabilidad derivada de culpa extracontractual prevista en el artículo 1902 CC. No obstante, dicho planteamiento que exigiría en todo caso a la parte actora la prueba del exacto origen del daño y de la acción u omisión culposa por parte de los demandados, como única forma de determinación del nexo causal, vendría a contradecir la propia esencia de la doctrina jurisprudencial que, al amparo del artículo 1902 CC, ha desarrollado la teoría de la responsabilidad por riesgo o cuasiobjetiva; pues precisamente dicha teoría parte de una consideración puramente material de la relación causal para considerar que, acreditado por la parte perjudicada el origen del daño –en este caso la explosión de gas– queda cumplida por la demandante su carga probatoria para derivar hacia quien creó el riesgo la carga de acreditar que el resultado dañoso no es consecuencia de su actuación, sino de la interferencia de elementos extraños a ella como pudieran ser la propia actuación de la víctima o la fuerza mayor. En este sentido, la S de esta Sala de 25 de enero de 2007 destaca dos aspectos en relación con la responsabilidad por riesgo: «el primero, que sólo cabe acudir a títulos de imputación de la responsabilidad basados en criterios distintos al subjetivo, con la subsiguiente consecuencia en el orden procesal de la inversión de la carga de la prueba, en los casos en que exista una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios; y el segundo, que, en cualquier caso, sea cual fuere el título de imputación de la responsabilidad, es preciso que concorra la necesaria causalidad en su secuencia o vertiente jurídica, apreciada conforme a criterios de adecuación o eficiencia, que posibilite la atribución del daño». En supuestos de hecho similares al ahora enjuiciado, las SS de 30 de julio de 1998 y 29 de octubre de 2004 afirman que «ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre el riesgo acreditado, preexistente y concurrente que, en línea cuasi-objetiva minoradora del culpabilismo subjetivo, presupone acción voluntaria que obliga a extremar todas las precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la vida de las personas, lo que obliga a adoptar los medios y medidas de seguridad disponibles, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligroso potencial cierto, por resultar entonces adecuada la aplicación del artículo 1902 CC, con la consecuente inversión de la carga de la prueba, en razón a actividades que notoriamente son peligrosas, como así sucede en el caso que nos ocupa por el uso doméstico del gas butano, que impone el manejo de las bombonas

al usuario y por ello no basta ni resulta suficiente para exonerar de toda responsabilidad que se hayan cumplido disposiciones reglamentarias, ya que el mismo peligro que se instaura es exigente, por su propia estructura de representar constatado riesgo, de una diligencia extremada y agotadora de medios en relación a las cosas y circunstancias de tiempo y lugar». (**STS de 16 de diciembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El día 27 de enero de 1995 se produjo una deflagración de gas en un edificio sito en Madrid. A raíz de ella, se derrumbaron varios pisos, causando numerosos heridos y un muerto. Doña Eugenia, mujer del fallecido, actuando en nombre propio y en el de su hija menor de edad, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid contra RB, S.A., CDBD, S.A. y MSR solicitando una indemnización de 30 millones de pesetas.

El Juzgado desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial de Madrid la revocó y estimó íntegramente las pretensiones de la parte actora. Interpuesto recurso de casación por parte de CDBD, S. A., el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (A. S. C.)

51. Culpa extracontractual: muerte en accidente de trabajo: doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad cuasi-objetiva por riesgo.— Conforme a la orientación seguida últimamente por las SSTS de 14 de diciembre de 2005, 3 de abril de 2006 y 11 de junio de 2008, lejos de prescindir de la culpa o presumir su existencia sin posibilidad de prueba en contrario, continúa haciéndose imprescindible la concurrencia del elemento subjetivo, que deberá ser probado, si bien —y esto es lo relevante—, la carga de hacerlo se invierte, pues se presume *iuris tantum* la culpa del agente entre tanto éste no demuestre que actuó con la diligencia exigible, diligencia que se medirá no sólo en atención a las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino, además, en función del sector del tráfico o entorno físico o social donde se proyecta su conducta, todo lo cual debe valorarse para determinar si el agente obró con cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio. De este modo, el principio de responsabilidad subjetiva consagrado por los artículos 1902 y ss. CC, hay supuestos en los que debe acentuarse la imputabilidad objetiva del daños a su causante, como ocurre cuando concurren especiales deberes de diligencia impuestos por la creación de riesgos extraordinarios, o en que debe exigirse la prueba de haber actuado diligentemente al causante del evento dañoso por razones derivadas básicamente, más que de una inversión de la carga probatoria en sentido propio, del principio de facilidad o proximidad probatoria relacionado con la producción de daños desproporcionados o inexplicables o la producción de un siniestro o accidente en el ámbito propio de la actuación controlada de manera especial o excluyente por el agente causante del mismo.

Omisión de medidas de seguridad: contraria a las obligaciones exigibles.—En el presente caso el accidente sobrevino a consecuencia de que el obrero se vio atrapado por el montacargas, al introducir su calzado por el hueco o espacio de 8 ó 9 cms entre el tablón que daba acceso a la cabina del montacargas y las puertas de la misma, siendo causa eficiente del resultado la

conducta del empresario por omitir las medidas de seguridad adecuadas a dicho riesgo, tendentes a suprimir o reducir dicha separación e impedir así el atrapamiento accidental de cualquier operario; por más que no estén claras todas las circunstancias fácticas del accidente, el único hecho probado con valor de causa determinante del resultado dañoso se sitúa en la omisión por parte del empresario de las medidas de seguridad adecuadas, toda vez que la sentencia descarta la concurrencia de otras posibles causas que, en su caso, podrían haber servido, si no para eliminar, sí al menos para moderar la responsabilidad del agente (defecto en el mecanismo elevador, autopuesta en peligro del trabajador, etc.). Las medidas de seguridad en el trabajo incumben de modo especial a quienes asumen funciones empresariales, de vigilancia, de dirección o de gestión, como se deduce de los artículos 14 y 42.1 de la LPRL, aludiendo este último a las responsabilidades civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento de aquéllas. **(STS de 19 de noviembre de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

NOTA.—El Juzgado de Primera Instancia de Carballo estimó la excepción de falta de jurisdicción, rechazada luego por la Audiencia Provincial, siendo rechazado igualmente el recurso de casación. En igual sentido, por ej., STS de 28 de junio de 2005 (v. *ADC*, 2007, n. 47, pp. 1.020 s.). Obsérvese que el incumplimiento de las medidas de seguridad y fundamento exclusivo en la responsabilidad laboral ha sido determinante en otras ocasiones para establecer la competencia de esta jurisdicción, así en STS de 18 de mayo de 2006 (*ADC* 2008, n. 38, pp. 1.701 s.) (*G. G. C.*)

52. Culpa extracontractual y obligación de medios en responsabilidad médica.—En este caso, el Tribunal entiende que, aún admitiendo que la aplicación de la técnica de la fecundación *in vitro* forme parte de la medicina voluntaria o satisfactiva, el evento dañoso, consistente en el fallecimiento de la señora Catalina, no se produjo por una causa o circunstancia relacionada con la misma, sino en el desarrollo del embarazo, al que es razonable dar el tratamiento correspondiente a la medicina necesario o curativa, tal y como lo entendió el juzgador *a quo*. El examen de la hipotética responsabilidad civil de los médicos, dada la causa que produjo el fallecimiento, no es un problema relacionado con la medicina denominada satisfactiva, por lo que el planteamiento del motivo carecía de consistencia.

Inaplicación del artículo 28 LGDCU.—En el caso, el Tribunal excluye la aplicación del artículo 28 LGDCU puesto que el fallecimiento se produjo por la instauración brusca y súbita de una eclampsia asociada al síndrome de Hellp, que nada tiene que ver con el servicio sanitario.

El daño médico desproporcionado.—En el caso, evidentemente hubo un resultado desproporcionado entre la actividad inicial y el resultado producido, pero el Tribunal entendió que no procedía la apreciación de responsabilidad civil sanitaria porque se había declarado probada la causa del fallecimiento, y no se apreció negligencia médica. Hubo la explicación y justificación médica que excluía la aplicabilidad de las consecuencias de la doctrina jurisprudencial que sostiene que en el caso de daño desproporcionado, o resultado «clamoroso», el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria.

Consentimiento informado.—En la sentencia se declara probado que la técnica reproductiva de la fecundación *in vitro* no se constituye, por sí misma, y en término epidemiológicos, como factor de riesgo alguno en relación a la preeclampsia y/o síndrome de Hellp en el embarazo, no existiendo por tanto relación de causa a efecto que pudiera integrar dichos procesos patológicos en la categoría de los riesgos previsibles asociados al tratamiento. En relación al desarrollo del embarazo, que se inserta en el ámbito del tratamiento jurídico de la medicina curativa, la causa del daño no entra, dadas las circunstancias fácticas apreciadas en la sentencia recurrida, entre los riesgos sujetos a la exigencia de una información previa, de ahí que se estime correcta la apreciación de la sentencia impugnada en cuanto señala que «quedan fuera del derecho a la información los riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, como en su caso podía venir representado por la preeclampsia y el síndrome de Hellp en el marco de las deficiencias de caracterización sintomatológica que se averararon en el caso que nos ocupa, y en función del carácter súbito y brusco de su manifestación en estadio de especial gravedad». (STS de 23 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Don Javier, que actuaba en nombre y representación de sus hijos Clemente y Luis Carlos, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Alicante, siendo parte demandada doña Isabel, don Plácido y don Ernesto, el Instituto B. F. G., S.L. y la entidad W. Compañía Suiza de Seguros; suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se declarase la responsabilidad civil de los ginecólogos doña Isabel, don Plácido y don Ernesto; del Instituto B. F. G., S.L., S.L.; y de W. Compañía Suiza de Seguros; se condenase conjunta y solidariamente a los demandados, a indemnizar a los actores, por la totalidad de los daños y perjuicios en relación con el fallecimiento de su mujer a la que se le había practicado una fecundación *in vitro* y cuyo óbito se produjo como consecuencia de una eclampsia asociada a un síndrome de Hellp. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la sentencia confirmó la sentencia recurrida. Los demandantes interpusieron recurso de casación que fundaron en los siguientes motivos: a) Infracción de los artículos 10.5 y 10.6 de la Ley General de Sanidad, en relación con el consentimiento informado sobre los riesgos previsibles; b) Infracción del artículo 1544 en relación con el artículo 1583 CC y artículo 1101 del mismo texto legal, alegando «una incardinación incorrecta del acto médico que se juzga, por la Sentencia de la Audiencia, como de medicina curativa o necesaria en contraprestación a la satisfactiva o voluntaria, ignorando, por tanto, las consecuencias procesales de esa incorrecta incardinación, siendo las principales consecuencias no tomadas en cuenta en la resolución impugnada: 1.^a) Que la no obtención del resultado hace presumir la culpabilidad de los médicos actuantes; 2.^a) Que se invierte la carga de la prueba.»; c) Infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a la aplicación de la responsabilidad objetiva del artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya que para responder civilmente basta acreditar el daño y su relación causal con el servicio prestado; esto es, que

se responde, no en atención a la presencia de ninguna actuación negligente, ni se necesita ningún reproche culpabilístico. Y ello, sobre todo en el ámbito de la medicina no curativa, si se produce el daño, se debe responder conforme al régimen jurídico instaurado en nuestra legislación. Finalmente se concreta la aplicación al caso del artículo 28, párrafo segundo, LGDCU que «somete (se afirma) al régimen especial de responsabilidad objetiva que establece a los “servicios sanitarios” (obviamente a sus prestadores) al presumirse *iuris et de iure* que estos incluyen las garantías y los controles a que se refiere el párrafo primero del expresado dispositivo legal»; d) Violación por inaplicación de las normas legales que regulan la responsabilidad contractual y extracontractual en relación a la doctrina jurisprudencial referente al daño desproporcionado comparado con lo que es habitual, unido a la violación de los Protocolos de la Sociedad Española de Ginecología; e) Infracción por inaplicación de los artículos 1902 y 1903 CC en relación con el artículo 1101 del mismo texto legal. El Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación. (E. C. V.)

53. Responsabilidad extracontractual por daños originados por la explosión producida en una vivienda a consecuencia de la manipulación de productos inflamables. Relación de causalidad e imputación a la persona que manipuló los productos.—En el ámbito del suceso, el control de la situación correspondía a quien adquiere un producto indudablemente nocivo y en circunstancias normales decide por su propia voluntad asumir el riesgo de su manipulación «por sí sola y sin el auxilio de persona o empresa experimentada, más allá de lo que, hipotéticamente, podría haberle aconsejado el vendedor», haciéndolo en una cantidad realmente importante y sin cumplimentar los requisitos necesarios para evitar uno de los riesgos posibles y advertidos, como es el de la explosión, razón por la cual es a ella a quien se debe imputar el resultado dañoso.

No se aplican las normas de protección de los consumidores cuando el daño se produce por el uso indebido por parte del adquirente del producto.—Es hecho probado de la sentencia que conocía o debía conocer las características del producto a través de una etiqueta debidamente documentada y que era plenamente consciente de estar manipulando una sustancia nociva en una cantidad realmente importante, por lo que ninguna consistencia tiene la cita de la normativa propia de consumidores y usuarios cuando el daño causado por el producto no se produce por su correcto uso, sino por el uso indebido de quien lo adquiere.

No hay responsabilidad por parte del vendedor del producto.—La persona que adquiere el producto conocía su peligrosidad, y no es posible poner a cargo de quienes lo venden los efectos derivados de una conducta negligente posterior, sobre una base meramente especulativa, y como tal alejada de lo que pudiera aceptarse como suficiente juicio de probabilidad cualificado, cual es la de que podían y debían haber interrogado a la cliente o haber intervenido directamente en la venta de la que uno de ellos tenía conocimiento porque oyó la conversación entre el empleado y el cliente y a quien con el mismo argumento se le podía haber imputado el resultado por el hecho de no haber estado en el comercio para impedir con sus conocimientos la

venta, como efectivo garante de la seguridad de una operación que se estaba realizando con absoluta corrección.

Tampoco responde el fabricante.—Lo que se cuestiona es la responsabilidad en unos hechos que se producen por causa exclusiva de quien compra el producto y lo aplica con desprecio absoluto de las indicaciones contenidas en su etiquetado, y ello es suficiente para exonerar de responsabilidad al fabricante, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley.

Culpa exclusiva de la compradora del producto.—Si se generó la causa eficiente del resultado no fue por una deficiente información, sino por la culpa exclusiva de la compradora, lo cual rompe cualquier nexo causal respecto de las responsabilidades de los demás demandados puesto que las advertencias formuladas en ella eran suficientes para advertir del peligro existente y permitir al usuario formarse una opinión fundada sobre la seguridad que ofrecía el producto, y el fin de protección de la norma de las advertencias ausentes estaba dirigido a evitar intoxicaciones por contacto, inhalación o ingestión, pero no la inflamación de la sustancia, que estaba debidamente informada y que fue a la postre la que materializó el riesgo del resultado.

No hay responsabilidad por parte de la Administración por el etiquetado del producto.—El artículo 1902 atribuye responsabilidades al que por acción u omisión cause daño, y ese sujeto puede ser tanto individual como colectivo, o institucional, pues las instituciones y la administración, que necesariamente actúan a través de personas físicas, pueden sin embargo ser responsables por omisión de diligencia causante de daños. Ahora bien, el riesgo había sido previsto en la reglamentación dictada al efecto y en la exigencia de advertencia del etiquetado del fabricante cuya lectura era, como se ha dicho, altamente expresiva de la peligrosidad del producto, destacándose las proporciones de su uso, su ámbito de aplicabilidad y las demás precauciones que debían adoptarse, figurando en caracteres tipográficos las palabras Inflamable y Veneno; datos todos ellos suficientes para advertir su peligrosidad y para negar que exista vinculación causal entre la denunciada disparidad del etiquetado con el RD 3349/1983 y el resultado dañoso. **(STS de 21 de noviembre de 2008;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Los actores interpusieron demanda contra la mujer que manipuló un insecticida y con su uso indebido causó una explosión que produjo daños en la finca de aquellos. También se dirigió la demanda contra el vendedor del producto, el propietario del establecimiento en el que se vendió, el fabricante y el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Posteriormente se produjo la acumulación de procedimientos en los que habían reclamado indemnizaciones otras personas perjudicadas por la explosión. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda contra la mujer que manipuló el producto al considerar que usó indebidamente los insecticidas, desestimando la demanda en sus restantes pedimentos. La Audiencia Provincial estimó parcialmente algunos recursos presentados y el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación absolviendo de la demanda a todos los demandados excepto a la mujer que manipuló indebidamente el producto inflamable que originó la explosión. (*L. F. R. S.*)

54. Culpa extracontractual: circulación vehículos de motor: adelantamiento indebido: responsabilidad por daños corporales.—El conductor demandado, en una maniobra evasiva, provocó la colisión con el vehículo propiedad del conductor, el cual circulaba correctamente. No cabe duda de que el daño fue causado íntegramente por el vehículo propiedad de la actora, y no se ha demostrado la concurrencia como causa excluyente de la imputación y con ello de la responsabilidad, de negligencia del perjudicado ni la concurrencia de una causa mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo. De los hechos probados se desprende que se ha justificado únicamente que un vehículo desconocido provocó una maniobra evasiva, pero no se ha probado que el expresado vehículo interviniese en el accidente como causa determinante con independencia de la conducta del conductor demandado, del que aparece probado que efectuaba una maniobra de adelantamiento sucesivo de varios vehículos, necesitada de una especial prudencia, y que al realizar la maniobra evasiva perdió el control del que conducía, acometiendo de esta forma al que circulaba correctamente.

Daños materiales causados por la colisión: doctrina general.—En punto a los daños materiales causados por la circulación, la LRCSVM 1995, partiendo de un principio de responsabilidad por riesgo en el artículo 1.1, I de aquélla, en el que se proclama con carácter general para todos los daños derivados de la circulación que afecten a la persona o a los bienes, exige la concurrencia de los requisitos de carácter subjetivo establecidos para la responsabilidad extracontractual en el artículo 1902 CC según el artículo 1.1, III. De la interpretación sistemática de ambos preceptos se infiere la necesidad de que se pruebe la culpa o negligencia por parte del conductor, si bien la referencia al principio de responsabilidad por riesgo según una jurisprudencia inveterada comporta una presunción de culpabilidad en contra del conductor causante del daño, que puede ser destruida por prueba en contrario. En el caso de colisión, al encontrarse los conductores en la misma situación, se anulan las consecuencias de la presunción en el sentido de que ésta no puede operar únicamente respecto de uno de ellos frente al otro; pero surge la necesidad de determinar en cuál de los dos se aprecia negligencia o una contribución causal en la producción del daño suficiente para presumir la existencia de culpa salvo prueba en contrario, o si la responsabilidad debe ser distribuida entre ambos por haber actuado concurrentemente en virtud de un principio de compensación de culpas; esto no supone obstáculo alguno para la aplicación del principio de responsabilidad subjetiva ni a las particularidades de imputación de responsabilidad inherentes a las actividades que generan riesgos, según el sistema que establece la LRCSVM 1995. En el presente caso la solución coincide con la adoptada para los daños corporales. (STS de 16 diciembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

55. Culpa extracontractual: atropello de peatón por vehículo: concurrencia de conductas: sólo es relevante la del conductor en atención a las circunstancias.—Se fija como doctrina jurisprudencial que no es de aplicación la moderación de responsabilidad y reparto de la indemnización por daños a las personas previstos en el artículo 1 LRCSVM cuando, contribuyendo a la producción del resultado dos conductas, la del conductor del vehículo de motor y la de la víctima ajena a la circulación, la conducta del conductor por su entidad cuantitativa y cualitativa constituye causa determinante de la

colisión, aun cuando exista una contribución causal de la víctima de escasa entidad o desproporcionada en relación con la del conductor del vehículo de motor. (STS de 12 de diciembre de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El automóvil causante del accidente siguió una trayectoria anómala en el momento anterior al accidente, dando bandazos de un lado a otro de la calzada, sin observar la necesidad de una circulación particularmente prudente y defensiva exigida por las circunstancias (noche de fiestas patronales, travesía de núcleo urbano con una intersección y presencia de peatones); de seguir correctamente por su carril con normalidad, o hubiera advertido al peatón de su presencia o circulado con iluminación y a una velocidad que le permitieran detener su vehículo dentro del campo de visión, o, al menos, reaccionar de modo más adecuado ante la presencia del peatón, y se habría evitado el resultado final de secuelas graves, persistentes e irreversibles. La negligencia del peatón, consistente en penetrar en la calzada por una parte por la que no era previsible que el vehículo circulase, y en circunstancias que imponían al conductor especiales deberes de precaución, tiene un carácter secundario que impide atribuirle relevancia a los efectos de exonerar al conductor de la imputación del daño producido, como ajeno, en todo o en parte, a su responsabilidad objetiva por los riesgos de la circulación. Se hace constar en los antecedentes que el conductor y dueño del vehículo se suicidó al día siguiente de producirse el accidente. La demanda se dirige contra la aseguradora.

Además se declara la existencia de interés casacional por existir, al menos, dos sentencias de una misma Audiencia Provincial sobre el tema que se debate.

Se incluye en el fallo de la Sala 1.^a (¿con carácter oficial?) lo que se denomina *doctrina* jurisprudencial que se deriva del mismo. Esta *praxis* todavía no se ha generalizado en la Sala 1.^a del Tribunal Supremo. Ahora en Inglaterra las sentencias de la *Supreme Court*, —denominación que ha sustituido en 2009 a la tradicional de la *House of Lords*—, están precedidas de una *Nota informativa* con la siguiente apostilla: «This summary is provided to assist in understanding the Court's decision. It does not form part of the reason for the decision. The full judgement of the Court is the only authoritative document». Entre nosotros ¿tienen valor meramente informativo el resumen que desde hace poco tiempo acompaña a las copias de las sentencias de la Sala 1.^a, proporcionadas por el Centro de Documentación Judicial? ¿Sería conveniente que se explicara el valor jurídico de tal resumen? ¿Podríamos inspirarnos para hacerlo en el ejemplo inglés? (G. G. C.)

