

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2017

Ramón CASAS VALLÉS (UB), Rosa MÉNDEZ TOMÁS (Magistrada. Profesora Escuela Judicial), Agustín SERRANO DE HARO (Juez. JPI núm. 4 de Lorca), Roberto SIERRA GABARDA (Juez de refuerzo de lo Social en Móstoles)¹

STC 2/2017, 16 de enero.

RA: Estimado.

Ponente: Narváez Rodríguez. Voto particular discrepante de González-Trevijano.

Conceptos: Discriminación por razón de sexo. Baja laboral por embarazo de riesgo. Derecho preferente a elección de puesto de trabajo. Incidente excepcional de nulidad de actuaciones.

Preceptos de referencia: Art. 14 CE. Art. 241 Ley Orgánica del Poder Judicial. Art. 23 del Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales comerciales para la provincia de Cádiz (BOP de Cádiz de 25 de febrero de 2010).

El caso que concernió a la trabajadora Nuria Ruiz reviste importancia por varios motivos. En primer lugar, nos encontramos ante un supuesto en el que los óbices procesales se han tornado casi tan importantes como las normas sustantivas, dando lugar incluso a un voto particular que versa, exclusivamente, sobre la concurrencia de tales óbices. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional tiene la oportunidad de perfilar una más de las innumerables aristas que siempre sobresalen del artículo 14 de la Constitución Española, por mucha y muy profusa que ya sea la interpretación, doctrinal y jurisprudencial, que ha merecido dicho artículo. En tercer lugar, porque el Tribunal no deja pasar la oportunidad de subrayar, aunque sea a modo de *obiter dicta*, la importancia de que las sentencias judiciales conjuguen, junto con el análi-

¹ Ramón Casas (sentencias 3, 67, 88, 95 y 133), Rosa Méndez (sentencias 5, 31, 75 y 104), Agustín Serrano (sentencias 2 y 105), Roberto Sierra (sentencias 41 y 144).

sis de la normativa legal aplicable al caso, una debida ponderación de los derechos y deberes fundamentales que se hallen en juego.

Los hechos son, al menos en apariencia, sencillos. La recurrente trabaja como profesional de limpieza para la mercantil *Euroлимп*, con jornada parcial de 20 horas semanales, y destinada en el centro de salud de Chipiona, en Cádiz. El 28 de marzo de 2010 causó baja laboral por embarazo de riesgo, situación en la que permanecería hasta el 28 de marzo de 2011. Entretanto, el 5 de julio de 2010, la mercantil empleadora contrató a una nueva trabajadora con carácter indefinido y prestación de 30 horas semanales. El contrato fue para prestar servicios también en Chipiona, pero en este caso en un nuevo centro de salud de la localidad, distinto del anterior. Al reincorporarse de su baja, la recurrente instó del empleador su traslado al nuevo centro de trabajo, así como la ampliación de su jornada semanal, invocando su derecho preferente a ocupar tal destino.

Ante el silencio de la empleadora y lo infructuoso de la conciliación previa, la trabajadora interpuso demanda ante los Juzgados de lo Social de Jerez de la Frontera, que sería resuelta por el Juzgado núm. 3 en virtud de sentencia estimatoria. El juzgado valoró por un lado que el artículo 23 del Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales comerciales para la provincia de Cádiz (Boletín Oficial de la Provincia de Cádiz de 25 de febrero de 2010), preveía expresamente para los trabajadores ya contratados un derecho preferente frente a terceros «*en aquellos casos en que la empresa tenga necesidad de realizar nuevas contrataciones, que incrementen el número de horas de prestación de servicios*». Además, entendió que cualquier otra solución supondría una conculcación del artículo 14 de la Constitución española, al suponer una discriminación por razón de sexo para la trabajadora demandante.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, conociendo en Suplicación, revocó la anterior sentencia. A su juicio, el precepto convencional habría sido indebidamente interpretado por el órgano *a quo*, toda vez que no tuvo en cuenta cuándo nació la necesidad empresarial de nueva contratación, y que no fue sino cuando la recurrente se encontraba de baja por incapacidad temporal. Por tanto y no pudiendo estar disponible para la prestación laboral cuando la nueva necesidad empresarial se produjo, no puede entenderse denegado ningún derecho de prestación preferente de servicios.

La recurrente en amparo plantea en su demanda al Tribunal Constitucional una situación de objetiva discriminación, al entender que tanto la respuesta de la mercantil como la del Tribunal Superior le dispensaron un tratamiento desfavorable en cuanto al derecho preferente a la ampliación de jornada reconocido convencionalmente, y ello por el solo hecho de su maternidad. Por otro lado, la mercantil hizo suyos, en la contestación, los mismos argumentos ya esgrimidos por el Tribunal Superior, reiterando la inviabilidad económica, y la no obligación legal, de que el empleador deba estar esperando *ad eternum* la reincorporación de un trabajador para ofertarle una plaza determinada o unas condiciones laborales particulares. El Ministerio Fiscal entiende, sobre el fondo del asunto, que sí nos encontraríamos ante un supuesto de lesión no intencional, pero aun así lesión, al derecho a la no discriminación por razón de sexo, pero que antes de tales consideraciones debe oponerse a la recurrente un óbice procesal no menor: no agotó todas las vías judiciales previas, toda vez que no interpuso, contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, incidente extraordinario de nulidad de actuaciones.

El Tribunal Constitucional comienza su análisis del caso por esta última cuestión: si puede entenderse que no se han cumplido los requisitos previos

para interponer el recurso de amparo. Realizando una valoración sin duda más condescendiente que estrictamente legalista, concluye que en el caso de autos no era necesario plantear previamente al amparo el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, pues las supuestas vulneraciones de derechos que en tal incidente deberían de ser alegadas, ya fueron en puridad esgrimidas por la actora a lo largo de su demanda laboral inicial y de su posterior personación en la Suplicación.

Antes de entrar en el fondo del asunto, son dos las valoraciones previas que realiza el Alto Tribunal. En primer lugar, reitera su ya conocida distinción entre los derechos que en puridad encierra el artículo 14 CE, de apariencia semejante pero en realidad distintos en su naturaleza y protección: un principio genérico a la igualdad, que no se vería conculcado por una diferencia normativa de trato siempre que ésta cumpliera el canon de la mera razonabilidad, y un derecho a la no discriminación que, para poder aplicar cualquier forma de diferenciación jurídica que pueda entenderse como discriminatoria, requeriría superar un muy estricto juicio de proporcionalidad. En segundo lugar, y con cierto tono de reproche, aun velado, a la actuación del TSJ, subraya la obligación de todo órgano judicial de valorar, en aquellos casos en los que entren en juego derechos fundamentales, la proyección constitucional de los mismos, y no meramente la normativa legal aplicable al caso. Obligación judicial que, por cierto, el Alto Tribunal ya tuvo ocasión de recordar en otros casos, también, de índole laboral (vid. STC 26/2011, de 14 de marzo).

En relación, ahora sí, con el fondo del asunto, el Tribunal entiende que del relato no controvertido de hechos probados puede inferirse que la trabajadora sí ha sufrido un perjuicio o trato peyorativo en sus condiciones laborales. Así, de su situación de incapacidad temporal por causa de embarazo, se habría derivado que no pudiera ejercitar un derecho de preferencia, reconocido en el convenio colectivo de aplicación. Este trato peyorativo, vendría derivado de su condición de mujer, toda vez que, de no haberse encontrado en situación de baja por un embarazo de riesgo, habría podido ejercitar aquel derecho; esto es, quienes no son susceptibles de encontrarse en tal situación de baja (los trabajadores hombres), sí lo habrían podido ejercitar.

La actuación empresarial así enjuiciada fue, por lo tanto, directamente discriminatoria para con la empleada, al ser colocada en una situación de clara desventaja como mujer trabajadora en relación con el resto de sus compañeros. Ello contravino de manera frontal el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo reconocido en el artículo 14 de la Constitución, lo que la hace merecedora del amparo.

Acompaña a la sentencia un incisivo voto particular, que se centra únicamente en la causa de inadmisión discutida primeramente por el Tribunal para concluir, contra la mayoría, que el recurso no debió admitirse. Para el magistrado disidente, el Tribunal habría llegado a pronunciamientos casi contradictorios al entender, por un lado, que el incidente excepcional de nulidad de actuaciones no era necesario como paso previo a interponer el recurso de amparo (toda vez que la vulneración de derechos fundamentales ya había sido debidamente alegada por el recurrente en las instancias anteriores) y, por otro lado, que el Tribunal Superior de Justicia omitió su compromiso judicial con la debida motivación de las sentencias al no valorar la incidencia en el pleito de los derechos fundamentales en juego, y limitarse a resolverlo desde la sola óptica de la legalidad ordinaria.

La recurrente en amparo en el caso que nos ocupa debió tener en mente, en algún momento de su muy largo recorrido laboral y judicial, las palabras animosas del filósofo Séneca, *El trabajo y la lucha llaman siempre a los mejores*, aunque salvando eso sí las distancias entre aquellos tiempos en los que el vencedor de las luchas de diversa índole era decidido por aclamación popular, en vez de por un complejo –y garantista– sistema judicial.

SSTC 3/2017 y 4/2017, 16 de enero.

RRAA: Estimados.

Ponente: Xiol Ríos.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial y a obtener una resolución de fondo. Cláusula suelo. Abusividad. Defensa de los consumidores y usuarios. Relación entre acciones colectivas (de cesación) e individuales (de nulidad). Prejudicialidad civil, litispendencia e indefensión.

Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE. Arts. 11, 15 y 43 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, Ley 1/2000). Art. 53 del TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLDCU, RDLeg. 1/2007). Directiva 2009/22/CE.

La posibilidad de que las asociaciones de consumidores ejerciten acciones colectivas en defensa de sus derechos e intereses ha dado lugar a algunos malentendidos acerca de la relación y posible compatibilidad con algunas acciones individuales ejercitadas por los propios interesados. El problema se aborda en esta sentencia que, sin embargo, no es novedosa. Al contrario, pues se trata de un caso idéntico al resuelto por la STC 148/2016, a la que siguieron otras siete el mismo año (números 206, 207, 208, 209, 218, 221 y 223). De ellas ya se dio cuenta en la anterior edición de esta reseña jurisprudencial y, por tanto, bastará un breve resumen.

Ante la demanda de unos concretos consumidores que pedían la declaración de nulidad de una cláusula suelo por abusiva, el banco demandado opuso que ya se estaba tramitando un pleito sobre la misma cláusula en otro juzgado a instancia de una asociación de defensa de los consumidores (ADICAE). A su juicio, la acción individual (de nulidad; ejercitada Barcelona) debía quedar detenida hasta que recayera sentencia sobre la acción colectiva (de cesación; ejercitada en Madrid). La petición del banco fue estimada y el Juzgado Mercantil de Barcelona declaró la existencia de prejudicialidad civil por *«identidad entre la causa petendi y el petitum de las pretensiones planteadas en ambos procesos, lo que podría provocar situaciones de sentencias contradictorias de imposible coexistencia jurídica, máxime cuando el consumidor individual halla mecanismos a su alcance para beneficiarse de los efectos de la eventual sentencia dictada por el Juzgado Mercantil [...] de Madrid en virtud de las previsiones del art. 519 de la Ley de enjuiciamiento civil»*. El criterio del Juzgado fue confirmado por la Audiencia, aunque a su juicio no concurría prejudicialidad sino litispendencia, por lo que decretó el archivo de las actuaciones. En el recurso de amparo contra las resoluciones del Juzgado y de la Audiencia, los afectados alegaban que la acción individual (de nulidad) era perfectamente compatible con la acción colectiva (de cesación) y que, al no entenderlo así los órganos judiciales, se les había privado de su derecho a obtener una resolución de fondo, con vulneración del art. 24.1 CE.

La coincidencia con el caso resuelto por la STC 148/2016 es total y por ello el Tribunal no hace sino acudir a los criterios entonces aplicados tras un

detallado examen de la normativa española y de la Unión Europea. Ni del art. 11.4 LEC ni del art. 53 TRLDCU resulta «ningún tipo de preterición, sea por la vía de la litispendencia u otra, de las acciones individuales frente a la acción colectiva de cesación, quedando indemne el derecho del interesado para impetrar la tutela autónoma de sus derechos e intereses legítimos de manera separada [STC 148/2016, FJ 4 c)]» (FJ 4 STC 3/2017). En definitiva, remitiéndose al extenso análisis de la legislación nacional (LEC y TRLGDCU) y de la UE llevado a cabo por la STC 148/2016, la sentencia ahora reseñada concluye de nuevo que no hay ninguna norma «que habilite al juez para acordar la exclusión o archivo del proceso de nulidad individual por la mera admisión a trámite de una acción de cesación de la misma cláusula y que resultan claras las expresiones del legislador español y europeo en sentido contrario a esa tesis restrictiva del derecho de acceso a la jurisdicción» (FJ 4, STC 3/2017). Tras esa declaración, la sentencia consigna un resumen la doctrina de la STC 148/2016 en los términos que siguen y que justifican el otorgamiento del amparo y la consiguiente nulidad de las resoluciones recurridas.

«Las resoluciones aquí impugnadas “prescindiendo del marco normativo propio de las acciones colectivas de cesación al que debía atenderse ... han denegado la tutela jurisdiccional solicitada a través de la demanda de nulidad individual de cláusula abusiva, remitiendo a los actores a un proceso de cesación iniciado casi dos años antes en un Juzgado de Madrid por una asociación de consumidores. Para ello se aplican las reglas propias de otro tipo de acciones, las de reclamación de daños de los arts. 11.2 y 11.3 LEC y preceptos concordantes de esta última, excepto el que realmente importaba aquí: el apartado cuarto del art. 15 LEC, que como ya se ha visto, dispensa de adoptar las medidas de llamamiento y publicidad del proceso en todas las modalidades de acción de cesación, con desaparición, así, de toda posible carga procesal del reclamante individual por tener que acudir al proceso de cesación, cuyas disposiciones (Ley sobre condiciones generales de la contratación y texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios) no prevén siquiera la legitimación de afectados individuales, aunque estos podrían confiar su caso a alguna de las entidades legitimadas como pretensión acumulada, lo que aquí sin embargo no sucedió. [...] En consecuencia, si los aquí recurrentes no eran parte en ese proceso de acción colectiva, ni estamos en un supuesto de legitimación indirecta impuesta ex lege (como en el ámbito de la defensa colectiva de los derechos de propiedad intelectual y las entidades de gestión especializadas: SSTC 196/2009, de 28 de septiembre, FJ 3, y 123/2010, de 29 de noviembre, FJ 3), la conclusión lógica es que falta la identidad del elemento subjetivo necesario entre ambos procesos, el de cesación y el individual, para poder acordar la litispendencia” (FJ 6)» (FJ 5 STC 3/2017).

Las cosas, añade el Tribunal, no cambian por el hecho de que el órgano que conocía de la acción colectiva diera publicidad a la misma pues, como dijo la STC 148/2016 «a falta de una carga procesal impuesta por la ley, los aquí recurrentes no tenían que atender al emplazamiento efectuado, ni en ese ni en otro proceso de cesación en cualquier parte del territorio nacional, por más que apareciere impugnada una cláusula del mismo contenido que la suya, ni antes ni después de formalizar demanda individual de nulidad de su cláusula y solicitud de devolución de lo pagado por ella [STC 148/2016, FJ 6]» (FJ 5 STC 3/2017).

Finalmente, destaca el Tribunal, siempre con remisión a la repetida sentencia de 2016, que «*en el aspecto objetivo, [...] la identidad entre el proceso individual y el colectivo resulta cuanto menos dudosa, por cuanto, la “demanda de cesación se configura por ley como instrumento de control abstracto de cláusulas ilícitas, y lo que se pretende con ella es que el profesional demandado deje de recomendarlas o suscribirlas con sus potenciales clientes. En este caso, la acción de cesación de ADICAE impugnaba, entre otras, la cláusula suelo cuyo contenido coincide con la firmada por los recurrentes años antes con la misma entidad bancaria. Pero lo cierto es que en ese proceso no se conoció de la cláusula suelo de ‘su’ contrato, ni de las circunstancias concurrentes en su celebración (arts. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, y art. 82.3 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios), como por ejemplo el cumplimiento del principio de transparencia. El objeto controvertido por tanto entre ambos procesos es similar, pero no idéntico. Ello no obsta, por supuesto, a que el Juzgado a quo, al dictar Sentencia sobre el fondo, deba de tener en cuenta los pronunciamientos ante todo del Tribunal Supremo [...] en torno a la validez o nulidad de este tipo de cláusula. Pero extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. O cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas. Los Autos recurridos en amparo, por lo demás, citan pero no aplican el art. 11.1 LEC, que precisamente garantiza el ejercicio de acciones individuales –en este y múltiples ámbitos– con independencia de la promoción por las asociaciones de consumidores, de acciones en defensa de los intereses generales de éstos” [STC 148/2016, FJ 6]» (FJ 5 STC 3/2017).*

El caso es idéntico al resuelto por la STC 4/2017, en el que el Tribunal estima también el recurso de amparo con idénticos argumentos y remisión a la repetida STC 148/2016.

STC 5/2017, 16 de enero.

RA: Estimado.

Ponente: Roca Trías.

Conceptos: Ejecución hipotecaria. Comunicación edictal. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la Jurisdicción.

Preceptos de referencia: Art. 24 CE. Arts. 683 y 686 LEC.

Nuevamente el Tribunal Constitucional se ve en la necesidad de recordar a los Tribunales ordinarios que la comunicación edictal es la última ratio, debiéndose agotar previamente las posibilidades de averiguación del domicilio real. Sobre el mismo problema y en idénticos términos pueden verse las siguientes sentencias, todas ellas también del año 2017: 6/2017, 106/2017 y 138/2017 (procedimientos de ejecución hipotecaria), 50/2017 (reclama-

ción de cantidad) y 137/2017 (desahucio por falta de pago y reclamación de rentas).

1) Antecedentes del caso.—Una entidad bancaria presenta demanda de ejecución hipotecaria contra el recurrente en amparo. Se despachó ejecución y, tras celebrarse la subasta de las fincas hipotecadas, el recurrente afirma no haber tenido conocimiento del proceso hasta que fue requerido extraprocesalmente para pago de unas determinadas cantidades, como diferencial. Se personó en el proceso cuando éste se encontraba en el trámite de tasación de costas y promovió incidente de nulidad de actuaciones, que fue desestimado.

2) Alegaciones ante el Tribunal Constitucional.—Agotada la vía jurisdiccional ordinaria, el demandante en amparo alega vulneración del derecho de acceso al proceso (art. 24.1 CE), al haberse seguido el procedimiento de ejecución contra el recurrente sin su conocimiento, ya que el Tribunal acudió al emplazamiento por edictos sin agotar previamente los mecanismos previstos en el art. 156 LEC para intentar su localización personal. Por otro lado, solicitó la suspensión del procedimiento ejecutivo, que fue acordada.

El Ministerio Fiscal entiende que procede la estimación de la demanda de amparo, pues el órgano judicial acudió a la citación edictal sin llevar a cabo una mínima diligencia para averiguar un domicilio alternativo al que figuraba en la escritura y donde realmente pudieran ser hallados los ejecutados. Indica, además, que en las actuaciones consta un documento que facilitaba este dato y su efectividad.

La representación procesal de la entidad bancaria se opone por considerar que las diligencias de notificación que resultaron negativas se llevaron a cabo en el domicilio pactado por las partes a efectos de notificaciones y requerimientos (art. 686.2 LEC), sin que a la entidad le constase notificado por el demandado el cambio del domicilio (art. 683 LEC).

Añade que la obligatoriedad de agotar todos los medios de averiguación domiciliaria, previamente a acordar los edictos, se incorporó de manera expresa en el art. 686.3 LEC a través de la Ley 19/2015, por lo que las notificaciones realizadas al ejecutado en el caso examinado, vía edictos, se realizaron conforme a la legalidad vigente en ese momento, sin que quepa su aplicación retroactiva.

3) Posición del Tribunal.—Justificada la trascendencia constitucional del recurso, el Tribunal Constitucional recuerda su doctrina jurisprudencial reiterada en el sentido de que, en los procedimientos de ejecución hipotecaria, cuando sea negativa la notificación y el requerimiento de pago en el domicilio que consta en el Registro de la Propiedad, el órgano jurisdiccional debe agotar las posibilidades de averiguación del domicilio real antes de acudir a la comunicación edictal (STC 122/2013, de 20 de mayo, FJ 3; doctrina reiterada en una pluralidad de sentencias posteriores: SSTC 30/2014, 24 de febrero FJ 3; 131/2014, de 21 de julio, FJ 4; 137/2014, de 8 de septiembre, FJ 3; 89/2015, de 11 de mayo, FJ 3; 169/2014, 22 de octubre, FJ 3, y 151/2016, de 19 de septiembre, FJ 2). Máxime si consta en el expediente la existencia de un domicilio personal del ejecutado distinto a aquél en el que se intenta la notificación, al que le fue realizada una comunicación por la acreedora con resultado positivo. Por tal motivo, el Tribunal aprecia la vulneración del art. 24.1 CE.

STC 31/2017, 27 de febrero y 85/2017, 3 de julio.

RA: Estimado parcialmente.

Ponentes: Enríquez Sancho (31/2017) y Conde-Pumpido (85/2017).

Conceptos: Proceso de incapacidad. Intervención del Ministerio Fiscal en el acto de la vista. Derecho de defensa y a un proceso contradictorio como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Arts. 749.1, 750.1 y 758 LEC; arts. 188 y 193 LEC; arts. 12 y 13 de la Convención de Naciones Unidas y art. 24 CE.

La vulneración de los derechos fundamentales de las personas en las que eventualmente concurre una causa de incapacidad, se pone de manifiesto en el proceso de incapacitación en el que se está valorando dicha circunstancia, al haberse celebrado el juicio sin la presencia del Ministerio Fiscal como defensor, cuando el presunto incapaz no ha comparecido en la causa «con su propia defensa y representación».

1) Antecedentes del caso.—El punto de partida de esta resolución se encuentra en la celebración de un juicio en el curso de un proceso de declaración de incapacidad, en ausencia del Ministerio Fiscal. La demanda que dio origen al procedimiento había sido presentada por la esposa del presunto incapaz, quien no compareció en las actuaciones asistido de Abogado y representado por Procurador. El Juzgado acordó por tal motivo abrir pieza separada para el nombramiento de un defensor judicial. Por su parte, el Ministerio Fiscal contestó la demanda. Sin embargo, no asistió al juicio, pese a que, según el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción que conoció de las actuaciones, había sido citado en legal forma, por lo que fue declarado en rebeldía procesal. Tras la celebración del juicio, el Juzgado dicta sentencia por la que estima petición de incapacidad del demandado y nombra tutora a la esposa, instante del procedimiento.

El Fiscal Decano de la Sección Civil de la Fiscalía de Área recurre en apelación la sentencia que declara incapaz al demandado ante la Audiencia Provincial e interesa la nulidad del juicio, con retroacción de las actuaciones a dicho momento procesal. Alega en su recurso que la incomparecencia de la Fiscal al acto de juicio vino motivada por su obligación de atender una actuación prioritaria en una causa penal con preso. Explica que informaron de tal circunstancia al Juzgado y comunicaron que la atención de dicho servicio podía comportar que la Fiscal se retrasara en su comparecencia al juicio señalado en el proceso civil de declaración de incapacidad. A estos efectos, indica que en dicho órgano judicial no se concentran ni agrupan las vistas con asistencia del Fiscal de conformidad con lo exigido en los arts. 13.1 y 3 del Reglamento 1/2005 del CGPJ de aspecto accesorio de las actuaciones judiciales y del art. 182.4.5 LEC.

Añade que al representante del Ministerio Público no le son aplicables las consecuencias procesales de la falta de asistencia al juicio —rebeldía—, al actuar como parte imparcial, en defensa del interés público y de los derechos fundamentales, y necesaria en este tipo de procedimiento (arts. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y arts. 749 LEC y 758 LEC). En consecuencia, entiende que se ha producido indefensión tanto al presunto incapaz, por haber carecido de defensor, como al Ministerio Fiscal, por vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva al impedirle ejercitar su función de velar por los intereses de los presuntos incapaces.

La Audiencia provincial desestima el recurso y confirma íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción. Parte de que no consta acreditado que el Ministerio Fiscal comunicara debidamente la imposibilidad de poder atender esa eventualidad e indica que, en otro caso, procedería la suspensión del acto, en atención a lo previsto en el art. 188.1.6 LEC y a la necesaria ponderación de los intereses en conflicto. Considera, en definitiva, que la presencia del Fiscal en el acto de la vista no es obligatoria y que no existe, en consecuencia, vulneración de normas procesales ni indefensión, máxime cuando ni siquiera se ha alegado en que forma ha influido negativamente la ausencia del Ministerio Fiscal dado el discurrir del acto de la vista en el que la prueba esencial ha sido el informe del médico forense, valorado en la sentencia y no contradicho o cuestionado por el Ministerio Fiscal.

2) Alegaciones ante el Tribunal Constitucional.—Agotada la vía jurisdiccional ordinaria, el representante del Ministerio Público promueve demanda de amparo e impugna las anteriores resoluciones judiciales por considerar que vulneran los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), Solicita del Tribunal Constitucional que declare la nulidad de aquéllas, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la celebración de la vista de juicio oral.

En concreto y respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, el recurrente indica que la ley procesal establece la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en los procesos sobre capacidad de las personas (arts. 749.1, 750.1 y 758 LEC), velando por el interés público, la defensa de la legalidad y los derechos de los ciudadanos. Legitimación prevista, además, en los arts. 124.1 CE y arts. 1 y 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, al tratarse de procesos civiles para la protección de colectivos especialmente vulnerables (menores, personas incapaces o desvalidas). En consecuencia, en esta clase de procedimientos la celebración de la vista sin la asistencia del Fiscal designado como defensor judicial del presunto incapaz, vulnera el derecho a la tutela judicial de ambos. Y así, de un lado, dicha decisión judicial coloca al demandado en una situación de indefensión material, vulnerando un derecho fundamental, como el derecho a la tutela judicial sin indefensión (art. 24.1 CE), que debe ser interpretado a la luz de las disposiciones contenidas en los arts. 12 y 13 de la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad, por vía del art. 10.2 CE. De otro, impide al Ministerio Fiscal ejercer las funciones que tiene constitucionalmente atribuidas como defensora del presunto incapaz y garante del interés público y de sus derechos.

Por lo demás, alega el demandante que el Juzgado *a quo* omitió la necesaria diligencia a fin de asegurar la presencia del Fiscal en la vista, no dejando constancia en los autos de los intentos de localización ni de la respuesta de Fiscalía, justificando la inasistencia de la Fiscal a dicho acto procesal. Añade la concurrencia de otras irregularidades procesales relacionadas con los actos de comunicación y emplazamiento del presunto incapaz, así como con la exploración. Recuerda que el art. 13 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, prevé la posibilidad de introducir «ajustes de procedimiento» razonables para lograr el ejercicio efectivo de sus derechos en situación de igualdad con las demás personas.