56. Accidentes de circulación. Determinación del baremo aplicable para valorar los daños sufridos.—La regla general determina 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 el siniestro se produce, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor y el tantas veces aludido 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. En consecuencia y 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 y de hecho ocurre con demasiada frecuencia, 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 que esta Sala ha atribuido a la obligación de indemnizar los daños personales, según reiterada jurisprudencia. En consecuencia, 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 del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (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). Y ello con independencia de que la reclamación sea o no judicial. De este modo, el principio de irretroactividad queda salvado porque el régimen jurídico se determina en el momento de producirse el daño, aunque su cuantificación pueda que tenga lugar en un momento posterior y de este modo se salvan también las finalidades perseguidas por la Ley 30/1995, puesto que ambos momentos son seguros. No pueden recaer sobre los perjudicados las consecuencias de la inflación cuando sus lesiones tardan mucho tiempo en curar o en consolidarse y es por ello que, al valorarse el punto de acuerdo con las variaciones del IPC, se evita este perjuicio. Y todo ello sin perjuicio de que los daños sobrevenidos deban ser valorados de acuerdo con lo establecido en el punto 9 del párrafo primero del anexo de la Ley 30/1995, que establece que «la indemnización o renta vitalicia sólo podrán ser modificadas por alteraciones sustanciales en las circunstancias que determinaron la fijación de las mismas o por la aparición de daños sobrevenidos». En virtud de la doctrina expuesta, debe estimarse fundado el recurso de casación y, de conformidad con lo establecido en el artículo 487.2 LEC, procede casar en parte la resolución recurrida en lo relativo tan sólo al baremo que sirvió de base para cuantificar los daños, que, a diferencia de lo que señala la sentencia recurrida, no ha de ser el vigente en la fecha del siniestro, sino el vigente en la fecha en que se consolidaron las lesiones y secuelas, esto es, el vigente al tiempo en que se produjo el alta definitiva. (STS de 30 de octubre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don José Enrique interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Denia contra la aseguradora L, S. A., solicitando una indemnización de 38 millones de pesetas, por los daños ocasionados a raíz del accidente de motocicleta en la que viajaba como ocupante. El mencionado accidente tuvo lugar el 14 de junio de 1997.

El Juzgado estimó en parte la demanda y condenó a la compañía demandada a abonar a la parte actora una indemnización de 50.000 euros, más un interés del 20% desde el día del accidente. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial de Alicante la revocó, variando la indemnización, pero considerando, al igual que la sentencia de instancia, que la cuantía indemnizatoria debía ser resultado de aplicar el baremo vigente en la fecha de los hechos. Interpuesto recurso de casación por don José Enrique, el Tribunal Supremo declaró haber lugar en parte al mismo, al considerar que el baremo que sirvió de base para cuantificar los daños no debía ser el vigente en la fecha del siniestro, sino el vigente en la fecha en que se consolidaron las lesiones y secuelas. (A. S. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

57. Prescripción adquisitiva. Presunción de continuidad de disfrute de la posesión en el mismo concepto. Interversión del concepto posesorio. Requisitos.—En virtud del principio llamado de inercia posesoria, el artículo 436 CC establece la presunción *iuris tantum* de que el poseedor continúa siéndolo por el mismo concepto en virtud del cual adquirió la posesión. Cabe en consecuencia la interversión posesoria, en virtud de la cual el poseedor por otro concepto puede pasar a serlo en concepto de dueño.

Para que opere la inversión del concepto posesorio en favor de una posesión en concepto de dueño es menester, la existencia de actos que reúnan una cuádruple condición: a) reflejar de manera inequívoca, a partir de un determinado momento, la voluntad de poseer en concepto de dueño por parte de quien poseía en otro concepto; b) tener carácter público y externo, pues no basta la mera intención del poseedor, aunque no se exige una forma o solemnidad determinada; c) tener carácter obstativo para el anterior poseedor, para lo cual no son suficientes los actos de mero incumplimiento de obligaciones por parte del poseedor, sino que es menester la afirmación de la titularidad dominical mediante actos expresos o tácitos que resulten incompatibles con el reconocimiento en favor de otra persona de la titularidad dominical; d) no permanecer ocultos al anterior poseedor, aunque en la modalidad de contradicción no es necesaria la aquiescencia formal de éste, ni que se le dirija una comunicación o intimación.

Usucapión extraordinaria de bienes muebles.—Existe cuando el poseedor provoca una interversión del concepto posesorio, empezando a poseer en concepto de dueño, mediante una conducta exteriorizada de una manera clara, inequívoca y pública, en forma tal que el propietario había tenido medios racionales para conocer que los bienes estaban siendo poseídos desde hacía más de seis años a título de dueño por otra persona. **(STS de 28 de noviembre de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Habiendo sido depositados, por el «Capítulo de una Orden Militar», determinados bienes muebles de gran valor en la capilla de una prestigiosa «Hermandad», ésta se mostró como propietaria, desde el año 1990, efectuando gastos de conservación,

cediéndolos y prestándolos temporalmente, de tal modo que fue considerada socialmente como propietaria de dichos bienes.

En el año 1997, el «Capítulo» le comunicó su decisión de cancelar dicho depósito, pero ante la falta de contestación de la «Hermandad», fue demandada solicitando la cancelación del depósito y la devolución de los bienes.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, por falta de legitimación *ad causam* (para el pleito).

La Audiencia Provincial aceptó la legitimación pero confirmó la sentencia absolutoria, entendiendo que la parte demandada había adquirido los bienes por usucapión extraordinaria de bienes muebles.

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

58. División de la cosa común. Vivienda familiar copropiedad de excónyuges cuyo uso y disfrute se atribuyó a la esposa en sentencia de divorcio.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo mantiene, frente a la decisión de la Audiencia, la doctrina jurisprudencial constante seguida sobre el tema en relación con la interpretación y posible colisión de los derechos recogidos en los artículos 400 y 96 ambos del CC. Se ha de mantener el derecho de uso sobre la vivienda a pesar de la división de la cosa común; la persona a quien dicho uso se atribuyó en la sentencia de separación o divorcio tiene un título que puede oponer a los terceros adquirentes mientras subsista la situación que dio lugar a la atribución de dicho uso (SSTS de 2 de diciembre 1992, 14 de julio y 18 de octubre de 1994, 16 de diciembre de 1995, 3 de mayo de 1999, 26 de abril de 2002, 28 de marzo de 2003 y 27 de noviembre de 2007, entre otras). Esta Sala ha compaginado los derechos del copropietario a pedir la división, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 400 CC y el mantenimiento de los derechos derivados del artículo 96 CC, de manera que la sentencia, recogiendo la postura mantenida en S de 8 de mayo de 2006 y otras citadas, sostiene la posibilidad de ejercicio de la acción de división si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes. La acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto. En el caso de que en virtud de un derecho de usufructo o de uso esté atribuida la utilización de la cosa común sólo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa.

Por otro lado la admisión de la venta del inmueble en pública subasta no supone una vulneración del artículo 96 CC al exigir éste o bien el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o la autorización judicial, dado que el artículo 400 CC establece una regla taxativa que no tiene ninguna excepción cuando se trata de la división de un bien que pertenece a unas personas que lo habían adquirido durante el matrimonio por su condición de cónyuges y que a pesar de la disolución, siguen siendo copropietarios. En los casos en que uno de los copropietarios ejercita la facultad de dividir, de acuerdo con el

artículo 400 CC, no se plantea ninguna cuestión relacionada con la facultad de disposición del no usuario, porque lo único que pide es la división y no dispone de su cuota. (STS de 3 de diciembre de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don JC y doña M se habían separado en 1998. Ambos eran propietarios de una vivienda sita en Valladolid, con los trasteros y una plaza de garaje. El uso y disfrute de la vivienda en cuestión fue atribuido a doña M, en virtud de los pactos del convenio homologado en la sentencia, a quien se había atribuido la guarda y custodia de los hijos. Don JC demandó a su esposa, pidiendo la división del inmueble y su venta en pública subasta, con el reparto de lo obtenido por partes iguales. Doña M reconoció que nunca había negado el derecho a dividir la copropiedad, pero insistió en que la vigencia del derecho de uso y disfrute hacía imposible la venta en pública subasta con presencia de licitadores extraños, por lo que solicitó la desestimación de la demanda. Al mismo tiempo formuló demanda reconvenzional, pidiendo el pago de una cantidad que debía su esposo, a lo que éste se allanó.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Valladolid, de 11 de diciembre de 2002, estimó parcialmente la demanda, considerando que debía prosperar la petición de venta en pública subasta del piso y sus anejos, admitiendo por tanto la división de la finca común, debiendo mantenerse y subsistir no obstante el derecho de uso, que corresponde a su titular en virtud de la sentencia de divorcio, atribuido a la esposa demandada y a los hijos. Apeló dicha sentencia el marido demandante. La sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 14 de abril de 2003, estimó el recurso, considerando, respecto del derecho de uso, que «es un derecho que está ahí y que nadie discute» y que se trata de un elemento a introducir en el momento de la celebración de la subasta, al igual que si existen hipotecas, gravámenes, arrendamiento. Declara la procedencia de la venta en pública subasta de la vivienda que pertenece por mitad a ambos cónyuges, repartiéndose por mitad el producto de la misma.

Doña M interpuso recurso de casación, con un único motivo, pero dividido en cinco fundamentos. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso considerando que se ha de mantener el derecho de uso sobre la vivienda a pesar de la división de la cosa común, que la persona a quien dicho uso se atribuyó en la sentencia de separación o divorcio tiene un título que puede oponer a los terceros adquirentes mientras subsista la situación que dio lugar a la atribución de dicho uso. (P. B. M.)

59. La acción declarativa del derecho de propiedad anterior al deslinde administrativo efectuado al amparo de la Ley de Costas como presupuesto del reconocimiento de los derechos de concesión que se conceden en compensación no queda afectada por el plazo de prescripción de cinco años que establece el artículo 14 de la mencionada ley.—El artículo 14 se refiere a las acciones civiles sobre derechos relativos a terrenos incluidos en el dominio público deslindado: el precepto, como fácilmente se

colige, se refiere a las acciones reales, sin que aparentemente tengan otra limitación que la de versar sobre derechos afectados por el deslinde. Las acciones que tienen por objeto la declaración del dominio sobre una finca adquirido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Costas y al deslinde practicado conforme a la misma a fin de activar los derechos concesionales, de ocupación y aprovechamiento, establecidos en la DT 1.^a de la Ley, constituyen en sí mismas acciones civiles sobre derechos relativos a terrenos incluidos en el dominio público deslindado, pues tales derechos concesionales, de ocupación y aprovechamiento, recaen sin ningún género de dudas sobre los terrenos afectados por un deslinde cuya eficacia declarativa no se discute, pero frente a la cual, y a partir de ella, se pretende su actuación con el presupuesto de la declaración de un dominio adquirido anteriormente, y afectan, desde luego, al contenido del demanio, que ve cómo la facultad de uso general de los bienes sobre los que recae cede transitoriamente y cobra carácter particular.

Ahora bien, esta interpretación gramatical no puede desconectarse de otros criterios interpretativos, de cuyo conjunto se extrae la correcta exégesis de la norma. Su ubicación sistemática en el capítulo III del título I de la Ley, relativo a los deslindes, justifica un entendimiento del precepto circunscrito a las acciones civiles que, frente a la eficacia declarativa y registral del deslinde, se dirigen a asegurar la titularidad del derecho privado que éste niega: en definitiva, aquellas que combaten los efectos declarativos y registrales del deslinde respecto del bien afectado por él, todo ello, claro está, dentro del marco competencial correspondiente a la jurisdicción civil, inherente a la naturaleza de la acción ejercitada, que convive con el control jurisdiccional contencioso-administrativo de la legalidad del acto en que consiste el deslinde, como tuvo oportunidad de declarar esta Sala con anterioridad –SS de 25 de abril y 13 de junio de 2007–.

Tal debe ser la recta inteligencia del precepto, que conduce a dejar al margen de él las acciones que, a partir de la situación jurídica creada por el deslinde, y respetando sus efectos, tienen por objeto la declaración de un derecho de propiedad anterior como presupuesto del reconocimiento y la eficacia de los derechos temporalmente limitados que el ordenamiento jurídico atribuye a quien se ha visto privado de su dominio como consecuencia de la titularidad dominical. (STS de 16 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los demandantes instaron una acción declarativa contra el Ministerio del Medio Ambiente, para que se declarase que determinada finca era de propiedad privada de aquellos antes de la publicación de la Ley de Costas de 1988 y que ese derecho de propiedad se había transformado en la situación de hecho y de derecho contemplada en la DT 1.^a de la citada Ley a los efectos de obtener la concesión administrativa extraordinaria regulada en dicha disposición. La demandada alegó que la acción ejercitada había prescrito pues había transcurrido un plazo superior a los cinco años para el ejercicio de acciones civiles sobre derechos relativos a terrenos incluidos en el dominio público deslindado que establece el artículo 14 de la Ley de Costas. El Juez de Primera Instancia estimó sustancialmente la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esa decisión. (L. F. R. S.)

60. Propiedad horizontal: división material y jurídica: diferencias.—Según destacada doctrina científica, no resulta aplicable la normativa de la propiedad horizontal a los efectos de la división material, por lo que no existe inconveniente para que el dueño de un piso o local separe materialmente su propiedad, coloque tabiques y distribuya su uso. Igualmente, cabe que se vendan partes *pro indiviso*, incluso con coeficiente interno, con el establecimiento de unas reglas propias no afectantes a la comunidad. Por el contrario, la división jurídica presenta ciertos matices diferentes, pues si la pretensión del titular es la de que un piso o local pase a ser de dos o más, con desaparición de la cuota de propiedad inicial y asignación de otras diferentes, aunque sea con la suma de lo mismo, se necesita el acuerdo unánime de la junta de propietarios, ya que se considera que existe modificación del título. Ahora bien, respecto a la modificación de este último, la STS de 13 de marzo de 2003 ha admitido que el cambio se produzca por la vía judicial, aunque no haya unanimidad, si la oposición es considerada como un acto de abuso de ley y un uso antisocial del derecho. **(STS de 19 de diciembre de 2008;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—En un edificio en régimen de propiedad horizontal con sólo dos propietarios, uno de ellos pretende dividir la finca de su propiedad en dos, de modo que los anejos de la vivienda —elementos físicamente independientes de la misma— queden como finca registral independiente. Pretende, asimismo, que a las dos fincas resultantes de la división se les asignen las cuotas de participación correspondientes. Ante la negativa del otro copropietario a autorizar la división, interpone la acción de división sobre elementos comunes.

Aunque el Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, su sentencia es revocada posteriormente en apelación. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto, por considerar abusiva la posición del demandado sobre la modificación del título constitutivo, de acuerdo con las circunstancias concurrentes. (*M. C. C. M.*)

61. Mayoría exigible para instalar un ascensor en una comunidad de propietarios donde residen once minusválidos.—A juicio de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, la remisión que hace el artículo 9 c) de la Ley de Propiedad Horizontal al sistema de mayorías del artículo 17.1, cuando se trata de creación de una servidumbre de acceso a un ascensor de nueva creación en un edificio en el que se ha acreditado que habitan personas minusválidas, ha de entenderse hecha al párrafo 3.º del citado apartado, relativo al establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía. **(STS de 18 de diciembre de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—*R.* y *A.*, propietarios de un bar en la planta baja de una comunidad de propietarios, interponen demanda contra ésta impugnando la nulidad de los acuerdos de la junta en las que se establecía la constitución de una servidumbre en el local de *R.* y *A.* y la obligación de todas las fincas de contribuir a los gastos de ins-

talación, reparación, mantenimiento y conservación de un ascensor. La comunidad de propietarios formula demanda reconventional, pidiendo se declaren conforme a derecho los acuerdos impugnados y se obligue a la demandante a pagar las cantidades estipuladas.

El Juzgado de Primera Instancia estima en su integridad la demanda interpuesta por la comunidad de propietarios. Los demandantes recurren y la Audiencia Provincial estima parcialmente ambas demandas, de modo que considera conforme a derecho la constitución de la servidumbre y la instalación del ascensor, así como la obligación de todos los propietarios de contribuir a los gastos de instalación; sin embargo, exonera a los propietarios de los locales de la planta baja de contribuir a los gastos de mantenimiento, reparación y conservación de dicho ascensor. *R. y A.* interponen recurso de casación alegando una incorrecta aplicación del artículo 17.1.3.º LPH, en relación al artículo 9 c). El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*P. M. G.-F.*)

62. Propiedad horizontal. Alteraciones en los elementos comunes.—

Las obras realizadas en las terrazas de los áticos del edificio, que por su naturaleza constituyen elementos comunes, requieren para su validez el acuerdo unánime de los propietarios manifestado en Junta (arts. 5, 7.1, 12 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal).

Consentimiento tácito de la Comunidad.—Cuando las obras efectuadas por los propietarios sobre elementos comunes, pero de su uso exclusivo, son advertidas y toleradas por la Comunidad, se entiende que existe un consentimiento tácito, pues de su comportamiento resulta implícita su aquiescencia a esa determinada situación, como precisan las SSTS de 26 de mayo de 1986, 12 de octubre de 1992 y 3 de octubre de 1998.

Ejercicio tardío de derechos.—Cuando las obras realizadas por los propietarios afectan a elementos comunes, de su uso exclusivo, y la existencia de dichas obras es notoria y no se efectúa impugnación ninguna durante un largo período de tiempo, la impugnación posterior se considera como una actuación que no se ajusta a un ejercicio leal, en defensa de los intereses comunitarios. (**STS de 5 de noviembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Interpuesta demanda por la Comunidad de Propietarios contra los propietarios de determinados elementos privativos, se solicita la declaración de ilicitud y demolición de determinadas obras de cerramiento realizadas en las terrazas de los áticos, de uso exclusivo de los demandados, sin el consentimiento de la Comunidad de Propietarios, pero sin afectar a la seguridad del edificio.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, al considerar que el silencio de la Comunidad de Propietarios, concedora de las obras, debe ser entendido en el sentido de que se trata de un consentimiento tácito.

La Audiencia confirmó esta sentencia y señaló que el ejercicio tardío del derecho supuso una renuncia al mismo, teniendo en cuenta que las obras se realizaron entre siete y trece años antes de la presentación de la demanda.

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

63. Propiedad horizontal. Apertura de huecos mediante rompimiento de la fachada o muro común para instalación de aparatos de aire acondicionado. Acción de la comunidad de propietarios para restablecer los patios a su situación original.—No significa que el propietario pueda en elementos comunes del inmueble, como son las fachadas de los patios interiores, realizar obras que afecten a estos elementos o que perjudiquen o molesten a otros propietarios, en los que la prohibición es manifiesta (SSTS de 26 de noviembre de 1990 y 24 de febrero de 1996), como sucede en el caso objeto de recurso en el que la Comunidad de Propietarios actúa frente a tres comuneros para que se restituya el patio interior a su estado original puesto que las obras ejecutadas en el muro que separa los locales de su propiedad de los patios interiores del edificio afectan a este elemento común y han sido realizadas sin su preceptiva autorización, contraviniendo los artículos 7.1 y 12 de la Ley de Propiedad Horizontal, en la interpretación dada por reiterada jurisprudencia de esta Sala, por cuanto se han abierto huecos de las dimensiones dichas mediante el rompimiento de la fachada o muro común, con la consiguiente alteración del mismo, y cambio del uso no previsto inicialmente, para cuya verificación debieron haber cumplido los requisitos legalmente establecidos. (STS de 15 de diciembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal demandó a diversos propietarios de viviendas y locales que habían realizado obras en la fachada común para la instalación de aparatos de aire acondicionado para que se restablecieran los patios interiores del edificio a su situación original con retirada de los resultados de las obras realizadas. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda, decisión que confirmó la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación con la estimación íntegra de la demanda. (L. F. R. S.)

64. La notificación de los acuerdos comunitarios al copropietario ausente.—Los artículos 18 y 9 LPH prevén, respectivamente, la acción para impugnar los acuerdos adoptados en las Juntas y el sistema de notificación de tales acuerdos a los distintos copropietarios. De ambos preceptos cabe extraer la siguiente regla general: el plazo de que dispone el comunero ausente a la Junta para impugnar los acuerdos allí tomados comenzará a contarse desde que aquéllos le son notificados (STS de 2 de marzo de 1992). Es a partir de ese momento de la notificación cuando se inicia el cómputo del plazo de treinta días (STS de 11 de mayo de 1998).

Ahora bien, el acuerdo ha de ser notificado de manera fehaciente y detallada. «Fehaciente» equivale a lo que es evidente y cierto y, tratándose de notificaciones de actos y acuerdos, supone la puesta en conocimiento de algo que interesa. Hay que entender, conforme al principio de recepción, que resultan fehacientes sólo cuando materialmente llegan de forma demostrada

a su destino, aunque no sea de forma directa al interesado. Éste debe tener conocimiento de modo normal o, al menos, estar en situación de lograr su alcance, sin la concurrencia de impedimentos acreditados que lo obstaculicen. Se excluye, así, que la notificación haya de ser necesariamente notarial o por medio de funcionario público, bastando que se lleve a cabo y sea efectiva en cuanto pueda llegar su contenido a ser sabido debidamente por el destinatario (STS de 19 de diciembre de 1997). Por tanto, para el inicio del plazo indicado es necesario que se pruebe el conocimiento detallado del acuerdo y no su mera existencia, pues solamente el primero garantiza el ejercicio de la acción en condiciones de efectividad del derecho a la tutela judicial.

Por otro lado, si bien la exigencia de la notificación, según la literalidad de los preceptos señalados, hace referencia a los condueños que no hayan asistido a la Junta, es evidente que cuando se haya ausentado antes de su terminación, ha de constar acreditado que aquél conocimiento lo tuvo con anterioridad al momento de su ausencia, por haberse llegado a la aprobación del acuerdo, pues sobre este conocimiento completo o perfecto opera la exclusión de la exigencia de la notificación posterior fehaciente (STS de 21 de mayo de 1976).

Con todas estas medidas se trata de asegurar dos objetivos: 1) que los propietarios que, debidamente citados, no hubieran podido asistir a la Junta, tengan conocimiento completo y detallado de los acuerdos adoptados; 2) impedir que aquellos acuerdos en que se requiere, para su aprobación, la unanimidad por afectar al título constitutivo o a los estatutos, sean aprobados a pesar de la ausencia de algunos condueños, sin que les hayan sido notificados de manera fehaciente, imposibilitando de esta manera su derecho de oposición (SSTS de 18 de abril de 2007 y 7 de abril de 1997). **(STS de 22 de diciembre de 2008;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En Junta de propietarios celebrada el 31 de octubre de 2000 se autorizó la realización de obras por uno de los copropietarios en el patio interior. El actor, propietario de una de las fincas, que había abandonado la reunión antes del acuerdo, pidió copia del acta por correo certificado con acuse de recibo y posteriormente mediante demanda de conciliación, la cual se celebró el 11 de septiembre de 2001, a consecuencia de la cual le fue entregada la copia del acta, y no está acreditado que se le notificase el acuerdo con anterioridad. Mediante carta de su abogado de 14 de noviembre de 2000, había manifestado su oposición a la realización de las obras, haciendo referencia al contenido del acuerdo adoptado. El 10 de diciembre de 2001 el actor interpuso demanda impugnando éste.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad del acuerdo por considerar que no se había probado la notificación del mismo al actor, que desconocía el contenido del acuerdo, hasta la entrega del acta en el acto de conciliación. Hasta ese momento, por tanto, no debía comenzar a computarse el plazo de caducidad. Añadía que se había infringido la regla de la unanimidad para autorizar una obra en elemento común, dado que el actor no había votado a favor y había mostrado su disconformidad en el plazo previsto en la Ley de Propiedad Horizontal, por lo que se había infringido el artículo 18.

La Audiencia Provincial revocó esa sentencia y apreció la caducidad de la acción, pues entendió que el actor tuvo noticia de que se

había acordado autorizar la obra a través de la información facilitada por vecinos, como revela la carta de su abogado de 14 de noviembre de 2000.

Contra esta sentencia, el actor interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo termina estimando el recurso, al señalar que la notificación del acuerdo no se había producido adecuadamente. A juicio del Alto Tribunal, no es suficiente con el mero conocimiento de la existencia del acuerdo, sino que es necesario un conocimiento íntegro y detallado del mismo, algo que no ocurrió hasta el momento de la entrega del acta en el momento de la conciliación. Sólo a partir de entonces comienza a computar el plazo para ejercitar la acción de impugnación, por lo que no ha caducado (*S. L. M.*)

65. Propiedad horizontal. El propietario que no asistió a la Junta de propietarios puede impugnar el acuerdo de privatización de un ascensor de modo que sólo se permitiera su utilización por los propietarios de las viviendas.—No puede darse al requisito establecido en el artículo 17 LPH un efecto restrictivo de los derechos del copropietario más extenso que el que la ley establece, pues ello comportaría privar de legitimación para recurrir el acuerdo y, consiguientemente, del derecho a la tutela judicial efectiva por una causa no prevista en la ley, ya que en ella únicamente se contempla la falta de disconformidad del propietario ausente para la formación de mayorías cualificadas y, en consecuencia, esta falta no puede impedir la impugnación del acuerdo por causas distintas de la inexistencia de la mayoría cualificada exigida por la ley que dependa de la disconformidad del impugnante.

Doctrina jurisprudencial: el propietario ausente, a quien se comunica el acuerdo y no manifiesta su discrepancia en el plazo de treinta días, puede impugnar dicho acuerdo.—Procede, en consecuencia, fijar como doctrina jurisprudencial que el copropietario ausente de la Junta a quien se comunica el acuerdo y no manifiesta su discrepancia en el plazo de treinta días establecido en el artículo 17.1 LPH, redactado por la Ley 8/1999, de 6 abril, no queda privado de su legitimación para impugnarlo con arreglo a los requisitos establecidos en el artículo 18 LPH, salvo si la impugnación se funda en no concurrir la mayoría cualificada exigida por la Ley de Propiedad Horizontal fundándose en la ausencia de su voto. (**STS de 16 de diciembre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El propietario de un piso destinado a oficinas demandó a la Comunidad de Propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal solicitando la declaración de nulidad del acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios consistente en la privatización de un ascensor de modo que sólo se permitiera su utilización por los propietarios de las viviendas. La demandada esgrimió que, al no haber manifestado su oposición al acuerdo después de habersele comunicado su adopción, el propietario carecía de acción para impugnarlo. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación en interés casacional acordando la estimación íntegra de la demanda. (*L. F. R. S.*)

66. Doctrina jurisprudencial: existe complejo inmobiliario privado cuando existen servicios comunes, aunque no se trate de una copropiedad en sentido propio, lo que permite aplicar con carácter supletorio el procedimiento monitorio para el pago de las deudas pendientes de contribución a los gastos comunes.—El artículo 24.1 LPH da respuesta a esta cuestión cuando establece, para la aplicación del régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 CC a los complejos inmobiliarios privados, el requisito, entre otros, de «[p]articipar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios». Se infiere de la expresión legal que basta para la calificación como complejo inmobiliario la existencia de un régimen de copropiedad o de titularidad compartida sobre instalaciones o servicios inherentes al derecho de propiedad privativo sobre los respectivos inmuebles que conforman el complejo, aunque no se trate de una copropiedad en sentido propio. En la Carta de Roma (V Congreso Internacional de Derecho Registral de 1982) se caracteriza a los complejos inmobiliarios «por la existencia de una pluralidad de inmuebles conectados entre sí, a través de elementos o servicios comunes, o de un régimen de limitaciones y deberes entre los mismos, con vocación de pertenecer a una multiplicidad de titulares, para la consecución y mantenimiento de los intereses generales y particulares de los partícipes». Según la doctrina científica, la característica de los conjuntos inmobiliarios a que se refiere la Ley de Propiedad Horizontal es, pues, la existencia de una pluralidad de fincas ligadas por un punto de conexión cifrado en la titularidad compartida, inherente a los derechos privativos sobre cada una de ellas, de elementos inmobiliarios de utilidad común, viales, instalaciones o servicios.

Aunque haya habido recepción por parte del Ayuntamiento de los terrenos de uso común, sigue rigiendo el régimen de los complejos inmobiliarios privados cuando la recepción no comporta la asunción de importantes servicios comunes que siguen prestándose.—No obsta a la conclusión obtenida, según la interpretación que acaba de formularse, la doctrina sobre mantenimiento del régimen de propiedad horizontal sobre las urbanizaciones, en tanto éstas no hayan sido recibidas por el Ayuntamiento. En efecto, en el caso examinado la receptación por parte del Ayuntamiento de los terrenos de uso común correspondientes a los inmuebles propiedad de los demandados no comportaba la asunción de la titularidad de importantes servicios comunes que continuaban en régimen de titularidad compartida. (STS de 27 de octubre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La asociación de propietarios de una urbanización reclamó la contribución a los gastos comunes a los propietarios de una parcela que se habían dado de baja en la asociación puesto que, a pesar de que se había producido la recepción de los terrenos de uso común por parte del Ayuntamiento, continuaban prestándose importantes servicios comunes a los propietarios de parcelas. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda por entender que no era aplicable el régimen de los complejos inmobiliarios privados al no existir elementos comunes inmobiliarios. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante, pero el Tribunal Supremo declaró haber lugar al

recurso de casación y fijó como doctrina jurisprudencial que cabe aplicar con carácter supletorio el procedimiento monitorio previsto en el artículo 21 LPH para el pago de las deudas pendientes de contribución a los gastos comunes. (*M. C. B.*)

67. Originalidad: bases de datos. Protección como obra: requisitos.–

Las bases de datos, así como el sistema informático, son conceptos un tanto especiales respecto a las demás obras objeto de la propiedad intelectual. Se trata de obra cuyo contenido puede ser amplísimo, que agrupa, coordina y ordena un conjunto de elementos, independientes del sistema, cuya autoría pertenece a sus respectivos creadores. Por tanto, la protección como propiedad intelectual se extiende a los elementos necesarios para el funcionamiento o la consulta; tales elementos son los esenciales para la disposición de forma sistemática y metódica de los datos, siendo esto, precisamente, lo que constituye la creación original, esto es, los caracteres de originalidad y creatividad.

Contrato de obra: cesión de derechos de explotación; laguna legal: aplicación analógica del artículo 51 LPI (contrato de trabajo).–La Ley de Propiedad Intelectual no contempla el caso del contrato de obra. Se debe entender que esta laguna del derecho debe ser suplida por la analogía y, tal como se mantiene en los recursos y se expone por la doctrina, el artículo 51 se aplica cuando la obra determina la transmisión de los resultados, concurrendo dos presupuestos: creación no espontánea del cedente, contratista, sino a instancia del cesionario, dueño de la obra (así lo llama el código y la doctrina civil) y la enajenación del resultado del trabajo. Todo ello concurre en el presente caso, en que se encargó a los demandantes una determinada obra para la actividad propia del periódico, se ejecutó la obra y se percibió un elevado precio y el resultado, en cuanto al derecho patrimonial, queda transmitido el dueño de la obra, SVP, S.A. En el momento en que ésta decidió, por mor del transcurso inevitable del tiempo y del avance de la técnica que es imparable especialmente en este campo, actualizar y sustituir en lo que fuera preciso, el sistema y la base de datos, tenía derecho a hacerlo y los autores carecían de un derecho permanente a mantener sus derechos morales y patrimoniales.

Plagio: inexistencia. Concepto jurídico: requisitos.–«Plagio» es un concepto jurídico. Se centra en la copia sustancial, como actividad mecanizada y poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y no constituye plagio cuando son dos obras distintas y diferenciables, aunque tengan puntos comunes e innegables coincidencias, que se refieran, no a coincidencias estructurales básicas y fundamentales, sino «accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentes». Este es justo el caso de la modernización, actualización y puesta al día del sistema y de la base de datos que el tiempo y la técnica habían dejado obsoletas. (**STS de 18 de diciembre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.–SVP, S.A. (demandada en instancia y recurrente en casación), editora de un periódico diario, e INFODOC, S.A. (code mandante en instancia) concluyen contrato en virtud del cual INFODOC implantó en dicho periódico diario, comenzando en 1988 y acabando en 1991, un sistema informático documental consis-

te en unas bases de datos de fotografías y de prensa del archivo del mismo, sistema cuya autora era doña María Rosa (codemandante en la instancia). En 1994, aquella sociedad editora pretende la actualización del sistema informático y lo ofrece a varias empresas, INFODOC, entre ellas, que participa y hace oferta. SVP, S.A. rechaza el proyecto de ésta y contrata la actualización (o sustitución) del sistema con DESIPRESS, S.L. (codemandada en instancia y también recurrente en casación). Las citadas codemandantes ejercitan acción de protección de su derecho de propiedad intelectual, pidiendo la declaración de su autora, doña María Rosa, lo que nadie cuestiona, y su derecho de explotación, lo que sí se discute; la declaración de autora de INFODOC, S.A. de los datos creados e implantados; la declaración de que el sistema de actualización implantado por DESIPRESS, S.L. es un plagio del sistema previo; las condenas a no alterar ni utilizar éste, a participar en la explotación y a una indemnización por daños morales y patrimoniales.

El Juzgado de Primera Instancia reconoce el derecho de autor de doña María Rosa sobre el sistema informático denominado IRS; niega la existencia de plagio; reconoce el derecho de autor de INFODOC sobre los datos creados e implantados; niega la pretensión de destrucción de datos y la indemnización. La Audiencia Provincial revoca la sentencia anterior en lo concerniente al plagio y reconoce también un acto de competencia desleal. El Tribunal Supremo, en casación, confirma la sentencia de primera instancia. (S. M. S.)

68. Comunicación pública de obras protegidas por la Propiedad Intelectual en las habitaciones de hotel.—De nuevo, la cuestión jurídica que se plantea aquí es la relativa a si la señal televisiva emitida por los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles es o no un acto de comunicación pública de los previstos en el artículo 20 LPI, y si, por tanto, es necesario el consentimiento del titular de tal derecho. Este tema fue resuelto por la STS de 16 de abril de 2007. Dicha sentencia se basó en la interpretación jurisprudencial del artículo 20.1 LPI conforme al Derecho Comunitario, tras el pronunciamiento realizado al respecto por el TJCE en S de 7 de diciembre de 2006 (en el mismo sentido, las SSTS de 15 de enero de 2008 y 10 de julio de 2008).

Con anterioridad a la sentencia de 2007, no existía una armonización en la resolución de este tipo de conflictos, proponiéndose soluciones muy diversas. Tal diversidad de criterios dio lugar a la STS de 10 de mayo de 2003, con finalidad unificadora. En ella se entendía que no se producía la comunicación pública, a los efectos de la Ley de Propiedad Intelectual, de contenidos protegidos a través de los receptores de televisión, ni que hubiera lugar a indemnización, pues se consideraban actos desarrollados en el ámbito estrictamente privado (la habitación de un hotel). Sin embargo, como consecuencia de la citada sentencia del TJCE, se ha producido un cambio jurisprudencial, plasmado en esa STS de 16 de abril de 2007, señalándose el criterio contrario al establecido hasta ese momento, esto es, que existe comunicación pública en estos casos.

Los términos en que se expresa el TJCE son claros: 1) interpretación estricta del concepto de «comunicación pública»; 2) el término «público» se refiere a un número indeterminado de potenciales telespectadores; 3) la

clientela de un hotel se renueva con rapidez, por lo que se suele tratar de un número considerable de personas; 4) los efectos derivados de esa acumulación sucesiva de personas pueden adquirir una gran importancia económica; 5) para que exista comunicación pública basta con que la obra o prestación protegida sea puesta a disposición del público, de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella; 6) en estos casos el hotel está prestando un servicio suplementario con el objetivo de obtener algún beneficio, pues la inclusión del servicio influye en la categoría del hotel y en el precio de las habitaciones; 7) es irrelevante la técnica utilizada por el hotel para la transmisión de la señal; 8) tampoco tiene relevancia el carácter privado o público del lugar en que se produce la comunicación.

En conclusión, en estos supuestos de televisiones ubicadas en habitaciones de hotel, se cumplen todos los requisitos del artículo 20.1 LPI, por lo que hay que entender que se produce la comunicación pública de contenidos protegidos por la Ley. Así, los titulares de este tipo de establecimientos deberán solicitar a las entidades de gestión la correspondiente autorización para llevar a cabo tales actos. **(STS de 21 de noviembre de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La entidad demandada es titular de un establecimiento hotelero, donde se vienen comunicando obras audiovisuales en sus habitaciones, sin la pertinente autorización de las entidades de gestión actoras. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, considerando que la recepción por el hotel de la señal de radiodifusión y el traslado de la misma hasta los aparatos de televisión de las habitaciones suponía un acto de comunicación pública que requería de la autorización previa de las entidades de gestión. Sin embargo, la Audiencia Provincial llegó a la conclusión contraria, motivo por el cual las demandantes plantean recurso de casación. Finalmente, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso, interpretando el caso de la misma forma que el Juez de Primera Instancia. *(S. L. M.)*

69. Propiedad intelectual: comunicación pública en habitaciones de hotel; existencia. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.—A consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006, asunto prejudicial C-306/05, en esta materia, ha habido un giro jurisprudencial de esta Sala que se ha visto materializado en la Sentencia de Pleno de 16 de abril de 2007 (Recurso 2454/1999), estableciéndose el criterio contrario al adoptado por la anterior Sentencia de Pleno, de 10 de mayo de 2003. En la cuestión prejudicial C-306/05 se planteó la siguiente cuestión: «si la captación por el titular de una explotación hotelera de señales de televisión de entidades de radiodifusión y su posterior distribución a los habitantes de un hotel constituye un acto de comunicación pública sobre el que se extiende la pretendida armonización de las normativas nacionales de protección de los derechos de autor prevista en el artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE del Reglamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001», cuestión claramente coincidente con la del supuesto que nos ocupa. La referida S de 16 de abril de 2007 se ha pronunciado al respecto de la unificación de la doctrina jurisprudencial teniendo en cuenta la respuesta dada por el TJCE. Según el Tribunal Supremo, hay

retransmisión en la actividad del hotel porque decepciona o capta la señal televisiva original o primaria y la transmite –retransmite (radiodifusión secundaria)– a los televisores instalados en las habitaciones. Esta comunicación es 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.

La sentencia de Pleno de 16 de abril de 2007 ha fundamentado posteriores sentencias de esta Sala dictadas en supuestos de hecho similares y a las que se ha dado una respuesta uniforme y acorde a la general consideración de que la captación y emisión de señales televisivas a través de los aparatos receptores de televisión instalados en el interior de las habitaciones hoteleras constituye un acto de comunicación pública a los efectos del artículo 20.1 lo cual fundamenta la condena al pago de una indemnización por explotación de los derechos gestionados por las entidades demandantes. Así, las SSTS de Pleno de 19 de diciembre de 2007, y SSTS de 28 de junio de 2007, 6 de julio de 2007, 17 de julio de 2007, 10 de julio de 2008. (**STS de 14 de noviembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.–AISGE, EGEDA y AIE demandan al hotel HA, S.L. porque éste último venía realizando actividades de comunicación pública de obras audiovisuales, al retransmitir por cable a las diferentes habitaciones del establecimiento hotelero explotado por la demandada señales de entidades de radiodifusión, así como de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en los correspondientes programas –todo ello sin autorización de la actora y sin haber abonado el preceptivo canon–. Los demandantes solicitan la suspensión de dichas actividades de retransmisión, la expresa prohibición de reanudar tales actividades en tanto no fuese autorizado por la actora, y el pago de una indemnización conforme a las tarifas generales de las mismas y conforme a su número de habitaciones y apartamentos ocupados/televisores disponibles en zonas comunes, durante el período durante el cual se había llevado a cabo la actividad ilícita.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (S. M. S.)

70. Propiedad intelectual: entidades de gestión. Trato desigual impuesto por las sociedades de gestión entre los contratos celebrados con productores individuales y los celebrados con las organizaciones representativas del sector, al amparo de los artículos 157. a y c LPI. Discriminación no justificada.–Para que pueda entenderse justificado, desde la pers-

pectiva del principio de igualdad, este trato desigual, no basta con poner de manifiesto que se trata de situaciones formalmente distintas y encuadradas en preceptos legales diferentes, sino que es menester, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, demostrar que la distinción de situaciones tiene una base material o, cuando menos, que la ley ha creado una categoría de situaciones o sujetos apta para ser objeto de un tratamiento específico. SGAE únicamente parece afirmar que el trato más favorable a las asociaciones representativas del sector responde a su carácter colectivo y tiene como objeto facilitar la gestión de los contratos. Resulta evidente que esta justificación es insuficiente, no solamente porque no puede justificar una diferencia tan desproporcionada de trato económico, sino también porque admitir lo contrario supondría la imposición indirecta de la obligación de integrarse en una asociación para obtener un trato más favorable.

Nulidad de las cláusulas contractuales: contrato de adhesión; situación monopolística: límites impuestos por ley al principio de autonomía de la voluntad (art. 1.256 CC).—El establecimiento de tarifas más gravosas para los productores individuales que para aquellos que se presentan como asociados, en la medida en que, por una parte, se imponga con carácter unilateral que haga imposible o muy difícil una real negociación y, por otra parte, tenga carácter discriminatorio y, por ello, contrario al principio de igualdad, debe considerarse que conculca el mandato de razonabilidad contenido en el artículo 157 a) LPI y, por ende, determina la nulidad de las cláusulas contractuales que vulneran de este modo los límites impuestos por la ley al principio de autonomía de la voluntad, a los que se refiere expresamente el artículo 1256 CC.

Nulidad parcial del contrato: *utile per inutile non vitiatur*.—Las cláusulas anuladas por exceso en la remuneración fijada no constituyen obstáculo para la efectividad del contrato, ya que resulta posible acordar su nulidad únicamente en cuanto al exceso y su reducción en lo necesario para hacer efectivo el principio de igualdad por comparación, en este caso, con las que se contienen en el contrato celebrado con AFYVE. (STS de 22 de diciembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—SGAE concluye con Vale Music Spain, S.L. contrato de cesión de uso no exclusivo de las obras gestionadas por la primera, que revela que, en conjunto, la contraprestación que por este mismo servicio exigía SGAE a los productores miembros de AFYVE era un 37% más reducida que la remuneración que exige en este caso a Vale Music Spain, S.L. SGAE interpone demanda contra Vale Music Spain S.L. por incumplimiento del contrato, al no haber satisfecho en sus términos la contraprestación o remuneración por la utilización y explotación del repertorio de obras musicales de SGAE. La demandada reconvino interesando la nulidad de las cláusulas contractuales que producen un trato desigual respecto del contrato celebrado con AFYVE en virtud de la autorización que concede el artículo 157 LPI para celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios representativos del sector, el cual contiene una rebaja del precio. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción. La Audiencia Provincial revoca la sentencia inicial, estima sólo parcialmente la demanda y estima la reconvencción. (S. M. S.)