En cuanto al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, el demandante de amparo alega que, al obviarse el carácter contradictorio del

procedimiento de incapacitación, se ha prescindido de las garantías constitucionales que integran la noción de proceso justo y equitativo, como los principios de bilateralidad, igualdad de armas y defensa (art. 24.2 CE).

3) Posición del Tribunal.—Entrando en el fondo de la sentencia, el Tribunal centra la cuestión examinada desde una doble perspectiva: la eventual lesión de los derechos a no padecer indefensión (art. 24.1 CE) y a un proceso contradictorio (derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE). Deja al margen otras presuntas irregularidades causadas durante la primera instancia, al no haber sido alegadas en el recurso de apelación.

De entrada, analiza el derecho a la asistencia letrada (art. 24.2 CE) y su relación con el derecho a un proceso contradictorio (art. 24.2 CE) en aquellos procesos donde la ley exige la intervención de profesionales (abogado y procurador) y, en particular, en los procesos sobre capacidad de las personas, como exigencia estructural del proceso, con referencia a la doctrina sentada en la STC 7/2011, de 14 de febrero. De este modo, recuerda que en esta clase de procesos, cuando el Ministerio Fiscal no haya sido el promotor de la acción, debe ser designado como defensor del presunto incapaz cuando este último no ha comparecido en la causa «con su propia defensa y representación» (arts. 758 LEC y 299 *bis* del Código civil).

A continuación, menciona la doctrina constitucional reflejada en la STC 115/2002, de 20 de mayo, en materia de suspensión del acto de la vista en los procesos civiles, por ausencia del defensor de una de las partes (arts. 188 y 193 LEC), recordando que si alguna de las partes solicita razonadamente la suspensión de la vista o del juicio, el Juez o Tribunal competente no puede ignorar su petición y llevar a cabo la actuación judicial sin resolver motivadamente acerca de aquella solicitud, cuya solución dependerá de las específicas circunstancias que concurran en cada supuesto y de si, de un modo manifiesto y evidente, se evidencia que las posibilidades de defensa del litigante no han resultado mermadas o se han cubierto de otro modo.

En consecuencia, tres son los factores relevantes en el juicio de ponderación constitucional que corresponde realizar en estos casos: (i) la utilidad del acto de la vista dentro del procedimiento de que se trate, para el ejercicio efectivo del derecho de defensa de las partes intervinientes en él; (ii) la existencia o no de otro trámite dentro del mismo procedimiento, que pudiera permitir subsanar el déficit de defensa producido con la no suspensión de la vista; y (iii) la situación de indefensión no se condiciona a un hipotético cálculo de probabilidades acerca del éxito que tendrían las alegaciones que podrían verterse en la vista por su defensa letrada.

En este caso y con expresa referencia a la doctrina que emana de la STC 199/2006, de 3 de julio, dictada en un supuesto muy similar, el Tribunal distingue según se trate de los derechos de defensa del demandado o del Ministerio Fiscal.

Y así, entiende que se han vulnerado los derechos fundamentales del presunto incapaz en el proceso de incapacitación, toda vez que el acto de la vista resultaba esencial a los efectos del ejercicio del derecho de defensa del demandado, asumida en este caso por el Ministerio Fiscal, tanto en lo relativo a la práctica de las pruebas como a su valoración final por las partes, sin que exista ningún otro trámite posterior que pudiera compensar el perjuicio producido con su celebración inaudita parte. Por lo demás, menciona que no obsta alcanzar la anterior conclusión la lucubración sobre el mayor o menor éxito de las alegaciones que podrían haberse vertido en el acto por la Fiscal.

Sin embargo, el Tribunal no considera vulnerados los derechos de defensa (art. 24.1 CE) y a un proceso contradictorio (art. 24.2 CE) del Ministerio Fiscal, al no constar acreditado que se hubiera asegurado de que el Juzgado tuviera noticia con antelación suficiente de su imposibilidad de asistir al acto de juicio.

En cualquier caso, se acuerda la nulidad de las dos resoluciones impugnadas y la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al de celebrarse el acto de la vista del proceso de incapacitación.

En el mismo sentido y analizando un supuesto prácticamente idéntico, se pronuncia la STC 85/2017, de 3 de julio.

STC 41/2017, 24 de abril.

CI: Estimada. Inconstitucionalidad por omisión del art. 71,b) de la Compilación civil de Navarra. Plazo para completar la omisión.

Ponente: Balaguer Callejón.

Conceptos: Filiación. Navarra. Acción de reclamación de filiación no matrimonial por los progenitores. Régimen foral navarro. Exclusión de los progenitores. Derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente de acceso a la jurisdicción. Derecho a la investigación de la paternidad (art. 39.2 CE). Efectos de la nulidad.

Preceptos de referencia: Arts. 24.1 y 39.2 CE. Art. 71,b) Compilación de Derecho civil de Navarra.

La convivencia de distintos regímenes civiles forales junto al Derecho civil común otorga a nuestro ordenamiento jurídico una especial riqueza. Al mismo tiempo, entraña un notable desafío para cualquier operador jurídico, manifestado, entre otros aspectos, en las dificultades que surgen cuando se trata de armonizar sus disposiciones. Fruto de ello son las desigualdades y diferencias que podemos encontrar en la regulación de ciertas materias. En principio, tales diferencias no deben ser concebidas como un factor negativo. Confieren diversidad a nuestras normas, responden a una tradición histórico-jurídica concreta y evidencian que existen múltiples formas válidas de organizar las relaciones jurídico-privadas. Sin embargo, en algunas ocasiones, podemos encontrarnos con discordancias peligrosas que, en última instancia, redundan en perjuicio de los derechos de los ciudadanos.

Esto es, precisamente, lo que el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto en la sentencia que nos concierne y en la que aborda un asunto de tanto interés, y eminente relevancia pública, como es la configuración de las acciones de reclamación de la filiación no matrimonial por el progenitor en el marco del derecho civil foral navarro. La sentencia viene dar respuesta a una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Tafalla (con competencia en materia de violencia sobre la mujer, sito en Navarra) en el marco de un procedimiento de determinación legal de la filiación.

El 4 de febrero de 2016 se interpuso una demanda de determinación legal de la filiación de una menor por parte de quien se consideraba su progenitor. Celebrada la vista y estando el asunto concluso para sentencia el órgano jurisdiccional, previo seguimiento de los trámites oportunos, planteó el 6 de septiembre de 2016 una cuestión de inconstitucionalidad. El precepto de cuya constitucionalidad se dudaba y que era preciso aplicar al caso concreto era el apartado b) de la Ley 71 de la Compilación de Derecho Civil de Nava-

rra. Dicho apartado tenía por objeto la regulación de las acciones de declaración de la filiación no matrimonial y se caracterizaba, entre otras cuestiones, por una clara exclusión: la de los progenitores. Efectivamente, tal y como argumentaba el Juez de instancia, dicha norma limitaba a los hijos no matrimoniales la posibilidad de ejercitar la acción de declaración de filiación no matrimonial excluyendo a los progenitores.

Entendía el órgano de instancia que dicho precepto era contrario a la doctrina constitucional recogida en las SSTC 273/2005 y 52/2006 por las que se declaraba la inconstitucionalidad del art. 133 CC (en su redacción anterior a la actualmente vigente) al impedir al progenitor no matrimonial la posibilidad de acceder a la jurisdicción en supuestos de falta de posesión de estado en lo que implicaba una clara afrenta a los arts. 39.2 (investigación de la paternidad) y 24.1 (tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción) de la CE. Es más, la norma navarra era incluso más restrictiva al no prever legitimación activa alguna a los progenitores hubiera o no posesión de estado. Por estos motivos, planteaba la cuestión.

En el trámite de alegaciones participaron la Asesora jurídica-letrada de la Comunidad Foral de Navarra, la Fiscalía General del Estado y el Letrado del Parlamento de Navarra. La primera manifestó su oposición apelando a la histórica competencia de Navarra sobre el Derecho Civil Foral recogida en la DA 1.ª de la CE y en los artículos 2 y 39.1 a) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (LORAFNA).

La Fiscalía, por el contrario, interesó la estimación de la cuestión señalando la plena aplicabilidad de la doctrina constitucional recogida en las SSTC 273/2005 y 52/2006 en virtud de la cual se declaró la inconstitucionalidad del anterior art. 133 del CC. Así, entendía que el apartado b) de la Ley 71 de la Compilación vulneraba los artículos 39.2 y 24.1 CE al excluir la legitimación de los progenitores para el ejercicio de las acciones de declaración de filiación no matrimonial en todos los casos.

Finalmente, el Parlamento Foral denunciaba, con carácter principal, la existencia de defectos procesales en el planteamiento de la cuestión que debían conducir a su inadmisión: (i) el Ministerio Fiscal no emitió el informe preceptivo en los términos del art. 35.2 LOTC al no realizar juicio de conformidad alguno; (ii) la cuestión fue planteada cuanto el procedimiento no estaba concluso ya que la solicitud de planteamiento por la parte actora tuvo lugar tras la celebración de la prueba admitida y (iii) la cuestión estaba claramente infundada al cuestionar la interpretación judicial de la misma. En cuanto al fondo, solicitaba su desestimación toda vez que el legislador foral navarro goza de libertad de configuración normativa dentro de la competencia otorgada por la CE.

Sentadas así las posturas, el Tribunal comienza su fundamentación dando respuesta a las causas de inadmisión alegadas por el Letrado del Parlamento Foral de Navarra. Respuesta íntegramente desestimatoria al considerar que (i) el hecho de que el Ministerio Fiscal no emitiera un informe exhaustivo (es decir, que se pronunciara sobre los aspectos procesales y sustantivos de la cuestión) no era sinónimo de que el órgano judicial no hubiera cumplido con el trámite de audiencia; (ii) el hecho que la parte actora solicitara el planteamiento en el acto de la vista no es relevante toda vez que hay que atender al momento en que lo hace el órgano judicial siendo así que en este caso fue planteada cuando el asunto estaba concluso para sentencia y (iii) la cuestión

estaba debidamente fundada al razonar que la Ley 71 b) era de aplicación a la controversia en cuestión y, por tanto, relevante para su fallo.

En cuanto al fondo, el Tribunal coincide exactamente con la motivación vertida tanto por el órgano de instancia como por la Fiscalía General del Estado: «*el apartado b) de la ley 71 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra es contrario a los artículos 24.1 y 39.2 CE, por excluir a los progenitores del ejercicio de la acción conducente a la declaración de paternidad o maternidad en los casos de filiación no matrimonial*». En tal sentido, recuerda la doctrina recogida en las SSTC 273/2005 y 52/2006 y advierte que la misma es plenamente aplicable teniendo en cuenta que la norma navarra es, siquiera, más restrictiva que lo que era el anterior del art. 133 CC ya que ni siquiera contempla tal legitimación en los supuestos de posesión de estado.

Finalmente, el Tribunal concluye que la declaración de inconstitucionalidad del apartado b) de la Ley 71 de la Compilación no debe llevar aparejada una declaración de nulidad ya que ello supondría generar un vacío legislativo de fatales consecuencias. Así, pone el foco en que la inconstitucionalidad de este precepto radica en que opera una «exclusión» injustificada y que, por ello, el tenor literal del precepto es válido al conferir acción a los hijos. Por ello, encontrándonos ante una omisión del legislador, confiere al mismo un plazo de un año a fin de que, dentro de la libertad de configuración de que goza, regule «*con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial [...]*».

Se ha de señalar que el día 23 de mayo de 2018 se publicó en el Boletín Oficial de Navarra (núm. 9) la Ley Foral 9/2018, de 17 de mayo, de Reforma de la Compilación de Derecho Civil Navarro en materia de filiación cuyo artículo único, apartado 3, vino a integrar la omisión del apartado b) de la Ley 71 confiriendo legitimación activa a los progenitores para ejercer la acción de declaración de filiación no matrimonial.

STC 67/2017, 25 de mayo.

Conflicto positivo de competencia: Estimado parcialmente. Nulidad por inconstitucionalidad de los arts. 1, 2 y 3, DDAA 1.ª y 2.ª, parte de la DA 3.ª, DT y DF 1.ª y apdo. 2 de la DF 2.ª del Decreto de la Generalitat de Cataluña 69/2015, de 5 de mayo, por el que se modifica la demarcación de los registros de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles de Cataluña.

Ponente: Roca Trías.

Conceptos: Derecho civil, competencias estatales y autonómicas. Demarcaciones registrales. Bases del régimen estatutario de los registradores de la propiedad. Competencias autonómicas para la ejecución de la legislación estatal.

Preceptos de referencia: Arts. 149.1.8.ª y 149.1.18.ª CE. Art. 147.1, a) y c) Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 (EAC/2006). Decreto de la Generalitat de Cataluña 69/2015, de 5 de mayo, por el que se modifica la demarcación de los registros de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles de Cataluña. RD 172/2007 por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles. RD 195/2017 por el que se modifica la demarcación de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

La sentencia resuelve un conflicto positivo de competencia planteado por el Estado contra diversas disposiciones del Decreto 69/2015 de la Generalidad de Cataluña, por el que se modifica la demarcación de los registros de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles de Cataluña. Según el Abogado del Estado, la norma impugnada modifica la demarcación registral de Cataluña unilateralmente y sin título competencial, regulando aspectos sustantivos del régimen de ordenación de los registros públicos, con la consiguiente vulneración del art. 147.1.c) EAC/2006 y del art. 149.1.8.ª CE. También se alega que la norma autonómica incide en el régimen estatutario de los registradores, infringiendo el art. 149.1.18.ª CE, que atribuye al Estado la competencia para fijar las bases del mismo. A ello opone la parte catalana que la norma impugnada se ampara precisamente en el art. 147.1.c) EAC/2006 y responde a la competencia ejecutiva en él asumida «consistente en determinar la demarcación registral en su territorio, aplicando los criterios establecidos en la legislación estatal» (FJ 1).

1. Delimitación del alcance objetivo del conflicto: Exclusión de la DA 3.ª del Decreto 69/2015 y utilidad del nuevo RD 195/2017, dictado por el Estado con el mismo objeto que el precedente RD 127/2007.—El Tribunal deja fuera del conflicto la DA 3.ª del Decreto 69/2015 porque, si bien en el suplico se pide su declaración de inconstitucionalidad y nulidad, no hay en la demanda alegación alguna al respecto, cosa que impide pronunciarse. Mayor interés tiene la posterior aprobación por el Estado de un nuevo RD en 2017, con el mismo título y objeto que el anterior de 2007, pues puede considerarse un «elemento de referencia que debe tomarse en consideración». El «*parámetro de enjuiciamiento no ha cambiado, en la medida en que viene dado exclusivamente por las reglas constitucionales y estatutarias de delimitación de competencias en materia de registros y por la doctrina constitucional que las ha interpretado. Sin embargo, el Real Decreto 195/2017, en la medida en que regula algunos de los aspectos discutidos en el presente proceso, puede resultar expresivo de los términos en los que el Estado ha entendido su propia competencia y, por tanto, también las autonómicas que se relacionan con ella*» (FJ 2). Esta circunstancia justifica su análisis por parte del Tribunal Constitucional, que destaca el hecho de que el nuevo RD se refiere a las «*competencias ejecutivas*» de la Comunidad Autónoma y reconoce expresamente algunas de ellas.

2. Distribución de competencias en relación con la demarcación de los registros de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles en Cataluña y en relación con el «régimen estatutario de los registradores de la propiedad».—De acuerdo con el art. 149.1.8.ª CE, la «*ordenación de los registros*», entendiéndose por tales «*los referentes fundamentalmente a materias de derecho privado [...] (STC 71/1983)*», es competencia exclusiva del Estado. Esa competencia comprende «*la íntegra regulación de la materia, ya sea a través de normas legales o de disposiciones de rango reglamentario*». La competencia autonómica hay que situarla «*en el ámbito de la ejecución de las normas estatales*» (FJ 3). De este modo y de acuerdo con la doctrina constitucional (SSTC 18/1982, 33/1982, 39/1982, 97/1989 y 56/1990), «*la determinación de la demarcación registral*» es competencia del Estado en aplicación del art. 149.1.8.ª CE. La facultad de la Generalidad de Cataluña de «*participar en la fijación de la demarcación registral*» no es antagónica sino «*complementaria*» de la competencia estatal. (FJ 3). Esta interpretación,

añade el Tribunal *«se ha mantenido sustancialmente en la doctrina constitucional posterior a la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña»* (ibídem). Como dijo la STC 13/2010 (sobre el EAC/2006) *«el art. 147.1 c) EAC reconoce la competencia ejecutiva de la Generalitat sobre el ‘establecimiento de las demarcaciones notariales y registrales, incluida la determinación de los distritos hipotecarios y de los distritos de competencia territorial de los notarios’. Es ésta asimismo una potestad autonómica de carácter ejecutivo que plasmará en el territorio de Cataluña los criterios de demarcación que fije la legislación del Estado (art. 149.1.8 y 18 CE), la cual podrá tener el grado de exhaustividad que resulte procedente, pudiendo el Estado retener para sí las actuaciones concretas en el ámbito de la coordinación y de la ejecución que sean necesarias para la adecuada aplicación de dichos criterios»* (apud FJ 3 de la sentencia reseñada).

En relación con el *«régimen estatutario de los registradores de la propiedad»*, la sentencia señala que el artículo 149.1.18 CE atribuye la competencia al Estado. Ello deriva *«del carácter de funcionarios públicos del Estado que tienen tanto los notarios como los registradores, y de su integración en un cuerpo único nacional»* (FJ 3).

3. La competencia para la «ordenación» de los registros va más allá de la «legislación».—Refiriéndose a las dos cuestiones mencionadas en el anterior apartado (demarcación de registros y régimen estatutario de los registradores), la sentencia concluye que *«la competencia estatal sobre “ordenación” de los registros públicos comprende, en todo caso, la íntegra regulación de la materia, entendida ésta en su sentido material, comprensivo de cualesquiera normas, de rango legislativo o reglamentario, incluyendo aquellas medidas de ejecución que tengan su fundamento en la consecución de la unidad hipotecaria en el tráfico inmobiliario. Y si bien esta competencia incluye la legislación hipotecaria, no se limita a ella, puesto que no se trata de una reserva que incida con carácter exclusivo en la regulación sustantiva del ejercicio de la fe pública registral. Y ello porque la competencia atribuida al Estado no es únicamente de legislación, sino que abarca más ampliamente la “ordenación” de los registros, expresión ésta en la que ha de entenderse incluida la configuración de los registros desde su doble condición, como “institución” y como “función”, lo que incluye tanto la organización funcional como administrativa de los registros, realizada tanto por la legislación hipotecaria como por cualesquiera otras normas de naturaleza administrativa. Así como también la regulación relativa al régimen del personal, que resulta afectado por lo dispuesto en el artículo 149.1.18 CE. La Comunidad Autónoma es titular de competencias de naturaleza ejecutiva, que habrán de ejercerse de conformidad con lo dispuesto en la legislación estatal, excluyéndose, en todo caso, la posibilidad de dictar una normativa propia o establecer un régimen jurídico diferenciado en la materia»* (FJ 3).

4. En materia de demarcaciones registrales y con alguna salvedad, la disposición impugnada no es meramente ejecutiva y por tanto excede la competencia autonómica.—El Decreto de la Generalidad 69/2015 tiene como objeto declarado *«aprobar, para el territorio de Cataluña, una nueva demarcación registral, que modifique la establecida por la normativa estatal a través del Real Decreto 172/2007»*. Esto significa, como señala la sentencia, *«que la norma parte del entendimiento de que la función ejecutiva que corresponde estatutariamente a la Generalitat, incluye la aprobación de una*

normativa propia en materia de demarcación de los registros situados en dicho territorio» (FJ 4). Esto supone «un cambio importante en la interpretación de la función ejecutiva que el artículo 147.1 c) del Estatuto de Autonomía atribuye a la Generalitat». En efecto, «hasta ahora [...] la función ejecutiva se entendía respecto de la normativa de demarcación de la Administración del Estado». En cambio, con la nueva norma, «la Generalitat entiende que la función ejecutiva consiste en elaborar su propia normativa de demarcación» (FJ 4). Esta será la razón determinante de la nulidad de los preceptos impugnados, con alguna salvedad.

a) Art. 1 del Decreto: «*Régimen y criterios objetivos de demarcación*».—El art. 1 del Decreto se abre con el siguiente párrafo: «*Se modifica la demarcación de los registros de la propiedad demarcados en Cataluña, en la forma que se determina en el anexo de este Decreto, de conformidad con las reglas siguientes: [...]*». Seguidamente viene un apartado dedicado a la «supresión de registros» y otro a su «reagrupación». El art. 1 se considera inconstitucional y nulo porque si bien «la competencia ejecutiva para suprimir registros corresponde a la Comunidad Autónoma, [...] debe hacerlo aplicando los criterios normativos establecidos por el Estado». No puede, en cambio, «suprimir de forma unilateral registros de la propiedad en aplicación de criterios normativos propios» [FJ 5, a)].

b) Art. 2 del Decreto: «*Modificación de los distritos hipotecarios en aplicación del principio de organización territorial*».—El párrafo introductorio reza así: «*Con carácter especial, se modifican los distritos hipotecarios de los registros de la propiedad que se indican a continuación, mediante su alteración por segregación y posterior agrupación de parte de su distrito con otros limítrofes, en la forma siguiente: [...]*». A continuación se dispone la segregación de algunos municipios de los distritos hipotecarios en los que se ubicaban. La conclusión es la misma que en el caso del art. 1: «*nos encontramos de nuevo con la pretensión de establecer una nueva demarcación registral, para lo que la Generalitat no se encuentra habilitada porque sus competencias son ejecutivas, lo que determina la correlativa invasión de la competencia normativa que, en materia de demarcación registral, corresponde al Estado*» [FJ 5, b)].

c) Art. 3 del Decreto: «*régimen y criterios objetivos de demarcación de los registros de la propiedad y mercantiles en el futuro*».—En este caso basta la rúbrica del precepto para entender el porqué de la nulidad por inconstitucionalidad: «*El artículo 3 viene a fijar criterios objetivos de demarcación pro futuro, dotando al precepto de un contenido normativo que es ajeno al ámbito competencial estrictamente ejecutivo que corresponde a la Generalitat*» [FJ 5, c)].

d) DA 1.ª del Decreto: Creación de oficinas de atención al usuario.—La norma atribuía al Consejero competente la posibilidad de acordar «*que el registrador o los registradores en división personal instalen, en el término municipal que se señale, una oficina abierta al público, donde las personas usuarias puedan presentar y retirar toda clase de documentos y solicitudes, obtener publicidad formal y efectuar todas las otras operaciones propias de la oficina principal del registro de la propiedad, con el que estará telemáticamente conectada en la forma que determine la Dirección General mencionada*». El Tribunal Constitucional no considera que esta norma afecte al régimen estatutario de los registradores (art. 149.1.18.ª CE), pero sí a la competencia estatal sobre ordenación de los registros (art. 149.1.8.ª CE) y, por tanto, la declara inconstitucional y nula. En efecto, como señala la sen-

tencia, las oficinas de atención al usuario «*revestirían la naturaleza de “delegaciones” de la oficina principal del registro para la tramitación y gestión de las operaciones registrales, mediante la aplicación de técnicas telemáticas, con lo cual, en la medida que su finalidad es que se puedan realizar todas las operaciones propias de un registro, se relacionan directamente con la competencia de ordenación de los registros*» (FJ 6).

e) DDF 1.ª y 2.ª del Decreto: Agrupaciones y desagrupaciones personales de registros.—El Tribunal anula la DF 1.ª la norma porque «*aun cuando las competencias ejecutivas que ostenta la Comunidad Autónoma permitirían que ésta autorizase los registros que operan en régimen de división personal, lo que no cabe es que la norma autonómica determine las circunstancias en las que dicho supuesto es posible*» (FJ 7). En cuanto a la DF 2.ª, la nulidad sólo afecta a su apartado 2 pues habilitar al Consejero competente «*para dictar normas en relación con la prestación del servicio público registral, lo que excede de las competencias ejecutivas que corresponden a la Generalitat de Cataluña*» (FJ 7).

5. Previsiones a las que se reprocha afectar directamente al régimen estatutario de los registradores.—El recurso también se dirige contra: (a) la DA 2.ª, que contempla un denominado «*concurso especial*» (se declara nula «*en la medida en que contempla una modalidad específica de concurso para la provisión de determinadas plazas de registradores, excediendo con ello de la competencia ejecutiva que corresponde a la Generalitat*», FJ 8); (b) la DA 3.ª, que se ocupa del «*nombramiento de registradores accidentales*» (que se declara parcialmente nula, salvando no obstante la facultad autonómica de lleva a cabo los nombramientos «*aplicando los criterios normativos fijados al efecto por el Estado*», FJ 8); (c) la DT sobre concursos para ocupación de vacantes (que se considera nula por invadir la competencia estatal contemplada en el art. 149.1.18.ª CE); y (d) La DF 4.ª, sobre el momento de entrada en vigor del Decreto (el conflicto planteado se desestima por el «*carácter meramente preventivo*» del recurso en relación con ella, FJ 9).

STC 75/2017, 19 de junio.

RA: Estimado.

Ponente: Conde-Pumpido.

Conceptos: Ejecución hipotecaria. Cláusulas abusivas. Fiador. Concepto de consumidor. Derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Principio de primacía del Derecho comunitario y a la selección razonable de la norma aplicable.

Preceptos de referencia: Art. 24 CE, en relación con arts. 10.2 y 93 CE. Directiva 93/13/CEE.

El concepto de consumidor resulta intuitivamente claro en su núcleo duro. Pero no está exento de grises en las zonas fronterizas. En España incluso arrastramos todavía la vieja idea de «*destinatario final*» que hizo suya el art. 1.2 de la derogada Ley General para la Defensa de los Consumidores de 1984: «*A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan “como destinatarios finales”, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades*

o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden». El criterio del «*destinatario final*» resultó muy útil para empezar a fijar un concepto –el de consumidor– capital en el vigente ordenamiento jurídico y que, además, en España, ha permitido abrir un espacio para renovar un Derecho privado empantanado en la pugna competencial subyacente al debate civil-mercantil. Pero el de «*destinatario final*» no es el criterio que finalmente se ha impuesto de la mano de las Directiva europeas.

De acuerdo con ellas, lo relevante es que la persona física (en España también algunas jurídicas) actúe en un ámbito o «*con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*» (art. 3, I del vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, TRLDU, RDLeg 1/2007, según redacción dada por la Ley 3/2014). No es exactamente lo mismo que «*destinatario final*», pese al intento del legislador de convencernos de lo contrario con el bienintencionado y un poco tramposo «esto es» de la Exposición de Motivos: «*El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. “Esto es”, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros*» (párrafo III, 3). *Destinatario final y actuación o propósito ajenos a la actividad comercial o profesional* son criterios que con frecuencia se solapan. Pero no son lo mismo.

El caso del que se ocupa la sentencia reseñada tiene su origen, precisamente, en una de las situaciones fronterizas que, no sin motivos, provocaban debate en la doctrina y dudas en la jurisprudencia: ¿Puede considerarse consumidor a un fiador o avalista cuando la obligación principal asegurada es empresarial o profesional?