71. Servidumbres aparentes: concepto.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo recuerda en esta sentencia que el artículo 532 CC define a este tipo de servidumbres como «las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas».

Servidumbre aparente: significado de la expresión «signos exteriores».—Nuestro Alto Tribunal considera que existirán «signos exteriores» cuando éstos pongan de manifiesto de forma inequívoca y permanentemente la existencia del gravamen (en términos similares se pronuncian las SSTs de 18 de noviembre de 1992, 15 de marzo de 1993 y 17 de octubre de 2006). En estos casos, la apariencia indubitada produce una publicidad semejante a la publicidad en el Registro de la Propiedad.

Saneamiento por gravámenes ocultos: no procede en los casos de servidumbres aparentes.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo mantiene que es responsabilidad del comprador comprobar el estado de la finca que adquiere y, por tanto, si en ésta existen signos inequívocos de la existencia de una servidumbre aparente, el comprador debe entender que el dominio que adquiere está limitado por un gravamen explícito, no pudiendo ejercitar la acción prevista en el artículo 1483 CC. (**STS de 22 de diciembre de 2008**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La empresa IV, S. A., adquirió en subasta pública una finca perteneciente a la Diputación Provincial de Sevilla, conforme a un pliego de condiciones en el que la citada finca constaba como libre de cargas. Adjudicada la finca, la entidad adquirente solicitó el otorgamiento de escritura pública y que se eliminaran los tendidos eléctricos existentes en la finca, pues estaba situada en una zona de suelo urbanizable programado.

A juicio de la entidad compradora, la existencia de esos tendidos eléctricos, que no estaban descritos en el pliego de condiciones de la venta, equivale a un incumplimiento contractual por parte de la vendedora, pues no entregó la finca en las condiciones descritas en el mencionado pliego de condiciones. Por esta razón, la compradora (la empresa IV, S. A.) interpone una demanda contra el vendedor (la Diputación Provincial de Sevilla), solicitando se dicte sentencia que declare, entre otras cuestiones, las siguientes: a) que la entidad demandante adquirió de la Diputación Provincial de Sevilla la finca registral que se describe en la demanda, libre de todo tipo de cargas y gravámenes; b) que, sin embargo, la finca adquirida estaba gravada con dos tendidos eléctricos que cruzan la finca en diferentes direcciones y que constituyen una carga de la finca que no estaba especificada en el pliego de condiciones de venta; c) que la demandada está obligada a realizar todos los actos que sean necesarios para la eliminación de dichos tendidos eléctricos o, en su defecto, para su sustitución por conducciones subterráneas que no afecten a la finca transmitida, ni a su futuro uso y edificación; y d) que la Diputación Provincial de Sevilla está obligada a indemnizar al demandante todos los daños y perjuicios que la existencia de las citadas cargas que gravan la finca vendida le ocasionen.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por

la parte demandante y estima la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la parte demandada, casa la sentencia recurrida y confirma la sentencia de primera instancia. (M. J. P. G.)

72. Distribución de la responsabilidad hipotecaria. Existencia de adquisiciones por parte de terceros.—Si al tiempo de la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas viviendas hay constancia registral de la adquisición de una o más de éstas por terceros, entendiéndose por tales a personas distintas del acreedor y el deudor hipotecarios, el artículo 123 LH debe ser interpretado, como propone la doctrina científica unánimemente, poniéndolo en relación con el principio general del párrafo segundo del artículo 20 de la misma ley, que ordena a los Registradores denegar la inscripción o anotación de títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles cuando el derecho resulte inscrito a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, de suerte que esos terceros tendrán que concurrir al otorgamiento de la escritura de distribución para prestar su conformidad.

Si no existe constancia registral, entonces, la relación de los artículos 123, 20, 34, 38 y 39 LH con la prohibición de renuncia de derechos en perjuicio de tercero según el artículo 6.2 CC, con el régimen de la hipoteca resultante de los artículos 1876 y 1879 del mismo Código y con el régimen de éste para las obligaciones solidarias, comportará la nulidad de la distribución si deudor y acreedor hipotecarios, concededores ambos de esa realidad extraregistral, hubieran actuado a sus espaldas faltando a la buena fe y causando con ello un perjuicio a esos terceros adquirentes o terceros poseedores.

Si el artículo 221 RH permite exigir la cancelación de la hipoteca sobre la parte correspondiente de la finca al tercer poseedor que lo sea posterior a la distribución, parece indiscutible que si antes de la distribución existen terceros poseedores, éstos habrán de prestar su conformidad a la distribución.

La RDGRN de 12 de julio de 1945, al tratar del artículo 123 LH como una atenuación del principio de indivisibilidad de la hipoteca, consideró como facultad del acreedor la de «limitar objetivamente su garantía a la finca o fincas resultantes de la división», de suerte que su voluntad no debía encontrar obstáculos y sí producir naturales efectos y consecuencias, pero no sin puntualizar que «sobre todo cuando por la inexistencia de terceros hipotecarios se eliminan los graves riesgos que puede entrañar la conducta del acreedor, al centrar toda la responsabilidad dimanante de la hipoteca en un solo trozo de la finca, sobre la que pudieran existir otros gravámenes hipotecarios que se verían notoriamente afectados por tal determinación». Las RRDGRN de 17 de marzo de 1969, 2 de febrero de 1988, 27 de marzo de 1989, 15 de junio de 1993 y 16 de marzo de 1999, responden al principio general de que no se puede disponer de derechos ajenos, razón por la cual para la liberación de una de las fincas y cancelación parcial de la hipoteca total, se requerirá, además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que en el Registro aparezcan como adquirentes, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, de las fincas precedentes de la división de la primitiva, a excepción de los dueños de aquellas cuyo gravamen sea totalmente cancelado, ya que, en caso contrario, por el juego de la solidaridad resultante de los artículos 122 y 123 LH, puede concentrarse el gravamen de forma arbitraria, e

incluso desproporcionada, sobre alguna finca con evidente perjuicio de su titular.

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en S de 11 de enero de 1963, consideró jurídicamente absurdo que sobre un piso de los varios vendidos de un edificio pudiera recaer la carga hipotecaria total, quedando liberados los demás.

Artículo 34 LH. Determinación de la buena fe del tercero.—Para esta determinación, habrá de tenerse en cuenta, además de los datos de puro hecho, la jurisprudencia de la Sala 1.^a Tribunal Supremo, recopilada en la sentencia del pleno de sus magistrados de 7 de septiembre de 2007 (recurso 3150/00) según la cual se desvirtúa la presunción de buena fe no sólo cuando el tercero desconoce (*sic*) las ventas con efectos traslativos que no consten en el Registro, sino también «cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad sea consecuencia de la negligencia del ignorante, cual sucede, por ejemplo, cuando una entidad financiera, después de un estudio sobre las ventajas de su inversión inmobiliaria, adquiere en escritura pública, que inscribe, varias viviendas vendidas anteriormente por el mismo vendedor, en documento privado, a diferentes personas que ocupaban las fincas como dueñas después de haberlo hecho como arrendatarias» (caso de la sentencia de 11 de octubre de 2006).

Declaración de nulidad de la distribución de la responsabilidad hipotecaria y cancelación parcial de la hipoteca. Consecuencias en situaciones normales y en situaciones excepcionales.—La consecuencia de dicha declaración de nulidad será que la hipoteca se mantenga sobre todo el edificio. El resultado final no será, sin embargo que el acreedor hipotecario pueda repetir por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas, como para una hipótesis de normalidad dispone el propio artículo 123 LH, sino que sea dicho acreedor hipotecario el que, como colaborador con el deudor hipotecario en la operación irregular, deba afrontar las consecuencias de sus actos, en especial de la nulidad por él provocada, procurando evitar a los adquirentes de las viviendas mayores perjuicios de los ya causados y sin que desde luego deba excluirse la reparación de estos últimos.

Ejecución hipotecaria fundada en una distribución de responsabilidad hipotecaria nula.—Dicha ejecución hipotecaria es igualmente nula.

Deber de información en las compraventas de vivienda: sujeto obligado.—Las normas sobre defensa de consumidores y usuarios imponen deberes de información al promotor, pero no a la Caja de Ahorros que financia la promoción, ya que ésta no interviene como promotora ni como vendedora.

En efecto, el ámbito objetivo de aplicación del RD 515/1989 es el de la «oferta, promoción y publicidad que se realice para la venta de viviendas que se efectúe en el marco de una actividad empresarial o profesional, siempre que aquellos actos vayan dirigidos a consumidores»; el artículo 4 de la citada norma, regulador del deber de información a cargo de quienes realicen las actividades sujetas al RD, se refiere exclusivamente al «vendedor o arrendador»; y su artículo 9 vuelve a imponer al vendedor, y no a nadie más, la obligación de entregar al adquirente de la vivienda copia de la documentación del contrato celebrado.

Mercado hipotecario. Reglas de tasación de los inmuebles.—Dichas reglas, contenidas en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario y en el RD 687/1982, están dirigidas al buen orden del mercado hipotecario, cuyo objeto es, según el artículo del citado RD «la negociación de los títulos emitidos por las Entidades a que se refiere el

artículo siguiente con la cobertura de los créditos hipotecarios concedidos por las mismas». (STS de 25 de noviembre de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—En 1989 uno de los demandados en el presente litigio promovió la construcción de una urbanización. Mientras se iba construyendo la urbanización fue vendiendo viviendas y a cambio los compradores iban entregando cantidades a cuenta del precio. El demandante compró mediante documento privado el 20 de junio de 1989.

El 11 de diciembre de 1990 se inscribió una hipoteca sobre la totalidad de la finca a favor de la codemandada Caja C. La obra finalizó en agosto de 1991, que fue cuando se entregaron las llaves a varios compradores, entre ellos el demandante.

El promotor hizo la declaración de obra nueva y constitución de la propiedad horizontal el 22 de noviembre de 1991, según escritura de la misma fecha.

El Presidente de la Comunidad de Propietarios formuló demanda de conciliación el 17 de febrero de 1992 interesando al vendedor la cancelación de la hipoteca.

El 28 de septiembre de 1992 el promotor y la Caja C suscribieron una escritura de distribución de la hipoteca y cancelación parcial de la misma, liberando de responsabilidad hipotecaria a 8 de las 24 viviendas, sin contraprestación alguna, y distribuyendo la carga hipotecaria entre las otras 16. Entre estas últimas, se encontraba la vivienda del demandante que, en ese momento, y a pesar de ser ya propietario, todavía no había inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad. En esta misma situación parece que se encontraban los propietarios de las otras 15 viviendas.

En relación con dicha escritura de distribución, el Alto Tribunal toma en cuenta determinados hechos para la estimación del recurso, que por ello pasamos a relatar brevemente.

En primer lugar, la distribución de la responsabilidad se realizó sin criterio racional alguno y sin contraprestación.

En segundo lugar, aunque a la Caja de Ahorros se le entregó primera copia de la escritura de distribución de responsabilidad hipotecaria el 5 de octubre de 1992, dicha copia no se presentó en el Registro de la Propiedad hasta el 24 de mayo de 1993.

En tercer lugar, en el momento de la distribución de la responsabilidad a la Caja C le constaba que las obras del edificio habían finalizado el 26 de julio de 1991.

En cuarto y último lugar, cuatro días antes de la citada distribución de responsabilidad hipotecaria, la Caja C. había concedido un nuevo préstamo al promotor con garantía hipotecaria sobre el chalé en el que vivía el prestatario.

En fecha no especificada en la sentencia analizada, pero en cualquier caso posterior a la distribución de responsabilidad hipotecaria, la Caja C inicia un procedimiento de ejecución hipotecaria contra el comprador demandante en este litigio que, por otro lado, había pagado el precio pactado con el promotor vendedor casi en su totalidad. El actor presentó tercera de dominio y en S de 6 de febrero de 1995 y auto aclaratorio de 21 de febrero de 1995, se le reconoce

como propietario de la vivienda, precisamente por haber entrado en posesión de la misma en agosto de 1991.

El comprador demandante reclama la nulidad de la escritura de constitución de hipoteca; la nulidad de la escritura de distribución de la responsabilidad hipotecaria; y la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria promovido por la Caja C frente al comprador demandante.

El Juzgado de Primera Instancia había estimado totalmente la demanda; en cambio, la sentencia de apelación rechazó las declaraciones de nulidad solicitadas.

El Tribunal Supremo casa la sentencia de apelación en parte, declarando la nulidad de la escritura de distribución de la responsabilidad hipotecaria y la del procedimiento de ejecución hipotecaria.

NOTA.—El presente recurso es, tal y como pone de manifiesto el propio Tribunal Supremo, muy similar al del recurso núm. 33533/01 que, sin embargo, fue desestimado. Parece que la razón de la diferente suerte de ambos recursos estriba en una cuestión formal: en concreto, indica el Alto Tribunal que en el últimamente citado no se articulaba motivo alguno por infracción de normas específicamente relativas a la distribución de la responsabilidad hipotecaria. (*B. F. G.*)

73. Retracto legal: interpretación y alcance de las excepciones a la protección del tercero hipotecario del artículo 37 LH.—Como destaca la doctrina, el fundamento de la excepción prevista en el artículo 37 LH se encuentra en la publicidad que la ley prevé para los retractos legales, que hace innecesaria su constancia en el Registro de la Propiedad, a lo que se une la fijación de un plazo de breve ejercicio de dichos retractos. El retracto legal da derecho al retrayente a adquirir la cosa retraída en el estado que tenía en el momento de darse aquella compraventa que dio lugar al retracto, por lo que si el adquirente retraído realiza actos de disposición sobre la cosa, tras haberla adquirido y antes de producirse el retracto, éstos serán ineficaces y si han tenido acceso al Registro se cancelarán las inscripciones (SSTS de 9 de marzo de 1999 y 14 de junio de 2004).

No obstante, la excepcionalidad de los supuestos contemplados en el citado artículo respecto del tercero hipotecario hace necesaria una interpretación restrictiva y rigurosa del mismo, teniendo en cuenta la finalidad y los intereses en conflicto. Es por ello que, cuando el ejercicio de este derecho de retracto legal se realiza de forma extemporánea, éste puede llegar a perder su carácter forzoso y no llegar a imponerse, por lo que, en esos casos, los terceros hipotecarios inscritos no se verán afectados y no perderán la protección que el Registro les otorga. (**STS de 9 de septiembre de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El 9 de marzo de 1983, M.T.J., S.A. suscribe como arrendataria un contrato de arrendamiento de local de negocio con la propietaria doña C. En marzo de 1985, un incendio provoca la destrucción parcial del local y el desalojo de la empresa hasta la reconstrucción. Se realizan varias transmisiones del local. El 24 de febrero de 1992 se constituye una hipoteca a favor del Banco Zaragozano, donde los propietarios en ese momento, los hermanos T., J., L., I. y E.

declaran que la finca está libre de arrendatarios. En marzo del mismo año, se constituye una nueva hipoteca sobre el mismo inmueble a favor del BBV en idéntico sentido. En junio, un juzgado admite la demanda de retracto presentada en el mes de febrero por la empresa contra los hermanos citados, anotándose preventivamente la demanda en el Registro en el mes de octubre. En enero de 1993, se admite a trámite la demanda de ejecución hipotecaria del BBV por el incumplimiento de las obligaciones garantizadas con la hipoteca. Al solicitar la certificación de cargas, aparece anotado en el Registro el retracto, notificándose en abril de 1994 la existencia del proceso a M.T.J., S.A. El 13 de diciembre de 2005, en segunda subasta se aprueba el remate del inmueble a favor de don C y, cinco días más tarde, M.T.J., S.A. solicita que se le notifique a quién se le ha adjudicado el local a efectos de poder ejercitar el derecho de retracto. En junio de 1998, se aprueba el remate a favor de don C y en junio de 1999, se acordó darle la posesión del inmueble. La empresa M.T.J., S.A. interpone demanda para que se declare su propiedad sobre la finca, se ordene la rectificación del Registro declarando la nulidad y cancelación de las cargas y gravámenes posteriores a la fecha de la venta objeto de retracto y que, igualmente, se declare la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó las pretensiones de la parte actora y absolvió a los demandados. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la actora y declara la nulidad e ineficacia parcial del procedimiento de ejecución hipotecaria, condenando a don C a devolver la posesión del inmueble a la actora. Se interpone recurso de casación, el Tribunal Supremo lo estima, anula la resolución recurrida y confirma la sentencia dictada en primera instancia. (S. E. M.)

74. Presunción de buena fe del tercero hipotecario.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo, señala en esta sentencia, que la constitución de una hipoteca sobre un bien que ha sido inmatriculado al amparo del artículo 205 LH no es presupuesto suficiente para destruir la buena fe del tercero hipotecario, ni supone falta de diligencia por su parte. Transcurridos los dos años que fija el artículo 207 del citado texto legal para los bienes inmatriculados conforme al artículo 205, el que en ese tiempo adquirió derecho alguno sobre el bien, deviene tercero hipotecario conforme al artículo 34 LH.

Efectos de la acción por doble inmatriculación frente a terceros hipotecarios.—Es reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 28 de enero de 1997, 18 de diciembre de 2000, 11 de octubre de 2004 y 12 de diciembre de 2005) que frente a la acción de doble inmatriculación no prevalece el derecho del tercero hipotecario y que la misma se resuelve según la preferencia que se ostente conforme a las normas de derecho civil, alcanzando a éste la eventual cancelación de la inmatriculación indebidamente efectuada. (STS de 13 de noviembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La entidad BM adquiere mediante contrato privado de cambio de parcela, con fecha de 20 de diciembre de 1989, una finca perteneciente a la Junta vecinal STO. Posteriormente BM

vende la finca en escritura pública a R. y a J., que constituyen una sociedad «W», a la que aportan la parcela en cuestión. El 21 de septiembre de 1991 «W» inmatricula la finca mediante presentación de título público de adquisición, por lo que la fe pública de la inscripción queda en suspenso por un período de dos años, tal y como establece el artículo 207 LH. Durante ese plazo, «W» constituye hipoteca a favor del banco BSCH.

STO demanda a BM, R., J., W y BSCH, pidiendo se declare la nulidad del contrato privado de cambio celebrado entre STO y BM por haberse celebrado en contravención de una prohibición legal determinante de su nulidad radical y la nulidad de todos los actos posteriores llevados a cabo sobre la finca y de las correspondientes inscripciones registrales. El Juzgado de Primera Instancia acoge las pretensiones de STO, por lo que la entidad BSCH recurre en apelación. La Audiencia Provincial ratifica la sentencia de instancia, considerando que BSCH no ha adquirido la condición de tercero hipotecario al haber constituido hipoteca sobre un bien inmatriculado conforme al artículo 205 LH, lo cual determinaría que no pudiera considerársele como un tercero de buena fe. BSCH recurre en casación y el Alto Tribunal casa a favor de las pretensiones de éste con base en el argumento arriba reseñado. (P. M. G.–F.)

75. La protección del tercero del artículo 34 LH: alcance.—Caracteriza esencialmente al artículo 34 LH el extraordinario poder legitimador que mantiene el título adquisitivo del tercero, revistiéndolo de una cualidad inatacable, con independencia de los vicios de que adoleciera el título por virtud del cual el contenido registral hubiera tenido acceso al Registro. Así, ser «tercero» significa ser un adquirente jurídicamente ajeno a aquellos actos que contradicen la titularidad del transmitente y, en consecuencia, a la formación defectuosa, resoluble o meramente ficticia de su derecho, o a los actos por los que se despoja de una titularidad que antes tenía. El tercero que adquiera del titular registral confiado en el contenido del Registro e inscriba está protegido y, en consecuencia, no le afecta la posterior declaración de nulidad del contrato del transmitente ni tampoco los actos inscribibles no inscritos. En definitiva, el artículo 34 LH enerva la acción reivindicatoria, la acción meramente declarativa, la acción confesoria o cualquier otra acción real y protege al adquirente frente a cualquier pretensión de impugnación de su título adquisitivo que persiga la anulación o resolución del derecho del transferente. Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de las acciones que puedan corresponderle al *versus dominus* frente al que se arrogó registralmente tal consideración ignorando los vicios que lo invalidaban. Ahora bien, de acuerdo con doctrina reiterada del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 7 de diciembre de 1987 y 5 de marzo de 2007), la fe pública registral no desempeña función convalidante o sanatoria, es decir, no sana el acto adquisitivo del tercero de aquellos vicios de nulidad de que adoleciera. Lo esencial, en suma, es que el título del tercero sea válido, aunque los datos no publicados determinen la inexistencia, nulidad o anulabilidad del título en virtud del cual inscribió su derecho el transmitente. (STS de 8 de octubre de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Según el actor, su hermana se apropió indebidamente de un inmueble tras el fallecimiento de sus padres logrando, primero, inscribirlo a su nombre y reanudar el tracto sucesivo interrumpido y, después, venderlo a una entidad, pese a carecer de derecho de propiedad sobre el mismo. Por ello, interpone las correspondientes acciones declarativas de dominio y de nulidad del contrato de compraventa sobre dicha finca contra su hermana y la entidad compradora. Tanto la hermana como la entidad demandada se oponen a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Sin embargo, la Audiencia Provincial estima el recurso y revoca la resolución apelada. El Tribunal Supremo estima, en parte, el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, en el sentido de declarar válida su escritura de compraventa, así como la de los asientos registrales que de ella han traído causa. En consecuencia, se mantiene su propiedad sobre la finca adquirida, al prevalecer su condición de tercero hipotecario. (*M. C. C. M.*)

76. Doble venta: tercero hipotecario. Doctrina jurisprudencial.—La S de 5 de marzo de 2007, reitera la de 7 de septiembre del mismo año, ambas del Pleno de esta Sala, haciendo un estudio exhaustivo de la jurisprudencia pronunciada sobre el tema polémico objeto de este recurso de casación, dicen que a partir de la S de 25 de marzo de 1994, el panorama jurisprudencial en materia de doble venta puede describirse del siguiente modo: «de un lado se mantiene invariable, con contadísimas excepciones, la inaplicabilidad del artículo 1.473 CC a la venta de cosa ajena entendida en el sentido considerado hasta ahora, es decir, no como la de una finca que nunca ha sido del vendedor, sino como la de una finca que ha dejado de serlo pero sin constancia de ello en el Registro; y de otro, en materia de protección registral del segundo adquirente coexisten dos líneas opuestas de decisión, una denegatoria, por considerar nulo su acto de adquisición al ser nulo el embargo sobre una finca no perteneciente ya al deudor, y la otra otorgante de la protección registral por no poder perjudicar al segundo adquirente lo que no constaba en el Registro». Para evitar que siga persistiendo esta doble línea de resolución, la citada S de 5 de marzo de 2007 dice que la doctrina que se fija es que el artículo 34 LH «ampara las adquisiciones a *non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido mayoritariamente por esta Sala; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o se resuelva por causas que no consten en el Registro. En el caso enjuiciado, los tres adjudicatarios tienen la condición de terceros protegidos por el artículo 34 LH, puesto que el embargo efectuado por la Administración tributaria y el procedimiento posterior se efectuaron teniendo en cuenta que la deudora figuraba en el Registro como titular de la finca. (**STS de 18 de diciembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—PLASTENSA, S.A. vendió a LDF, S.A. tres fincas de su propiedad. Y en noviembre de 1991 estas fincas se inscribieron a nombre de PLASTENSA. El 27 de julio de 1994 la AEAT decretó el embargo sobre estas tres fincas; el mandamiento se ins-

cribe en febrero de 1995. El 11 de marzo de 1996 se adjudican las fincas embargadas a don José Ramón, don Carlos Francisco y doña María Virtudes, quienes inscriben su título en 1997. El 8 de agosto de 1996, LDF, S.A. vendió a CH, S.A. las tres fincas objeto del proceso. El 20 de agosto de 1996 LDF, S.A. presentó a inscripción la escritura de compraventa otorgada a su favor por PLASTENSA, en 1991, y en el mes de septiembre, se presentó a inscripción la escritura de compraventa otorgada por LDF, S.A. a favor de CH, S.A. Estas inscripciones fueron canceladas el 26 de marzo de 1997, en virtud de providencia de 10 de febrero de 1997 del Jefe de Dependencia Regional de Recaudación. LDF, S.A. demanda a PLASTENSA, a AEAT, don José Ramón, don Carlos Francisco y doña María Virtudes, pidiendo que se declararan inexistentes o ineficaces las compraventas realizadas a favor de los demandados. Posteriormente, CH, S.A. demanda a PLASTENSA, LDF, S.A., AEAT, don José Ramón, don Carlos Francisco y doña María Virtudes, pidiendo que se declarara la nulidad del embargo y la validez de la compraventa. Ambas demandas se acumularon. El Juzgado de Primera Instancia desestima las peticiones de ambos. Y la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por las demandantes. (S. M. S.)

77. Venta de finca embargada por deudas del titular registral: validez de la venta a pesar de no ser el titular registral el verdadero propietario.—El hecho de que el titular registral no sea propietario de la finca al tiempo de trabarse el embargo, por haberla enajenado antes, no afecta a la validez de la venta realizada en subasta pública, ni a la validez del procedimiento de embargo. La falta de titularidad del transmitente —en tanto sea desconocida (esto es, mediando buena fe)— no afecta a la validez del procedimiento de embargo en ninguno de sus actos.

El adquirente en subasta pública de una finca ajena puede tener la consideración de tercero hipotecario.—Tiene la condición de tercero hipotecario protegido por el artículo 34 LH el adquirente de un inmueble que adquiere de buena fe y con título oneroso un inmueble de quien es titular registral e inscribe su título en el Registro de la Propiedad, sin que el hecho de que se haya adquirido el bien en subasta pública sea un obstáculo para ganar la especial protección derivada de la fe pública registral. La fe pública registral salva a favor del tercero hipotecario el defecto de la falta de titularidad del transmitente. (STS de 20 de noviembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El comprador de una finca registral, que no había inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad, se vio afectado por el embargo del inmueble por deudas del vendedor, titular registral. Como consecuencia del embargo, la finca se vendió en subasta a un tercero, que inscribió su título en el Registro de la Propiedad. El titular extrarregistral interpuso una demanda declarativa de dominio frente a este último. En ambas instancias se estimó la demanda, pero el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y dictó sentencia a favor del adquirente demandado.

NOTA.—Aunque en el procedimiento no se cita este argumento, hay que traer a colación que el artículo 594 LEC se refiere expresamente al conflicto de intereses originado por el *embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado*, declarándolo eficaz e impidiendo que el verdadero titular pueda impugnar la enajenación cuando el adjudicatario *los hubiera adquirido de modo irrevindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva*, esto es, cuando el adjudicatario estuviera protegido por el artículo 34 LH. El Tribunal Supremo confirma con esta sentencia la doctrina que, corrigiendo la recogida en sentencias anteriores, viene declarando en los últimos años que la falta de titularidad del transmitente queda salvada por la fe pública registral y que no afecta a la validez del procedimiento de embargo en ninguno de sus actos, tampoco en el último de ellos en virtud del cual se adjudica el bien. En esta evolución de la doctrina del Tribunal Supremo (que anteriormente consideraba nulo el embargo, como en este caso fue considerado nulo en ambas instancias) entiendo que pudo influir decisivamente el comentario de Antonio Gordillo Cañas a la STS de 8 de marzo de 1993 (en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1993, núm. 31, pp. 263-274), que se adelantó también con su doctrina a la reforma de la citada LEC. (C. J. D.)

78. Eficacia de la anotación preventiva de demanda.—Como dispone el artículo 198 RH, la anotación preventiva de demanda da publicidad de la pendencia de un proceso que puede afectar a la propiedad del inmueble. Por esta razón, el resultado de dicho proceso queda amparado por la fe pública registral, también frente a los terceros que con posterioridad a la anotación preventiva de la demanda hayan adquirido e inscrito en el Registro algún tipo de derecho sobre el inmueble.

Mala fe registral.—Puede entenderse desvirtuada la buena fe registral que se exige como presupuesto de protección del artículo 34 LH, por el hecho de existir una anotación preventiva de demanda previa a la inscripción del derecho de tercero. La presunción de buena fe del artículo 34 LH es *ius tantum* y admite prueba en contrario. *No se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la debida diligencia normal o adecuada al caso se debería haber sabido, y cuando falta la buena fe no se protege a quien figura como tercero hipotecario.* (STS de 22 de septiembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La empresa titular registral de un inmueble, lo vendió a una entidad financiera, que inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad. Posteriormente, la compraventa quedó afectada por la retroacción de la quiebra de la empresa vendedora, declarándose nula y cancelándose la inscripción en el Registro de la Propiedad.

La entidad financiera primeramente compradora del inmueble solicitó se declarase nula la cancelación de la inscripción de su dominio, practicada por el Registrador de la propiedad en ejecución del auto de declaración de quiebra de la empresa vendedora. Dicha demanda fue anotada preventivamente en el Registro de la Propiedad.

El inmueble fue ejecutado y adjudicado a una sociedad de responsabilidad limitada, que inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad. La anotación preventiva de demanda practicada en virtud del procedimiento antes citado fue cancelada.

La demanda origen del pleito fue interpuesta por la entidad financiera primeramente compradora del inmueble, que solicitó se declarase nula la cancelación de la inscripción ordenada como consecuencia de la retroacción de la quiebra y nulas también la cancelación de la anotación preventiva de la demanda anterior y la adjudicación e inscripción de adquisición a favor de la sociedad adjudicataria. En ambas instancias se estimó parcialmente la demanda, declarándose nula tanto la cancelación de la inscripción como la cancelación de la anotación preventiva de la demanda anterior, pero no admitiéndose la impugnación de la adquisición del tercero adjudicatario pues se entendió que merecía protección como tercero hipotecario. Sin embargo, en casación hubo lugar al recurso y a la estimación plena de la demanda. (C. J. D.)

79. La fecha clave que determina la protección del tercero hipotecario es la de su adquisición, momento en que estaba vigente la anotación preventiva de demanda en la que se pretendía la nulidad de actuaciones de un procedimiento del artículo 131 LH.—La fecha clave que determina la protección al tercero hipotecario que proclama el artículo 34 LH como principio de fe pública registral es la de la adquisición: «El tercero que... adquiera...» dice el texto legal y en el caso de autos, cuando los demandados adquirieron el local comercial estaba vigente la anotación preventiva de demanda que podía producir, como efectivamente ocurrió, la nulidad del procedimiento y, por ende, del título del trasmite. Por otra parte, la buena fe en el adquirente, que exige esta norma, es tanto el desconocimiento o ignorancia de la inexactitud del Registro de la Propiedad como la creencia en la exactitud del mismo, lo cual no se da en los demandados, que conocían o debían conocer la pendencia del proceso en el momento de la adquisición y, más tarde, conocieron la existencia de aquella sentencia firme.

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado no es jurisprudencia civil.—Sobre esta última hay que advertir que la jurisprudencia, alegable en casación, es tan solo la emanada del Tribunal Supremo, en su Sala correspondiente a la materia que se aduce y, por tanto, no lo es la doctrina, de alto valor jurídico, que exponen las resoluciones de aquélla y cuyos argumentos podrán ser tenidos en cuenta, pero no son doctrina jurisprudencial: así lo han dicho explícitamente las SS de 22 de abril de 1987, 15 de marzo de 1991, 29 de enero de 1996, 2 de diciembre de 1998. (STS de 27 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La entidad de crédito demandante formuló demanda contra los adquirentes de una finca solicitando que se declarase la nulidad de los negocios de adquisición pues, en la fecha en que se celebraron, estaba vigente una anotación preventiva de demanda en la que se pretendía la nulidad de actuaciones de un procedimiento del artículo 131 LH que en su día culminó con la adquisición de

la finca por la persona que posteriormente vendió a los demandados. Los demandados alegaron la protección que merecían como terceros hipotecarios. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esa decisión. (*L. F. R. S.*)

DERECHO DE FAMILIA

80. Matrimonio: divorcio: alimentos a los hijos: patria potestad compartida: modificación por cambio del progenitor obligado: fecha de eficacia: no hay jurisprudencia contradictoria ni interés casacional.— Según STS de 5 de octubre de 1993, el artículo 148 CC es aplicable, en principio, a los alimentos establecidos en sentencia de divorcio a favor de los hijos, aunque puede plantear dudas la aplicación de tal precepto a las sucesivas resoluciones que pueden modificar los pronunciamientos anteriores una vez fijada la pensión de alimentos, bien por la estimación de un recurso o por una modificación posterior, como en este caso en que varía el progenitor obligado al pago. Sobre tal cuestión serían de aplicación el artículo 106 CC y el artículo 774.4 LEC, por lo que cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será sólo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dictan, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente, criterio seguido por la sentencia recurrida. Respecto al interés casacional fundado en las sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales, la citada por el recurrente dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, no sostiene identidad de supuestos con la que es objeto del recurso, ya que ambas se refieren a pensión fijada en medidas provisionales; por otro lado, en las sentencias alegadas como contradictorias tampoco existe tal criterio dispar, por lo cual no existe jurisprudencia contradictoria porque, según STS de 29 de diciembre de 2005, es preciso que se señalen dos sentencias con una doctrina determinada de un mismo Tribunal —una de las cuales deberá ser la impugnada—, y otras dos sentencias con la doctrina contradictoria, debiendo expresar en el escrito de interposición las resoluciones con el contenido básico que justifica el interés casacional.

Pensión compensatoria: doctrina jurisprudencial.—1.º) Es presupuesto básico para la concesión o reconocimiento de la pensión la existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges provocado por la ruptura conyugal que determine, para el acreedor de la pensión, un empeoramiento en relación a la situación de la que disfrutaba en el matrimonio —y no una situación de necesidad, por lo que es compatible su percepción en caso de contar con medios económicos para subsistir—, siendo necesariamente al tiempo de producirse la ruptura cuando se han de valorar las circunstancias y resolver, tanto lo referente a si procede o no reconocer el derecho y en qué cuantía, como además, sobre su duración indefinida o su fijación con carácter temporal. 2.º) Que partiendo de la concurrencia de desequilibrio, en la medida en que la ley no establece de modo imperativo el carácter indefinido o temporal de la pensión, su fijación en uno u otro sentido dependerá de las específicas circunstancias del caso, particularmente, las que permiten valorar la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, siendo única

condición para su establecimiento temporal que no se resienta la función reequilibradora que constituye su razón de ser. 3.º) Que cualquiera que sea la duración de la pensión, nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada, lo que deja expedita la vía de los artículos 100 y 101 CC, siempre que resulte acreditada la concurrencia del supuesto de hecho previsto en dichas normas.

En el presente caso, la Audiencia Provincial otorgó una pensión por desequilibrio con carácter vitalicio, y el mero transcurso del tiempo no constituye una alteración sustancial de las circunstancias anteriores, en la medida que lo relevante no es el dato objetivo del paso del mismo, sino la superación de la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho; también debe descartarse que el hecho de que la esposa fuera adjudicataria de bienes como resultado de liquidarse la sociedad de gananciales implique un incremento de su fortuna con relación a la que fue tomada en consideración, reveladora de la posibilidad de superar el desequilibrio que justificó la pensión, pues la liquidación sólo provoca la concreción del haber ganancial que ya le correspondía vigente el matrimonio, siendo así que su fortuna no ha variado ni dicha liquidación afecta a la situación de desequilibrio, cuando éste tiene que ver con circunstancias como la dedicación a la familia y la pérdida de expectativas laborales o profesionales ajenas a que la esposa se encuentra con bienes o medios suficientes para subsistir a raíz de dicha liquidación. El nacimiento de un nuevo hijo fruto de una nueva unión del obligado no equivale a una disminución de su fortuna que permita subsumir el supuesto en el artículo 100 CC. Si el sustento del hijo es una carga del matrimonio, lo importante será conocer el caudal o medios con los que cuenta la nueva unidad familiar, para lo que se hacía preciso probar si la esposa contribuía económicamente al sostenimiento de dicha carga, o por el contrario si el sustento del hijo quedaba a expensas exclusivamente del marido, –situación ésta que sí redundaría en una disminución de su fortuna–, lo que no se hizo. El motivo carece de interés casacional, circunstancia que debería haber dado lugar a que no superase el trámite de admisión, y ahora es causa de desestimación. (**STS de 3 de octubre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

NOTA.—En la instancia se reconoce eficacia civil a una sentencia canónica de nulidad matrimonial, a pesar de que con anterioridad se había dictado entre los cónyuges sentencia firme de divorcio. Pero esa eventual contradicción no se impugna en casación, en la cual se discute, fundamentalmente, la modificación de las medidas provisionales adoptadas en este último. En relación con la pensión compensatoria otorgada con carácter vitalicio a la mujer, el Tribunal Supremo no encuentra motivos para modificarla (pese a no compartir los fundamentos de la Audiencia Provincial), rechazando por su parte que incida en ella el mero transcurso del tiempo, la liquidación de la sociedad de gananciales y la circunstancia de haberle nacido un hijo al progenitor en un nuevo matrimonio. En cuanto a la hija menor del matrimonio, cuya guarda se atribuyó a la madre, ocurre que aquélla se trasladó voluntariamente a vivir con su padre, y en instancia se establece ahora la guarda compartida y se distribuyen los alimentos entre ambos progenitores, que el Tribunal Supremo tampoco modifica ni accede a la petición del padre de que el señalamiento de nueva cuantía produzca efectos desde la demanda. Es

importante la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza –en cada caso, ya sea vitalicia o temporal– de la misma, que parece bastante alejada de la existencia de un supuesto e inexorable deber legal, que recae sobre la mujer divorciada, de trabajar para encontrar postdivorcio su sustento; se recuerda que la *ratio* de la pensión compensatoria es el desequilibrio tal como se produce al pronunciar el divorcio, y la previsibilidad razonable y razonada que en tal momento puede hacer el juez de que tal desequilibrio desaparezca en el futuro. Ello no obsta a que tal medida pueda modificarse ulteriormente por cambio sustancial en la fortuna del deudor. Parece que el Tribunal Supremo no excluye que, según las circunstancias, una pensión inicialmente establecida temporalmente, se convierta en vitalicia.

Sobre la temporalidad de la pensión compensatoria véase en este fascículo las SSTs de 17 de octubre y 21 de noviembre de 2008 y sus notas. (G. G. C.)

81. Matrimonio: separación judicial: pensión compensatoria temporal: doctrina jurisprudencial anterior a la reforma de 2005: improcedencia según las circunstancias concurrentes.—A la vista de la STS de 2 de octubre de 2008 cabe concluir, sin el menor atisbo de duda, que al amparo de la normativa vigente antes de la reforma de 2005, era también posible establecer límites temporales a la pensión compensatoria, toda vez que el silencio legal existente hasta esa fecha no debe interpretarse en el sentido de que hubiera una expresa prohibición al respecto. No obstante, de esa misma doctrina se deduce también que la temporalidad no es imperativa, y que su admisión exige que con ella no se resienta la función reequilibradora, condición que obliga al órgano judicial, a la hora de optar por fijar un límite temporal, a atender a las específicas circunstancias del caso, particularmente aquéllas que permiten valorar la *idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico*, y que, *de modo no exhaustivo, se encuentran recogidas en el artículo 97 CC*, sin que la valoración de las mismas pueda ser revisada en casación; son innumerables los autos del Tribunal Supremo que se expresan en el sentido de que una correcta técnica casacional implica plantear al Tribunal Supremo cuestiones jurídicas de un modo preciso y razonado, sin apartarse de los hechos, en cuanto al recurso de casación, por su función nomofiláctica –consistente en depurar las normas legales fijando su correcta interpretación–, a la que se añade en el caso del recurso basado en la existencia del interés casacional, la más predominante de crear jurisprudencia. En el presente caso, ha de tenerse conforme a la referida doctrina jurisprudencial la decisión de fijarla sin límite temporal cuando las circunstancias concurrentes que han sido acreditadas (carecer de trabajo o expectativas próximas y claras de obtenerlo, habiendo mantenido sólo una relación mercantil con la empresa familiar durante la convivencia conyugal) así lo aconsejan. (STS de 21 de noviembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia había fijado en dos años la duración de la pensión compensatoria, pero la Audiencia Provincial eliminó el carácter temporal de la misma. El recurso de casación interpuesto por el marido se rechaza con base en la doctrina de las SSTs de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, que, a su vez, han servido de base para la STS de 2 de octubre de 2008, y 14 de

noviembre de 2008 (esta última publicada en este fascículo). Con razón cabe afirmar que, con anterioridad a la reforma de 2005, el carácter temporal de la pensión compensatoria podía establecerse *sin el menor atisbo de duda* siempre que fuese apta para restablecer el equilibrio económico entre las partes (pero véase mi anotación a la STS de 14 noviembre 2008). (G. G. C.)

82. Matrimonio: separación: fijación de pensión compensatoria con carácter temporal: doctrina jurisprudencial anterior a la reforma por Ley 15/2005.—La cuestión de si cabe establecer la pensión compensatoria con carácter temporal ha sido ya resuelta en sentido afirmativo por esta Sala, siempre con sujeción a las pautas que se establecen, en SSTS de 10 de febrero y 28 de abril de 2005, dictadas en interés casacional, habiéndose manifestado también en el mismo sentido positivo el legislador, toda vez que la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única. También son favorables a la temporalización, el Consejo de Europa (Informe del Comité de Expertos sobre el derecho relativo a los esposos, Reunión de Estrasburgo de 20 a 24 octubre 1980), y el Código de Familia de Cataluña, cuyo artículo 86.1.d) dispone que el derecho a la pensión compensatoria se extingue por el transcurso del plazo por el que se estableció.

Requisitos.—Al amparo de la normativa vigente antes de la reforma de 2005 era posible establecer límites temporales a la pensión compensatoria, toda vez que el silencio legal existente hasta esa fecha no debía interpretarse en el sentido de que hubiera una expresa prohibición al respecto. Ahora bien, de esa misma doctrina se desprende también que la temporalidad no es imperativa, en la medida que su admisión exige que la fijación de un plazo concreto no determine que se resienta la función reequilibradora que le es consustancial, lo que obliga al órgano judicial a atender a las específicas circunstancias del caso, y particularmente aquellas que permitan valorar la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico. En el presente caso la Audiencia Provincial omite en sus pronunciamientos la fijación de un límite temporal, y concede una pensión vitalicia, lo que responde, como se puede colegir sin dificultad de sus razonamientos, que conducen a una razonable previsión desfavorable a la fácil reinserción laboral de la perceptora, y, en suma, a la convicción de que no va a poder procurarse en poco tiempo un medio de vida que le permita prescindir de la pensión, siendo ilusorio que pueda lograr por sí misma desenvolverse autónomamente y superar el desequilibrio en un plazo de tiempo determinado, por lo cual la decisión de mantener la pensión con carácter indefinido se ajusta plenamente a las previsiones legales y doctrinales, y no incurre en vulneración alguna. (STS de 17 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—En una causa de separación matrimonial, la esposa solicita una pensión por desequilibrio de 5.000 euros mensuales, que el Juzgado de Primera Instancia reduce a 2.400, sin fijar plazo para su percepción. La Audiencia Provincial señala 1.360 euros con igual carácter. El marido recurre en casación para que se declare la temporalidad de la pensión. Según la sentencia extractada, la beneficiaria cuenta con 50 años de edad, experiencia laboral muy limita-

da y lejana en el tiempo, dedicación durante 18 años de matrimonio al cuidado de la familia y acreditada contribución de la esposa a la actividad profesional y empresarial de su esposo.