1) Antecedentes del caso.—Una entidad bancaria presenta demanda de ejecución hipotecaria contra una mercantil, como prestataria, y frente a los hoy demandantes de amparo, como hipotecantes no deudores, quienes formularon oposición a la ejecución, entre otros motivos, por considerar que diversas cláusulas de la escritura de préstamo hipotecario eran nulas por ser abusivas y contrarias a la buena fe, al perjudicar el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. El Tribunal de Instancia desestimó la oposición a la ejecución, considerando, respecto a la abusividad de las cláusulas contractuales denunciadas, que no era aplicable la normativa de consumidores y de usuarios, puesto que los hipotecantes avalistas lo son de una sociedad –la sociedad ejecutada– en una operación crediticia de la sociedad con finalidad mercantil. En consecuencia, no tratándose de consumidores ni de un préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual, el Juzgado de Instancia no apreció la abusividad de la cláusula relativa a los intereses moratorios. Pese a indicarse que contra dicha resolución no cabía recurso, los ejecutados interpusieron recurso de apelación que fue desestimado por idéntico motivo. Los ahora demandantes en amparo instaron incidente excepcional de nulidad de actuaciones, en el que se invocaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los artículos 10.2 CE y 93 CE y con el principio de primacía del derecho de la Unión Europea. El incidente fue inadmitido.

2) Alegaciones ante el Tribunal Constitucional.—Agotada la vía jurisdiccional ordinaria, los demandantes de amparo insisten en que la Audiencia Provincial ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en relación con el principio de primacía del Derecho comunitario y a la selección razonable de la norma aplicable (arts. 10.2 y 93 CE), ya que el órgano judicial debió aplicar la Directiva 93/13/CEE, en lo relativo al concepto de consumidor y a su interpretación, dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Auto de la Sala Sexta, de fecha 19 de noviembre de 2015 (*Caso Tarcău*, C-74/2015, ECLI:EU:C:2015:772). Añaden que, conforme a lo establecido en la STC 145/2102, de 2 de julio, se ha vulnerado el sistema de fuentes incurriendo en una arbitraria selección de la norma aplicable.

El Ministerio Fiscal, tras una aproximación general a las ejecuciones hipotecarias, recuerda que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha matizado el concepto de consumidor, definido en la Directiva 93/13/CEE, y ha venido considerando que el contrato de garantía inmobiliaria o de fianza, a pesar de su carácter accesorio al contrato principal, es un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, lo que obliga a un examen individualizado de su condición de consumidores. Por ello, considera que, efectivamente, se produjo la vulneración denunciada por inaplicación de esta doctrina sobre el concepto de consumidor, que ya había sido dictada en la fecha en que se resolvió la apelación.

3) Posición del Tribunal.—Justificada la trascendencia constitucional de este recurso, el Tribunal inicia su argumentación exponiendo que, para valorar si las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial en el caso que se examina son conformes al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y al de selección razonable de la norma aplicable o si, por el contrario, han vulnerado en estos aspectos el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), debe atenderse al contenido del Auto del TJUE en el *Caso Tarcău*.

Esta resolución judicial dictada por el Tribunal Europeo recuerda que las normas uniformes sobre cláusulas abusivas deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor según los define el artículo 2, letras b) y c), de la Directiva 93/13/CEE, en atención a que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo que se refiere a su capacidad de negociación como a nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas (*SSTJUE Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, pfo. 31 del referido Auto, así como *Siba*, C-537/13, pfo. 22).

A este respecto, el Auto del TJUE en el *Caso Tarcău* recuerda que el concepto de «consumidor», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, tiene un carácter objetivo (*Caso Costea*, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, pfo. 21) y «[d]ebe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión» (pfo. 22). Subraya, además, la especial importancia que la protección del consumidor tiene en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado con una entidad financiera, al considerarlo un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, aun cuando, en cuanto al objeto, sea accesorio del principal. Por todo ello, el Tribunal Europeo declara que correspon-

derá al juez nacional que conozca del litigio, determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea era conocida por la Audiencia Provincial ya que los recurrentes aportaron el Auto de constante referencia junto con el escrito por el que instaron el incidente de nulidad de actuaciones. Pese a ello, la Audiencia Provincial ni cita, ni valora la doctrina del TJUE en el *Caso Tarcáu*. Ello no supone un problema de mera legalidad ordinaria, sino de alcance constitucional.

Como explica la sentencia reseñada, es cierto que «conforme a la doctrina de este Tribunal, “ni el fenómeno de la integración europea, ni el artículo 93 CE a través del que ésta se instrumenta, ni el principio de primacía del Derecho de la Unión que rige las relaciones entre ambos ordenamientos, han dotado a las normas del Derecho de la Unión Europea, originario o derivado, ‘de rango y fuerza constitucionales’” [por todas, STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3 a)]» (STC 75/2017, FJ 2). Sin embargo, prosigue, «también constituye doctrina constitucional que “sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea cuando ... exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, pues “[e]n estos casos el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una ‘selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso’, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6)” [STC 232/2015, FJ 4 b)]. Que es lo que se plantea en el supuesto actual». (STC 75/2017, *ibidem*).

Para subrayar la doctrina anterior, el Tribunal recurre a lo ya dicho en su sentencia 145/2012 (FJ 5), de la que reproduce los fragmentos siguientes: «[E]l Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que ‘los órganos jurisdiccionales de [los Estados miembros] están obligados, con arreglo al artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [artículo 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea], a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno’ [...] Como consecuencia de todo lo anterior, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión [...]. Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía [...], recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea» (STC 75/2017, *ibidem*).

En conclusión: «el principio de primacía del Derecho de la Unión obligaba a aplicar el concepto de consumidor de la Directiva 93/23/CEE invocada por el recurrente tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia [...]. Por consiguiente, en ese contexto, la inaplicación de la citada

Directiva por la resolución judicial objeto de amparo [...] (i) infringió el citado principio de primacía; (ii) incurrió, por ello, en una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso”; (iii) y, consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE)» (STC 75/2017, FJ 3)

STC 88/2017, 4 de julio.

RI: Impugnación del art. 128-1 de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña. Conformidad de las normas impugnadas con la CE siempre que se interpreten como indica la sentencia.

Ponente: González-Trevijano.

Conceptos: Defensa de los consumidores. Promoción de las lenguas oficiales diferentes del castellano. Disponibilidad lingüística. Relaciones con las administraciones y relaciones entre particulares.

Preceptos de referencia: Art. 3 CE. Art. 128.1 de la Ley 22/2010, del Código de Consumo de Cataluña.

La Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña [CConsCat] incluye la siguiente disposición:

«Artículo 128-1. Derechos lingüísticos de las personas consumidoras

1. Las personas consumidoras, en sus relaciones de consumo, tienen derecho, de acuerdo con lo establecido por el Estatuto de autonomía y la legislación aplicable en materia lingüística, a ser atendidas oralmente y por escrito en la lengua oficial que escojan.

2. Las personas consumidoras, sin perjuicio del respeto pleno al deber de disponibilidad lingüística, tienen derecho a recibir en catalán:

a) Las invitaciones a comprar, la información de carácter fijo, la documentación contractual, los presupuestos, los resguardos de depósito, las facturas y los demás documentos que se refieran o que se deriven de ellos.

b) Las informaciones necesarias para el consumo, uso y manejo adecuados de los bienes y servicios, de acuerdo con sus características, con independencia del medio, formato o soporte utilizado, y, especialmente, los datos obligatorios relacionados directamente con la salvaguardia de la salud y la seguridad.

c) Los contratos de adhesión, los contratos con cláusulas tipo, los contratos normados, las condiciones generales y la documentación que se refiera a ellos o que se derive de la realización de alguno de estos contratos.

3. La Generalidad debe velar por el fomento en las relaciones de consumo del uso de la lengua occitana, denominada aranés en Arán, dentro del ámbito territorial de Arán, donde es lengua propia.»

La norma transcrita fue impugnada por el Defensor del Pueblo «*por vulneración de los artículos 3, 20.1 y 38 de la Constitución, así como los artículos 6.2 y 34 del Estatuto de Autonomía de Cataluña interpretados estos en los términos establecidos por el Tribunal Constitucional en los fundamentos jurídicos 14 y 22 de la STC 31/2010*». De acuerdo con el recurso, la imposición de una lengua diferente del castellano en las relaciones *inter privados* iría en contra de la Constitución. Tal como se recoge en la sentencia: «*Entiende el Defensor del Pueblo que para la protección de consumidores y usuarios la medida prevista por el Código de consumo de Cataluña no es necesaria, y que con ella se rompe la proporcionalidad exigible entre el bien protegido –que el usuario o consumidor reciba el bien o el servicio con independencia de la lengua que elija– y la restricción a la libertad que se impone –la libertad lingüística del prestador–, que se ve ahora obligado a utilizar en todas sus comunicaciones orales y escritas la lengua oficial elegida por el consumidor, y a poner a su disposición en catalán la publicidad, la información y la documentación comercial, con independencia de que ésta sea su opción lingüística [...] [L]a imposición del uso de una lengua –de cualquier lengua– en las relaciones entre particulares implica una restricción de la libertad que para ser legítima ha de contar con la imprescindible cobertura constitucional» [Antecedente 1,b)].*

El recurso, no obstante, no daba razón alguna sobre la llamativa pretensión de inconstitucionalidad del simple fomento del uso del occitano en las relaciones de consumo en el valle de Arán. Quizá, con el ímpetu, se pasó por alto la cuestión. Por tal motivo, el Tribunal se ve obligado, ante todo, a acotar el objeto de la impugnación, declarando que «*puesto que el recurrente no ha cumplido con la carga de fundamentar cuáles son los motivos por los que el apartado 3 del artículo 128-1 sería inconstitucional, el recurso de inconstitucionalidad ha de entenderse limitado a los dos primeros apartados del artículo 128-1*» (FJ 2).

1. Marco general.—La cuestión de los idiomas españoles diferentes del castellano resulta con frecuencia vidriosa y buena prueba de ello es la alambicada y asimétrica redacción del art. 3 CE:

«1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.

2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.

3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección.»

A ello hay que añadir el uso frecuente de dos expresiones que, salvo error, no están en la Constitución: lengua «común» (aplicada al castellano) y lengua «propia» (aplicada a los otros idiomas españoles, que no obstante sí usan algunos Estatutos de Autonomía). Las dos encierran matices y connotaciones opuestas. Para muchos catalanohablantes, por ejemplo, el castellano no es una lengua «común» a todos los españoles sino, simplemente, la «oficial del Estado», que es obligado conocer. Asimismo, para muchos castellanohablantes naturales de territorios como Valencia, Cataluña, Baleares, Gali-

cia o País Vasco, el catalán, el gallego y el euskera no son lengua «propia» sino, sencillamente, la lengua «cooficial» de la Comunidad.

No es de extrañar pues que ya haya un *corpus* de doctrina al respecto. Por ella empieza la sentencia reseñada: «Este Tribunal, en su STC 31/2010, de 28 de junio, ha recordado que “el art. 3.1 de la Constitución establece un deber general de conocimiento del castellano como lengua oficial del Estado; deber que resulta concordante con otras disposiciones constitucionales que reconocen la existencia de un idioma común a todos los españoles, y cuyo conocimiento puede presumirse en cualquier caso, independientemente de factores de residencia o vecindad. No ocurre, sin embargo, lo mismo con las otras lenguas españolas cooficiales en los ámbitos de las respectivas Comunidades Autónomas, pues el citado artículo no establece para ellas ese deber” (STC 84/1986, de 26 de junio, FJ 2)» [STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 14 b)]» (FJ 3 STC 88/17). Y añade: «En aquella ocasión nos planteamos sí la inexistencia de un deber constitucional de conocimiento de las lenguas españolas oficiales distintas del castellano suponía, no obstante, la prohibición de que tal deber se impusiese en un Estatuto de Autonomía. Y concluimos que tal prohibición efectivamente se producía, pues si bien es cierto que “el hecho de que la Constitución no reconozca el derecho a utilizar las lenguas cooficiales distintas del castellano no impide que los Estatutos de Autonomía garanticen tal derecho. Otra cosa es, sin embargo, que también puedan exigir el deber de conocerlas” [STC 31/2010, FJ 14 b)]».

2. Necesaria distinción entre relaciones con las administraciones y relaciones *inter privados*.—Los ciudadanos han de poder dirigirse libremente a las Administraciones públicas —estatales o autonómicas— en el idioma cooficial de su elección. Pero esa posibilidad no puede extenderse, al menos de forma indiscriminada, a las relaciones entre particulares. «Descartada la posibilidad de imponer un deber de conocimiento del catalán equivalente en su sentido al que se desprende del deber constitucional de conocimiento del castellano, de la declaración de cooficialidad por parte del Estatuto de Autonomía de Cataluña este Tribunal ha deducido el derecho de opción lingüística de los particulares en sus relaciones con el poder público, sin privilegio o preterición de ninguna de ambas lenguas. Ello supone que los ciudadanos tienen el derecho de usar ambas lenguas en sus relaciones con las instituciones públicas. [...] Sin embargo, este Tribunal, al examinar precisamente el artículo 34 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, ha rechazado que se pueda extender indiscriminadamente al ámbito de las relaciones interprivadas el derecho de opción lingüística que asiste a los ciudadanos frente al poder público [...] [L]a extensión del derecho de opción lingüística al ámbito de las relaciones privadas no puede ser realizada de manera indiscriminada y habrá en cada caso que analizar la concreta normativa para determinar si la misma se encuentra suficientemente justificada» (FJ 3).

3. Constitucionalidad, en principio, del art. 128-1 apdo.1 CCons-Cat.—El apartado 1 del art. 128-1 CConsCat otorga a los consumidores el derecho «a ser atendidos oralmente y por escrito en la lengua oficial que escojan», si bien ello será «de acuerdo con lo establecido por el Estatuto de autonomía y la legislación aplicable en materia lingüística». De aquí que el Tribunal pueda declarar que la norma «no establece un verdadero derecho de los consumidores, ni tampoco, por tanto, un deber de disponibilidad lingüística para los operadores económicos prestadores de bienes y servicios,

pues los términos del reconocimiento de tal derecho se perfeccionarán, en su caso, en la normativa aplicable en materia lingüística» (FJ 4). De este modo «habrá de ser con ocasión del juicio de constitucionalidad que eventualmente haya de merecer la legislación por la que, en el marco de la oportuna competencia, se establezcan los términos de ese derecho y, eventualmente, los términos de un correlativo deber de disponibilidad lingüística, cuando quepa esperar de nosotros –como igualmente constatamos en relación con el artículo 34 EAC en la STC 31/2010, FJ 22– un pronunciamiento jurisdiccional sobre su adecuación constitucional. Así, la proclamación in abstracto del derecho del consumidor a ser atendido en la lengua oficial que escoja, en los términos en los que se lleva a cabo por el precepto recurrido, no atenta por sí misma contra los derechos constitucionales invocados» (ibidem).

4. ¿Defensa de los consumidores o promoción de la lengua?—El segundo apartado del art. 128-1 CCConsCat establece el derecho de los consumidores a recibir en catalán diversos documentos e informaciones, sin que ello afecte a las marcas, nombres y rótulos comerciales (art. 211-5 CCCons-Cat). Según el Tribunal, pese a su presentación y ubicación en un código de consumo, la norma no es de defensa de los consumidores sino de promoción de la lengua catalana, pues para lo primero ya basta con el castellano, «*idioma común de todos los españoles*»: «*En primer lugar, debemos afirmar que el objetivo promovido por la regulación aquí examinada no puede ser la garantía de la obtención por parte del consumidor de una información clara, precisa y comprensible. En efecto, en el caso de los consumidores nacionales la obtención de una información comprensible se alcanza siempre que la misma se dé en castellano, pues cabe presumir, independientemente de factores de residencia o vecindad, su conocimiento por parte de todos los ciudadanos españoles; lengua ésta que permitiría alcanzar perfectamente el objetivo de protección al consumidor alegado. En efecto, si bien las reglamentaciones lingüísticas en el ámbito comercial pueden normalmente tener como objetivo la protección al consumidor, tal no puede ser el caso en un contexto de bilingüismo en el que la Constitución establece el deber de conocimiento del castellano, idioma común de todos los españoles. El objetivo promovido con la regulación impugnada no es por tanto la protección al consumidor pues ello quedaría suficientemente protegido con el establecimiento de la obligación de atender en castellano, sino que debe ser otro, en este caso el objetivo pretendido sería fundamentalmente la promoción de la lengua catalana, que es lengua cooficial en Cataluña» (FJ 5).*

¿Puede entonces exigirse que determinada documentación se facilite en catalán, aunque ello no sea para facilitar la defensa del consumidor sino para promocionar esa lengua? La respuesta de la sentencia es afirmativa, aunque con dos precisiones. La primera resulta un tanto llamativa porque parecía difícil deducir de la norma impugnada el riesgo de proscripción del castellano que, sin embargo, la atenta previsión del Tribunal Constitucional se apresura a evitar: «*Ahora bien, el precepto impugnado, que efectivamente prevé una medida de fomento del uso de la lengua catalana, para ser considerado conforme con la Constitución no puede suponer en ningún caso la proscripción del empleo de la lengua castellana. Proscripción que, sin embargo, no cabe derivar del apartado 2 del artículo 128-1, pues éste reconoce el derecho de las personas consumidoras a recibir en catalán determinados documentos e informaciones, pero lo hace sin perjuicio del respeto pleno al deber de dispo-*

nibilidad lingüística. Deber de disponibilidad lingüística que supone, por tanto, la garantía del derecho de los consumidores y usuarios a recibir la documentación e información referida también en castellano» (FJ 5).

La segunda precisión es, de nuevo, un «en principio» o, si se prefiere, «en la medida en que». En efecto, según la sentencia: «*El reconocimiento de tal derecho a recibir ciertos documentos e informaciones también en catalán, se debe entender realizado sin perjuicio del respeto pleno a la legislación estatal y al margen que ésta le deje a la Comunidad Autónoma*» (FJ 5). Es decir, la posibilidad de exigir que se facilite documentación en catalán existe, pero sólo en la medida del margen regulatorio permitido por el Estado y, en su caso, por la Unión Europea: «*En ausencia de armonización normativa de la materia por parte del Estado a través de sus títulos competenciales, fundamentalmente los recogidos en el artículo 149.1.1, 13 y 16 CE, y sin perjuicio de señalar la posibilidad de que en cada caso se produzca una eventual limitación del ejercicio competencial por la normativa de la Unión Europea en la materia, la Comunidad Autónoma de Cataluña es competente para adoptar una regulación donde se establezca la obligación de que determinados documentos e informaciones sobre los bienes o servicios comercializados en Cataluña se encuentren también en catalán*» (FJ 5).

STC 95/2017, 6 de julio.

RI: Desestimado. Constitucionalidad del art. 1 de la Ley catalana 19/2015, de incorporación de las propiedades temporal y compartida al Código civil de Cataluña.

Ponente: González Rivas.

Conceptos: Derecho civil, competencias estatales y autonómicas. Cláusula «en todo caso». Significado de las expresiones «conservación, modificación y desarrollo». Exigencia de «conexión orgánica» con el Derecho civil de la Comunidad Autónoma vigente al aprobarse la Constitución de 1978. Código civil de Cataluña. Regulación de la propiedad temporal. Conexión con la enfiteusis y la sustitución fideicomisaria tradicionales.

Preceptos de referencia: Art. 149.1.8.ª CE. Art. 1 de la Ley catalana 19/2015, de incorporación de las propiedades temporal y compartida al Código civil de Cataluña. Art. 39.1 LOTC.

La Ley catalana 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la propiedad compartida al libro quinto del Código civil de Cataluña (CCCat) consta de dos artículos, tres DDAA y una DF. Su art. 1 añade un nuevo capítulo VII al título IV del libro quinto del CCCat con el objeto de regular la «propiedad temporal» (art. 547 CCCat). El art. 2, por su parte, añade un capítulo VI al título V del propio libro quinto, destinado a regular la «propiedad compartida» (art. 556 CCCat).

La Abogacía del Estado, actuando en nombre del Presidente del Gobierno español, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el art. 1 de la Ley 19/2015 y, por conexión en lo que a la propiedad temporal se refiere, también contra las tres DDAA y la DF. De acuerdo con el recurso, las normas impugnadas estarían regulando «una figura jurídica ex novo que no tiene conexión alguna con el derecho de propiedad, pues a este resulta esencial las notas de perpetuidad e irrevocabilidad» y, sobre todo, no podrían en modo alguno «reputarse conservación, modificación o desarrollo del Dere-

cho civil especial catalán» (FJ 1). En definitiva, se denunciaba la invasión de la competencia estatal en materia civil prevista en el art. 149.1.8.^a CE. Por parte catalana, en defensa de la constitucionalidad de la regulación de la propiedad temporal se alegaba, en primer lugar, la conocida tesis según la cual la competencia autonómica en materia civil no tendría más límite que el marcado por la expresión «en todo caso» del art. 149.1.8.^a CE; y, en segundo, subsidiariamente, que la nueva regulación estaría «conectada» con el Derecho civil de Cataluña y, por tanto, podría reputarse conservación, modificación o desarrollo del mismo. A este último objeto, los defensores de la constitucionalidad del régimen introducido para la propiedad temporal aducían tres motivos: a) que el Derecho civil catalán es «*un subsistema jurídico completo*»; b) que la «libertad civil» es un principio básico del mismo; y c) que se puede «*trazar una relación de conexión entre la “propiedad temporal” y una serie de instituciones concretas propias de la tradición jurídica catalana*» (FJ 1).

1. Delimitación del contenido del recurso: Acuerdos de la Comisión Bilateral y posibilidad de ampliación por conexión ex. Art. 39.1 LOTC.—Antes de interponerse el recurso de inconstitucionalidad hubo un intento de solución en el seno de la Comisión Bilateral Estado-Generalidad de Cataluña. El acuerdo adoptado para el inicio de la correspondiente negociación, sin embargo, sólo aludía al art. 1 de la Ley 19/2015 y no, en cambio, a las disposiciones adicionales y final. Esta discordancia obliga a dejar tales disposiciones fuera del recurso, limitando el análisis al art. 1. El Tribunal advierte que ello no le impediría acudir al art. 39.1 CE, según el cual: «*Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia*». Sucede, sin embargo, que el Tribunal desestimó la impugnación del repetido art. 1, por lo que quedaba descartada toda posibilidad de hacer uso del precepto transcrito (vid. FJ 12).

2. El significado de la cláusula «en todo caso» del art. 149.1.8.^a CE: No es «el límite» de la competencia civil autonómica.—Los Letrados catalanes alegaban que la Comunidad, en virtud del art. 129 de su Estatuto (EAC/2006) tiene competencia para legislar en toda la materia civil, con la única salvedad de lo que «en todo caso» se ha reservado el Estado en el art. 149.1.8.^o CE. El Abogado del Estado, por su parte, rechazaba esta lectura recordando que la competencia autonómica no viene definida por esa cláusula sino por las expresiones «conservación, modificación y desarrollo», aplicadas al Derecho civil propio que estuviera vivo —en leyes o costumbres— al entrar en vigor la Constitución de 1978. Esta segunda lectura es la conforme con la doctrina constitucional, como recuerda el Tribunal con cita de expresivos párrafos de sentencias anteriores (STC 88/1993, sobre la ley aragonesa de equiparación de los hijos adoptivos; y STC 31/2010, sobre el Estatuto catalán de 2006) y una conclusión muy clara: «*[C]onforme a doctrina constitucional reiterada, el artículo 129 EAC no atribuye a la Generalitat de Cataluña competencia legislativa ilimitada sobre las materias civiles distintas de aquellas que se reservan “en todo caso” al Estado por el segundo inciso del artículo 149.1.8 CE. Podrá regular estas materias, incluso innovando el Derecho civil catalán existente al tiempo de promulgarse la Constitución, esto es disciplinando ámbitos no normados en él, pero será impres-*

cindible que esa regulación innovadora presente una conexión con dicho Derecho civil especial, pues es la garantía de este ordenamiento jurídico y no otra cosa la ratio de la singularidad civil que se introduce en el primer inciso del artículo 149.1.8 CE» (FJ 3).

3. La propiedad temporal en Cataluña: ¿Regulación *ex novo* o, por el contrario, en «conexión» con el Derecho civil catalán susceptible de conservación, modificación y desarrollo?—El recurso sostenía lo primero mientras que los Letrados catalanes oponían lo segundo. Ambas partes estaban de acuerdo en que la competencia autonómica permite «*disciplinar instituciones civiles no preexistentes en el Derecho civil catalán, siempre claro está que revistan alguna conexión con él*». Pero discrepaban en cuanto a la existencia o no de «conexión» y, en el fondo, también en cuanto a la «configuración y aplicación» de este criterio (FJ 4). Fijada así la controversia, y antes de entrar en detalles, el Tribunal Constitucional realiza tres puntualizaciones clarificadoras. Las dos primeras, generales. La tercera, específicamente referida al caso de Cataluña: (1) «*La competencia legislativa autonómica de desarrollo del Derecho civil propio comprende la disciplina de instituciones civiles no preexistentes, siempre y cuando pueda apreciarse alguna conexión con aquel derecho, criterio de la conexión que [...] debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que si formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan*». (2) «*La institución o principio jurídico integrante de un Derecho civil especial respecto del que se pretenda trazar una conexión que justifique una legislación autonómica innovadora en materia civil, si bien puede estar recogido en cualesquiera normas positivas o consuetudinarias, debe estar vigente al tiempo de promulgarse la Constitución*» (FJ 5). (3) Dado que los Letrados autonómicos no han acreditado, ni intentado acreditar, que al tiempo de aprobarse la Constitución de 1978, hubiera otro Derecho civil catalán que el contenido en la Compilación de 1960 (Ley 40/1960, de 21 de julio), ésta debe ser el referente para verificar si concurre o no la necesaria «conexión» con la nueva propiedad temporal. No obstante, añade, el Tribunal «*interpretará los contenidos de dicha Ley [la Compilación] a la luz de la tradición jurídica catalana reflejada en el proyecto de compilación de 1955 (redactado por la comisión de juristas catalanes nombrada por Orden de 10 de febrero de 1948 y presentado en octubre de 1955), en la precedente Ley de 31 de diciembre de 1945, sobre inscripción, división y redención de censos en Cataluña, en el anteproyecto de apéndice de Derecho catalán al Código civil de 1930 y en la memoria y articulado de las instituciones del Derecho civil de Cataluña que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto de 2 de febrero de 1880, se elaboró en 1882*» (FJ 5).

4. Primer motivo de conexión alegado: El «carácter completo» del Derecho civil de Cataluña.—El Tribunal lo rechaza pues supondría que «*cualquier crecimiento orgánico del Derecho civil catalán quedaría subsumido dentro del concepto constitucional de “desarrollo”*; o, en otros términos «*que la competencia autonómica sobre el Derecho civil, fuera de los temas enunciados en el segundo inciso del artículo 149.1.8 CE, es ilimitada ratione materiae*», algo expresamente rechazado en la STC 31/2010 (sobre el EAC/2006) y, de nuevo, en el FJ 3 de la propia sentencia reseñada (FJ 6).