NOTA.—¿Ha sido un ejemplo de *jurisprudencia creadora* de la Sala 1.^a la doctrina establecida sobre la posibilidad de fijar temporalmente la pensión compensatoria, tal como se contiene en las SSTs de 10 de febrero y 28 de abril de 2005? La reforma de 2005 pudo deberse exclusivamente a un propósito innovador, o ir, más bien, encaminada en este punto a aclarar meramente puntos dudosos de la Ley de 1981, como el de la temporalidad de la pensión. No hay datos en la sentencia para conocer el nivel de vida de este matrimonio al tiempo de la separación, pero lo cierto es que la petición inicial de la esposa se reduce a poco más de una tercera parte según lo definitivamente otorgado por la Audiencia Provincial con carácter indefinido; la pretensión del marido de temporalidad de la misma parece, por todo ello, excesiva. En adelante, parece claro que las sentencias estimatorias de la pensión compensatoria deberán fijar con claridad su carácter temporal o vitalicio, y, sobre todo, fundamentarla en su presupuesto fáctico de modo explícito. En este caso el Tribunal Supremo deduce la fundamentación de los propios hechos probados. ¿Deberían tenerse en cuenta, entre los demás factores, las situaciones efectivas del mercado laboral al tiempo de establecerla? Actualmente la respuesta tendría que ser, a mi parecer, afirmativa. (G. G. C.)

83. Temporalidad de la pensión compensatoria.—[...] la cuestión que se suscita ante esta Sala, reducida a si cabe establecer la pensión compensatoria con carácter temporal, ya ha sido resuelta en sentido afirmativo, siempre con sujeción a las pautas que se establecen por las SS de esta Sala de 10 de febrero y 28 de abril del presente año 2005, dictadas en interés casacional, cuya doctrina jurisprudencial, por las razones que diremos a continuación, resulta contradicha por la resolución recurrida, habiéndose manifestado también en el mismo sentido positivo el legislador, toda vez que la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

En efecto, la S de 10 de febrero de 2005, luego citada por la de 28 de abril de 2005, deja sentada la doctrina sobre la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria en los siguientes términos [...].

La anterior doctrina es enteramente aplicable al presente caso, y determina la estimación del recurso una vez constatado el interés casacional. Ello es así porque la Audiencia defiende que la pensión compensatoria, como si de una pensión alimenticia se tratase, ha de ser percibida por razones estrictas de necesidad y durante el tiempo que dure la misma, siendo estas las razones que conducen a concederla con carácter indefinido, a salvo de lo previsto en los artículos 100 y 101 CC para su modificación o revocación. Pese a que la Sala demuestra reconocer los argumentos favorables a la temporalidad (expresamente alude a que la pensión no puede lastrar al cónyuge deudor y convertir al acreedor en un *cuasi* jubilado a costa del primero, en la medida que ello conllevaría que el receptor no tuviera incentivos para superar su desigualdad económica, prefiriendo vivir a costa del otro, «lo que parece poco acorde con las exigencias del principio de la dignidad de la persona»),

termina decantándose por su carácter indefinido, en atención a que «en los preceptos del Código civil no se impone la obligación de intentar mejorar la fortuna a través del trabajo o del acceso a una superior cualificación». En suma, la Audiencia se alinea con los que, para oponerse a la posibilidad de fijar límites temporales a la pensión, aducen no sólo que no existe previsión legal al respecto, sino también que la temporalidad dejaría sin contenido los artículos 100 y 101 CC, interpretación que choca con la doctrina de esta Sala plasmada en las referidas SS de 10 de febrero y 28 de abril del año 2005, que han manifestado al respecto, tanto que la temporalidad estaba permitida en la regulación del Código civil introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, y anterior a la reforma del 2005, por cuanto «no resulta excluida por el artículo 97 CC —el que no la recoja no significa que la prohíba—», como que «la pensión temporal no afecta a la regulación de los artículos 99, 100 y 101 CC, y nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada». En consecuencia, el argumento de que la pensión vitalicia puede ser modificada llegado el caso, por vía de los referidos preceptos, no es suficiente razón para no fijar un límite para su percepción si se dan las circunstancias que lo permiten; en consecuencia, su fijación con carácter temporal o por tiempo indefinido sólo debe depender de las específicas circunstancias del caso, (particularmente las que permiten valorar la «idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico») con la única condición de que la temporalidad de la pensión no haga que se resienta la función reequilibradora que constituye su razón de ser. En el supuesto de autos la Audiencia rechaza fijarla con límite temporal por razones ajenas a las circunstancias determinantes de la idoneidad o aptitud de la esposa para superar el desequilibrio, y ello hace obligado que esta Sala las examine, ya en funciones de instancia, a fin de dilucidar sobre si en este concreto caso, resultaba procedente, en línea con lo solicitado por el recurrente, establecer un límite temporal a la pensión respetando en todo caso la cuantía concedida. Tomando en cuenta la corta duración del matrimonio (se contrajo el día 5 de septiembre de 1997 y la demanda de separación es de 25 de marzo de 2003), el hecho de que la esposa haya venido desempeñando su actividad laboral ininterrumpidamente, sin que el matrimonio fuera obstáculo para ello, su edad (55 años), 7 años más joven que el recurrente, su acreditada capacitación laboral, antigüedad en el empleo (desde 1989 desempeña su labor en la misma empresa, la de su ex marido) y disponibilidad para el trabajo (carece de hijos menores a su cuidado), la lógica y la experiencia permiten apreciar con un alto grado de probabilidad, que un plazo igual a cinco años resulta bastante para compensar a la esposa por el desequilibrio sufrido, más allá del cual el percibo de la pensión carecería de justificación. (STS de 14 de octubre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Don A. interpone demanda contra doña P. interesando su separación matrimonial. Doña P. contesta a la demanda y reconviene. Los puntos de desavenencia eran la atribución del uso de la vivienda familiar y la pensión compensatoria. En relación con esta última consideraba el marido que resultaba innecesaria mientras que la mujer la reclamaba sin límite temporal. La sentencia del Juzgado estimó parcialmente la demanda y la reconvención atribuyendo la vivienda a don A. y señalando una pensión —menor en cuantía que la inicialmente demandada pero indefinida— a doña P.

Recurren en apelación ambos litigantes y la Audiencia estima parcialmente el recurso de ella, desestimando parcialmente el recurso de él. En suma, la Audiencia revoca parcialmente la sentencia del Juzgado y aumenta la pensión compensatoria. Don A. interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo admite limitando la pensión al plazo de cinco años. (R. G. S.)

84. Temporalidad y función reequilibradora de la función compensatoria.—[...] la cuestión de si cabe establecer la pensión compensatoria con carácter temporal ha sido ya resuelta en sentido afirmativo por esta Sala, siempre con sujeción a las pautas que se establecen en SS de 10 de febrero y 28 de abril del presente año (*sic*) 2005, dictadas en interés casacional, habiéndose manifestado también en el mismo sentido positivo el legislador, toda vez que la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha dado una nueva redacción al artículo 97 CC estableciendo que la compensación económica podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única.

La doctrina sentada por esta Sala 1.^a sobre la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria, se expresa en los siguientes términos, en la S de 10 de febrero de 2005 [...] luego citada por la de 28 de abril de 2005 [...].

De la doctrina expuesta cabe concluir, sin el menor atisbo de duda, que al amparo de la normativa vigente antes de la reforma de 2005 era también posible establecer límites temporales a la pensión compensatoria, toda vez que el silencio legal existente hasta esa fecha no debe interpretarse en el sentido de que hubiera una expresa prohibición al respecto. Ahora bien, de esa misma doctrina se desprende también que la temporalidad no es imperativa, y que su admisión exige que con ello no se resienta la función reequilibradora, condición que obliga al órgano judicial, a la hora de optar por fijar un límite temporal, a atender a las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquellas que permiten valorar la «idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico». En consecuencia, cuando, como aquí acontece, son las circunstancias fácticas, libremente valoradas por el tribunal, e incólumes en casación, las que determinan que el órgano judicial se decante por rechazar la fijación de un plazo, en ninguna contravención de la doctrina de esta Sala incurre, ni, por ende, concurre el alegado e imprescindible interés casacional, pues es obvio que la propia doctrina se refiere a la necesidad de apoyar la decisión a favor de la temporalidad en circunstancias que lleven al juzgador a la convicción de que la función reequilibradora de la pensión se agota con la expiración del plazo, de manera que el mantenimiento de la pensión más allá de ese límite se hace innecesario al no responder a la función reequilibradora que es su razón de ser. La Audiencia no contradice la doctrina jurisprudencial pues en modo alguno se pronuncia en contra de la posibilidad de fijar un límite temporal, como prueba el que reconozca haberlo hecho en numerosas ocasiones, constituyendo tan sólo la razón de su decisión, el que, atendiendo a la naturaleza y función de la pensión compensatoria, las circunstancias fácticas concurrentes en el caso de autos no justifican el establecimiento de un plazo de duración determinada, habida cuenta que la beneficiaria no es una persona joven que cuente con gran experiencia laboral ni con una gran cualificación profesional, de manera que la situación fáctica lejos de conducir a una previsión favorable a una fácil reinserción laboral, aplicando la lógica y la razón tales circunstancias son más bien indicadoras

de lo contrario: que no va a poder procurarse en poco tiempo un medio de vida que le permita prescindir de la pensión, y que no va a lograr por sí desenvolverse autónomamente y superar el desequilibrio, lo que obliga a mantener la pensión durante toda su vida. (STS de 9 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El recurso que llega al Tribunal Supremo se plantea por interés casacional en relación con la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales siendo el único punto controvertido el establecimiento de pensión compensatoria con carácter temporal. La actora había solicitado en concepto de pensión compensatoria determinada cantidad mensual. A su pretensión se opuso el demandado alegando su improcedencia. La sentencia de primera instancia accedió parcialmente a lo pedido y fijó a la esposa una pensión de cuantía menor que la reclamada por el plazo de dos años. Recurrida la resolución por la actora, la Audiencia Provincial la revocó en el extremo relativo a la temporalidad. Interpuso recurso de casación el demandado y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (R. G. S.)

85. Matrimonio: proceso de separación: cesión de la vivienda sin título concreto y de forma gratuita al hijo que se casa como hogar familiar: atribución judicial al otro cónyuge: calificación de tal atribución: doctrina jurisprudencial.—La STS de 2 de octubre de 2008, que examina las anteriores resoluciones recaídas en supuestos similares, establece los siguientes presupuestos para que proceda el desahucio: a) Cuando se aprecie la existencia de un contrato entre el titular cedente y los cesionarios, y, en particular, de un comodato, se han de aplicar los efectos propios de ese contrato; pero en el caso de que no exista tal contrato, se origina una situación de precario; b) En los casos en que la vivienda se ha cedido sin limitación temporal alguna, para determinar si la relación jurídica es la correspondiente a un contrato de comodato, se ha de comprobar si fue cedida para un uso concreto y determinado, que puede consistir en la utilización por el cónyuge y la familia del hijo del concedente como hogar conyugal o familiar, si bien con la precisión de que dicho uso ha de ser específico, y no simplemente el propio de la cosa según su destino, y de que la relación jurídica ha de constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse, o resulte implícitamente de los actos de las partes; c) cuando cesa el uso, lo que puede suceder cuando se rompe la convivencia conyugal, y el concedente no reclama la devolución del inmueble, la situación del usuario es la de un precarista; d) el derecho de uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, atribuido por resolución judicial a uno de los cónyuges, es oponible en el seno de las relaciones entre ellos, mas no puede afectar a terceros ajenos al matrimonio cuya convivencia se ha roto o cuyo vínculo se ha disuelto, que no son parte —porque no pueden serlo— en el procedimiento matrimonial, no pudiendo reconocerse a quienes ocupan la vivienda en precario 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.

Desahucio por precario.—En el caso que se examina la sentencia recurrida consideró, en esencia, que la relación jurídica que vinculaba a los demandantes, titulares de la vivienda, y la demandada, usuaria de la misma y beneficiaria de un derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar por resolución judicial, era la propia del precario, al no reconocer a ésta título bastante que justificase su posesión, toda vez que faltaba el uso específico, concreto y determinado que permitiría caracterizar como comodato la cesión de la vivienda efectuada en su día al hijo y esposo, respectivamente, de las partes en litigio, actores y demandada; a lo que se añade —alternativamente— que de admitir que la cesión lo fue para un uso específico, y reconocer como tal la utilización como hogar familiar y conyugal, no constituye por sí mismo título oponible a los demandantes el derecho de uso y disfrute de la vivienda atribuido por resolución judicial a la esposa demandada en el proceso de separación matrimonial, y también procedería el desahucio por precario. Conclusión que ha de mantenerse con arreglo a la doctrina de la STS de 2 de octubre de 2008, pues no se ha acreditado que la cesión lo fuera por un concreto periodo de tiempo o para un uso específico o determinado, más allá del genérico de servir de morada o residencia, por lo cual se concluye que la posesión de la vivienda lo fue a título de precario. Y aunque como mera hipótesis se admitiese la concurrencia de las notas de especificidad, concreción y determinación en el uso de la vivienda cedida, se debe concluir que, una vez rota la convivencia conyugal, la situación jurídica en la que se encontraba la demandada con relación al uso de la vivienda era la correspondiente a una precarista, pues no constituye título hábil para mantener la ocupación del inmueble el derecho de uso y disfrute atribuido por resolución judicial a la esposa demandada, que es inoponible frente a terceros ajenos a las relaciones entre los cónyuges y al proceso matrimonial en el que son partes. (STS de 14 de noviembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.] (G. G. C.)

86. Unión de hecho: consecuencias de la ruptura unilateral: incongruencia: defectos del recurso.—El desarrollo del litigio en las dos instancias y en casación, no ha permitido a esta Sala examinar una posible incongruencia entre lo pedido y la causa de pedir, de un lado, y lo resuelto por los órganos de instancia, de otro, del mismo modo que tampoco ha sido posible analizar la cuestión de fondo desde la jurisprudencia que aplica la prohibición del enriquecimiento injusto a las situaciones resultantes de la ruptura de una unión no matrimonial, lo cual habría necesitado, a su vez, además del correspondiente motivo de casación, de un mayor rigor en la exposición probatoria de todas las circunstancias de hecho que presidieron los más de quince años de relación entre los litigantes, algunas de las cuales fueron reseñadas en los escritos rectores del pleito pero posteriormente quedaron en el olvido tanto de las partes como de los órganos de ambas instancias (por ejemplo, la de que perteneciera al demandado hoy recurrente la vivienda a la que se trasladó a vivir la demandante con sus dos hijas, al iniciar la unión, y en la que dicha demandante continuaba viviendo al tiempo de interponer su demanda). (STS de 11 de diciembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Unión de hecho entre personas, cada una, con anteriores relaciones familiares no liquidadas, al parecer, y, al mismo tiempo, mantenimiento por parte de aquéllas, de relaciones económicas entre sí, poco aclaradas en el proceso, durante la unión; ella

con dos hijas de matrimonio anterior (sin que conste fehacientemente la liquidación del régimen económico), y él, permaneciendo en un matrimonio no disuelto, con hijos mayores que colaboran en los negocios del padre. Inicialmente la pareja y sus hijas se trasladan a vivir a una vivienda propiedad del demandado, que dirigía un negocio inmobiliario, al que ella efectuó préstamos importantes (hasta la suma de 11 millones de pesetas), luego devueltos, y en la que trabajaba con un contrato indefinido (con indemnización de 40 millones de pesetas para caso de ruptura); al producirse ésta se da origen a la reclamación origen de la demanda, estimada sólo en parte (en apelación se fija el *quantum* indemnizatorio en la suma de 161.175,91 euros a favor de la mujer); además el varón enajena en favor de sus hijos, la participación que tenía en la empresa familiar. No es frecuente que la sentencia del Tribunal Supremo amoneste, de alguna manera, a las partes (e, incluso, a los órganos judiciales inferiores) por los errores en el modo de conducir el proceso; parece como si aquél hubiera deseado entrar a fondo en los entresijos de una unión de hecho a la que se superponen, de principio a fin, complejas relaciones patrimoniales no debidamente hechas valer por las partes, perfiladas ni aclaradas. (G. G. C.)

87. Unión de hecho: doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la ruptura unilateral: inaplicación al caso.—Es pacífica la inexistencia de norma especial que regule las consecuencias de la ruptura de la convivencia extramatrimonial de que se trata, no siendo aplicable la Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana, reguladora de las uniones de hecho, pues además de que su inaplicabilidad deriva de la falta de constancia de la inscripción de la unión en el correspondiente registro administrativo, no establece, por ende, normas *ad hoc* más allá que la referida a la simple reserva de la libertad de pactos, también con acceso al registro, que en este caso, sin embargo, resulta inexistente. El criterio jurisprudencial es el que deriva de la sentencia, de Pleno de la Sala 1.^a, de fecha 12 de septiembre de 2005, que, consecuente con su carácter de fuente complementaria del ordenamiento jurídico para resolver el conflicto, logrando al tiempo cumplir con las funciones propias de la casación, la nomofiláctica y ahora, en la misma medida, la función unificadora. Conforme al criterio jurisprudencial expuesto se debe rechazar *a limine* la aplicación analógica —*analogía legis*— de las normas reguladoras de las consecuencias jurídico-patrimoniales del cese de la convivencia marital, habida cuenta de la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones estables de pareja que permita dicha extensión normativa. Dicho lo cual, cobran especial importancia los datos fácticos de que se nutre el proceso, tal y como se recogen en la sentencia de instancia, entre los que destaca la falta de constancia de un acuerdo de los convivientes, ya expreso, ya implícito, inferido de hechos concluyentes, que tuviese por objeto la constitución de un patrimonio común con los bienes adquiridos durante la convivencia, y la ausencia de un pacto regulador de las consecuencias de la ruptura de la pareja y la extinción de la unión de hecho. No existe la debida constancia de la formación de un patrimonio común que deba liquidarse, resultado de un esfuerzo económico común, que se haya visto frustrado por la finalización de la convivencia, en perjuicio de uno de los convivientes; ambos mantuvieron su independencia en ese sentido, conservaron sus trabajos —en el caso de la autora, mientras lo

permitió su estado de salud–, y contribuyeron equilibradamente a sufragar los gastos propios de la convivencia. Tampoco se ha acreditado la mayor dedicación de la actora a su pareja o a la familia, entendida ésta en los amplios términos que constitucionalmente es considerada, ni que, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, la demandada haya quedado perjudicada en comparación con la situación anterior a la extinción de la unión al modo marital, o que se halle en situación de desequilibrio respecto del otro conviviente tras el cese de la convivencia, y, en suma, que ocupe una posición más débil, digna, por ello de protección. Y tampoco hay constancia de la existencia de un enriquecimiento en el varón que conlleve el correlativo empobrecimiento de la demandante, aún entendido en sentido amplio, que, por ser injustificado, autorice a una reparación económica. (STS de 30 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.–El Juzgado de Primera Instancia declaró la existencia de una convivencia de hecho, pero denegó todas las peticiones que había hecho la mujer con base en la ruptura. La Audiencia Provincial desestimó la apelación, y el Tribunal Supremo rechazó igualmente la casación solicitada, recordando la doctrina jurisprudencial vigente. Se adujo una convivencia de 17 años, dedicándose la mujer a las atenciones de la casa y de la familia del varón; al final se declaró por la jurisdicción laboral, la incapacidad permanente y total para el trabajo de la mujer. (G. G. C.)

88. Día inicial del cómputo del plazo de la acción impugnatoria de la paternidad matrimonial.–La doctrina jurisprudencial sobre la acción de impugnación de la paternidad marital no ha sido uniforme, pero las últimas sentencias han seguido un criterio claro. Las de 23 de marzo de 2001 y 3 de diciembre de 2002 han dicho explícitamente que los principios generales del Derecho, desde la reforma del Código civil de 1981, conforman una «patente tendencia a que en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial», lo que es abonado por la normativa constitucional cuyo artículo 39 «asegura la protección integral de los hijos, protección que clama contra la inexactitud de la determinación de la paternidad» y tal breve plazo de caducidad «conllevaría ante el desconocimiento por el marido de cualquier circunstancia que le permitiera impugnar la determinación registral, un efecto de indefensión vedado por el artículo 24 de la propia Constitución española».

El artículo 136 da legitimación al marido para la acción de impugnación de su paternidad marital, ligándola al breve plazo de caducidad de un año, cuyo *dies a quo* es la inscripción de la filiación en el Registro Civil o desde que supo el nacimiento.

La jurisprudencia, como se ha dicho, apuntó primero y reiteró después, no sin sentencias contradictorias, que el día inicial era el del conocimiento del marido de su no paternidad del hijo que había concebido y dado a luz su esposa. Que podría no coincidir con la inscripción.

Cuyo tema llegó al Tribunal Constitucional y en dos sentencias declaró inconstitucional el párrafo primero de dicho artículo en cuanto comporta que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr aunque el marido ignore no ser el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil. Son las

SS 138/2005, de 26 de mayo y 156/2005, de 9 de junio, ambas dictadas por el pleno el mismo.

El recurso de casación de la parte demandante [...] debe ser estimado por razón de que las sentencias de instancia no han aplicado la doctrina jurisprudencial ya consolidada al tiempo de dictarse, ni la norma tras su declaración de inconstitucionalidad en cuanto al *dies a quo* de la caducidad impuesta por el Tribunal Constitucional que fue posterior a las fechas de aquellas.

El conocimiento por parte del marido demandante y recurrente del informe médico, que le permite mantener el error registral de su filiación es, pues, el determinante del *dies a quo* del plazo de caducidad de un año y, según la jurisprudencia y la doctrina constitucional, ésta no se ha producido al no haber transcurrido el año.