5. Segundo motivo de conexión alegado: La regulación de la propiedad temporal se vincula al Derecho civil catalán a través del «principio de libertad civil».—La sentencia también rechaza este segundo motivo, tanto para las normas sobre propiedad temporal de carácter supletorio (aplicables en defecto de pacto) como para las imperativas. En cuanto a las primeras (normas supletorias) porque mientras «*el principio de libertad civil autoriza, en los casos en que opera, que los particulares disciplinen sus relaciones jurídicas conforme a su voluntad [...], la esencia de la legislación supletoria es su aplicación precisamente cuando los particulares no hacen uso de su libertad civil para reglamentar sus relaciones jurídicas*» (FJ 7). Además, añade la sentencia, entender otra cosa llevaría a un resultado ya rechazado pues, por esta vía, se acabaría permitiendo a los legisladores autonómicos «desarrollar» su Derecho civil especial regulando supletoriamente «*cualquier institución de Derecho civil patrimonial, salvo la “ordenación de los registros e instrumentos públicos” y “las bases de las obligaciones contractuales”, únicas materias de Derecho civil patrimonial que el artículo 149.1.8 CE atribuye al Estado “en todo caso”*» (FJ 7). En el caso de las normas imperativas tampoco puede aceptarse la alegación de los Letrados autonómicos pues «*estas normas, al ser de derecho necesario y por lo tanto imponerse aun contra la voluntad de los particulares, no presentan ninguna relación de conexión con el principio de libertad civil*» (FJ 7). El rechazo de la conexión de la propiedad temporal con el principio de libertad civil no prejuzga, sin embargo, «*si la autonomía de la voluntad habilita a los particulares para constituir supuestos de “propiedad temporal” y disciplinarlos en virtud de sus acuerdos*». El Tribunal tiene interés en dejar claro que esa «*es una cuestión de estricto Derecho civil*» que queda al margen del recurso, limitado a la controversia competencial (FJ 7).

6. Tercer motivo de conexión alegado: Existencia de «varias figuras jurídicas que, aun no perteneciendo al Derecho de cosas, dan lugar al desenvolvimiento de situaciones temporales de propiedad».—Tampoco se admite a los fines pretendidos. Citaban los Letrados autonómicos a este propósito la sustitución fideicomisaria sometida a plazo o condición (art. 426 CCCat), los legados bajo condición o término resolutorios (art.427-13 CCCat), las donaciones sujetas a condición o a plazo (art. 531-16 CCCat) o a reversión (art. 531-19 CCCat) y el derecho a redimir en la compraventa a carta de gracia (arts. 326 a 328 CCCat). El Tribunal admite que Cataluña podría disciplinar, incluso innovando, las situaciones temporales de propiedad que resultan del desenvolvimiento de esas u otras instituciones civiles propias. «*Ello abre la vía, en lo que aquí interesa, a que el legislador catalán sea competente para normar ciertas manifestaciones de “propiedad temporal”*» (FJ 8), como se admitió en la STC 88/1993 (equiparación de hijos adoptivos en Aragón). Sin embargo, la normativa ahora impugnada no se ciñe a ese cometido sino que «*desligándose absolutamente de ese criterio de conexión con tales instituciones, incorpora al Código civil de Cataluña reglas sobre la constitución abstracta —no en el contexto del funcionamiento de otra institución— de la “propiedad temporal”*» (FJ 8).

7. Cuarto y último motivo de conexión alegado: Relación entre la propiedad temporal impugnada e «instituciones jurídico reales propias del Derecho civil especial de Cataluña, como son el derecho de propiedad, la enfiteusis y el derecho de superficie». La enfiteusis como ancla de salvación.—Aunque este último motivo será el que, a la postre, conduzca a la

desestimación del recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal empieza recordando que no existía un régimen catalán de la propiedad vigente al aprobarse la Constitución española. Tal régimen no llegó a incluirse en la Compilación de 1960. Tampoco cabe concluir lo contrario acudiendo a los antecedentes de ésta (Proyecto de 1955, Anteproyecto de Apéndice de 1930, Articulado de las Instituciones De Derecho civil de Cataluña de 1882). Con algunas salvedades que la sentencia identifica, *«los derechos reales no están entre las instituciones que integraban el Derecho civil especial de Cataluña vigente al tiempo de promulgarse la Constitución española, pues ni aparecían contemplados en la Ley 40/1960 ni tampoco estaban presentes en los previos intentos de codificación de dicho Derecho civil especial»* (FJ 9). Ahora bien, como se ha indicado, hay salvedades. Entre ellas se cuenta la enfiteusis, única de las tres relaciones jurídico-reales mencionadas por los Letrados autonómicos que *«preexistía en el Derecho civil especial de Cataluña al tiempo de promulgarse la Constitución Española de 1978»* (FJ 9). Esta será a la postre el ancla de salvación de la competencia catalana para introducir el nuevo régimen de la propiedad temporal.

Tras un detallado análisis de ambas instituciones, el Tribunal concluye que la enfiteusis (vigente al tiempo de promulgarse la Constitución) es, como la propiedad temporal, una forma de propiedad dividida: *«Mientras [en la enfiteusis] la propiedad aparece desagregada en dominio directo y dominio útil, en la propiedad temporal son dueños a un mismo tiempo el titular actual y el titular sucesivo»* (FJ 10). Con esta base, sólo queda precisar si la normativa impugnada es «conservación», «modificación» o «desarrollo». Las dos primeras opciones deben descartarse *«pues ha quedado claro que [la propiedad temporal] es una figura jurídico real que no estaba regulada [en el Derecho civil catalán] al promulgarse la Constitución»* (FJ 10). Ahora bien, la propiedad temporal *«constituye [...] una actualización a las necesidades presentes de acceso a la vivienda de un principio preexistente en dicho ordenamiento, cual es la utilización de fórmulas de dominio dividido para facilitar el acceso a la propiedad. Por esta razón la regulación recurrida debe calificarse, conforme a nuestra doctrina, como un supuesto de crecimiento orgánico del Derecho civil especial de Cataluña que resulta amparado por la competencia atribuida al legislador autonómico para el “desarrollo” de su Derecho civil especial»* (FJ 10).

8. Coda: La sustitución fideicomisaria como base complementaria del «crecimiento orgánico», por vía de «desarrollo», del Derecho civil catalán.—Aunque la enfiteusis bastaría, el Tribunal añade una referencia a otra institución catalana —la sustitución fideicomisaria— que *«también presenta [...] en su configuración conceptual y normativa ciertos principios que informan igualmente la disciplina de la “propiedad temporal” impugnada»* (FJ 11). Sería una suerte de ancla de refuerzo. La sustitución fideicomisaria, que estaba vigente al tiempo de promulgarse la Constitución, *«determina que, durante la pendencia del fideicomiso, las facultades dominicales sobre los bienes hereditarios aparezcan de algún modo divididas»* (FJ 11). A la vista del régimen de la propiedad temporal introducido en el CCCat por la Ley 19/2015 *«cabe afirmar que ambas instituciones, responden a un mismo principio jurídico, consistente en hacer posible que el propietario inicial pueda desagregar su derecho de dominio, confiriendo a dos sujetos distintos una pars domini, lo cual en ambos casos se manifiesta mediante la coexistencia de un titular actual y otro sucesivo, asistiendo al primero los poderes del*

propietario pero condicionados por la posición jurídica del titular sucesivo, que tiene derecho a convertirse en propietario del bien al producirse la circunstancias determinada en el acto constitutivo» (FJ 11). De este modo, también por referencia a la sustitución fideicomisaria, la propiedad temporal aparece como un supuesto de «crecimiento orgánico del Derecho civil especial de Cataluña [...] amparado por la competencia atribuida al legislador autonómico para el “desarrollo” de su Derecho civil especial» (FJ 11).

STC 104/2017, 18 de septiembre.

RA: Estimado.

Ponente: Montoya Melgar.

Conceptos: Tasas judiciales. Recurso de apelación. Inadmisión. Efectos retroactivos de la sentencia que las declara inconstitucionales. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a los recursos.

Preceptos de referencia: Art. 24 CE. Art. 8.2 de la Ley 10/2011. Art. 231 LEC.

El Tribunal Constitucional reitera su doctrina jurisprudencial dictada en supuestos muy similares y recuerda que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto que operaba como requisito de admisión de los recursos –pago de la tasa–, aun cuando fuera aplicado por los órganos judiciales cuando estaba vigente, vulnera igualmente el derecho de acceso a los recursos (art. 24.1 CE), toda vez que actualiza la misma vulneración que apreciamos en la norma en la que tienen su fuente. Pueden verse también, de este mismo año, las sentencias 40 (24 de abril), 70 (5 de junio), 74 (19 de junio), 83 (3 de julio) y 84 (3 de julio).

1) Antecedentes del caso.—La Audiencia Provincial considera que un recurso de apelación interpuesto por una mercantil que intervino en el curso de un proceso concursal como acreedor de la concursada, debe ser inadmitido por efecto del artículo 8.2 de la Ley 10/2012, que determina la preclusión del acto procesal si no se subsana la falta de aportación del justificante de pago de la tasa que consideran correctamente calculada.

La recurrente en amparo solicita aclaración y subsanación de errores y, siendo desestimada su petición, promueve incidente de nulidad de actuaciones por entender que se ha producido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión ex artículo 24.1 CE desde la perspectiva del derecho de acceso al recurso, ya que la autoliquidación de la tasa se había realizado efectivamente, tal y como preceptúa el artículo 8.2 de la Ley 10/2012, resultando aplicable en este caso la base imponible de la tasa correspondiente a los procedimientos de cuantía indeterminada.

2) Alegaciones ante el Tribunal Constitucional.—Agotada la vía jurisdiccional ordinaria, el demandante en amparo alega vulneración del derecho de acceso a los recursos (art. 24.1 CE), ya que el órgano judicial entendió incumplido el requisito previsto en el art. 8.2 Ley 10/2012, al equiparar el incumplimiento total de la liquidación de la tasa judicial (previsto legalmente) con un incumplimiento parcial de la obligación de liquidación de la tasa judicial (no previsto en el art. 8.2 Ley 10/2012), sin apoyo legal y en contra

de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la normativa de desarrollo del artículo 8.2 de la Ley 10/2012. Adicionalmente, alega y reproduce la nueva doctrina constitucional de la STC 140/2016, de 21 de julio, que declara inconstitucional y nula la cuota variable de las tasas judiciales para las personas jurídicas (art. 7.2 de la Ley 10/2012) por vulnerar el derecho de acceso a la jurisdicción y a los recursos (art. 24.1 CE).

La representación procesal de la concursada solicitó la denegación del amparo por considerar, de un lado, que la cuantía del recurso de apelación no era indeterminada y, de otro, que no concurre ninguna de las lesiones constitucionales aducidas por la demandante de amparo.

El Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento del amparo, ya que la norma cuyo incumplimiento impidió el acceso al recurso (arts. 7.1 y 7.2 de la Ley 10/2012: cuota fija y variable de la tasa judicial por el recurso de apelación civil para personas jurídicas) ha sido declarada inconstitucional y nula en la STC 140/2016, de 21 de julio. Añade que en el fundamento jurídico 15 de la referida Sentencia se estableció la eficacia *ex tunc* de tal nulidad, limitada a los supuestos en los que no se tuvo acceso al recurso, como el supuesto aquí enjuiciado. Por lo demás, entiende que, aunque no se hubiera declarado la nulidad del artículo 7.1 y 2 de la Ley 10/2012, procedería igualmente el otorgamiento del amparo atendiendo al canon de constitucionalidad del derecho fundamental de acceso al recurso.

3) Posición del Tribunal.—El Tribunal Constitucional reitera la doctrina jurisprudencial de anteriores sentencias dictadas en asuntos prácticamente idénticos, en el sentido de que *«habiéndose pronunciado el Tribunal sobre la inconstitucionalidad de los preceptos reguladores de las tasas judiciales de acceso a la apelación civil para las personas jurídicas, aplicados a la recurrente, se deberá concluir que el acto de aplicación de dicha normativa —a la que atendieron los órganos judiciales por estar entonces vigente— actualiza la misma vulneración que apreciamos en la norma en la que tienen su fuente, por vulnerarse el derecho de acceso a los recursos (art. 24.1 CE)»*. Por tal motivo, El Tribunal aprecia la vulneración del art. 24.1 CE, en su vertiente de acceso a los recursos.

STC 105/2017, de 18 de septiembre.

RA: Desestimado.

Ponente: Valdés Dal-Ré. Voto particular discrepante del propio ponente.

Conceptos: Apertura de sucesión testamentaria. Acción de filiación. Partición hereditaria. Principio de legalidad. Principio de irretroactividad de disposiciones sancionadoras. Igualdad ante la ley. Discriminación de hijos extramatrimoniales.

Preceptos de referencia: Arts. 9, 14 y 39 CE. Arts. 657 y 989 del Código Civil.

El derecho de sucesiones puede resultar fascinante por muy diversos motivos. Para algunos, refleja como ninguna otra parcela del derecho privado el carácter sistemático, casi hasta lo escrupuloso, del antiguo derecho romano, de suerte que todas las distintas instituciones sucesorias se complementan entre sí, y encajan como si de un puzle infantil se tratara. Está, además, la cautivadora circunstancia de que el ámbito de las sucesiones comienza de igual manera que cualquier novela negra que se precie: con un muerto.

En el caso que ahora nos ocupa, el problema no será tanto el quién o el cómo de la muerte, sino más bien el cuándo. Efectivamente, el causante de la sucesión, y también y de alguna manera de los muchos problemas que estarían por venir, falleció el 23 de enero de 1978, más de once meses antes de que entrara en vigor la Constitución Española (que lo hizo el 29 de diciembre de 1978, con la consabida intención de evitar el solemne, pero también jocoso, día de los inocentes). A estas dos fechas hay que sumar una tercera para completar nuestro particular recorrido cronológico: el 11 de noviembre de 2008, fecha en la que Flora Conde Sánchez fue declarada hija biológica de Enrique Iglesias Barbeito en virtud de sentencia judicial.

A estas alturas, bien podrá el lector intuir cuáles son los derroteros personales, y también judiciales, que siguieron a la declaración de paternidad de la actora: reclamar a los hijos matrimoniales de Don Enrique la parte legítima que en la herencia de su común padre le hubiera de corresponder, en tanto que habría resultado preterida intencionadamente en el testamento que éste otorgó en su día. Ante la negativa de los tres hijos matrimoniales del causante, interpuso la correspondiente demanda civil.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ordes desestimó la demanda. El fundamento de la sentencia no era otro que la literalidad de la Disposición Transitoria Octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en la cual se establece que las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor de tal Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación.

La Audiencia Provincial de A Coruña no sólo confirmó la desestimación acordada por el Juzgado de Instancia sino que añadió un argumento no menor, impregnado en realidad de lógica formal: la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, consagrada en el artículo 9.3 de la Constitución, no puede interpretarse *a sensu contrario*, de una manera directa y desentendida, para pretender que la Constitución garantice, igualmente, la retroactividad de las disposiciones que sí sean favorables.

Finalmente, el Tribunal Supremo confirmó las sentencias anteriores, concluyendo categóricamente que si la sucesión se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, y si los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (657 CC), momento en el que también se adquieren tales derechos tras la correspondiente aceptación de la herencia (989 CC), entonces la conclusión es clara: ningún derecho sucesorio puede reclamar la actora. Ello es así en la medida en que su posición jurídica es necesariamente la establecida por el Código Civil en la redacción preconstitucional, en la que se declaraba que tan sólo los hijos naturales y legalmente reconocidos podían reclamar la legítima en la sucesión de sus antecesores y causantes.

La recurrente en amparo ante el Tribunal Constitucional pretende que le sean reconocidos los derechos sucesorios que, en tanto que hija –y sin ninguna otra calificación– le corresponderían en la herencia de su padre, al entender que tales derechos no pueden verse limitados por una normativa anterior y contraria a la Constitución, pues ello supondría, en puridad, vulnerar el principio de aplicación directa del texto constitucional, y en concreto, de su artículo 14. Por otro lado, los demandados en los anteriores procesos judiciales atacaron de raíz este planteamiento, alegando que el principio de igualdad y no discriminación por razón de nacimiento al que se refiere la actora le fue

plenamente reconocido con la estimación de su acción de filiación, pero lo que ahora pretende es, más bien, extender dicho reconocimiento a unos derechos sucesorios que eran regulados por una ley distinta, y anterior, a la Constitución. El Ministerio Fiscal ante el Tribunal Constitucional planteó de una manera clara y directa los términos del debate: «*si debe ceder ese valor de seguridad (jurídica) para garantizar la no discriminación*».

El Tribunal Constitucional comienza su análisis del caso recordando dos cuestiones, quizá menores pero desde luego no irrelevantes. La primera es que no se está enjuiciando si el testamento otorgado en su día por el causante conculcó el derecho a la igualdad de la actora (algo por otro lado, cronológicamente imposible), sino más bien, si tal conculcación se produjo por la acción posterior de los tribunales, que no reconocieron en tal otorgamiento una preterición que debió ser enmendada judicialmente. La segunda, es la peculiaridad de no encontrarnos en este caso ante un conflicto entre dos derechos fundamentales o libertades públicas, sino más bien entre un principio constitucional, como es la seguridad jurídica, y el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación.

Es desde este marco –y sobre todo desde la primera cuestión anterior– donde el Tribunal articula su razonamiento, condensado en el Fundamento de Derecho Cuarto. Así, entiende que la solución asumida por el Tribunal Supremo –y por todas las instancias anteriores– señalando que la sucesión se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española y que eran de aplicación, entonces, las disposiciones transitorias que al respecto establecía la reforma de 1981 del Código civil –y por tanto y por referencia, la legislación contenida en el Código Civil en su meritado artículo 807–, no puede entenderse expresiva de una discriminación por razón de nacimiento.

Ello es así porque tal interpretación judicial no supuso «*sino solo [...] la expresión lógica de las consecuencias de un criterio legal sobre la ley rectora de la sucesión y de un parámetro de transitoriedad normativa fijado en 1981, ya en época constitucional. No existe, dicho de otro modo, una aplicación e interpretación judicial que desvele una discriminación selectiva por razón de nacimiento, habiéndose limitado las resoluciones ahora recurridas a aplicar los criterios de sucesión y transitoriedad normativa, legalmente prescritos; pautas legales que regulan sin distinción subjetiva, y solo por razones temporales, la materia, sin contener criterios o parámetros adicionales –fundados en el nacimiento– que diferencien entre sujetos afectados por las mismas circunstancias [...]*».

No hay por tanto discriminación posible en una interpretación judicial sobre la aplicación de una norma basada en estrictos criterios temporales, sin que quepa entender que la eficacia directa o indirecta de la Constitución haya quedado viciada o dañada. Estrictamente, el Tribunal Supremo se limitó a aplicar la ley que se encontraba vigente en el momento en que se consumaron los hechos de los cuales dimanaban las consecuencias jurídicas pretendidas por la actora.

Al fallo desestimatorio le sigue un voto particular, suscrito por el mismo magistrado al que se encomendó la ponencia. No debe omitirse, por oportuna, una crítica a una forma de proceder cada vez más extendida en los Altos Tribunales: el abstenerse de declinar la ponencia a pesar de no compartir el parecer mayoritario (203 LEC, 80 LOTC), y, aun así, formular voto particular discrepante.

Entiende Fernando Valdés Dal-Ré que la particularidad de este caso no fue suficientemente atendida, y que, de haberlo sido, el fallo del Tribunal

bien podría haber sido distinto. Para el catedrático, tal circunstancia particular es el hecho no ya del otorgamiento del testamento, sino más bien del reconocimiento de la paternidad que logró la actora en 2008, y que se produce, por tanto, una vez aprobadas tanto la Constitución como la Ley de 1981. Así, las sentencias recaídas en los Tribunales civiles, al desatender el dato de que el reconocimiento de la filiación se produjo ya en periodo constitucional, habrían dispensado un tratamiento discriminatorio no directo, sino indirecto; pero en cualquier caso conculcador del artículo 14 de la Constitución Española, lo que debería haber conducido a estimar el amparo.

Y para concluir, volvemos al punto donde comenzamos: cómo la literatura se parece a la vida...o la vida a la literatura. Es probable que, con las mismas u otras palabras, el causante en esta sucesión, Don Enrique, tuviera en mente la cita de *El caso de los anónimos* de Agatha Christie: «*En la vida de todos hay capítulos ocultos que se espera nunca puedan ser conocidos*». Lo que seguro no podría imaginar era que, cuatro décadas después, esos capítulos serían leídos y releídos por un Juzgado, un Tribunal Provincial y dos Altos Tribunales, y que tan sólo la contingencia que siempre rodea a cuándo se produce el *exitus* de este mundo, salvaría a sus hijos de tener que repartir sus bienes...con quien después de todo, también era su hija.

STC 133/2017, 16 de noviembre.

RI: Impugnación de diversos preceptos de la Ley 2/2006 de Derecho civil de Galicia. Estimación. Se declaran inconstitucionales y nulos el título II (arts. 27 a 41), relativo a la adopción, y el título III (arts. 42 a 45), relativo a la autotutela, de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

Ponente: Montoya Melgar. Votos particulares discrepantes de Xiol Ríos y, conjunto, de Conde-Pumpido, Valdes Dal-Ré y Balaguer Callejón.

Conceptos: Derecho civil gallego. Competencias estatales y autonómicas en materia civil. Adopción y autotutela. Interpretación y posibles lecturas de las expresiones «conservación», «modificación» y «desarrollo» del art. 149.1.8.ª CE.

Preceptos de referencia: Art. 149.1.8.ª CE y arts. 27 a 41 y 42 a 45 de la Ley 2/2006 de Derecho civil de Galicia.

El recurso, interpuesto por el Presidente del Gobierno, pretende la declaración de nulidad de diversos preceptos de la Ley gallega 2/2006 de Derecho civil de Galicia, concretamente los que regulan las instituciones de la adopción y la autotutela, por infringir la distribución de competencias en materia civil prevista en el art. 149.1.8.ª CE. En síntesis, se argumenta que los artículos impugnados «*suponen una regulación general y exhaustiva de dos instituciones, la adopción y la autotutela, que carecen de antecedentes en el Derecho civil gallego y no guardan conexión alguna con instituciones propias de esta legislación civil, de modo que dicha regulación no puede considerarse una conservación, modificación o desarrollo del Derecho civil propio, con el alcance que a tales expresiones ha otorgado la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional (al respecto, SSTC 121/1992, de 28 de septiembre; 182/1992, de 16 de noviembre; 88/1993, de 12 de marzo; 156/1993, de 6 de mayo, y 226/1993, de 8 de julio)*» (FJ 1). Aunque la Ley 2/2006 fue reformada por la Ley 3/2011, de apoyo a la familia y la convivencia en Galicia, tal

reforma no afectó al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la primera.

A los argumentos del gobierno español, el Parlamento y la Xunta de Galicia oponen su competencia para «desarrollar» el Derecho civil gallego «siendo la adopción de los menores una costumbre arraigada en su territorio foral» y «subrayando igualmente la estrecha conexión existente entre la institución de la autotutela y sus normas civiles sobre la protección de la persona y de su patrimonio» (FJ 5).

1) Doctrina del Tribunal Constitucional en torno a las competencias en materia civil.—Existe ya un importante corpus doctrinal del propio Tribunal y la sentencia hace una síntesis del mismo para enmarcar adecuadamente el debate. El punto de partida, como es notorio, es la declaración de que la competencia exclusiva en materia civil corresponde al Estado. A ese punto de partida se añadiría, como «límite», el respeto a las competencias de ciertas Comunidades Autónomas para conservar, modificar y desarrollar su Derecho civil propio. Se trataría de lo que la STC 88/1993, optando por una lectura entre las varias posibles, describió como «*garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política*».

La sentencia ahora reseñada cita asimismo otro importante párrafo de la STC 88/1993 sobre la debatida expresión «*en todo caso*» del art. 149.1.8.^a CE: «*La ulterior reserva al Estado, por el mismo artículo 149.1.8, de determinadas regulaciones “en todo caso” sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinda aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquél –vale reiterar– la Constitución le atribuye ya la “legislación civil”, sin más posible excepción que la “conservación, modificación y desarrollo” autonómico del Derecho civil especial o foral. El sentido de esta (por así decir) segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno; y ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del artículo 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho*» (FJ 4 STC 133/2017). De nuevo una lectura entre las posibles, con la que el Tribunal quiere desautorizar la lectura según la cual lo «*en todo caso*» reservado al Estado sería (junto al método o *modus operandi*: paso a paso, sin saltos) el único límite real a las competencias civiles autonómicas.

Con esas premisas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido definiendo el alcance de los términos «*conservación*», «*modificación*» y «*desarrollo*». «*Hemos de subrayar que en la misma STC 88/1993, tuvimos oportunidad de perfilar los conceptos de conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales a los que se refiere la norma constitucional citada. A este respecto afirmamos que el concepto constitucional de “conservación” permite “la asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial (STC 121/1992, fundamento jurídico 1) ... Lo que la Constitución permite es la ‘conservación’, esto es el mantenimiento del Derecho civil propio, de modo que la mera invocación a los preceden-*

tes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de lo dispuesto en el artículo 149.1.8. CE” (FJ 2). Igualmente apuntamos que “modificación” puede implicar no sólo la alteración y reforma del Derecho preexistente, sino, incluso, de las reglas contenidas en el mismo. Por último, y por lo que atañe al “desarrollo del derecho civil propio” advertimos que “permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de ‘modificación’. El ‘desarrollo’ de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada ratione materiae dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE., por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar” (FJ 3)» (FJ 4, STC 133/2017).

2) Regulación de la adopción. Falta de competencias.—La sentencia aborda en primer lugar la institución de la adopción. El Tribunal Constitucional ha admitido en varias ocasiones que las costumbres civiles pueden ser elevadas a la condición de ley y por tanto constituyen base adecuada para la actividad normativa de los parlamentos autonómicos con competencias civiles. Pero, en este caso, se pone en cuestión la existencia misma de tal base. Lo que se discute en el recurso *«no es la competencia de Galicia para convertir en leyes sus costumbres –que indudablemente la tiene–, sino si las instituciones jurídicas que pretende convertir en objeto de norma legal, es decir, en Derecho escrito legislado, pertenecen o no a su Derecho consuetudinario»* (FJ 5). Para poder desarrollar de este modo el Derecho civil propio, la costumbre debía existir y estar viva al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, correspondiendo la carga de la prueba a la Comunidad Autónoma. *«La validez de las normas objeto de este recurso depende de que la Comunidad Autónoma pueda identificar una costumbre asentada en su Derecho civil, efectivamente existente en su territorio ya en 1978 y subsistente en el momento de la aprobación de la ley, o bien otra institución, consuetudinaria o no, diferente a la regulada pero “conexa” con ella, de manera que pueda servir de base para apreciar un “desarrollo” de su Derecho civil foral o especial»* (FJ 5 STC 133/2017).

Los defensores de la competencia gallega aportaron argumentos en tal sentido, presentando diversas instituciones tradicionales que podrían servir de base para una regulación de la adopción (*«apelan a instituciones tales como el prohijamiento de los expósitos, las casas de adopción, los afillamientos, la compañía familiar gallega, la aparcería agrícola, el petruicio y los muiós, destacando su incidencia sobre las relaciones familiares»*, FJ 6 STC 133/2017). Sin embargo, en su sentencia, el Tribunal Constitucional considera que tales instituciones son básicamente de carácter patrimonial o se conectan con funciones asistenciales más relacionadas con el Derecho administrativo que con el civil. La conclusión del Tribunal es que *«no se ha*

acreditado de forma fehaciente por las partes interesadas, la existencia de costumbres relativas a una forma específica de adopción u otra institución similar, en el territorio gallego al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución» (FJ 6 STC 133/2017).

3) Regulación de la autotutela. Falta de competencias.—La mismas razones aplicadas a la adopción son las que llevan al Tribunal a rechazar la competencia civil gallega en materia de autotutela. La sentencia aprecia *«falta de conexión con las tradicionales y arraigadas instituciones familiares y sucesorias de Galicia»* (FJ 7) y añade una consideración de carácter más general: *«La figura de la autotutela se basa en el principio de autonomía de la voluntad, pues permite al individuo, en previsión de una eventual incapacidad, dejar designado libremente quién desea que ejerza el cargo de tutor de su propia persona. Se trata, en consecuencia, del ejercicio de uno de los derechos que presiden todo el ordenamiento jurídico —y desde luego el civil— cuál es el del libre desarrollo de la personalidad, pero que no se encuentra reflejado en ninguna especialidad del ordenamiento jurídico gallego. Aunque éste prevé un sistema sucesorio (arts. 209 a 213 de la Ley 2/2006), e incluso especiales disposiciones testamentarias a favor de las personas que cuidaron del testador (arts. 203 y 204 de la Ley 2/2006), ninguno de ellos puede rectamente considerarse un instrumento de autoprotección de la persona, a los que la autotutela venga a sumarse con un natural encaje, como facultad del individuo de autogestionar sus propios intereses»* (FJ 7).

4) Alcance de la declaración de inconstitucionalidad.—La inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de las normas impugnadas obliga al Tribunal a fijar su alcance temporal con referencia a los actos anteriores. Como en otras ocasiones, opta por dejarlos a salvo de acuerdo con el principio de seguridad jurídica: *«Nuestro pronunciamiento de inconstitucionalidad de los artículos 27 a 41 de la Ley 2/2006 no afectará a las adopciones que sean firmes en la fecha de publicación de esta Sentencia, pues el principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 CE, aconseja limitar los efectos de esta resolución a aquellos procesos de adopción que se encuentren en curso (los cuales deberán adecuarse a los dictados de las normas civiles del Derecho común y a las procesales de carácter estatal) además, lógicamente, de a los que se inicien con posterioridad a dicha publicación»* (FJ 8 STC 133/2018). *«La limitación temporal pro futuro de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad también se producirá en relación con el título III de la Ley 2/2006 (arts. 42 a 45), relativo a la autotutela. Este Tribunal entiende, siendo respetuoso con las libertades individuales, que la persona que, con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, haya otorgado en escritura pública cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor bajo la vigencia de los artículos 42 a 45 de la Ley 2/2006, no debe verse afectada por esta Sentencia (STC 82/2016, de 28 de abril)»* (FJ 8 STC 133/2017).

5) Votos particulares.—A menudo el sentido de una sentencia se entiende mejor a partir de los votos particulares que expresan los puntos de discrepancia de quienes han quedado en minoría. Para valorar algo o a alguien no sólo es bueno saber qué ha escogido sino también qué ha rechazado. Esa es otra de las funciones que, *de facto*, cumplen los votos particulares. Así sucede en este caso con el extenso y minucioso voto del magistrado Xiol

Ríos, alineado con los que ya formuló en 2016 en varias sentencias sobre el Derecho civil valenciano. Con independencia de los detalles y de los concretos argumentos acerca de las competencias sobre adopción y autotutela, en él se manifiesta una importante discrepancia de fondo respecto al rumbo que está tomando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con el art. 149.1.8.^a CE.

En este sentido, el voto particular reprocha a la sentencia de la mayoría *«una actitud formalista poco acorde con la interpretación evolutiva del texto constitucional [que] amenaza con interrumpir un proceso enraizado en la tradición y la evolución del Derecho privado en España»* (sub apartado 1, *«La evolución del Derecho privado en España con arreglo a la realidad social»*). *«El Derecho civil foral no puede ser concebido como una serie más o menos residual de normas e instituciones aisladas y asistemáticas, sino como un sistema normativo dotado de la sistematización y conexión interna y de la completitud propias de un ordenamiento que tiene además constitucionalmente reconocida la posibilidad de determinar sus específicas fuentes de producción normativa»* (ibidem). Al asumir la *«falta de competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia para legislar todo lo que exceda del derecho foral compilado en 1963 o aquellas normas consuetudinarias cuya vigencia a la entrada en vigor de la Constitución no resulte probada»*, el Tribunal habría optado por una lectura que *«se compadece mal con una norma constitucional competencial cuya finalidad es la promoción e impulso de un ejercicio dinámico a las comunidades autónomas con Derecho civil propio de la competencia legislativa civil reconocida en el artículo 149.1.8 CE»* (ibidem).

El voto particular, con una perspectiva histórica alejada de la mayoría, considera que *«desde principios del siglo XIX ha existido acuerdo para impulsar la conservación y el desarrollo de las peculiaridades jurídico-civiles regionales»* (sub apartado 2. *El impulso histórico de los sistemas de Derecho civil*). Es también esta una lectura entre varias posibles. Quizá sería más ajustado decir en que, desde principios del siglo XIX, cuando se empieza a construir la moderna idea de nación con la Constitución de Cádiz, no se alcanzó acuerdo de fondo alguno. Simplemente se constató la impotencia de las fuerzas en conflicto. Nadie tuvo en aquel momento fuerza suficiente para imponer sus deseos. El equilibrio se plasmó de este modo en textos que ambas partes, pero sobre todo la que deseaba la unificación, esperaban poder interpretar o corregir en el futuro *pro domo sua*. No parece que hubiera un acuerdo para *«impulsar»* los Derechos civiles regionales. El acuerdo, si lo hubo, fue por resignación impotente. Finalmente, como es notorio, la crónica de la codificación civil española fue la crónica, si no de un fracaso, sí al menos de un éxito no pleno. No se puede hablar del Código Civil Español sin añadir importantes explicaciones, que en cambio son innecesarias cuando se trata de códigos civiles como el francés, el alemán o el italiano. No obstante, decir que *«el sistema de compilaciones excluyó todo sacrificio o limitación de los derechos civiles forales»* (ibidem) quizá no sea una descripción del todo neutra de la realidad. Como quiera que sea, esa es la idea que expresa con nitidez el voto particular: *«A mi juicio, es evidente, pues, que la constante intención del legislador en materia civil ha sido el reconocimiento y la consolidación definitiva de la realidad foral»* (ibidem). Con esa base, y no sin recordar que la Constitución no solo reconoce la existencia de regiones sino también de *«nacionalidades»*, se propone la siguiente lectura del art. 149.1.8.^a CE: *«En primer lugar, una regla general, consistente en declarar*

que la legislación civil es competencia exclusiva del Estado en todas aquellas Comunidades Autónomas que carezcan de Derecho civil propio. Una segunda regla de salvaguarda, que declara que es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, su conservación, modificación y desarrollo. Por último, una regla de reserva final, que establece que [ni] tan siquiera las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio (“en todo caso”) pueden legislar sobre [ciertas materias] competencia exclusiva del Estado» (sub apartado 3, «Los sistemas de Derecho civil y la Constitución»).

El voto particular, aun sin usar esta expresión, parece reprochar a la mayoría una cierta *involución* contraria a la propia doctrina del Tribunal: «Creo que la Sentencia de la que ahora disiento, contribuye a la falta de uniformidad de la jurisprudencia constitucional en materia de legislación civil, pues ha modificado la inteligencia del precepto constitucional contenido en el artículo 149.1.8 CE, dificultando la coexistencia de los distintos derechos civiles existentes en el territorio español» (sub apartado 4, «La jurisprudencia del Tribunal sobre la evolución de los sistemas de Derecho civil»). Desde sus inicios, explica el voto, el Tribunal habría «dibujado un sistema interpretativo en el que la conexión con las materias contenidas en las antiguas compilaciones debe ser considerada como orgánica, es decir, referida al conjunto del ordenamiento a comparar y no a una concreta institución civil» (*ibidem*). Esa doctrina, sin embargo, habría quedado «alterada» con la aplicada por la mayoría a la normativa gallega sobre adopción y autotutela.

A juicio del magistrado discrepante, «la exigencia de prueba de la costumbre, en caso de ser necesaria, lo sería para la conservación del Derecho civil existente, pero no para el desarrollo del mismo» y, en cualquier caso, «existen datos suficientes que revelan la existencia de usos o costumbres practicados en este territorio de una figura análoga a la adopción, concretamente, del *afillamento*» (sub apartado 5: «El sistema de Derecho civil gallego y la regulación de la adopción»). Por ello, concluye el voto particular, «la adopción, tal como está regulada en las normas impugnadas, cumple sobradamente el canon de su necesaria conexión orgánica con las instituciones recogidas en el Derecho civil propio de Galicia» (*ibidem*). Lo mismo sucedería con la regulación de la autotutela, institución indudablemente civil (sub apartado 6, «El sistema de Derecho civil gallego y la regulación de la autotutela»). En línea con lo dicho en sentencias anteriores sobre instituciones reguladas en leyes aragonesas (adopción, STC 88/1993) y catalanas (propiedad temporal, STC 95/2017), el voto particular entiende que: «En el caso de Galicia el Tribunal debió afirmar, *mutatis mutandis*, que, si se admite que la adopción y la autotutela no suponen la conservación o modificación de instituciones presentes en el Derecho civil gallego al promulgarse la Constitución, constituyen una actualización a las necesidades presentes de protección de la familia y la persona preexistente en dicho ordenamiento y, por ello su regulación debe calificarse sin género alguno de dudas como un supuesto de desarrollo orgánico del Derecho civil gallego amparado en el artículo 149.1.8 CE» (sub apartado 6, «El sistema de Derecho civil gallego y la regulación de la autotutela»).

Finalmente, contra el sentido general de su voto, el magistrado discrepante entiende que la Comunidad Autónoma no debió incluir normas procesales por no haber especialidad alguna que las justificara; y tampoco considera ajustada a la distribución de competencias, en este caso con referencia a la

materia notarial y registral, la previsión de designación de tutor en escritura pública (*sub* apartado 7, «Aspectos procesales y registrales»).

En otro voto particular, los magistrados Conde-Pumpido, Valdés y Balaguer expresan también su discrepancia con la mayoría. A su juicio, el recurso del Gobierno «no debió ser estimado íntegramente, sino solo en parte, declarando inconstitucionales y nulos únicamente los preceptos impugnados que contienen normas procesales». Bastará transcribir un párrafo: «Teniendo en cuenta la doctrina establecida sobre el alcance de las competencias autonómicas en la reciente STC 95/2017, de 6 de julio, referida a la regulación contenida en el Código civil de Cataluña sobre la propiedad temporal y la propiedad compartida (Sentencia que, por cierto, no se menciona en parte alguna de la Sentencia objeto de mi disenso), por simple coherencia este Tribunal debía haber reconocido igualmente a Galicia la competencia para regular las instituciones de la adopción y la autotutela. En efecto, baste recordar que en la STC 95/2017 se reconoció la competencia de Cataluña para regular las figuras jurídicas de la propiedad temporal y la propiedad compartida por su conexión con la enfiteusis y la sustitución fideicomisaria, conexión que en absoluto es más fuerte que la que presentan las instituciones de la adopción y la autotutela con determinadas figuras tradicionales del derecho gallego, a las que ya me he referido». De acuerdo con el voto, no sólo tendríamos en España una solución asimétrica al problema de la pluralidad de Derechos civiles (no todas las Comunidades ostentan competencia civil y, entre éstas, no todas ostentan la misma), sino que incluso el propio Tribunal Constitucional estaría aplicando o –como prudentemente precisa el voto– exponiéndose a «generar la impresión» de que se aplican «distintas varas de medir cuando examina las conexiones de las legislaciones autonómicas en materia civil con las instituciones consuetudinarias de los territorios con Derecho civil foral o especial».

STC 144/2017, 14 de diciembre.

RI: Estimado. Inconstitucionalidad de la Ley Foral Navarra 24/2014, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra.

Ponente: Montoya Melgar.

Conceptos: Asociaciones. Regulación autonómica de asociaciones de consumidores de cannabis. Incidencia sobre legislación penal estatal.

Competencia exclusiva estatal sobre legislación penal, productos farmacéuticos y seguridad pública. Competencia autonómica sobre asociaciones.

Preceptos de referencia: Arts. 22 y 149.1. 6.ª, 16.ª y 29.ª CE. Ley Foral Navarra 24/2014.

El consumo de sustancias estupefacientes, con todas las actividades que lo preceden (cultivo, almacenamiento, distribución, tráfico...) y las consecuencias que de él se derivan, constituye un asunto de marcado interés público que lo hace acreedor de numerosos recursos públicos, variados instrumentos normativos destinados a su prevención y represión y políticas públicas de diversa índole. Si bien es cierto que existe un amplio consenso acerca del peligro que encierra tal actividad (afectación a la salud pública, comisión de actividades criminales...), no se puede obviar que el consumo de ciertas sustancias (que podríamos calificar como «drogas blandas» o, en términos lega-

les, «sustancias que no causan grave daño a la salud») goza de una creciente aceptación social.

En el marco de esta aceptación social progresiva se sitúa la reciente proliferación de las conocidas como asociaciones de consumidores de cannabis o, más coloquialmente, «clubes de cannabis» que han venido ocasionando numerosos debates jurídicos dado el elevado riesgo que existe de que acaben amparando actividades prohibidas. Es lo que sucede con la sentencia que nos ocupa en la que se efectúa un análisis de una normativa autonómica reguladora de estos clubes desde la perspectiva competencial ante el peligro de que su contenido pueda acabar favoreciendo y tolerando la comisión de conductas delictivas.

Concretamente, se analiza la constitucionalidad de la totalidad de la Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra (en adelante, Ley Foral 24/2014). Dicha norma tiene por objeto la regulación de las normas generales de constitución, organización y funcionamiento de clubes de consumidores de cannabis tanto en su carácter lúdico como paliativo destacando, entre otros aspectos, la necesaria acreditación de la condición de consumidor de cannabis para poder ser socio de los clubes (art. 15); la configuración de los socios «activistas» como aquellos que colaboran en las labores de normalización del cannabis (art. 17) y la dispensación de cannabis sativa y su calidad a los asociados (arts. 20, 22 y 23).

Frente a dicha norma se promovió, por el Presidente del Gobierno, recurso de inconstitucionalidad el 16 de marzo de 2015. En esencia, la Abogacía del Estado denunciaba que la Ley Foral 24/2014 era inconstitucional, en su totalidad, ya que invadía hasta tres competencias exclusivas del Estado: (i) la regulación de estupefacientes derivada del art. 149.1.16 CE («legislación sobre productos farmacéuticos») al prever el consumo, abastecimiento y distribución de una sustancia que corresponde exclusivamente al Estado; (ii) la legislación penal del art. 149.1.6 CE ya que puede llegar a amparar conductas claramente típicas (adquisición de la sustancia por los clubes mediante cultivo o mediante compra por cauces no legales así como almacenamiento) sin cumplir los requisitos fijados por la jurisprudencia que determinan la atipicidad del autoconsumo y (iii) la seguridad pública del art. 149.1.29 CE al suponer la promoción de una sustancia contraria lo dispuesto en convenios internacionales y norma interna española. Finalmente, alega que Navarra carece de título competencial para aprobar tal ley toda vez que los colectivos de usuarios de cannabis no pueden incardinarse dentro de la tipología de asociaciones respecto de la cual la Comunidad Foral tiene competencia exclusiva (asociaciones docentes, culturales, artísticas, benéficas o asistenciales).

Por el contrario, el Letrado del Parlamento de Navarra, se opuso al recurso alegando que (i) Navarra ostenta la competencia exclusiva en materia de las asociaciones indicadas con base en el art. 44.19 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (en adelante, LORAFNA) y que (ii) la finalidad de la Ley Foral 24/2014 no es la de regular el consumo, abastecimiento y dispensación del cannabis sativa, sino la de dotar de marco legal, al amparo del derecho de asociación, a unos clubes que ya existen, que ya están funcionando y que están respaldados por la propia norma estatal (Código Penal y Ley de Seguridad Ciudadana).

El Pleno del Tribunal Constitucional comienza su fundamentación recalando que nos encontramos ante un debate exclusivamente competencial. Por lo tanto, no es objeto de la sentencia emitir un pronunciamiento acerca de la legalidad de las actividades desarrolladas en el interior de los clubes, sino

determinar si la Comunidad Foral de Navarra ha invadido alguna competencia estatal al regularlos. Al haberse alegado la vulneración de tres títulos competenciales estatales (apartados 16, 6 y 29 del art. 149.1 CE), el Tribunal comienza realizando un análisis de la materia controvertida a fin de identificar cuál de ellos es el que ha de aplicar a este caso.

Dicho análisis comienza con el contenido de la Ley Foral 24/2014 y pasa, a continuación, a recordar que el cannabis ostenta la naturaleza jurídica de «sustancia estupefaciente» de conformidad con la normativa internacional (Convención Única de Naciones Unidas sobre estupefacientes de 1961) y su correspondiente reflejo nacional (Ley 17/1967, de 8 de abril por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes). Recuerda, a continuación, las restricciones y prevenciones que sobre este tipo de sustancias se recogen en nuestro ordenamiento jurídico de cara a su producción (Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios). Finalmente, resume el contenido de las normas penales (art. 368 CP) y administrativas (Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana) que tipifican en nuestro ordenamiento jurídico ciertas conductas en relación con dicha sustancia.

Efectuado tal análisis preliminar, el Tribunal entra en el fondo del asunto valorando los títulos competenciales esgrimidos por ambas partes. En cuanto a la competencia exclusiva de la Comunidad Foral de Navarra sobre las asociaciones recogidas en la LORFANA, recuerda que ésta no supone un «total desamparamiento del Estado» (SSTC 133/2006 y 135/2006) toda vez que tal potestad recae, en última instancia, sobre un derecho fundamental como es el de asociación (art. 22 CE). Además, no se puede olvidar que la CE otorga al Estado títulos competenciales sobre materias (civiles, administrativas, procesales, penales, fiscales...) que inciden, directamente, sobre estos entes.

En lo que concierne a los títulos alegados por la Abogacía del Estado (legislación penal, legislación sobre productos farmacéuticos y seguridad pública), el Tribunal considera que el que resulta de aplicación a este caso es el de la legislación penal (art. 149.1.6 CE). Reconoce que la Ley Foral 24/2014 no es, propiamente, una norma que merezca tal calificación, pero entiende que sí tiene una innegable incidencia sobre la delimitación del tipo penal relativo a las sustancias estupefacientes desde el momento en que regula un instrumento (los clubes de cannabis) a través de los cuales puede llegar a realizarse una promoción y facilitación del consumo ilegal de cannabis. Por lo tanto, el debate competencial debe producirse en este campo.

Descendiendo al contenido de la norma, el Pleno entiende que la Ley Foral 24/2014, a la luz de su articulado, reconoce a los clubes de cannabis claras funciones de adquisición y distribución de cannabis. A ello contribuye el hecho de que los socios deban acreditar su condición de consumidores (art. 15); que los fundadores deban, además, hacerlo habitualmente (art. 7); que existan socios que colaboren en la normalización de tal sustancia (art. 17) y que los propios clubes puedan facilitar tal sustancia a sus socios (art. 23).

Tales circunstancias llevan al Tribunal a concluir que la meritada norma invade la competencia exclusiva estatal sobre legislación penal (art. 149.1.6 CE) al regular, con incidencia sobre el tipo penal recogido en la legislación estatal, el consumo, abastecimiento y dispensación de cannabis en el marco del derecho de asociación. Subraya el Pleno que la competencia autonómica sobre las asociaciones no puede extenderse a la regulación material del objeto de las asociaciones. Aceptar lo contrario supondría conferirles

competencias ilimitadas sobre cualquier asunto y, en última instancia, representaría un riesgo de otorgar cobertura legal a comportamientos delictivos proscritos por la norma estatal.

Por todo ello, se declarara la inconstitucionalidad de la Ley Foral 24/2014 al invadir la competencia exclusiva estatal sobre legislación penal (art. 149.1.6 CE). Inconstitucionalidad que debe extenderse a todo su articulado ya que, aun existiendo preceptos «salvables» desde la perspectiva de la técnica constitucional, *«podría inducir a confusión dejar vigentes algunos preceptos aislados en el seno de una Ley cuya finalidad es, como se deduce de su propio título, proporcionar cobertura legal a comportamientos que el legislador penal considera delictivos»*.

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Universidad Carlos III de Madrid).

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Universidad Autónoma de Madrid), **Verónica NEVADO CATALÁN** (Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (Universidad Autónoma de Madrid), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

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. Derechos de intimidad e información: Hechos probados.–Son hechos probados que el miércoles 2 de diciembre de 2009, la cadena «Canarias Radio-La Autónoma», propiedad de la entidad demandada RTVC, emitió en antena la grabación de la entrevista realizada al demandante el día ante-

rior por el periodista de dicha emisora D. Gerardo, también demandado. Las partes no discuten que la transcripción de dicha conversación telefónica que figura en la demanda se corresponde sustancialmente con la realidad, cuando se grabó y emitió la entrevista los demandados ya conocían, en virtud de informaciones anteriores, sobre alguna de la cuales versan las sentencias de esta Sala de 27 de enero, 2 y 3 de febrero de 2017, que una niña de tres años de edad había fallecido en la localidad tinerfeña de Arona (suceso que ocurrió en la noche del 26 al 27 de noviembre de 2009) y que se estaba investigando la causa de su muerte por existir sospechas de criminalidad (en concreto, lesiones provocadas por malos tratos físicos, toda vez que los abusos sexuales apreciados en una primera exploración médica había quedado posteriormente descartados) que inculpaban al compañero sentimental de su madre, hoy recurrente.

En concreto eran de público conocimiento los siguientes datos: A) El 25 de noviembre de 2009 la Guardia Civil de Playa de las Américas había emitido un comunicado recogiendo el resultado de la investigación policial, del que resultaba (i) que el día anterior un varón había acudido al centro de urgencias de El Mojón, de la localidad de Arona (Tenerife), junto con una niña, hija de su pareja, con pronóstico de parada cardiorrespiratoria, (ii) que tras una exploración médica inicial se había actuado el protocolo de maltrato físico y sexual infantil, iniciándose las diligencias policiales pertinentes, (iii) que tras ese primer reconocimiento de urgencias, en el que se le diagnosticó «una parada cardiorrespiratoria, distintos traumatismos en el cuerpo, por quemaduras en región dorsal y lumbar», la niña fue trasladada al hospital de Santa Cruz de Tenerife, y (iv) que pendiente de ser explorada por un médico forense que valorara dichas lesiones, por la fuerza actuante se había procedido a la detención de D. Antonio, el recurrente, como «presunto autor de los delitos de abusos, aguardándose a la finalización de las diligencias policiales para su puesta a disposición judicial». B) Tras pasar a disposición judicial el 27 de noviembre de 2009, a las pocas horas de que la niña falleciera, y prestar declaración como inculpado ante el magistrado-jefe de instrucción del Juzgado núm. 7 de Arona, éste había visto el informe de autopsia que descartaba cualquier maltrato físico o agresión sexual, y dictado auto de 28 de noviembre de 2009 decretando la libertad provisional sin fianza, con obligación de hacer presentaciones quincenales ante el juzgado.

Después de ser puesto en libertad, el hoy recurrente ingresó en la unidad de psiquiatría del Hospital la Candelaria, a causa de una crisis de ansiedad, donde permaneció hasta que fue dado de alta el 1 de diciembre de 2009. Según el informe de alta, en el momento del alta mostraba «psicopatología similar a la del ingreso», diagnosticándosele «Trastorno de adaptación. Reacción mixta ansiedad y depresión». Según el Dr. Juan Pedro, en el momento de la entrevista judicial el hoy recurrente parecía encontrarse bajo los efectos de algún sedante o medicamento, si bien la administración de dichas sustancias, por sí solas, no interfiere en la capacidad de obrar de una persona, como tampoco lo hace un ingreso preventivo en la unidad de psiquiatría.

Improcedencia de alterar las conclusiones probatorias.—Como afirman el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, el recurso carece manifiestamente de fundamento, porque al plantear el problema jurídico (falta de consentimiento válido en los términos que exige el artículo 2.2 de la LO 1/1982 para que su conversación telefónica con el periodista demandado fuera grabada y difundida) se marginan por completo las conclusiones probatorias de la sentencia recurrida, sin que para impugnarlas se haya utilizado el estrecho

cauce del error patente mediante un recurso extraordinario por infracción procesal amparado en el ordinal 4.º del artículo 469.1 LEC. Así para defender la tesis de que el recurrente no sabía que estaba siendo entrevistado y, por tanto, que en ningún caso consintió que se le grabase ni que se emitiera la entrevista («te llamo de Radio Canaria para solidarizarnos contigo, porque imaginamos lo mal que lo estas pasando y lo mal que lo has pasado»), que valora aisladamente como demostrativas de que el recurrente creyó que se trataba de una conversación privada y no de una entrevista radiofónica. Pero esta particular valoración de unos hechos concretos no puede prevalecer frente a las conclusiones probatorias de las sentencias de ambas instancias fundadas en una valoración conjunta de la prueba, que condujo a declarar acreditado que el recurrente tuvo perfecto conocimiento de que la llamada no fue a título particular sino que se trataba de una entrevista, aun cuando fuera grabada para su emisión posterior. De ese conjunto probatorio se valoran datos concluyentes tales como que el periodista se identificó como profesional que trabajaba para un concreto medio de comunicación, que en todo momento utilizó la primera persona del plural para enfatizar el dato de que las preguntas no se hacían a título personal sobre la situación vivida tras su detención y declaración judicial por su presunta implicación en unos hechos de relevancia penal que ya eran de público conocimiento, y, en fin, que se despidió agradeciendo al entrevistado haber estado «unos minutos con nosotros» y enviándole «un saludo fuerte de parte de Canarias Radio, La Autonómica».

Había capacidad de obrar del entrevistado.—Según la sentencia de primera instancia, tanto al ingresar, como al ser dado de alta, el paciente se encontraba orientado en persona, tiempo y espacio, las sustancias suministradas por sí mismas no producían el efecto de interferir en la capacidad de obrar y, aunque el tono de voz podía revelar la presencia de esos efectos de la ingestión de medicamentos, no obstante las respuestas en todo momento se revelaron como razonables y coherentes con las preguntas que se le formulaban, de tal forma que la prueba práctica no permite entender que la patología que determinó el ingreso y tratamiento hospitalario del hoy recurrente y los efectos sedantes de la medicación suministrada, bajo cuya influencia pudiera aun estar, tuvieran entidad suficiente para privarle de conciencia y razón.