Efectos de la negativa a la prueba biológica de paternidad.—Ha sido constante la doctrina jurisprudencial, avalada por el Tribunal Constitucional, que la negativa a la prueba biológica de paternidad no es por sí sola suficiente para pronunciarse sobre ella, no es *ficta confessio* que permita basar un pronunciamiento judicial que modifique definitivamente el estado civil de la persona.

Así se pronunció explícitamente la STC de 14 de febrero de 2005.

En el presente caso no se ha practicado prueba alguna cuyo resultado abone claramente la no paternidad del demandante respecto al demandado. La única que aporta es el certificado médico de 3 de agosto de 1999 [...].

Un posterior certificado, del mismo médico, de 21 de marzo de 2000, dice [...].

De cuyos certificados médicos —que no prueba pericial— se desprende: primero, que no es imposible la paternidad; segundo, que nada certifica sobre la cuestión en 1981, fecha de nacimiento del demandado cuya paternidad marital se impugna.

En consecuencia, no se puede estimar la demanda y negar la filiación paterna matrimonial sin prueba alguna, tan sólo con una negativa a una prueba biológica. La falta de relaciones personales entre padre e hijo son más consecuencia de la separación conyugal que de la discutida paternidad, que nunca podría justificar la declaración sobre ésta. (**STS de 16 de octubre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don R. y doña E. contrajeron matrimonio en 1977. En 1981, nace D. El matrimonio se separa en 1986 y se divorcia en 1989. En informe médico datado en agosto de 1999 se acredita la dificultad de don R. para engendrar debido a las bajas cifras de espermatozoides que se constatan. Un mes después presenta demanda impugnando la paternidad marital en relación con D. La sentencia del Juzgado y la de la Audiencia apreciaron la caducidad de la acción. El recurso de casación se apoya en la infracción del artículo 136 CC, manteniéndose que la acción no ha caducado y que debe tenerse por probada la no paternidad marital. El Tribunal Supremo aprecia el motivo de casación sobre la caducidad pero, aunque niega ésta (la caducidad de la acción impugnatoria), no admite el recurso de casación de la sentencia por entender que debe mantenerse el fallo de la resolución recurrida. (*R. G. S.*)

89. Filiación matrimonial: impugnación de la paternidad por el padre: *dies a quo* de la acción impugnatoria: doctrina constitucional.—El tema básico es la fecha inicial del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad por el marido que conoce que no es el padre biológico del hijo inscrito, una vez transcurrido el plazo de un año desde la inscripción de la filiación, al que se refiere el artículo 136 p.º 1.º CC. Es ineludible tener a la vista la STC 138/2005, seguida *in totum* por la sentencia 156/2005, las cuales parten de la consideración de que el legislador, al articular el régimen jurídico de las relaciones de filiación, no puede obviar la presencia de ciertos valores constitucionalmente relevantes, cuales son la protección a la familia en general (art. 39.1 CE), y de los hijos en particular (art. 39.2), así como la seguridad jurídica (art. 9.3) en el estado civil de las personas; y al mismo tiempo debe posibilitar la investigación de la paternidad (art. 39.2), mandato del constituyente que guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (art. 10.1), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad, como desde la configuración de la paternidad como a proyección de la persona.

En la misma línea el Tribunal Constitucional destaca la necesidad de que el principio de libre investigación de la paternidad se compatibilice con las exigencias derivadas de seguridad jurídica, al concurrir derechos e intereses jurídicos dignos de protección que derivan de las relaciones paterno filiales que refleja el Registro Civil. En particular, en la configuración legal de la acción prevista en el artículo 136 CC se pone de manifiesto la presencia de los aludidos valores constitucionales: y así, la seguridad jurídica en la relación paterno filial se refuerza mediante el establecimiento de un plazo para el ejercicio de la acción, y al mismo tiempo, la investigación de la paternidad se favorece por cuanto el propio precepto prevé que no comience a correr el plazo mientras el marido ignore el nacimiento del hijo. Así el establecimiento de un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción, además de presentar una conexión evidente con el reconocimiento tácito, tiende a preservar un valor o principio constitucional, como es el de la seguridad jurídica en las relaciones familiares y la estabilidad del estado civil de las personas, así como a proteger a los intereses de los hijos; así lo impone la primacía del interés de los menores que recoge el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, recordando los principios inspiradores de instrumentos internacionales en los que España es parte, a los que resulta obligado remitirse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39.4 CE, especialmente a la Convención de los Derechos del Niño de la ONU (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990), o también, en el marco de la UE, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución A 3-0172/92, del Parlamento Europeo y el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2001, y cuyo contenido, aun sin fuerza vinculante, se ha incorporado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Tít. II). Asimismo la STEDH de 28 de noviembre de 2004, caso Sasmussen c. Dinamarca, ha declarado que la institución de plazos para entablar una acción de investigación de la paternidad no vulnera el artículo 14 en relación con los artículos 6, 7 y 8 del Convenio, pues se justifica por el deseo de garantizar la seguridad jurídica y proteger los intereses del niño. Por estas razones no cabe hacer objeción alguna, en el plano constitucional, al establecimiento de un plazo para el ejercicio de la acción de impugnación, ni tampoco que tenga como *dies a quo* la fecha de inscripción en el Registro Civil, ni que el plazo no

corra si el padre presunto no conoce todavía el nacimiento del hijo. La razón de la inconstitucionalidad del artículo 136 párr. 1.º CC se encuentra en que cercena el acceso a la jurisdicción del padre que descubre no serlo una vez transcurrido un año desde la inscripción registral de la filiación, sin que esta limitación del derecho a la tutela judicial efectiva guarde proporcionalidad con la finalidad perseguida de dotar de seguridad jurídica a la filiación matrimonial. Así puede concluirse que la imposición al marido de una paternidad legal que, sobre no responder a la realidad biológica, no ha sido buscada (como ocurre en los casos de adopción y de inseminación artificial), ni consentida conscientemente, sino impuesta por una presunción legal (art. 116 CC), que, siendo inicialmente *iuris tantum*, sin embargo, transcurrido un año desde la inscripción de la filiación, conocido el nacimiento, se transforma en presunción *iuris et de iure*, resulta incompatible con el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad, y, por extensión, con la dignidad de la persona, así como el derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de acceso a la jurisdicción (STC 138/2005, FJ 4.º).

Acomodación del artículo 136 párrafo 1.º CC a las exigencias constitucionales.—La declaración de inconstitucionalidad del artículo 136, párr. 1.º, CC no tiene un efecto anulatorio del mismo, pero sí obliga al legislador a establecer de modo adecuado en el futuro el *dies a quo*, y a aplicarlo por los Tribunales debidamente acomodado a la doctrina constitucional. En el presente caso, la sentencia recurrida se ajusta a la doctrina jurisprudencial contenida en SSTs de 3 de diciembre de 2002, 15 de septiembre de 2003 y 12 de diciembre de 2004), la cual debe ser reiterada en la medida en que fija un criterio de interpretación y aplicación del párr. 1.º del artículo 136 CC, y dados los términos en que se pronuncia la doctrina del Tribunal Constitucional. (STs de 3 de octubre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.] (G. G. C.)

90. Filiación no matrimonial: reconocimiento de complacencia: impugnación del padre reconocedor por infringir la verdad biológica: doctrina jurisprudencial establecida por STS de 20 octubre 2008.—La Sala de instancia declaró haber lugar a la acción de impugnación de paternidad no matrimonial determinada por reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, considerando que el prestado fue de mera complacencia, sabedor el reconocedor que la reconocida no era hija biológica suya. El tribunal sentenciador se alinea así con el criterio doctrinal y jurisprudencial conforme al cual la filiación no matrimonial determinada por virtud de reconocimiento, aun siendo de complacencia, puede ser impugnada por falta de correspondencia con la realidad biológica por la vía y por los presupuestos establecidos en el artículo 140 CC, y no únicamente por vicio de consentimiento, que afecta al acto del reconocimiento, y no a la filiación determinada por éste, según lo dispuesto en el artículo 141 del mismo cuerpo legal. La recurrente considera que la sentencia impugnada se opone a la doctrina jurisprudencial contenida en SSTs de 25 de junio de 1990, 27 de octubre de 1993 y 14 de marzo de 1994, que establece que la paternidad determinada por reconocimiento no puede ser atacada si no es por vicio de la voluntad, al ser un acto unilateral, personalísimo, formal y, sobre todo, irrevocable; fundamenta la existencia del interés casacional que posibilita el acceso a la casación en la aludida oposición a la citada jurisprudencia de esta Sala, y alega, al mismo tiempo, jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales al resolver la interpretación del artículo 140 CC. La respuesta que debe darse

a la denuncia casacional ha de tener como guía los razonamientos contenidos en la fundamentación jurídica de la STS de 29 de octubre de 2008.

La doctrina científica no se ha puesto totalmente de acuerdo acerca de cuáles son las vías y las causas de impugnación de la filiación determinada por reconocimiento; es más, ni siquiera hay un criterio uniforme acerca del contenido de este concepto jurídico –si es necesaria o no la correspondencia entre la declaración externa y la creencia interna– referido al acto determinante de la filiación. La jurisprudencia de esta Sala tampoco ha dado, hasta ahora, una respuesta contundente a la cuestión debatida, con finalidad unificadora, si bien pueden considerarse significativas, de modo progresivo, las SSTS de 28 de marzo de 1994, 31 de octubre de 1997, 26 de noviembre de 2001, 27 de mayo, 4 de junio, y 5 de junio de 2004, que, en relación con los reconocimientos de complacencia, admiten la posibilidad de ejercitar dos acciones, una con base en los vicios del consentimiento y otra por falta de veracidad biológica. Este criterio interpretativo responde a un modelo de hermenéusis normativa literal y sistemático, y se ajusta al canon de la razonabilidad de la lógica. La lectura de los artículos 138, 140 y 141 CC, puestos en relación con los artículos 115, 118, 119 y 120, permite diferenciar los dos cauces impugnatorios, en atención a su diferente objeto y a su diferente causa o motivo de impugnación, que en un caso recae sobre el acto del reconocimiento determinante de la filiación, por vicios del consentimiento, y en otro, sobre la filiación determinada por el reconocimiento. Del artículo 138 se desprende con facilidad la posibilidad de impugnar la filiación matrimonial por causas distintas al reconocimiento inválido por estar viciado el consentimiento, y, en concreto, por falta de veracidad biológica, del mismo modo la impugnación de la filiación no matrimonial determinada por reconocimiento, con fundamento en la falta de ajuste a la realidad biológica, tiene cómoda cabida en el artículo 140, que por otra parte no excluye la impugnación del acto del reconocimiento por vicio del consentimiento regulada en el artículo 141, como ésta no excluye la anterior. Este criterio exegético no conduce a conclusiones ilógicas, por cuanto no supone la inaplicación en todo caso del artículo 141 –que contempla una acción impugnatoria con un objeto y causa diferenciada de la del artículo 140–, y que mantiene su aplicabilidad aun cuando se trate del error, pues éste, manteniendo su carácter de sustancial e inexcusable, puede recaer sobre circunstancias, tales como la fecha de nacimiento del hijo, que hayan sido determinantes para la prestación del consentimiento, ante la mera posibilidad de la paternidad biológica del reconocedor, sin discutirse la adecuación o su falta a la realidad biológica.

El criterio interpretativo que se sigue es plenamente respetuoso con las exigencias constitucionales y los Convenios y Tratados internacionales ratificados por España, de cuyos superiores principios se deduce que la filiación se entiende como una condición personal definida, de una parte, por el hecho de ser veraz el hijo, y por otra, por el de ser verdadero progenitor, y sólo desde esa concepción de la filiación, y desde la potenciación de los medios jurídicos para determinarla y lograr el acomodo de la realidad formal a la biológica, puede considerarse satisfecha la finalidad protectora del menor y, en suma, el interés también jurídicamente tutelado de la familia, lo que no empece a que del mismo modo se proteja la seguridad y estabilidad familiar y en la detención del estado civil, sin erigir, empero, los principios informadores del sistema en regla absoluta e ilimitada, equilibrio que, desde luego, se logra mediante el establecimiento desde la misma norma de los presupuestos de la legitimación y el plazo para el ejercicio de las acciones de filiación.

Tampoco se vulneran los principios igualitario y de no discriminación por razón del nacimiento, por el establecimiento de un régimen de legitimación y

de plazos para el ejercicio de las acciones de impugnación, diferente según que se trate de filiación matrimonial o no matrimonial, determinadas una y otra por reconocimiento, y mediando en esta última posesión de estado, pues examinada la diferente regulación desde el canon de la legitimidad constitucional, supera las exigencias de razonabilidad y de proporcionalidad que éste impone, apreciándose en esos casos de filiación no matrimonial una situación y circunstancias distintas de la filiación matrimonial –y buena muestra de ello es la diferenciación legal que se hace de una y otra, y sobre la que no pesa tacha alguna de inconstitucionalidad–, que se convierten en razones objetivas para justificar, dentro de la libertad de que dispone el legislador, una mayor amplitud en la legitimación y en el plazo de ejercicio de la acción de filiación, sin que quepa apreciar la vulneración de la prohibición de no discriminación, en este caso, por razón de nacimiento, cuando la aplicación de semejante régimen jurídico sirve para lograr la finalidad, también enraizada en principios constitucionales, de establecer la verdad biológica en la filiación.

Todo ello conduce a rechazar el recurso porque la sentencia recurrida se ajusta a la doctrina jurisprudencial expuesta, del mismo modo que, en rigor no se ha vulnerado las contenidas en las sentencias que la recurrente cita para fundamentar la existencia del interés constitucional, en la medida en que se refieren a la impugnación del reconocimiento como acto que sirve para determinar la filiación, y no a la impugnación de esta misma; y tampoco se ha infringido el artículo 140 CC que debe ser interpretado con arreglo a la doctrina jurisprudencial que se ha expuesto anteriormente. (STS de 5 de diciembre de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

NOTA.–El reconocimiento de complacencia se efectuó en 1998, y se impugna ante el Juzgado de Primera Instancia como hecho por complacencia en 2003, siendo rechazada la demanda. La Audiencia Provincial estimó la apelación, y el Tribunal Supremo, en sentencia que acoge íntegramente los argumentos de la STS de 29 de octubre de 2008, desestima el recurso de casación interpuesto por la madre no matrimonial. (G. G. C.)

91. Filiación no matrimonial. Exclusión de la patria potestad.–La jurisprudencia ha interpretado el artículo 111 CC alertando que la figura de la exclusión del ejercicio de la patria potestad se impone por ministerio de la ley, tal como dice la S de 2 de febrero de 1999 que concreta: «la exclusión se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente, y demandado no se allana a la pretensión, bien que, como no podrá ser de otro modo, acepta la decisión judicial tras seguir el proceso.» Y añade la de 24 de junio de 2004, tras reiterar que tal exclusión se impone por ministerio de la ley: «afirmada como existente la oposición del demandado, cuya paternidad ha sido declarada en este proceso, por tanto, declarado probado el presupuesto de hecho de la norma contenida en el artículo 111, 1.º, 2 CC, la exclusión de la patria potestad constituía un imperativo para el juzgador, incluso aún cuando no hubiera sido formalmente solicitada por la parte actora». Y la de 7 de julio de 2004, de gran semejanza con el caso presente añade: «ha de estimarse ajustada a Derecho la exclusión del ahora recurrente de la patria potestad, atendida la conducta procesal del demandado quien, no obstante reconocer haber tenido relaciones sexuales con la demandante apoya su pretensión absolutoria en el hecho de no haber

mantenido con ella una relación seria y estable y no haber convivido con la madre entre febrero y abril de 1991, cuando la convivencia con la madre en la época de la concepción es sólo uno de los medios de prueba indirectos». Así, en definitiva, esta Sala, en el presente caso, no entra en la cuestión fáctica declarada en la instancia, que permanece incólume en casación, sino en la calificación de la misma. De aquellos hechos no discutidos, calificados conforme a la doctrina jurisprudencial se desprende que debe ser aplicado el artículo 111 CC al presente caso, en que se ha determinado la filiación extramatrimonial contra la oposición del padre demandado. En este sentido, conforme a lo que dispone el artículo 487.3 LEC procede casar la sentencia recurrida y resolver sobre el caso declarando que ésta se ha opuesto a la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 111 CC que debe ser aplicado al caso de autos. **(STS de 12 de noviembre de 2008;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—M ejerció acción de reclamación de paternidad extramatrimonial respecto a su hijo menor de edad, E, nacido el 4 de febrero de 2004. La demandante solicitó además la exclusión de la patria potestad en los términos previstos por el artículo 111 CC cuando la filiación se determina judicialmente contra la oposición del progenitor, así como la condena del padre al pago de una pensión alimenticia.

El demandado, F, se opuso a la demanda y pidió su desestimación. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Badajoz estima parcialmente la demanda, mediante sentencia de 5 de abril de 2005. La sentencia declara la filiación, condena a F al pago de una pensión alimenticia pero considera que no debe aplicarse el artículo 111 del CC como sanción legal por la conducta del progenitor, por no concurrir los presupuestos necesarios.

Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sentencia de 24 de noviembre de 2005 de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz lo desestima.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación por infracción procesal que interpuso M por entender que la Audiencia Provincial le había denegado indebidamente la prueba documental consistente en obtener una certificación de la Delegación de Hacienda de Badajoz acreditativa de los impuestos pagados por el demandado a los efectos de fijar la pensión alimenticia reclamada, y haber lugar al recurso por lo que se refiere a la exclusión de la patria potestad. *(J. M. B. S.)*

92. Alimentos de los hijos menores de edad: régimen jurídico. Suspensión de la percepción de la pensión de alimentos.—[...] ciertamente esta Sala, a raíz de la S de 5 de octubre de 1993, partiendo de que la propia norma constitucional (art. 39.2) «distingue entre la asistencia debida a los hijos “durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”», ha seguido el criterio de considerar que el tratamiento jurídico de los alimentos del hijo menor de edad «presenta una marcada preferencia» respecto al régimen regulador de los alimentos entre parientes (Título VI del Libro Primero del Código civil) aunque también ha dicho que ello no conlleva que se tenga que descartar de modo absoluto la aplicación de las normas

de este último a los menores. Tal preferencia encuentra justificación en que la obligación de dar sustento a los hijos menores de edad es un deber incardinado en la patria potestad, derivado de la relación paterno-filial (art. 110 CC), resultando de ello que la prestación alimenticia a los hijos menores no ha de verse afectada «por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados». La consecuencia de lo anterior no puede ser otra que la subsistencia de la obligación de prestar alimentos a hijos menores de manera incondicional aún en el caso de que el hijo tenga sus necesidades cubiertas por sus propios medios, y así debe entenderse la doctrina que se dice vulnerada, que descarta que las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes —entre las que se encuentran sin duda las causas de cesación de la prestación alimenticia previstas en el artículo 152 CC— sean causa de cesación de la prestación debida al hijo menor, precisamente por derivar el derecho del menor directamente del hecho de la generación. Pero, y esto es lo relevante para rechazar la existencia del interés casacional que se aduce, cuando el menor, como es el caso, tiene ingresos propios, estimados, según las circunstancias del caso, de entidad suficiente para subvenir completamente a sus necesidades de alimentación, vestido, alojamiento y educación, nada obsta a que la prestación alimenticia pueda, no cesar, pero sí suspenderse en su percepción, que fue lo que se decidió en ambas instancias durante el tiempo en que se mantuvieran dichas circunstancias. Ni la S de 5 de octubre de 1993 ni la posterior, también citada, de 16 de julio de 2002, se manifiestan en contra de la suspensión de la pensión, pues la primera toma en consideración el carácter ineludible de la prestación a cargo del progenitor para ratificar su mantenimiento por no concurrir causa de imposibilidad que justificara que fuera relevado de su obligación, lo que nada tiene que ver con el presente supuesto, y la de 16 de julio de 2002 abunda en la idea del distinto régimen aplicable a los alimentos, según se deban a menores o mayores de edad y demás parientes, tomando en cuenta esta distinción para aplicar con flexibilidad, en interés del menor, el criterio de la proporcionalidad plasmado en los artículos 146 y 147 CC, pero sin excluirlo, y por tanto, sin que tal doctrina impida al órgano judicial valorar la concreta situación de necesidad del alimentista a la hora de decretar, no el cese, pero sí la suspensión de la percepción de la pensión.