No hubo sacrificio desproporcionado de la intimidad frente a la libertad de información.—Tampoco se daría el caso de un sacrificio desproporcionado de la intimidad frente a la libertad de información sobre asuntos de relevancia pública o interés general, porque ni se revelaron datos estrictamente privados que no guardaran relación con el asunto de interés general ni el tono ni el contenido de la entrevista fueron perjudiciales para el hoy recurrente que por el contenido pudo explicar la situación angustiada por la que había pasado y contrarrestar así el daño que le había causado otras informaciones sobre el mismo hecho.

En suma, la valoración por esta Sala de la entrevista aquí enjuiciada en comparación con las cuestionadas en los recursos resueltos por las sentencias 53/2017, 62/2017 y 80/2017, permite concluir que no hubo intromisión ilegítima en la intimidad del demandante ni perjuicio alguno para él derivado de la entrevista. **(STS de 9 de mayo de 2017; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Sobre similares supuestos de conflicto entre libertad de información y el derecho al honor pueden verse dos recientes sentencias cuyo Ponente ha sido Pantaleón Prieto, de igual fecha

(10 de octubre de 2016), con amplio comentario de LÓPEZ MAZA, en *ADC*, 2018, pp. 205 ss. Asimismo, STS de 13 de febrero de 2017 (Ponente Marín Castán), en id. p. 599, extractada por RUIZ ARRANZ, y STS de 22 de febrero de 2017 (Ponente Barrera Ruiz), anotada por mí, id. pp. 598 s. en que se declaró inmisión ilegítima. (G. G. C.)

2. Libertad de expresión e información. Imposibilidad de distinguir entre la imputación de hechos y la emisión de juicios de valor cuando se atribuyen hechos antijurídicos.—Se reitera la jurisprudencia expuesta en la STS de 26 de abril de 2017, que a su vez se fundamenta en las SSTC 79/2014, 216/2013 y 41/2011, según la cual, cuando se atribuye la comisión de hechos delictivos, la exposición de los hechos y la valoración de los mismos están indisolublemente unidas. Por ello, se viene entendiendo que quien realiza tales imputaciones lo hace en ejercicio de su libertad de expresar opiniones.

Libertad de expresión: Prevalencia del elemento valorativo sobre el informativo. Exigencia de que se comuniquen hechos esencialmente veraces.—En el ámbito de la libertad de expresión, a diferencia de la libertad de información, es prevalente el elemento valorativo sobre el informativo. Si bien es cierto que la veracidad puede tener un menor peso relativo, la libertad de expresión no ampara la descalificación de una persona mediante la imputación de hechos perjudiciales que resulten inveraces. Cabe la posibilidad de que parte de la información sea inexacta, en cuyo caso debe valorarse si las inexactitudes resultan esenciales o si, por el contrario, son compatibles con la comunicación de hechos esencialmente veraces (SSTS de 30 de septiembre de 2014 y de 4 de octubre de 2016).

Libertad de expresión frente al derecho al honor. Materias de interés general, personas de proyección pública y protección de los consumidores.—En materias de interés general, como lo es la gestión de servicios públicos, y ante personas de proyección pública prevalecen las libertades de expresión e información sobre el derecho al honor. Asimismo, en la medida en que las declaraciones que dan objeto al litigio suponen una crítica a la gestión pública de servicios sanitarios, el Tribunal Supremo invoca el principio de protección de los consumidores (art. 51 CE) y su derecho a conocer todo lo que afecte a sus intereses, como los temas relacionados con su salud.

Libertad de expresión frente al derecho al honor en un contexto de contienda política. Protección de la libertad de expresión de los representantes políticos.—La libertad de expresión ampara las manifestaciones por medio de las que se articula el derecho de un diputado autonómico a ejercer el control político sobre el gobierno. Como ha señalado el TEDH en sentencia de 23 de abril de 1992, la libertad de expresión resulta especialmente valiosa para quien ostenta un cargo por decisión de los electores, debe representarlos y defender sus intereses. Es por ello que las injerencias en su libertad de expresión solo pueden acordarse por los tribunales tras llevar a cabo controles especialmente estrictos.

En contextos de contienda política pueden incluso quedar amparadas por la libertad de expresión declaraciones que, aisladamente consideradas, podrían entenderse como excesos verbales. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado prioritaria la libertad de expresión frente al derecho al honor de personas públicas, personas que ejercen funciones públicas o

que están implicadas en asuntos de relevancia pública (SSTC 107/1988 y 119/2000).

Derecho al honor de las personas jurídico privadas.—A diferencia de las personas jurídico-públicas, las jurídico-privadas son titulares del derecho al honor. No obstante, como se expone en la STS de 19 de enero de 2017, la intensidad de la protección es menor que en el caso de personas físicas. (**STS de 13 de julio de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—D. Luis Carlos, diputado autonómico y líder de un partido de la oposición, acusó en sucesivas ruedas de prensa al gobierno regional de La Rioja de haber desviado fondos de la sanidad pública mediante la adjudicación directa de contratos a Viamed Salud S. L., sociedad mercantil que gestionaba una red de centros médicos y que había suscrito diversos contratos con la administración riojana. Uno de los centros gestionados por Viamed era la clínica «Los Manzanos» que, según las acusaciones de D. Luis Carlos, había recibido 20 millones de euros de los que un 90% fueron en adjudicación directa. Mantenía D. Luis Carlos que el trato de favor dispensado por el gobierno se debía a la existencia de vínculos familiares y laborales entre los miembros de la Consejería de Salud y los directivos de la entidad sanitaria.

Las declaraciones se realizaron en un contexto de debate político sobre la gestión y funcionamiento de la sanidad pública riojana que existía previamente y tenía repercusión mediática y social. El sindicato FSP-UGT ya había criticado los procedimientos de contratación y, tanto UGT como la Marea Blanca, habían puesto de manifiesto la existencia de vínculos personales con miembros del Servicio de Salud.

D. Luis Carlos no atendió a los burofaxes en los que Viamed negaba las acusaciones y le daba un plazo para rectificar públicamente. Por el contrario, en las ruedas de prensa posteriores señaló que Viamed estaba «haciendo el agosto» gracias al dinero público desviado por la adjudicación directa, calificó a la entidad de «puerta giratoria» de la que se servía el presidente autonómico para devolver favores y vinculó a los miembros del Consejo de Viamed con la extrema derecha española.

Viamed Salud S. L., interpone demanda de juicio ordinario por vulneración del derecho al honor contra D. Luis Carlos, al que reclama una indemnización por los daños. El Juzgado de Primera Instancia entiende que, a pesar de las inexactitudes relativas a los vínculos familiares y laborales, las manifestaciones del demandado no supusieron una intromisión ilegítima en el honor de la actora. Señala la sentencia de instancia que la crítica no se dirigía contra la entidad demandante, sino contra el gobierno regional, de modo que a Viamed solo le afectó tangencialmente. Tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo desestiman los respectivos recursos de apelación y casación. (*V. N. C.*)

3. Derecho al honor y a la propia imagen. Colisión con la libertad de información. El interés público de toda información referente a

hechos penales. Doctrina jurisprudencial.—La jurisprudencia sobre el interés público que tiene toda información referente a hechos de relevancia penal se resume en las SSTC 14/2003, de 28 de enero, y 244/2007, de 10 de diciembre (citadas por la sentencia de esta Sala 8/2016, de 28 de enero), en las que se declara que tiene relevancia y reviste interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcanzan en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo, lo que desde luego comprende el seguimiento puntual de la fase de instrucción penal y de la ulterior de juicio oral, incluyendo la cobertura de las sesiones del mismo en casos de delitos tan graves y de tanta trascendencia mediática.

El requisito de la veracidad de la información.—Con respecto al derecho al honor, en particular, cuando la información versa sobre detenciones o imputaciones de hechos delictivos que finalmente no quedan probados (por todas, SSTC 362/2016, de 1 de junio; 337/2016, de 20 de mayo; y 258/2015, de 8 de mayo), la regla constitucional de la veracidad no llega al extremo de imponer un deber de exactitud, sino el deber de contrastar previamente la noticia mediante fuentes objetivas, fiables, identificables y susceptibles de contraste, que aporten datos conducentes a que el informador alcance conclusiones semejantes a las que podría alcanzar cualquier lector o espectador medio a partir de los mismos datos, y todo ello, sin perjuicio de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado.

El carácter «neutral» o la naturaleza del reportaje «neutral» no son exigibles para la aplicación de la regla general de la prevalencia de la libertad de información.—Para estar legitimada por el artículo 20.1.d de la Constitución, la información periodística no tiene que ser «neutral», ni constituir en todo caso un «reportaje neutral». Los requisitos son que sea veraz, que se refiera a asuntos de interés público por la persona concernida o por la materia, y que no se dé un tratamiento innecesariamente ofensivo a las personas afectadas por la información, requisitos que se han cumplido en el caso objeto del recurso.

Publicación de la imagen del acusado captada durante el acto del juicio. Inexistencia de intromisión ilegítima.—Con relación al derecho a la propia imagen, afectado por la información gráfica publicada, la referida STS 547/2011, de 20 de julio, se remitía a otras anteriores dictadas por esta sala en casos similares en las que se establecía como doctrina que la publicación simultánea, junto al texto escrito de la noticia, de la fotografía de un individuo que había sido objeto de acusación por el Ministerio Fiscal, como presunto autor de un delito de violación, en un juicio oral celebrado con audiencia pública, no puede considerarse como atentatoria al derecho a la propia imagen de dicha persona (con total independencia del resultado favorable o adverso de dicho juicio), sino que ha de estimarse como una más de las excepciones a que se refiere el número 2 del artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982.

Derecho al olvido digital.—El «derecho al olvido» no ampara la alteración del contenido de la información original lícitamente publicada, en concreto, el borrado del nombre y apellidos o cualquier otro dato personal que

constara en la misma. Tampoco ampara la supresión de la posibilidad de búsqueda específica de la noticia en su integridad del propio buscador interno de la hemeroteca digital. La citada STS 545/2015, de 15 de octubre concluyó que incluso si en la información aparecen datos personales cuya utilización en un motor de búsqueda posibilita el acceso a ella tiempo después, de modo que el tratamiento de los datos personales permitiera vincularlos a la información perjudicial para el afectado, no estaría justificada la supresión de dichos datos personales del código fuente y solo estaría justificada la prohibición de indexarlos para permitir las búsquedas por los motores de búsqueda generalistas (Google, Yahoo, etc), no así por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital. Se trataría de conseguir una «obscuridad práctica» que impidiera hacer un perfil del afectado sobre la base de la lista de resultados obtenida utilizando como términos de búsqueda los datos personales (fundamentalmente, nombre y apellidos), en el que aparecieran, como si hubieran sucedido ayer, informaciones gravemente perjudiciales para su reputación o su vida privada, pero no de eliminar de Internet la información veraz y sobre asuntos de relevancia para la opinión pública. (STS de 6 de julio de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Un periódico publicó en su edición impresa y digital un artículo en el que narraba lo ocurrido en un juicio con jurado, por doble asesinato, celebrado en la Audiencia Provincial. En síntesis, la información versaba sobre la decisión de la presidencia de disolver anticipadamente el tribunal del jurado por falta de pruebas de cargo contra el hombre acusado por su presunta implicación en el doble crimen. La información se publicó precedida del titular *«absuelto un acusado de un doble crimen tras destruir la Audiencia las pruebas»*, y del subtítulo *«la fiscalía muestra su convicción en la culpabilidad del acusado, para el que pedía 50 años de cárcel y lamenta la carencia de evidencias al no aparecer tampoco un testigo de cargo. El TSJ resta importancia a la destrucción de las piezas de convicción»*. El artículo publicado en la edición impresa fue ilustrado con fotos con la imagen del acusado. Dos días después de que se publicara la información, la Audiencia Provincial dictó sentencia que absolvía al acusado de los delitos imputados. En los hechos probados de la sentencia se contiene la siguiente declaración: «no ha quedado acreditada la participación en estos hechos del imputado». Posteriormente, el afectado por las noticias publicadas presenta demanda de protección al honor y a la propia imagen. La demanda fue desestimada en primera instancia y en apelación. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

4. Derechos de la personalidad: Derecho al honor: Derecho de rectificación.—El presente recurso se interpone en un asunto sobre ejercicio del derecho de rectificación. La demanda fue estimada en primera instancia, su estimación se confirmó en segunda instancia y lo que se discute en casación es qué consecuencia debe tener la circunstancia de que la petición de rectificación del demandante no se ciñera únicamente a los hechos de la información publicada, al incluir el escrito de rectificación alguna opinión o juicio de valor.

Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

El 10 de diciembre de 2014 la hoy recurrente, Asociación Unificada de Guardias Civiles (AUGC), publicó en su página web, dentro de la sección «Comunicados», un texto sin firma, bajo el título «AUGC Cádiz denuncia malos tratos de mandos en los acuartelamientos de Arcos de la Frontera, con el siguiente contenido». AUGC Cádiz denuncia las graves tensiones existentes en las relaciones laborales del acuartelamiento de Arcos de la Frontera, provocadas por el comportamiento de su actual sargento. La actitud de este mando da lugar a continuos casos de claros abusos de autoridad, acosos y arbitrariedad en el ejercicio del mando, que se van cobrando paulatinamente un precio bastante gravoso para los guardias civiles que lo padecen, así como para los ciudadanos, a los que se les debe un buen servicio público, sobre todo cuando se trata de su seguridad. En este tiempo las acciones derivadas de la prepotencia de este individuo se ha cobrado la salud psicológica de al menos tres componentes de la plantilla de ese acuartelamiento, tres bajas por cuestiones laborales fomentadas por el citado sargento que han retraído del servicio a tres trabajadores. Un precio muy alto para el ciudadano y un precio elevadísimo para las personas que lo vienen padeciendo y sus familias. Como toda persona incompetente para el mando, este sargento trata de cubrir sus lagunas de aptitud como mando intermedio de la guardia civil, a base de palos, golpeando moral y económicamente, reprimiendo y machacando a los trabajadores subordinados. Para ello tira de forma abusiva y tiránica del régimen disciplinario, creando un ambiente de terror, angustia y miedo, sustentando la espada de Damocles de la suspensión de empleo y sueldo para que los guardias civiles traguen con sus injusticias. Tratar sin respeto ni educación a quien le viene en gana porque cobardemente sabe que no va a obtener la respuesta de la que es merecedor, abrir expediente disciplinario de falta grave por absurdos tales como que un subordinado comunique un cambio de horario a compañeros por whatsapp, en vez de usar el teléfono, a pesar de que la primera se mostró como la vía más eficaz y económica por los resultados obtenidos; o la peor de todas las faltas que se pueden cometer según este individuo contra la Guardia Civil (se supone que él es la Guardia Civil); testificar a favor de compañeros que están siendo injustamente acusados y denunciados por él para sembrar el terror y que los demás aprendan en cabeza ajena. Este es el crimen por el cual se puede permitir acosar constantemente a otros trabajadores, con métodos más cercanos a los clanes mafiosos de los años 20 del siglo pasado, que al Benemérito instituto al que debería servir.

Pero no es este de Arcos de la Frontera un caso aislado. En Ubrique el alférez no se conforma con apuntarse tres guardias más que han debido ser dados de baja médica por causas psicológicas, no le basta con llevar su trato inhumano al extremo de hacer que dos guardias llegaran a desplomarse por el estrés al que fueron sometidos en el transcurso del último ejercicio de tiro, ni le parece suficiente en sus vejaciones a sus subordinados, obligarlos a permanecer firmes a capricho en pleno centro de la localidad.

Él va más allá de sembrar el terror entre sus trabajadores y también se despacha con las familias de los guardias civiles que viven en la casa cuartel, limitándolos en sus derechos, coartando sus libertades ciudadanas y orillando el acoso a civiles por el hecho de ser esposas, hijos o familiares de subordinados suyos, con acciones como por ejemplo prohibirles el acceso a sus viviendas por la entrada principal, y desviándolos por una puerta trasera, cuestiones éstas que han llegado a ser puestas en conocimiento del psicólogo de la

comandancia de Cádiz y del Coronel de la misma, sin que hasta la fecha se obtengan respuestas decentes.

AUGC entiende que los culpables de esta actuación no son únicamente los citados alférez y sargento, personajes éstos que llevan sumados seis guardias de baja por motivos psicológicos en su macabro recuento de daños, ya que sin la connivencia y la mirada hacia otro lado de sus superiores no sería posible tales actitudes.

AUGC, en caso de producirse alguna desgracia personal, física o psicológica, como consecuencia de los trastornos que están padeciendo los guardias civiles en Arcos de la Frontera y Ubrique, así como los familiares de estos, no dudará en criminalizar tanto a estos mandos como a sus superiores, incluyendo a la propia jefatura de la comandancia, responsables directos de la integridad física y psicológica de los guardias civiles a sus órdenes. Y esta asociación no cesará en la persecución de todos aquellos que por comisión o acción no hayan puesto freno a tales desmanes.

AUGC critica la inhumana y despreciable frivolidad con que los mandos de la Guardia Civil de Cádiz se toman la dramática tasa de suicidios que padece esta institución en sus trabajadores, tasa que en la actualidad duplica a la total de suicidios de la población española. Secundan obscenamente actitudes represivas y de terror contra los trabajadores sin importarles los duros daños psicológicos que les inflige a ellos y sus familias, y se pretende lavar las manos con el papel mojado que representan los planes de prevención de suicidios de la Guardia Civil, planes éstos que sólo son el reflejo de las inquietudes por guardar las apariencias ante la sociedad, ante la que los exhiben para eliminar responsabilidades, mientras por otro lado reprimen, aterroizan y anulan a los trabajadores, para promocionar sus propias carreras y conseguir objetivos a toda costa, incluida la propia vida, la salud o el futuro de los subordinados y sus familias».

La AUGC remitió este mismo comunicado a los medios de información, y al menos dos periódicos digitales «CNA Sierra Cádiz» (núm. 6, de diciembre de 2014) y «Arcos Información» (semana del 12 al 18 de diciembre de 2014) informaron al respecto. Además, el comunicado sigue disponible en la página web de la AUGC.

Al sentirse directamente aludido en el comunicado, el hoy recurrido D. Gumersindo, sargento de la Guardia Civil destinado en el acuartelamiento de Arcos de Frontera, envió al Secretario de la AUGC por burofax una carta en la que, ejercitando su derecho de rectificación, exigía la íntegra publicación de un texto titulado «AUGC descalifica y acusa falsamente al sargento de la Guardia Civil del acuartelamiento de Arcos de la Frontera de hechos graves». La AUGC no rectificó su propio comunicado y tampoco publicó el texto remitido por el Sr. Gumersindo.

El 26 de diciembre de 2014, D. Gumersindo interpuso demanda de juicio verbal, en ejercicio de su derecho de rectificación, contra la AUGC. La demandada se opuso alegando, en síntesis, que su comunicado no difundía hechos, sino opiniones o juicios de valor no susceptibles de rectificación, que, en todo caso la existencia de un expediente disciplinario y de las bajas psicológicas de varios guardias civiles eran unos hechos objetivos y, en fin, que como el demandante había remitido escrito de rectificación a varios medios de comunicación, que se habían hecho eco del mismo, la rectificación pedida en la demanda era improcedente. La sentencia de primera instancia, diciendo estimar «sustancialmente» la demanda, condenó a la asociación demandada a publicar íntegramente en su página web la rectificación pedida

por el demandante y al pago de las costas. En síntesis, sus fundamentos fueron que el comunicado de la AUGC no se limitaba a expresar opiniones o juicios de valor, sino que daba por ciertos «hechos que, según demanda el actor, y lo averbaron en el mismo sentido varios mandos superiores del acuar-telamiento que depusieron como testigos en el acto del juicio, son falsos o incorrectos». La sentencia de segunda instancia, desestimó la apelación de la asociación demandada.

El recurso de casación se compone de un solo motivo, fundado en la infracción de los artículos 2 y 6 de la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación y dotado de interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca de una rectificación que excluya del texto aquellos contenidos que no se adecuen a lo dispuesto en el citado art. 2, como en este caso sería la parte que la sentencia recurrida califica de «pequeña digresión» del demandante «en reivindicación de su competencia profesional». Finalmente, las peticiones del escrito de interposición parecen interesar, además de la casación de la sentencia recurrida, que su consecuencia sea la desestimación total de la demanda por contener el escrito de rectificación opiniones o juicios de valor y, por tanto, no haberse limitado a los hechos de la información. En su oposición al recurso del demandante-recurrido se ha limitado a manifestar su conformidad con las sentencias de ambas instancias y a interesar la desestimación del recurso.

Configuración legal del derecho de rectificación: Su relación con los derechos fundamentales al honor y a la libertad de información: Control judicial de la rectificación.—El derecho de rectificación no aparece reconocido como derecho fundamental en nuestra Constitución. No obstante, su regulación mediante ley orgánica (art. 81.1 CE) es indicativa de una cierta singularidad que se explica por la estrecha relación del derecho de rectificación, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, con dos derechos fundamentales sí reconocidos en la Constitución: el derecho al honor, por un lado, y el derecho a la libertad de información, por otro.

Así la STC 99/2011, de 20 de junio, considera que la rectificación «queda conformada, ante todo como... un derecho reaccional de tutela del derecho del honor», si bien, por otro lado, «la rectificación opera como un complemento de la información que se ofrece a la opinión pública», y declara reiterando la doctrina de las SSTC 168/1986, de 22 de diciembre y 51/2007, de 12 de marzo, que «si bien el derecho de rectificación constituye un derecho autónomo de tutela del propio patrimonio moral, a la vez opera como instrumento de contraste informativo que supone un complemento de garantía de libre formación de la opinión pública». Esta misma relación se advierte en la STC 99/2011 cuando realza el «mayor significado» del derecho de rectificación en un contexto de «omnipresencia mediática característica de nuestro tiempo», y en la STC 40/1992, de 30 de marzo, cuando considera que «si bien el derecho a la rectificación de la información no suplanta, ni, por tanto, inhabilita ya, por innecesaria, la debida protección al derecho al honor, sí la atenúa, pues constituye el mecanismo idóneo para reparar lo que sólo por omisión de los hechos relatados pudiera constituir intromisión en el derecho al honor».

Por lo que se refiere al contenido de la rectificación, el párrafo 2.º del artículo 2.º de la LO 2/1984 dispone que «deberá limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar». Esta limitación a «los hechos» se afirma también por el TC en la citada STC 168/1986, «referida exclusivamente a los hechos de la información difundida», y su rigor parece corresponderse

con el imperativo legal de que si el derecho se hubiera ejercitado en el plazo y con la extensión y contenidos establecidos en el artículo 2 de la LO 2/1984, el director del medio de comunicación social deba «publicar o difundir íntegramente la rectificación».

En definitiva, según una interpretación literal de la LO 2/1984 cabría sostener que la publicación de la rectificación sólo puede ser íntegra y, por tanto, que si no se limita única y exclusivamente a «hechos», la rectificación sería improcedente.

Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el «control jurídico» del derecho de rectificación por el Juez no permite mantener una interpretación tan tajante.

Tomando como punto de partida que la STC 264/1988, de 22 de diciembre, rechaza «una interpretación automática del derecho de rectificación, automatismo que ni el Derecho en general, ni las normas procesales de la LO aplicada permiten», un examen pormenorizado de otras sentencias del Tribunal Constitucional revela que «la función del control jurídico de la regularidad de la rectificación instada», conferida por la Ley a los jueces y tribunales (STC 168/1986), faculta a éstos para ordenar la publicación solamente parcial de la rectificación, excluyendo las opiniones o, dicho de otra forma, aquel contenido que no se refiera única y exclusivamente a los hechos de la información. Así la última sentencia citada concluye que una sentencia de apelación que había ordenado la publicación parcial de la rectificación no vulneraba el derecho a la libertad de información. La STC 51/2007, de 12 de marzo, razona que «la aplicación del principio de «todo o nada» por parte de la Audiencia Provincial no supuso más que una reacción que puede defenderse que está correctamente basada en el artículo 6 de la LO 2/1984, y fue debida a un uso incorrecto del derecho por parte del hoy recurrente; pero considera asimismo que la sentencia de primera instancia que había suprimido algunos párrafos del escrito de rectificación, por no limitarse a los hechos, aun diferente de la segunda instancia, también respetaba el derecho de rectificación del demandante. Y la STC 99/2011, de 20 de junio considera una «buena muestra» del «control jurídico de los requisitos legales de la rectificación instada la decisión judicial de reducción del texto... excluyendo referencias improcedentes «por no tratarse de hechos de la información o referidos directamente al actor».

Procedencia de un juicio de ponderación sobre el contenido total del escrito de rectificación: Desestimación del recurso.—El recurso parece pretender que la demanda de rectificación se desestime totalmente por contener el escrito de rectificación, según la propia sentencia recurrida «una pequeña digresión» que, a juicio de la Asociación recurrente, estaría integrada por opiniones o juicios de valor del demandante. En definitiva, la infracción de los artículos 2 y 6 de la LO 2/1984 consistiría en que el escrito de rectificación no se limitó exclusivamente a los hechos. Para desestimar esta pretensión bastaría con remitirse a la doctrina del Tribunal Constitucional reseñada precedentemente, pues el control jurídico del derecho de rectificación que atribuye a los jueces y tribunales les faculta para acordar la publicación del texto de rectificación excluyendo las opiniones o juicios de valor, en suma, aquella parte que no se limita a los hechos. No obstante, dado que el recurso también puede entenderse como orientado a una estimación solamente parcial de la demanda, para que se excluya de la rectificación lo que la sentencia recurrida califica de «pequeña digresión» incluida al final del texto, esta Sala considera que debe pronunciarse al respecto, y que la asociación recurrente considera que estaría

en el último párrafo del escrito de rectificación, en los siguientes términos: «Del mismo modo, las descalificaciones realizadas sobre la competencia profesional del sargento tampoco vienen respaldadas por hechos objetivos, siendo simples aseveraciones vertidas con el aparente único ánimo de desprestigiar y ofender a un profesional con un historial de servicios intachable, hecho, este sí, objetivo y demostrable documentalmente».

A juicio de esta Sala, la decisión del tribunal sentenciador de no excluir el párrafo cuestionado de la condena a publicar el escrito de rectificación tampoco infringe los artículos 2 y 6 de la LO 2/1984. Las razones son las siguientes:

1.^a La sentencia impugnada declara, y la asociación recurrente no lo discute, que la extensión de la rectificación no excedía de la información. Es más, frente a las 768 palabras de la información, el escrito de rectificación contaba de 511 palabras; 2.^a El derecho de rectificación no se configura en la ley como un derecho de réplica. Sin embargo, según la doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia de esta Sala no siempre es fácil separar la opinión de la información cuando se enjuicia un texto escrito o una intervención oral desde la perspectiva de una posible intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor, así tampoco cabe trazar, en un escrito de rectificación, una frontera entre hechos y opiniones tan rígida que excluya la procedencia de la rectificación o convierta su control jurídico por el juez en una especie de censura en extremo minuciosa cuyo resultado sea la eliminación de determinados párrafos, frases o palabras, pues esto comportaría el riesgo de desfigurar el texto de rectificación o romper su línea expositiva y dificultar su comprensión hasta hacerlo irreconocible; 3.^a De lo anterior se sigue que, del mismo modo que para enjuiciar las intromisiones en el derecho al honor es necesario un juicio de ponderación entre los derechos en conflicto y una valoración del contexto, también para reducir un escrito de rectificación por no referirse exclusivamente a hechos sea procedente un juicio de ponderación que valore la relevancia o el peso de las palabras, frases o párrafos cuestionados en el conjunto del escrito; 4.^a Para llevar a cabo este juicio de ponderación deberá atenderse no sólo a la extensión que la parte cuestionada represente en el conjunto del escrito de rectificación, ya que un predominio de las opiniones sobre los hechos sí sería determinante de la improcedencia de su publicación, sino también a su relación con los hechos, al elemento preponderante en el conjunto de la rectificación y, muy especialmente, por un lado a la mayor o menor precisión de la información que se quiere rectificar, ya que no puede exigirse a quien rectifica una precisión mucha más rigurosa que al informador, y, por otro, a la gravedad de las imputaciones y descalificaciones contenidas en el texto que se pretenda rectificar; 5.^a De aplicar lo antedicho al párrafo en cuestión se desprende que este no traspasa los límites del artículo 2 de la LO 2/1984 hasta el punto de que proceda excluirlo del escrito de rectificación, porque a las muy graves descalificaciones del demandante por su incompetencia profesional, constantes en el texto difundido por la asociación hoy recurrente, el escrito de rectificación se limita a oponer, de un lado, la falta de sustento de esas descalificaciones en «hechos objetivos», razón por la que serían «simples aseveraciones vertidas con el aparente único ánimo de desprestigiar y ofender», y, de otro, el «historial de servicios intachable» del demandante, «hecho, este sí, objetivo y demostrable documentalmente»; 6.^a En suma, también en el párrafo cuestionado el demandante opuso hechos a unas descalificaciones o juicios de valor negativos que eran una constante en el texto previamente difundido. En con-

secuencia, no tendría sentido que por incluirse una referencia al «ánimo de desprestigiar y ofender», que ciertamente constituye un juicio de intenciones, hubiera que excluir del texto de rectificación su último párrafo o desfigurar este párrafo suprimiendo esa referencia, pues su relevancia en el conjunto del escrito de rectificación era escasa, su relación con los hechos era directa y su prudencia o mesura eran manifiestas en comparación con los términos del escrito difundido por la asociación demandada. **(STS de 14 de junio de 2017; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Explicados minuciosamente los hechos en la sentencia queda valorar positivamente la decisión de someter al pleno de la Sala 1.ª la doctrina jurisprudencial sobre la normativa del derecho de rectificación, recogido, pero no regulado adecuadamente en la ya antigua Ley Orgánica de 1984. Asimismo parece oportuno calificar igualmente de acertada la desestimación del recurso de la Asociación Unificada de Guardias Civiles expresada en términos de notable delicadeza. (G. G. C.)

5. El derecho de rectificación.—El derecho de rectificación no aparece reconocido como derecho fundamental en nuestra Constitución, pero su regulación mediante ley orgánica es indicativa de una cierta singularidad que se explica por la estrecha relación que el Tribunal Constitucional le ha reconocido con dos derechos fundamentales que sí están reconocidos en la CE: el derecho al honor (art. 18.1) y el derecho a la libertad de información (art. 20.1.d). Sin embargo, ni es propiamente un proceso para la tutela jurisdiccional del derecho a comunicar y recibir libremente información veraz, ni necesariamente ha de protegerse, a través del mismo, el derecho al honor. Se trata del ejercicio de un derecho instrumental, que solo eventualmente puede servir del cauce para la protección de algún derecho fundamental. La rectificación opera como un complemento de la información que se ofrece a la opinión pública, mediante la aportación de una contraversión sobre hechos por el sujeto que ha sido implicado por la noticia difundida por un medio de comunicación.

Por otro lado, para que proceda la rectificación, no es preciso que se demuestre la inveracidad de la información publicada. La publicación de la rectificación no supone que el medio informativo deba declarar que la información que publicó era incierta ni modificar su contenido. La mera inserción de una versión de los hechos distinta y contradictoria ni siquiera limita la facultad del medio de ratificarse en la información inicialmente suministrada o, en su caso, aportar y divulgar todos aquellos datos que la confirmen o avalen. La imposición de la inserción de la rectificación no implica la exactitud de su contenido, pues la decisión judicial que ordena dicha inserción no puede acreditar, por la propia naturaleza del derecho ejercitado y los límites procesales en que se desenvuelve la acción de rectificación, la veracidad de aquélla. La procedencia de la rectificación no otorga ninguna carta de autenticidad a la versión ofrecida por quien ejercita el derecho. Lo que sí exige el artículo 1 LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, es que la rectificación se ejercite respecto de hechos que aludan al demandante o a quien resulta representado por éste, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio. **(STS de 13 de septiembre de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—El 23 de febrero de 2015, el diario *ABC* publicó una información sobre Gibraltar como paraíso fiscal y punto de investigación de delitos relacionados con el crimen organizado (contrabando de mercancías, blanqueo de capitales y tráfico de drogas). El 2 de marzo de 2015, el Gobierno de Gibraltar envió un burofax al director del periódico en el que solicitaba que se rectificara la información publicada mediante la publicación de un texto que le enviaba. Dicha solicitud de rectificación no fue atendida por sus destinatarios. El 13 de marzo, el Gobierno de Gibraltar presentó una demanda contra el diario y su director, en ejercicio del derecho de rectificación. En la demanda, la actora dijo tener capacidad de ser parte conforme al artículo 6 LEC y legitimación activa conforme a la LO 2/1984. En cuanto al fondo, sostuvo la procedencia de la rectificación, alegando que la información publicada contenía datos que no se encontraban avalados por ninguna información veraz ni contrastable. Su contenido era gravemente perjudicial para la parte demandante.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, razonando: 1) Gibraltar no es un Estado, sino un territorio autónomo; 2) Gibraltar tiene un estatus particular en el ámbito de la UE al no ser un Estado miembro, pero se le aplica la legislación europea como territorio de cuyas relaciones internacionales es responsable el Reino Unido; 3) no tenía legitimación activa, pues la información publicada no se refería al Gobierno de Gibraltar ni a sus miembros. El Gobierno de Gibraltar interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, al confirmar los argumentos señalados por el Juez de Primera Instancia.

En casación, el Tribunal Supremo comienza reconociéndole capacidad procesal para litigar en España, al ser una Administración Pública, constituida conforme a su Derecho nacional, que ha comparecido a través del jefe de tal Administración, el Secretario Principal, por aplicación del artículo 6 LEC con relación al artículo 9.11 CC. En cuanto a su legitimación activa, el Alto Tribunal afirma que tales conductas reprobables no se imputan explícitamente al Gobierno de Gibraltar. Sin embargo, la permisividad que se atribuye a las autoridades de la colonia respecto de estas actividades afecta a las instituciones gibraltareñas, entre las que se encuentra su Gobierno. Además, la información transmite hechos que resultan negativos para la sociedad gibraltareña en su conjunto. En consecuencia, puede considerarse al Gobierno como legitimado para actuar.

En cuanto al fondo, el Tribunal Supremo considera que concurren los requisitos necesarios para estimar la pretensión de rectificación. En primer lugar, los hechos contenidos en la información publicada son perjudiciales para las instituciones y la sociedad gibraltareña. Que las personas jurídico-públicas no sean titulares del derecho al honor, no obsta la estimación de la pretensión. En segundo lugar, se trata de hechos que la demandante considera inexactos. Por otro lado, no es obstáculo a la estimación de la demanda, el hecho de que no se haya demostrado la inveracidad de la información publicada en *ABC*. Además, la extensión de la rectificación es, por otra parte, sensiblemente inferior a la información

publicada. En base a todo esto, el Alto Tribunal termina estimando el recurso y la demanda de rectificación.

NOTA.—Sobre la singularidad del derecho de rectificación, *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2017. En relación con la falta de necesidad de demostrar la inveracidad de la información publicada, *vid.* las sentencias del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 1986 y de 20 de junio de 2011. (*S. L. M.*)

6. Características de la curatela.—El Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil contemplan la gradación de la modificación de la capacidad de obrar. La extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias. Las distintas figuras protectoras del incapacitado deben interpretarse conforme a los principios de la Convención.

La tutela es la forma de apoyo más intensa y se aplica cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. El tutor es el representante del incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia (art. 267 CC). La curatela procede cuando la incapacitación es de menor intensidad y no es necesario que se sustituya a la persona afecta. Constituye un complemento de capacidad, una institución de asistencia y supervisión (arts. 287 a 289 CC). Si bien la curatela de emancipados y pródigos se limita a aspectos de naturaleza patrimonial del afectado, no ocurre así con la curatela de incapacitados, que podrá extenderse también a aspectos personales si así lo requiere la protección de la persona. Por lo que se refiere al ámbito patrimonial, la intervención del curador no se circunscribe necesariamente a los actos a que se refiere el artículo 290 CC, sino que puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia. Cuestión distinta es que, cuando la sentencia no los especifique, haya que acudir subsidiariamente a los actos que el legislador considera de mayor complejidad o trascendencia para el patrimonio de la persona con discapacidad, que son aquellos para los que el tutor necesita autorización judicial.

Nombramiento de curador.—Según el artículo 234.I.1.º CC (aplicable al nombramiento de curador, dada la remisión a las normas sobre nombramiento que contiene el art. 291 CC), para el nombramiento de tutor se prefiere, en primer lugar, al designado por el propio interesado conforme al artículo 223. II CC. Por tanto, la voluntad expresada en escritura pública debe ser respetada por el juez, que solo motivadamente puede apartarse de las preferencias expresadas por el interesado cuando su propio beneficio así lo exija. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 234.II CC. Junto a la autotutela, no hay que descartar, además, que si la persona afectada por discapacidad está en condiciones de hacerlo, exprese su predilección acerca de quién prefiere que asuma el cargo de tutor o curador en el mismo momento en el que se va a proceder a su nombramiento. Y ello por dos motivos: 1) porque el juez debe oír a aquél cuya tutela o curatela se pretenda constituir (arts. 231 CC y 45.2 Ley 15/2015); 2) porque conforme al artículo 12.4 Convención, las salvaguardias que se adopten asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de

la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

Esta manifestación de voluntad expresada en el momento de constitución de la tutela o la curatela no tiene la eficacia de la autotutela otorgada previamente en escritura pública, pero puede ser relevante como un criterio que permita al juez apartarse motivadamente del orden legal establecido para el nombramiento de tutor y curador. Por ejemplo porque, en atención a las circunstancias, resulta beneficioso para el interés de la persona con discapacidad que el apoyo sea prestado por una persona de su confianza y cariño. Para reconocer la eficacia de esta voluntad basta con que la persona goce de la capacidad suficiente para manifestar tal preferencia. (**STS de 16 de mayo de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. D.^a María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El demandante padece la enfermedad de Alzheimer y sufre alteraciones de la conducta. Se trata, en este caso, de determinar el sistema de protección que procede y los criterios que deben seguirse para designar a la persona que va a desempeñar tal función. A instancia del Ministerio Fiscal, la sentencia del Juzgado modifica la capacidad de L, nombrando tutor a su hijo V. El juez considera que padece una enfermedad psíquica que le inhabilita para realizar, por sí mismo, tanto actos de naturaleza patrimonial como actos de carácter personal, por lo que procede la tutela. No obstante, mantiene la posibilidad de gestionar y administrar el 20% de su pensión de jubilación. Para el nombramiento de su hijo V como tutor, la sentencia atiende a las manifestaciones de la esposa de L y de todos los familiares directos, que lo consideran la persona más idónea. No considera la sentencia idóneo el nombramiento de la hermana de L, que también se postuló para el cargo, porque negaba la enfermedad objetivamente diagnosticada por especialistas.

L interpone recurso de apelación por entender que no concurren razones para imponer un régimen de incapacitación tan severo y restrictivo. A su juicio, bastaría con una curatela. Además, solicita también que sea designada como curadora a su hermana F o, en todo caso, a su sobrina H. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso en el exclusivo particular de ampliar el ámbito para la disposición y gestión por parte de L de su pensión hasta un 50%, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia de primera instancia. La Audiencia considera que el régimen de tutela es el que resulta más adecuado y conveniente para la protección de L, al constatar que, por su enfermedad, se encuentra en una situación que progresivamente le impedirá adaptar su conducta personal y patrimonial a las exigencias mínimas que imponen las normas de convivencia. En cuanto a la designación de la persona para ejercer ese cargo, entiende la Audiencia que V es el más idóneo para el cargo por tener su residencia más próxima al domicilio del padre.

L interpone recurso de casación, insistiendo en las pretensiones presentadas en segunda instancia. Según el Tribunal Supremo, ha quedado probado que L padece una enfermedad persistente que provoca un deterioro cognitivo y alteraciones de conducta. Sin embargo, la Audiencia considera también acreditado que mantiene una

alta reserva cognitiva, hasta el punto de permitirle gestionar su pensión hasta el 50%, y no el 20% como había señalado el Juez de Primera Instancia. En consecuencia, se determina que L simplemente necesita el complemento de un curador para la toma de decisiones. La sentencia del Tribunal Supremo determina los actos concretos, tanto en la esfera personal como en la patrimonial, en los que debe intervenir el curador. En cuanto al segundo motivo alegado, apunta el Alto Tribunal que L no ha otorgado una escritura de autotutela en la que designara al tutor para el caso de que se limitara su capacidad en un futuro. Por tanto, al no existir una voluntad clara e inequívoca de alterar el orden legal, el Tribunal Supremo acoge el razonamiento de la Audiencia a este respecto: la mayor idoneidad de V para el desempeño del cargo por vivir más cerca de L, dado, además, que la enfermedad que padece puede evolucionar.

NOTA.—El Tribunal Supremo ha declarado, en sentencia de 15 de julio de 2015, que el procedimiento de modificación de la capacidad previsto en nuestro ordenamiento, así como la constitución de tutela o curatela, no son discriminatorios ni contrarios a los principios de la Convención de Nueva York de 2006. Por otro lado, también ha remarcado la participación del curador en asuntos de ámbito personal del incapacitado. Así, en la sentencia 31 de diciembre de 1991, exigió la intervención de curador para otorgar autorizaciones de adopción y similares a cualquiera de sus hijos habidos o los que pudiera tener en el futuro la mujer cuya capacidad de obrar se limitaba. En otras muchas se atribuyen al curador funciones de control, supervisión y apoyo en lo personal (4 de abril de 2017, 3 de junio de 2016, 17 de diciembre, 20 de octubre y 14 de octubre de 2015, 30 de junio de 2014 ó 24 de junio de 2013). Sobre la exigencia de motivar adecuadamente un nombramiento que se aparte del orden legal, *vid.* las sentencias de 1 de julio de 2014 y de 19 de noviembre de 2015. Y sobre la motivación necesaria para apartarse de la designación hecha por el interesado en escritura pública, *vid.* las sentencias de 17 de julio de 2012 y de 3 de junio de 2016. (S. L. M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

7. Necesidad de un interés legítimo para exigir la elevación a público de un contrato celebrado en documento privado.—La facultad de exigir la elevación a público de los contratos celebrados en documento privado no está sujeta a plazo, pero tampoco está amparado su ejercicio de forma ilimitada y con cualquier propósito. Así, no puede estimarse la pretensión de elevar a público un contrato para lograr el cumplimiento de unas obligaciones una vez que han prescrito las acciones para hacerlas efectivas porque, de este modo, se otorgaría eficacia a unas obligaciones que ya no resultaban exigibles (STS de 10 de octubre de 2011).

De igual manera, los efectos reforzados que el ordenamiento reconoce a la forma pública hacen exigible la existencia de un interés legítimo también cuando se ha dado cumplimiento íntegro al contrato. Por razones de seguri-

dad jurídica, no queda amparado el ejercicio de la acción cuando resulte contrario a la realidad fáctica y jurídica o afecte a los derechos adquiridos y consolidados por terceros con posterioridad al cumplimiento del contrato. (STS de 7 de julio de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Dña. Isabel interpone demanda contra D. Juan Pedro, Dña. Carina y contra los herederos de D. Román, solicitando la elevación a documento público de dos contratos suscritos por su padre en los años 1964 y 1969: el primero, un contrato de permuta celebrado con D. Román y, el segundo, la adjudicación de un local situado en el semisótano del inmueble a D. Juan Pedro y su esposa Dña. Carina, que puso fin a la indivisión derivada de la compraventa realizada por aquellos de la cuarta parte indivisa del inmueble. Ejercita también acción reivindicatoria y declarativa de dominio del local, acción negatoria de servidumbre de luces y vistas y reclama indemnización por los daños y perjuicios derivados del uso de los locales.

El Juzgado de Primera Instancia aprecia la prescripción y desestima las acciones reivindicatoria, declarativa, negatoria de servidumbre de luces y vistas y la pretensión resarcitoria. También se desestima la acción de elevar a público los documentos por ser contrarios a la realidad jurídica existente que resulta inatacable. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma el pronunciamiento de primera instancia, señalando que, además, el espacio reclamado corresponde al hijo de la demandante, quien lo adquirió por compraventa de un tercero. Recurrida la sentencia en casación por la actora, el Tribunal Supremo inadmite el recurso fundado en la acción negatoria de servidumbre y admite el relativo a la imprescriptibilidad de la pretensión de elevación a público del contrato que, no obstante, es desestimado por no concurrir interés legítimo. (V. N. C.)

8. Carácter abusivo de la condición general de la contratación por falta de transparencia.—Con carácter general, la falta de transparencia de la cláusula no supone necesariamente que esta sea desequilibrada ni que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor (arts. 8.2 LCGC y 82.1 TRLGDCU). En consecuencia, la falta de transparencia puede excepcionalmente ser inocua para el adherente, cuando no tiene efectos negativos para él, pese a no haberse hecho una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales podían provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato (STS núm. 138/2015, de 24 de marzo).

Abusividad de la cláusula suelo tras la constatación de su falta de transparencia.—En el caso de las «cláusulas suelo», a la vista de su contenido y del contrato al que están incorporadas, la falta de transparencia genera un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe. Este desequilibrio consistiría en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que al consumidor supondrá obtener el préstamo con «cláusula suelo» en el caso de bajada del índice de referencia; circunstancia que le priva de la

posibilidad de comparar correctamente las diferentes ofertas existentes en el mercado (STS núm. 138/2015, de 24 de marzo).

Si el desequilibrio viene referido, en términos subjetivos, a la relación precio y prestación, esto es, a la forma en que el consumidor se pudo representar el contrato en atención a las circunstancias concurrentes (STS núm. 222/2015, de 29 de abril), la cláusula suelo no transparente genera desequilibrio importante, toda vez que no permite comparar las diferentes ofertas.

Mientras tanto, la incompatibilidad con las exigencias de la buena fe se concretaría en si la entidad financiera que introduce la cláusula suelo podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa al consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (párrafo 60, STJUE de 26 de enero de 2017; Asunto C-421/14, *Banco Primus*).

La Sala 1.^a declara que esta valoración resulta aplicable a cualquier cláusula suelo que no supere el control de transparencia (cfr. STS núm. 171/2017, de 9 de marzo). (STS de 25 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—A y B suscribieron, el 16 de marzo de 2007, con Caixanova (actual Abanca) un contrato de préstamo hipotecario con un interés fijo durante el primer año del 4,85% y de interés variable para los años siguientes (Euribor + 0,55%). El contrato contenía una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés, según la cual el nominal no podía ser inferior al 3,75%, ni superior al 15%.

Por su parte, B y C suscribieron con la misma entidad, el 25 de agosto de 2006, un contrato de préstamo hipotecario con un interés fijo durante el primer año del 3,95% y de interés variable para los años siguientes (Euribor + 0,60%). El contrato contenía una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés, según la cual el nominal no podía ser inferior al 3,95%, ni superior al 15%.

A, B, C, y D presentaron conjuntamente una demanda en la que pedían la nulidad de la cláusula suelo de ambos contratos, así como la condena a la entidad a devolver las cantidades cobradas en aplicación de dicha cláusula y la bajada del tipo de interés de referencia. Asimismo, instaron la condena al pago de los intereses legales que cada una de las cantidades hubiera devengado.

El juzgado dictó sentencia el 12 de noviembre de 2012 (antes de la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo) por la que apreció el carácter abusivo de la cláusula, en atención a la falta de reciprocidad, pues la limitación al alza era desproporcionada, no existiendo equivalencia económica entre las obligaciones asumidas por cada una de las partes. Apreciada la nulidad, la sentencia estimó que las cláusulas se tendrían por no puestas y estimó por ello las pretensiones restitutorias contenidas en las demandas.

La entidad financiera recurrió en apelación centrando su escrito en negar el carácter de condición general de la contratación de la cláusula suelo, que ya no se discute, y en que la cláusula no era abusiva.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso por considerar que las cláusulas controvertidas no superaban el control de transpa-

rencia contenido en las SSTs núm. 406/2012, de 18 de junio, y 242/2013, de 9 de mayo.

Frente a la sentencia de apelación, la entidad financiera interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. En el primer motivo del recurso de casación, la recurrente argumentó que las cláusulas no eran abusivas; y en el segundo motivo, alegó infracción del artículo 1303 CC en cuanto a los efectos derivados de la declaración de nulidad.

NOTA.—La sentencia objeto de extracto consagra una doctrina que, a mi juicio, debe celebrarse parcialmente. Se trata de la declaración, en línea con la doctrina del TJUE, de que la falta de transparencia no comporta, por sí sola, la nulidad, por abusiva, de la cláusula enjuiciada (igualmente en la línea apuntada por la STS núm. 222/2015, de 29 de abril). La clave del control de las condiciones generales de la contratación debe descansar, en última instancia, sobre la desproporción y el desequilibrio provocado eventualmente por la cláusula de que se trate. La concentración exclusiva en la transparencia de la cláusula puede conducir al resultado pernicioso de que la jurisprudencia se enfoque en enjuiciar la claridad de la cláusula, soslayando la discusión acerca de lo equilibrado de su contenido. Y es que las deficiencias del mercado, a cuya corrección se orienta el control de las condiciones generales de la contratación, no consisten en que el adherente conozca a la perfección el contrato en su conjunto, sino más bien en eximirle de realizar comprobación alguna de su contenido, en atención a los costes de transacción (ALFARO ÁGUILA-REAL, «El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas» en SALELLES CLIMENT/GUERRERO LEBRÓN/FUENTES DEVESA, *I Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 219-240). En efecto, desde el punto de vista de la justificación económica del control de las condiciones generales, parece que un control de transparencia entendido de manera aislada solo vendría a colocar al consumidor entre la desapetecible *posibilidad de elegir* entre condiciones generales más o menos perjudiciales para él (pero todas desproporcionadas), lo que en última instancia conduciría a reputar válidas condiciones generales de la contratación pese a que fuesen desproporcionadas desde un punto de vista material (*vid.* WURMMEST, «§ 307 BGB» en SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG, *Münchener Kommentar zum BGB*, 7.^a ed., 2017, párr. 56).

Que esto sea así no autoriza, tal como lo veo, a colmar las exigencias del juicio de abusividad subsiguiente al control de transparencia sobre la base del denominado «equilibrio subjetivo» entre precio y contraprestación, tal y como se lo habría podido representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. La abusividad no debe derivarse de la eventual privación al consumidor de la posibilidad de comparar efectivamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, como indica la sentencia. Es decir, no creo que sea acertado desprender la nulidad de la cláusula de la falsa representación de la realidad del consumidor que le impediría comparar ofertas diferentes en el mercado que —por hipótesis y en el caso de las cláusulas suelo— podrían tener todas ellas cláusulas que generasen desequilibrios desproporcionados en contra de las exigen-

cias de la buena fe. Antes bien, se deben perfilar elementos objetivos que permitan reputar de modo objetivo la abusividad de la cláusula (suelo) no transparente (*vid.* CÁMARA LAPUENTE, «Las (seis) SS. T. S. posteriores a la S. T. J. U. E. 21 de diciembre de 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva. (Comentario a las SS. T. S. de 24 de febrero de 2017, 9 de marzo de 2017, 20 de abril de 2017 y 25 de mayo de 2017)», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 42, 2017, pp. 1786-1787).

Por el contrario, la sentencia extractada representa —junto con las SSTs 247/2017, 248/2017 y 249/2017, todas de 20 de abril— acaso un viraje desde una noción más objetiva y abstracta de cumplimiento de los deberes de información hacia otra más subjetiva y, por tanto, más próxima a figuras como la del error en el consentimiento, que ha acometido la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en relación con el control de transparencia. Como afirma CÁMARA LAPUENTE, «*hay una larga historia sobre las vacilaciones del Tribunal Supremo acerca de la naturaleza jurídica y fundamento del control de transparencia desde 2013 hasta hoy. De forma muy sintética puede decirse que el T. S. ha pasado de entender que la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato desemboca en su “abusividad directa”, a encontrar un fundamento genérico o presunto del desequilibrio que causa la falta de transparencia (ex SS. T. S. 138/2015, de 24 de marzo, 139/2015 de 25 de marzo, 29 de abril de 2015 y 705/2015, de 23 diciembre 2015: “la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado”) a, por último, y siguiendo el nuevo, grande y controvertido paso dado por la S. T. J. U. E. 26 enero 2017 (Banco Primus), decantarse por una “abusividad ponderada” al modo de la jurisprudencia alemana que ha influido en la citada S. T. J. U. E» (CÁMARA LAPUENTE, «Las (seis) SS. T. S. posteriores...», cit., p. 1777). (A. I. R. A.)*

9. Cláusula suelo. Retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la estipulación. Aplicación de la doctrina derivada de la STJUE de 21 de diciembre de 2016. Eficacia retroactiva de la nulidad de la condición por abusiva.—La Sala ha resuelto esta cuestión en la STS de 24 de febrero de 2017 (reiterada luego en las SSTs 247/2017, 248/2017 y 249/2017, todas de 20 de abril), en la que, en concordancia con la STJUE de 21 de diciembre de 2016, modificó la jurisprudencia mantenida hasta entonces. En esta decisión del órgano europeo se indica que la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, seguida por la jurisprudencia española a partir de la STS de 9 de mayo de 2013, se opone a lo establecido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado, antes de la fecha de la sentencia española, un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de este tipo, el derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013. La aplicación de esa jurisprudencia nacional en los tér-

minos planteados solo permitía garantizar a los consumidores una protección limitada, de manera que se revelaba incompleta e insuficiente y no constituía un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE. (STS de 18 de mayo de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Los demandantes suscribieron en 2006 un préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de una vivienda, con el BBVA, por importe de 288.000 euros, con un plazo de amortización de 40 años y un tipo de interés variable de euríbor más 0,75%, estableciéndose entre las condiciones una cláusula suelo que impedía una variación del tipo de interés por debajo de 2,25%. En 2014 formularon demanda solicitando la declaración de nulidad de la cláusula indicada y la devolución de todo lo pagado a consecuencia de su aplicación. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda pero la Audiencia Provincial de Álava acogió parcialmente el recurso de apelación de la entidad bancaria y, siguiendo la doctrina jurisprudencial vigente en ese momento, mantuvo la nulidad de la cláusula impugnada pero dejó sin efecto la declaración de retroactividad y la devolución de las cantidades cobradas en aplicación de dicha cláusula. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de los actores. (L. A. G. D.)