En cuanto al segundo argumento, que plantea la necesidad de que los ingresos se vinculen al ejercicio permanente de una profesión y oficio, sin que baste la mera capacidad subjetiva, también se encuentra abocado al fracaso pues ofrece la recurrente como punto de partida, una visión fáctica alejada de los hechos que tiene por probados el tribunal de apelación, en la medida que la Audiencia no considera que estemos ante una simple beca de educación «en sentido literal y estricto del término», sino ante una prestación más amplia, que no solamente cubre de modo casi total durante el año las necesidades de la menor relacionadas con su alojamiento y manutención —de cuyos gastos se hace cargo directamente la Federación, incluyendo los vinculados a la práctica deportiva—, sino que supone además la existencia de unos ingresos mensuales en metálico «de importancia para una persona de la edad de la hija», suficientes para cubrir las restantes necesidades de tipo personal, convirtiendo en innecesaria para los mismos fines la prestación económica a cargo del padre en tanto subsista la situación de la menor. No se olvide que el *status* de la menor ha sido mutuamente aceptado por ambos progenitores,

y por la propia interesada, teniendo así la suspensión de la pensión cabida en las desventajas ligadas a una decisión adoptada en el ámbito de la libertad y autonomía del individuo, quien ha optado por un modelo de vida que le satisfice, incluso en el plano económico, más que lo que le incomoda la no percepción de la pensión alimenticia a cargo de su padre. (**STS de 24 de octubre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Tras una separación matrimonial, el marido presentó demanda de divorcio interesando al tiempo la supresión de la pensión de alimentos de su hija, menor de edad, acordada en el convenio y ratificada como medida definitiva en la sentencia de separación. Entre separación y divorcio, la menor se había convertido en deportista profesional y había obtenido de la Federación correspondiente una beca capaz de cubrir sus gastos personales. El organismo corría además con los gastos de alojamiento, manutención y los derivados de la práctica deportiva. La sentencia de instancia entendió que no procedía la supresión de la pensión sino su suspensión mientras se mantuviesen las circunstancias de la menor. La apelación de la madre fue infructuosa pues la Audiencia confirmó la resolución del Juzgado. Interpuso la apelante recurso de casación aduciendo interés casacional en cuanto la sentencia recurrida se oponía a la jurisprudencia del Tribunal Supremo atinente al régimen aplicable a los alimentos de menores de edad y a la naturaleza de la actividad que permite el cese de la prestación alimenticia a cargo del progenitor. El Alto Tribunal desestimó el recurso. (*R. G. S.*)

DERECHO DE SUCESIONES

93. Fideicomiso de residuo: defectos del recurso.—Como recuerda la STS de 14 de diciembre de 2007, es muy reiterada la doctrina de esta Sala en el sentido de que las cuestiones no suscitadas en la apelación no pueden someterse a revisión casacional ya que este recurso extraordinario se da contra la sentencia de segunda instancia y no contra la dictada por el Juzgado (SSTS de 9 de octubre de 2000, 5 de febrero y 5 de abril de 2001, 14 de abril y 26 de noviembre de 2004, 31 de mayo de 2005, 19 de junio, 18 y 26 de octubre de 2006 y 30 de marzo de 2007, entre otras).

Doctrina general sobre el fideicomiso de residuo.—Aparece contemplado por el legislador dentro de las sustituciones fideicomisarias —aunque se aprecie cierta resistencia a encuadrarlo en ellas en cuanto falte la obligación de conservar bienes por parte del heredero fiduciario— al permitir el artículo 783 CC que el testador autorice al fiduciario a no devolver al fideicomisario el todo de la herencia, en cuanto dispone en su segundo párrafo, que *el fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso de que el testador haya dispuesto otra cosa*. Así, en el fideicomiso de residuo el testador autoriza al instituido en primer lugar para que disponga de los bienes de la herencia, con las limitaciones y para los supuestos que eventualmente pueda haber determinado, y ordena que el resto que queda en el momento de la restitución —generalmente a la muerte del fiduciario— pase a otras personas a las que llama sucesivamente a la herencia. La condicionalidad de los llamamientos aparece clara en los supuestos, como el

ahora contemplado, de fideicomiso *si aliquid supererit*, pues en tales casos los amplios poderes de disposición conferidos al fiduciario determinan que en el momento en que haya de materializarse la transmisión al heredero fideicomisario pueda o no quedar algo de la herencia del fideicomitente. Lógicamente es el testador el que determina cuáles son las facultades de disposición del fiduciario (primer heredero), entendiéndose que únicamente ha de ser expresa la facultad de disposición *mortis causa* (SSTS de 13 de noviembre de 1948, 21 de noviembre de 1956 y 2 de diciembre de 1966, entre otras) y contemplada con recelo la facultad de disponer *inter vivos* de forma gratuita (STS de 2 de julio de 1994), que impone una interpretación contraria a ella en caso de duda. También ha de entenderse que la contraprestación adquirida por el fiduciario al enajenar no se entiende que subroga al bien salido del patrimonio, sujeta por tanto a restitución, salvo voluntad contraria del testador (STS de 10 de julio de 1954), pues en caso contrario se trataría de una sustitución íntegra en cuanto a su valor y no *de residuo*.

Interpretación de testamento: doctrina jurisprudencial.—Las SSTS de 15 de diciembre de 2005, 29 de septiembre de 2006 y 29 de abril de 2008, a propósito de la interpretación de los testamentos, declaran: a) En la interpretación de las disposiciones testamentarias debe buscarse la verdadera voluntad del testador; b) La interpretación de los testamentos es competencia de los tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria, y sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que se haya llegado sean ilógicas, o contrarias a la voluntad del testador, o a la Ley; c) En la interpretación del testamento debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, puede prescindirse del sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto.

La Audiencia Provincial, a partir de la interpretación del testamento otorgado por don Roberto en 1989 (fallecido en 1990), llega a las siguientes conclusiones: 1.—Estamos ante la constitución del fideicomiso de residuo *si aliquid supererit*; 2.—No es posible aplicar al caso la subrogación real para los supuestos de enajenaciones a título oneroso que, transformados, hubiesen vuelto al patrimonio de la heredera, ante las amplísimas facultades que el testador le concedió; 3.—Las enajenaciones a título oneroso que pudiese llevar a cabo doña Estíbaliz, no se relacionan, en modo alguno, en el testamento de don Roberto, con los propios bienes de la heredera; y 4.—No efectuó la heredera fiduciaria disposiciones a título gratuito sobre el objeto del fideicomiso, lo que había excluido expresamente don Roberto en su testamento. Tales conclusiones, no sólo no cabe calificarlas de arbitrarias, irracionales, ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la propia Ley, sino que se ajustan al texto del testamento y a la evidente intención del testador, en cuanto éste instituyó heredera de todos sus bienes, derechos y acciones en pleno dominio a su esposa, doña Estíbaliz, —bienes que, además, eran de carácter ganancial— otorgándole plena facultad para disponer, gravar y enajenar los bienes heredados, sean muebles o inmuebles, por actos *inter vivos* a título oneroso, y respecto de los heredados de que no hubiese dispuesto su viuda, estableció el fideicomiso de residuo a favor de sus hermanos y sobrinos, advirtiendo expresamente que estos últimos, o quienes les sustituyan, serán considerados como herederos sustitutos fideicomisarios de residuo *si supererit*, lo que evidencia que la intención del testador era excluir cualquier modalidad de subrogación real y constituir el fideicomiso únicamente en relación con los bienes de los que la esposa no hubiera dispuesto en vida en la forma autorizada.

Venta de piso ganancial por la fiduciaria a su sobrina, por precio aplazado inferior al de tasación: no es enajenación a título gratuito.—Es cierto que doña Estíbaliz vendió a su sobrina doña Carina una vivienda, que había sido ganancial, mediante escritura pública de 23 de noviembre de 1993, por precio de 18 millones de pesetas, del que la vendedora declaró haber recibido la cantidad de tres millones, mientras el resto habría de pagarse en el plazo máximo de cinco años sin intereses, consintiendo la compradora que la vendedora siguiera ocupando la vivienda hasta que encontrara otra adecuada a sus necesidades y por el plazo máximo también de cinco años, habiendo sido tasado dicho inmueble en la cantidad de 31.819.155 pesetas. Pero el hecho de que la sentencia recurrida califique de usufructo la reserva de un mero derecho de uso no comporta una infracción legal de las normas de interpretación contractual sino de una simple atribución errónea del *nomen iuris*, lo que únicamente se tenía en cuenta a efectos de justificar la razonabilidad de la disminución del precio fijado respecto del valor de tasación como consecuencia de la indicada reserva. No puede apreciarse la existencia de un precio vil, que lleve a considerar presente en el negocio jurídico un ánimo simulatorio, si se tiene en cuenta que la *justicia del precio no es requisito esencial, como su certeza, de la compraventa, a diferencia de lo que ocurría en el derecho romano y ocurre en algunos derechos forales* (STS de 20 de julio de 1993), y que por precio vil ha de entenderse aquél que no sólo resulta desproporcionado sino que, además, lo es en un grado importante o notorio respecto del valor real de la cosa; situación que no se da en el caso si se tiene en cuenta la diferencia entre el precio pactado—cuya realidad no se discute—, y el de tasación, todo ello puesto en relación con la razonable disminución que respecto de tal precio había de operar la reserva de uso establecida a favor de la vendedora. **(STS de 7 de noviembre de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

NOTA.—Sobre el tema Silvia Díaz Alabart, *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites* (Barcelona 1981). Coincide en la oposición a la condicionalidad, LACRUZ *et alri*, *Elementos*, V, 3.ª ed. a cargo de Rams Albesa [Madrid 2007] p. 277). (G. G. C.)

94. Sustitución ejemplar: derecho civil de Baleares: los herederos sustitutos heredan al sustituido, no al sustituyente.—El núcleo central del pleito es si en la sustitución ejemplar el ascendiente hace testamento por el sustituido incapaz, por lo que los sustitutos designados por aquél heredan a dicho sustituido, o heredan al ascendiente respecto de los bienes que deja al sustituido incapaz. El criterio de la sentencia recurrida es esta última, y por ello declara que al haber recibido la autora bienes de la herencia de su padre, en su condición de sustituta de su hermano premuerto, la actora no puede considerarse preterida, sin perjuicio de ejercer la acción de complemento de legítima, con base en el artículo 815 CC, si considera que ha recibido menos de lo que le corresponde, al quedar afectada parcialmente la intangibilidad cuantitativa de la legítima, acción que según la doctrina más actual prescribe a los quince años.

Este criterio es contrario a la doctrina de esta Sala contenida en STS de 26 de mayo de 1997, según la cual, desde la STS de 6 de febrero de 1907 se tiene declarado que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento del heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquél; quien opera la sustitución y, por consiguiente, nombra heredero del incapaz, es el sustituyente. En el presente caso el hijo

incapaz sobrevivió a su padre, por lo que tenía capacidad de adquirir los bienes que le dejó, si bien a través del tutor que se le nombró. Contra lo expuesto no puede aducirse que la finca asignada por el padre a su hijo incapaz fue vendida por la actora –su hermana– en documento privado junto con sus demás hermanos y descendientes de los ya fallecidos, haciéndose constar en aquél que les pertenecía a título de herencia de su padre. Esta Sala tiene declarado que la opinión errónea que pudiera tenerse –por la recurrente en este caso– acerca de su derecho no puede servir de base para atribuir carácter trascendental en perjuicio de su derecho (SSTS de 1 de marzo de 1904 y 16 de enero de 1930). Por otra parte, el principio *iura novit curia* permite al juzgador la aplicación de la norma jurídica más adecuada a los hechos que se prueben en el procedimiento y sobre los que se hayan fundado las pretensiones ejercitadas.

Preterición: Derecho transitorio: aplicación supletoria del Código civil.–El causante falleció en mayo de 1975, y era de vecindad mallorquina, y al abrirse su sucesión regía en Mallorca la Compilación de 1961, la cual no contenía precepto alguno sobre la preterición, por lo que era de aplicación en esta materia el Código civil, al no haberse demostrado, ni intentado siquiera, que sus preceptos se oponían a la Compilación y a las fuentes jurídicas de general aplicación (DF 2.ª de la Ley 5/1961). Por otra parte, el artículo 814 CC no reconocía entonces la preterición intencional. Con arreglo al artículo 814 Código Civil en la redacción vigente al tiempo de la apertura de la sucesión, la preterición de la actora anulaba la institución hereditaria, con la consiguiente apertura de la sucesión abintestato. Sin embargo, la preterida lo único que ha solicitado en su demanda es la reducción en la medida de lo necesario para cubrir la porción que por legítima le corresponda, y ello es materia que pertenece al ámbito de su autonomía, a salvo del efecto que *velis nolis* era de obligado cumplimiento, a saber la nulidad de la institución de heredero. La legítima de la actora ha de calcularse en relación con la herencia de su hermano incapaz que falleció después de su padre; sin embargo aquélla se conformó expresamente con la denegación de la acumulación de acciones que contenía su demanda –referencias a la herencia de su padre y de su hermano–, acumulación que ha devenido firme por su aquietamiento. (STS de 7 de noviembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

NOTA.–Complejo pleito en relación con el Derecho civil de Mallorca, prolongado en el tiempo, con aplicación de normas transitorias, tanto del Código civil como del Derecho mallorquín, con planteamiento parcialmente insuficiente de la recurrente como resalta la sentencia, que, aunque no obsta a la estimación de su recurso, se traduce en efectos más limitados de los que hubiera podido alcanzar. El causante, padre de seis hijos, otorga testamento en 1969, y simultáneamente realiza una sustitución ejemplar en relación con uno de sus hijos declarado incapaz, el cual fallece en tal estado en 1994. En 2002 una de las hijas ejercita una acción de preterición tanto en el testamento de su padre, como en la sucesión abintestato y sucesiva partición de la herencia de su hermano incapaz. La demanda se desestima en ambas instancias, pero se estima el recurso de casación que ofrece doctrina sobre la sustitución ejemplar y los efectos originarios de la preterición en el Código civil, aplicable subsidiariamente en Mallorca. La concepción calificada de amplia que sigue esta sentencia acerca del alcance objetivo de la sustitución ejemplar es seguida mayoritariamente por la juris-

prudencia y en parte por la doctrina (cfr. Albaladejo, Comentario a los artículos 775 y 776, en *Com. Min. Justicia* [Madrid 1.991], I, pp.1.902 s. Mientras que Lacruz *et altri*, *Elementos*, V, 3.^a ed. rev. Rams Albesa, [Madrid 2007] pp. 282 s. entienden que cualquier solución es defendible, aunque se inclinan por la estricta). (G. G. C.)

95. Sucesión testamentaria: partición por la testadora: doctrina general.—El testador, aparte de las demás especies de la partición, puede hacerla de sus bienes, disponiendo de su patrimonio y concretando qué bienes recibirá cada uno de sus herederos, como lo prevé el artículo 1056 p.º 1.º CC. No es preciso que la partición comprenda absolutamente todos los bienes del causante, pues cabe una partición adicional de los no comprendidos en ella, ya que al tiempo de hacer testamento el testador no puede conocer cuáles serán exactamente sus bienes en el momento futuro, el de la apertura de la sucesión. Así, en este caso, la testadora previó la atribución del resto de sus bienes a sus dos hijos por partes iguales y en pleno dominio. La partición hecha por el testador corresponde a la mentalidad del mismo quien, para prever necesidades familiares, ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, admite la ley la posibilidad de que realice por sí mismo la distribución y partición de sus bienes entre sus coherederos, lo cual proviene del Derecho romano, se reconoce en el Derecho histórico de Castilla y se mantiene en el Derecho moderno; así lo expresaba la STS de 6 de marzo de 1945, que destaca que implica siempre un acto de última voluntad, que debe ser respetada, como voluntad soberana del testador, produciendo el efecto, como dicen las SSTS de 21 de julio de 1986 y 21 de diciembre de 1998, de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados, cuya partición hecha por el testador no extingue en realidad la comunidad hereditaria sino que la evita, ya que no llega a formarse. Es igualmente partición tanto la que comprende todo el patrimonio del causante, como si no lo comprende totalmente, como lo expresó la STS de 6 de marzo de 1945 al decir que ni el precepto de referencia, ni la doctrina científica que lo desenvuelve y explica, imponen que se haya de reputar nula la partición hecha por el testador por la sola razón de que no hayan sido incluidos en ella todos los bienes, siendo así que la omisión de objetos o valores ni siquiera es, normalmente, según el artículo 1079 CC, causa de rescisión de las particiones. Lo que efectivamente concuerda con el principio del *favor partitionis* que se desprende de esta última norma y que ha destacado la STS de 13 de marzo de 2003 (y otras que cita). Como declara la STS de 4 de febrero de 1994, se trata de una efectiva partición llevada a cabo por la mencionada ascendiente, que el artículo 1056 autoriza realizar por medio de testamento, toda vez que no se hace distribución de cuotas hereditarias, sino más bien de una *disposición distributiva definitiva y directa de la totalidad del caudal patrimonial* entre sus dos únicos hijos, con precisión del destino de cada uno de los bienes para después de su muerte. Su raíz y fundamento hay que encontrarla, no sólo en la voluntad que así se manifiesta, sino también en el deseo que de esta manera expresó la testadora de evitar conflictos y enfrentamientos entre los sucesores designados. Asimismo destacan las SSTS de 21 de julio de 1986 y 21 de diciembre de 1998, que la partición hecha por el testador se entiende sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075, en relación con el 1056, concede a los legitimarios en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o aparezca que fue otra la voluntad del testador. Pero en todo caso, como ya decía la STS de 6 de marzo de 1945, la facultad que tienen

los interesados en la partición para impugnarla y pedir su modificación, su nulidad o su rescisión, tiene que ajustarse, como norma procesal a la de la necesidad de determinar en la demanda la clase de acción que se ejercite, no con fórmulas literales o nominalistas, pero sí con la claridad suficiente para que se la pueda identificar. En definitiva, la consecuencia de tal estado sucesorio es el mandato que contiene el artículo 1056 CC, en cuanto obliga a los herederos a pasar por ella; la norma se presenta como imperativa, lo que refuerza el artículo 1058 que señala la prioridad de la partición testamentaria y que, consecuentemente, ha de ser respetada, salvo que suponga perjuicio a la legítima de los herederos forzosos según el artículo 1075 CC.

Estimación del recurso de casación: interpretación literal de cláusula testamentaria: validez de la partición parcial hecha por la testadora: no se ejercita la acción de complemento de legítima.—Si entendemos que la interpretación del testamento supone la reconstrucción de la voluntad del testador y añadimos que el artículo 675 CC impone que el intérprete se limite al sentido literal cuando aparezca clara e indudable la voluntad del testador, es evidente que en este caso la testadora quiso hacer la partición de sus bienes en el testamento, así lo quiso y lo dijo explícitamente, citando el artículo 1056 CC y previendo incluso una posible diferencia entre el valor de los bienes objeto de la partición y adjudicados a alguno de sus hijos. Se infringe además el artículo 1056 en un doble sentido pues el código contempla que la partición sea parcial sin declarar la nulidad de la partición, ni se ha interesado en el suplico de la demanda que se haya perjudicado la legítima del hijo demandante; e igualmente el artículo 1079 pues aunque no se incluya en aquélla la totalidad del patrimonio, no se produce necesariamente la ineficacia de la partición. No se ha ejercitado la acción de complemento de legítima que prevé el artículo 815 CC, ni consta la base fáctica para entender que se ha perjudicado la misma. (STS de 4 de noviembre de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.] (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

96. Responsabilidad del transportista aunque el cumplimiento de la obligación de vigilancia y seguridad se hubiera confiado a un tercero. Lesiones causadas a un viajero al ser agredido por dos desconocidos cuando se encontraba en una estación del Metro.—Estando atribuida la responsabilidad relativa a la seguridad del Metro de Madrid, ésta no puede exonerarse por el simple hecho de la contratación de una empresa de seguridad, puesto que la responsable del incumplimiento frente al usuario es quien presta el servicio de transporte. En cierto sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha venido aplicando esta regla en aquellos casos en que el cumplimiento de la obligación frente al contratante ha sido confiada a un tercero por quien debe cumplir el contrato, de modo que esto no elimina la responsabilidad, porque deben cumplirse ciertos deberes de diligencia y cuidado que no quedan excluidos por el hecho de confiar la ejecución del contrato a terceros. En definitiva, existe un nivel general de diligencia, que se proyecta en la elección del contratista, pudiendo surgir esta obligación bien por una culpa *in eligendo*, o por una incorrecta supervisión. Existe lo que la doctrina denomina «deberes no delegables», entre los que se encuentra el deber de diligencia en la elección del contratista, cuyo incumplimiento originará la obligación de indemnizar (SSTS de 12 de julio de 2005 y 4 de diciembre de 2007 y las allí citadas). Esta regla

está incluida en los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, cuando en el artículo 8:107 se dice que «la parte que confíe el cumplimiento del contrato a un tercero, sigue siendo responsable del cumplimiento», porque, en definitiva, como afirma la S de 4 de diciembre de 2007, en un caso de responsabilidad de una compañía aseguradora por el servicio prestado por un sanatorio que tenía contratado, «[...] La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio». (**STS de 24 de noviembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El actor demandó a la Compañía Metropolitana de Madrid solicitando diversas indemnizaciones derivadas de las lesiones que sufrió cuando fue agredido por dos desconocidos mientras se encontraba en una estación del Metro. La demandada alegó que había contratado un servicio privado de seguridad y era responsable de las lesiones el empresario a quien se le había encomendado el cumplimiento del contrato de transporte. El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esta decisión. (*L. F. R. S.*)

DERECHO PROCESAL

97. Recurso extraordinario por infracción procesal: vulneración de los derechos de asociación política y a participar en funciones públicas.—El recurso extraordinario por infracción procesal únicamente puede ser admitido por infracción de reglas sobre jurisdicción y competencia; por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso determinantes de nulidad o de indefensión; por infracción de las normas procesales que regulan los actos y garantías procesales y, finalmente, por la vulneración en el proceso civil del derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24 CE. Por ello, no puede interponerse este proceso para denunciar las irregularidades cometidas en la tramitación de un expediente disciplinario de un partido político, por tratarse de un procedimiento que no posee carácter judicial. La tutela judicial es, pues, un derecho de prestación que sólo puede ser reclamado de jueces y tribunales ordinarios integrantes del poder judicial. De igual forma, tampoco puede ser alegada por este cauce la vulneración de los derechos constitucionales de asociación política y a participar en funciones públicas, porque de admitirse tal posibilidad podrían burlarse los derechos límites establecidos por el ordenamiento jurídico para la admisibilidad del recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que es el cauce adecuado para invocar la vulneración de derechos fundamentales en relación con las sentencias. (**STS de 16 de diciembre de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor interpone demanda a través del cauce de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, con el objetivo de que se deje sin efecto la sanción de suspensión de militancia que le había sido impuesta por el Partido Popular, al que pertenecía. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Posteriormente esta sentencia es confirmada por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el demandante. (*M. C. C. M.*)