10. Obligaciones. Imposibilidad sobrevenida: aplicación analógica.—La jurisprudencia ha admitido la liberación del deudor de cosa determinada no sólo por la pérdida de ésta (art. 1182 CC), sino también por la imposibilidad legal o fáctica de entregarla (art. 1184 CC). Se trata de manifestaciones de un mismo fenómeno: la imposibilidad subsiguiente o sobrevenida de la prestación.

Obligaciones. Imposibilidad sobrevenida: efectos.—La imposibilidad sobrevenida a que se refiere el artículo 1184 CC lleva inexorablemente al incumplimiento y, en consecuencia, cuando la relación obligatoria sea sinagmática, a la resolución del contrato o, más propiamente, a la extinción de las obligaciones nacidas del mismo con los efectos que hayan podido prever las partes o, en su caso, los propios de la resolución (devolución de la cosa con sus frutos y del precio percibido, con sus intereses).

Obligaciones. Relación artículos 1182 y 1184 CC con el caso fortuito.—Los artículos 1182 a 1184 CC guardan una estrecha relación con el caso fortuito contemplado en el artículo 1105 CC. De ahí que el artículo 1184 CC exija una alteración de las circunstancias completamente extraordinaria y racionalmente. Si tal alteración de las circunstancias que determinara la imposibilidad de la prestación hubiera sido previsible, no podría aplicarse la institución del art. 1184 CC.

Obligaciones. Modificación estructural de sociedad: no es un suceso imprevisible.—A los efectos de dar cumplimiento al contrato convenido entre las partes, una modificación estructural de una sociedad mercantil, tal como una transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, incluido el traslado internacional del domicilio social, de la que resulte incluso una reorientación de su actividad social, no puede considerarse en sí misma como un suceso imprevisible que constituya el supuesto de hecho del artículo 1184 CC o permita la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Menos aún, cuando la modificación estructural afecta a una sociedad en cuyo futuro económico existían incertidumbres derivadas de la crisis de las hipotecas *subprime*, como ya sabía el inversor al contratar la Nota estructurada, que por eso hizo una apuesta bajista.

Obligaciones. Sucesos imprevisibles: cláusula *rebus sic stantibus*.—La jurisprudencia ha declarado que de los sucesos imprevisibles que sirven para sustentar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* deben excluirse los riesgos que deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, esto es, el riesgo normal inherente o derivado del contrato. Y, para que sea aplicable esa técnica de resolución o revisión del contrato que es la cláusula *rebus sic stantibus* se exige, entre otras condiciones, que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual.

Obligaciones. Contrato de alto contenido especulativo: repercusión a las partes.—En un contrato de alto contenido especulativo, los compradores, cuando se integran en un proceso de rápida obtención de beneficios, se están sometiendo a una situación de riesgo aceptado que no pueden intentar repercutir sobre la parte vendedora. No pueden pretender aceptar los beneficios de la especulación y repercutir a la vendedora las pérdidas que se pudieran presentar, porque es contrario a la buena fe (art. 1258 CC) y viola el artículo 1105 CC.

Obligaciones. Contrato de alto contenido especulativo: equilibrio contractual.—Tampoco puede considerarse una desproporción exorbitante, habida cuenta de la naturaleza especulativa y aleatoria del contrato y la expectativa de elevadas ganancias del inversor, que se compensaban con la posibilidad de sufrir un severo quebranto económico. En un contrato de inversión aleatorio y fuertemente especulativo, las ventajas y los riesgos inherentes al contrato han de tomarse en consideración para valorar si existe esa desproporción exorbitante. Difícilmente puede considerarse concurrente dicha desproporción cuando la posibilidad de ganancias muy elevadas tiene su contrapartida en el riesgo de que la posición del inversor resulte gravemente perjudicada por una evolución desfavorable de las empresas cuyas acciones constituían el subyacente de la nota estructurada, que constituye por tanto el riesgo normal del contrato. (STS de 20 de julio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—La representación procesal de don O. interpuso demanda contra las entidades financieras L. C. D. P. de B. y M. S. Co. I, solicitando se declare que, en la relación contractual de prestación de «servicio de inversión» existente entre M. S., U. K., a través de su sucursal española y el demandante, para la adquisición, por este último, del producto financiero denominado «Nota Auto-cancelable sobre tres valores subyacentes», han quedado incumplidas de manera esencial las obligaciones de información, evaluación de la idoneidad del inversor y prestación de medios y soluciones necesarias para garantizar el mejor resultado de la inversión que vienen impuestas al prestador de «servicios de inversión» en la normativa vigente sobre mercado de valores. Igualmente, solicita que se condene a las entidades codemandadas de manera solidaria a restituir la inversión efectuada. El Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona desestimó la demanda por considerar que no

había existido incumplimiento, pues el demandante había sido informado adecuadamente de la naturaleza y riesgos, tampoco apreció la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, y finalmente no consideró que concurrieran los requisitos de la doctrina *rebus sic stantibus* que justificara modificar la relación contractual, refiriéndola solo a una cesta de dos valores, ni que por tal razón procediera la resolución del contrato. Todo ello, con expresa imposición de costas. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia al declarar resuelto el contrato de compra de la *Nota Estructurada Autocancelable 3 Bancos Europeos abril 2013* y condenar a las demandadas solidariamente a restituir la inversión efectuada con imposición de costas a las demandadas. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

11. Compraventa de inmuebles: Exceso de cabida.—La empresa GESTUR (Gestión Urbanística de las Palmas SA) en escrituras públicas de 4 de noviembre de 2005 y 23 de junio de 2006 adquirió varias fincas a varios vendedores, quienes demandaron a aquélla en relación con el exceso de cabida de una de las fincas registrales vendidas. La demandada se opuso y reconvinó solicitando se declarasen rescindidos o resueltos los contratos de compraventa con restitución de las prestaciones. Por su parte los actores reconvenidos contestaron oponiéndose a la reconvenición.

Igualmente se inició por Gestur un juicio ordinario núm. 910/2011 contra los mismos demandantes y con el mismo objeto, cuyo suplico coincidía con el de la demanda reconvenicional inicial. Del mismo modo los ahora demandados contestaron y formularon reconvenición con las mismas pretensiones anteriormente deducidas.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Las Palmas dictó sentencia de 22 de abril de 2013, estimando la demanda interpuesta por los vendedores, declarando el incumplimiento contractual de Gestur en lo que se refiere al precio correspondiente al exceso de cabida de la finca NUMOOO, una vez inscrito este exceso en el Registro de la Propiedad, condenando a la entidad demandada, cuyas pretensiones desestimó, a abonar a la parte demandante la cantidad de 4.568.748,50 euros, más los intereses desde la fecha de su devengo conforme a lo pactado por las partes, hasta la fecha de su efectivo pago, con imposición de costas a Gestur. Esta empresa interpuso apelación y la Audiencia Provincial de Las Palmas (sec. 4.^a) dictó sentencia el 3 de diciembre de 2014 por la que estimó el recurso, acogiendo las pretensiones de la recurrente y desestimando las de los actores iniciales, sin imposición de costas en ambas instancias. La vendedora ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Parte la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de que lo solicitado por la compradora Gestur es que se declare el incumplimiento contractual de la parte vendedora, dado que compró unas fincas y la ubicación de una parte del suelo vendido no es la recogida en las escrituras de compraventa, lo que le impide destinar lo adquirido al fin que perseguía al contratar. Considera así la Audiencia que los contratos de compraventa litigiosos han de ser resueltos por incumplimiento imputable a los vendedores, pues el objeto vendido a Gestur es inhábil para la finalidad perseguida por la compradora, en tanto que la ubicación de una parte del suelo vendido no es la recogida en las escrituras de compraventa, lo

que le impide destinar lo adquirido al fin que perseguía el contrato; añade que ello hace innecesario examinar si procedía la resolución por una diferencia de superficie en la entrega de los inmuebles.

Infracción procesal: Incongruencia.—La exigencia de congruencia está en relación con el propio principio de defensa impidiendo que el tribunal pueda resolver sobre aquello que no fue pedido o por fundamentos jurídicos, —no normas jurídicas, cuya elección corresponde al tribunal—, no utilizados, siendo así que en el caso presente la sentencia de la Audiencia Provincial no puede tacharse de incongruente ya que resuelve dentro de los límites de lo efectivamente pedido y acudiendo a fundamentos expresados por la parte, de modo que la contraria ha podido defenderse en relación con ello y efectivamente lo ha hecho.

Motivación.—Como recoge la doctrina procesalista, si el recurso de apelación se interpone sin aceptación de ninguno de los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia, el tribunal de apelación puede examinar lo actuado y adoptar su decisión libremente sin necesidad de explicación pormenorizada de las razones por las que se aparta de lo resuelto en primera instancia, con plena libertad para valorar la prueba practicada y obtener las consecuencias jurídicas oportunas según las pretensiones formulada por las partes. Todo ello no significa nada distinto a la exigencia de motivación que, como a toda sentencia, afecta también a la dictada en apelación, de modo que lo que el tribunal no puede hacer es resolver de modo distinto respecto de la sentencia de primera instancia sin dar las razones de su decisión, lo que en absoluto le obliga a explicar concretamente por qué lo hace de forma distinta y en concreto en qué y por qué difiera de los razonamientos de la primera instancia.

Errores patentes.—La referencia a «errores patentes», en plural, pone de manifiesto la verdadera intención de la parte recurrente, de contradecir globalmente la valoración probatoria llevada a cabo en la instancia, en lugar de referirse concretamente a un medio de prueba que haya sido valorado con notorio error. Además alude al contenido de los contratos celebrados, lo que lleva más bien a una cuestión de interpretación de los mismos que cuestiona en el seno del recurso de casación, que es su lugar propio.

La sentencia recurrida impugnada viene a sentar lo siguiente: a) Según los apelados —demandantes— la alusión a las parcelas NUMOO1, NUMOO2 y NUMOO3 contenida en la estipulación sexta del contrato de 4 de noviembre de 2005 y en la estipulación sexta del contrato de 23 de junio de 2003 no se hizo a efectos de delimitar e identificar el objeto de la venta. Si ello fuese así, la Sala no entiende por qué se dice en esos negocios que «a efectos de identificación catastral las cuatro fincas registrales integran las parcelas NUMOO1, NUMOO2 y NUMOO3 del plano», y porqué uno de los vendedores defendió en otro proceso del Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria la coincidencia entre las fincas NUMOO4, NUMOO5, NUMOO6 y NUMOO7 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Las Palmas y esas parcelas. b) Los demandantes y, a través de sus representantes, las entidades «Euromeat Producers and Traders SA», y «J. L. Ó Vending Canarias S. L.» manifestaron en el «contrato de reserva» que «todas las fincas» (las que por agrupación formaron después la número NUMOOO, y 1/5 de la finca número NUMOO4, 3/5 de la finca NUMOO5, 1/5 de la NUMOO6, y 1/5 de la NUMOO7, todas ellas del Registro de la Propiedad núm. 2 de Las Palmas) son «colindantes y contiguas entre sí». Ello era para la entidad GESTUR fundamental para alcanzar el acuerdo (el hecho de la colindancia y límites constituye para ella el elemento esencial y determinante para alcanzar el

acuerdo). Como reconocieron los apelados en su demanda inicial que la actora tenía «expectativas de transformación urbanística de los terrenos rústicos» que fueron objeto de las compraventas».

Se trata en realidad de apreciaciones que inciden en la interpretación de los contratos celebrados y no en la valoración de la prueba.

Recurso de casación: Motivos: Vulneración del artículo 1281 CC.—La parte recurrente sostiene que la sentencia realiza una interpretación de los contratos que vulnera abiertamente el mandato contenido en el artículo 1281 CC., chocan abiertamente con el sentido literal de lo pactado con los contratos pactados en las escrituras de 4 de noviembre de 2005 y 23 de junio de 2006. Pero en realidad a la conclusión de la sentencia se llega con estricto cumplimiento de dicho precepto ya que el mismo sólo reduce la labor interpretativa al sentido literal de las cláusulas cuando ellas contienen y permiten deducir la completa intención de los contratantes que en realidad se constituye como primer elemento de interpretación, pues la literalidad solo prevalece cuando es fiel reflejo de dicha intención. Por otra parte esta Sala tiene declarado con reiteración —como se reconoce en el propio motivo— que la labor de interpretación de los contratos corresponde a los tribunales de instancia.

No hay aplicación indebida del artículo 1262 CC.—El recurrente entiende que el artículo 1262 CC. ha sido aplicado incorrectamente, al haber tomado en consideración el tribunal un hecho posterior que no constituye propiamente un «acto de los contratantes» y haberse basado además en un acto de los mismos que, siendo anterior, no podía reputarse hábil para juzgar sobre su intención.

Comienza la parte haciendo supuesto de la cuestión ya que la improcedencia de acudir a otros elementos interpretativos distintos del literal únicamente encuentra explicación en el caso de que se acepte plenamente la interpretación que dicha parte sostiene, sin posibilidad de entender —como ha hecho el tribunal— que es necesario acudir a otros medios para averiguar la verdadera intención de los sujetos del contrato.

Esta Sala ha declarado (sentencia núm. 285/2012 de 8 de mayo y la núm. 696/2012 de 26 de noviembre) que «el silencio de la norma sobre el valor interpretativo de los actos anteriores a la celebración del contrato no ha significado obstáculo para que se admita el mismo, ya que la norma no los excluye y, de hecho, la expresión «principalmente» referida al comportamiento coetáneo y posterior, supone la admisión implícita de la posibilidad de tenerlos en cuenta... pese a que, como ha puesto de relieve la doctrina, se trata de una «voluntad contractual aún itinerante».

Se funda el motivo en la afirmación de que un hecho posterior —la sentencia dictada el 19 de marzo de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12— no puede propiamente conceptuarse, a los efectos de este artículo 1282 como un «acto de los contratantes». Pero no es así, ya que lo que la Audiencia Provincial toma en consideración es que en el procedimiento judicial que dio lugar a esa sentencia uno de los vendedores aludió a la coincidencia entre las fincas registrales NUMOO4 a NUMOO7 y las parcelas NUMOO1, NUMOO2 y NUMOO3.

De otro lado resulta plenamente adecuado en orden a averiguar la intención de los contratantes, en cuanto a la determinación del objeto del contrato, aludir al pacto previo de reserva y resulta determinante que en los propios contratos se diga que «a efectos de identificación catastral las cuatro fincas registrales integran las parcelas NUMOO1, NUMOO2 y NUMOO3 del plano».

En consecuencia no cabe afirmar que se haya vulnerado el artículo 1282 CC.

Infracción del artículo 1124 CC.—Sostienen los recurrentes que aun cuando hubiera existido incumplimiento, en ningún caso podría tener el carácter de esencial que le atribuye la sentencia impugnada ni, consecuentemente, podría tener trascendencia resolutoria, de conformidad con la doctrina jurisprudencial sentada a estos efectos.

Esta Sala se ha referido —para caracterizar el incumplimiento carente de esencialidad— a los supuestos de obligaciones accesorias o complementarias (sentencias núm. 215/2012, de 12 de abril, y núm. 568/2012, de 1 de octubre) y singularmente se ha tratado en relación con el cumplimiento del plazo establecido para satisfacer la prestación debida (sentencia núm. 348/2016 de 25 de mayo, entre otras).

En el supuesto de que el incumplimiento se refiera al propio objeto del contrato, que no reúne las condiciones o características pactadas, la regla general es que haya de calificarse como esencial dicho incumplimiento ya que rompe la equivalencia de las prestaciones según lo pactado y no puede ser obligado un contratante a recibir un objeto que no tiene la condiciones pactadas. Así sucede en el defecto de cabida de los inmuebles según el artículo 1469 CC.

En el supuesto presente se trata de la frustración para la parte compradora del fin del contrato en cuanto no podía dedicar lo adquirido al destino previsto, que era conocido de ambas partes. Dice al efecto la sentencia recurrida que: «Las participaciones en las fincas NUMOO4 a NUMOO7 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Las Palmas que fueron vendidas a Gestión Urbanística de Las Palmas SA, son inhábiles para la finalidad perseguida por la apelante, que desconoce ahora incluso dónde en realidad se hallan. La recurrente esperaba para la satisfacción de sus intereses, que las fincas se correspondiesen con las parcelas NUMOO1, NUMOO2 Y NUMOO3 del Catastro. La frustración de su expectativa supone un incumplimiento de los contratos de compraventa que autoriza su resolución, conforme al art. 1124 CC.». Tales circunstancias determinan que nos encontramos ante un incumplimiento de carácter esencial y, por ello, resolutorio.

Aliud pro alio.—Está establecida la inhabilidad de los terrenos vendidos según la consideración que había llevado a la compradora a contratar, siendo los vendedores conscientes de que tales condiciones de los terrenos resultaban esenciales para la parte compradora. Se trata de un incumplimiento esencial que, a veces, la doctrina y la jurisprudencia califican de «aliud pro alio» dado que es tal la diferencia e inadecuación de lo entregado a lo efectivamente pactado que viene a equivaler a la entrega de una cosa distinta y determinan un incumplimiento tal que permite a la parte perjudicada optar por la resolución del contrato, como ha sucedido en el caso presente (STS. 1.^a 706/2012, de 20 de noviembre, entre otras). **(STS de 24 de mayo de 2017;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.] (G. G. C.)

12. Compraventa de inmuebles: Incumplimiento de condiciones esenciales.—Riofisa Este SLU el 28 de febrero de 2008 vende a Aira Pando S. L. un inmueble terciario, módulo B, en planta primera del portal 3 del edificio 4, y cuatro plazas de aparcamiento sitios en el término municipal de Camarena de Esteruelas. Con base en dicho contrato Riofisa presenta demanda contra la compradora, alegando incumplimiento contractual solicitando sentencia a recibir los inmuebles, escriturándolos a su favor, y a pagar el resto del precio, más IVA y el pago de los intereses pactados. Aira Pando se opuso, alegando que la vendedora no hizo entrega de los inmuebles en la fecha con-

venida. Afirma que fue requerida para el otorgamiento de escritura en septiembre de 2009, que era la fecha prevista en el contrato (tercer trimestre del año), pero en dicha fecha no se había obtenido licencia de primera ocupación por faltar la red de abastecimiento de agua y saneamiento, obligación sustancial que incumbía a la vendedora. Tal abastecimiento de agua no se concedió por el canal de Isabel II hasta el mes de julio de 2010, por falta de diligencia de Riofisa. Reconvino solicitando la resolución del contrato, condenando a la demandante a la devolución de las cantidades pagadas; subsidiariamente solicitó indemnización de daños y perjuicios.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda de la vendedora y desestimó la reconvencción. La compradora interpuso apelación que resolvió la sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en sentencia del 19 de noviembre de 2014, estimando el recurso y como consecuencia desestimó la demanda rectora y estimó la reconvencción.

La Audiencia Provincial como frontispicio de su decisión expone minuciosamente la larga secuencia de hechos (desde la letra –a hasta la –i), transcribe la estipulación novena del contrato en la que se expresa que «la edificación se entregará durante el tercer trimestre de 2009, salvo caso fortuito o fuerza mayor, incluyéndose expresamente, entre estas, las huelgas y las inclemencias climatológicas. Dicha entrega se producirá, una vez finalizada la obra acreditándose mediante certificación final de obra emitida por la Dirección Facultativa».

El tribunal de apelación aprecia, tras valorar la prueba practicada, que, a pesar de lo pactado y de que la certificación se emitió en el plazo previsto para la recepción de la edificación (el 31 de agosto de 2009), la obra no estaba terminada en la fecha en que se emitió la certificación antedicha y, por ende, la demandada no tenía obligación de recibirla.

La Audiencia Provincial valora la prueba en los siguientes términos: « Es cuestión pacíficamente admitida por las empresas litigantes que Riofisa asumió la realización de dos tramos del emisario de aguas residuales y que lo hizo en el año 2002, pero no cabe ignorar que, una vez firmado el Convenio entre Gestión Integral del Servicio de Distribución entre el Ayuntamiento de Esteruelas y el Canal de Isabel II, el 20 de julio de 2005, la conformidad técnica de la construcción de aquellos dos tramos del emisario había de ser prestada por Canal Isabel II que, en informe emitido el 26 de febrero de 2010, denegó aquella conformidad en tanto no fuesen modificados todos los puntos que se reseñaban en dicho informe. Sólo en el informe emitido el 12 de abril de 2010, Canal de Isabel II comunicó al Ayuntamiento de Camarana de Esteruelas que, habiendo recibido documentación complementaria, proporcionada por Riofisa aportada con fecha 29 de marzo de 2010, consideraba satisfechos los requisitos expuestos en los informes anteriores, e informaba favorablemente las observaciones proyectadas para la obtención de conformidad técnica de aquellos dos tramos del emisario.» Partiendo de tal valoración concluye que al finalizar el tercer trimestre de 2009, cuando vencía el plazo para la entrega de la edificación, esta carecía de red de saneamiento, y otro tanto sucedía con las obras de abastecimiento de agua, según consta documentalmente. Todo ello comporta el incumplimiento por la vendedora de su obligación contractual de entrega.

El tribunal de apelación, con cita de sentencias de la sala, y en contra de lo sustentado por la sentencia de primera instancia, entiende que el plazo era esencial, sin que estemos en un mero retraso o «mero retraso de poca monta», pues fue de casi un año, por lo que alcanza la conclusión de que se frustró el

fin del contrato. Finalmente niega que el incumplimiento del plazo de entrega sea imputable a terceros y no a la mercantil vendedora, particularmente al Canal de Isabel II que se comprometió con el Ayuntamiento de Camarana a la ejecución del emisario y no dio su conformidad hasta el informe del 12 de abril de 2010.

Prueba: Recurso extraordinario por infracción procesal: Desestimación.—Constituye doctrina de la Sala que la restrictiva doctrina desarrollada durante la vigencia de la LEC 1881 sobre el control en casación de la valoración arbitraria o ilógica de la prueba, mantiene su vigencia, si bien ahora dentro del ámbito del recurso extraordinario y, en esta línea, se ha venido admitiendo con carácter excepcional, la impugnación de la prueba (SSTS de 8 y 29 de abril, y 9 de mayo de 2005; 12 de mayo, 16 y 23 de junio, 28 de julio y 29 de septiembre de 2006; 16 de marzo y 28 de noviembre de 2007, entre las más recientes), indicando que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción, en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad. La sentencia de 24 de febrero de 2017 declara que el error debe ser patente y de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, apreciándose ahora como relevante que debe tratarse de un error fáctico, material o de hecho.

El recurso interpuesto debería desestimarse por inadmisión por carecer de estructura casacional, pues la que tiene es más propia de un escrito de alegaciones; pretende extrapolar las conclusiones de otros procedimientos sin que la prueba practicada en todos ellos sea la misma ni en su proposición ni en su contenido; acumula en el mismo motivo errores relativos a diferentes medios de prueba; pretende una revisión del juicio jurídico sobre cual es el carácter esencial o no del término pactado para la entrega del inmueble vendido. Al no ser este recurso una tercera instancia no se permite al recurrente desarticular la valoración conjunta de la prueba mediante la técnica de ofrecer a la sala sus propias conclusiones o deducciones, a partir de los medios de prueba que les resulten más favorables a sus argumentos, o infiriendo de los mismos medios deducciones diferentes a los del tribunal, pero sin merecer la calificación de error patente en la inferencia de este.

Aun así, y si se revisa la valoración llevada a cabo por el tribunal de apelación procede la desestimación del motivo. No existe controversia sobre la emisión del certificado final de obra el 31 de agosto de 2009, ni tampoco que en dicha fecha la edificación carecía de red de saneamiento y de abastecimiento de agua y la red de saneamiento. La parte recurrente de lo que discrepa es de la valoración jurídica que hace la sentencia recurrida de tales hechos, pero ello queda extramuros del recurso extraordinario por infracción procesal y es propio del ámbito del recurso de casación. La Audiencia Provincial sostiene que, aunque «técnicamente» pudiera considerarse terminada la obra dentro del plazo previsto para su entrega, la misma carecía de utilidad para la mercantil compradora en cuanto no estaba provista de los servicios básicos como eran el abastecimiento de agua y la red de saneamiento. De lo anterior colige el incumplimiento por la vendedora de la obligación de entregar el bien en la fecha pactada. Si ese retraso es o no imputable a la recurrente lo analiza la sentencia recurrida desde el aspecto fáctico y el jurídico. En el primero se afirma que el Canal de Isabel II no dio su conformidad, en relación con la ejecución del emisario, hasta el informe de 12 de abril de 2010, pero se precisa como en dicho informe se recogía que ello obedeció a que

hasta el 29 de marzo anterior la actora no había facilitado la documentación que le había sido solicitada. Conclusión razonable y no ilógica. En el segundo aspecto argumenta que no cabe desviar su responsabilidad a la actuación de terceros sin límite temporal, pues ello equivale a dejar su cumplimiento al arbitrio de una de las partes contratantes. No poniéndose en duda el dato fáctico sobre el retraso en la licencia de primera ocupación, la valoración sobre si ese retraso es esencial y, en su caso, si frustró el interés contractual del comprador, es de naturaleza jurídica, propia del recurso de casación.

Por todo ello no procede la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal.

Admisibilidad el recurso de casación.—Es cierto que el concepto de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales comporta la existencia de criterios dispares entre secciones de Audiencias mantenidos cada uno no con la suficiente extensión e igual nivel de transcendencia, de modo que pueda calificarse como jurisprudencia operativa en el grado jurisdiccional correspondiente a estos tribunales. En consecuencia, tiene que acreditarse que existen soluciones diferentes para el mismo problema por parte de distintas Audiencias y que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre dicho problema. A juicio de la parte recurrida tal contradicción no existe en este caso pues las sentencias de las Audiencias traídas por el recurrente no presentan esta contraprestación de criterios jurídicos contradictorios entre los mismos y la ahora recurrida, sino que lo que presentan es una diferencia en cuanto a los hechos que consideran probados. La parte recurrente niega que el retraso sea respecto de un término esencial y, en su caso, que haya frustrado las expectativas negociales para la compradora, citando jurisprudencia de varias secciones de la Audiencia Provincial de Madrid. La sentencia recurrida, en términos de valoración jurídica, discrepa de tales sentencias por las siguientes razones: (i) No entiende que la edificación se encontrase en condiciones de ser entregada en el plazo pactado en la estipulación novena del contrato, pues carecía en ese momento —tercer trimestre del año 2009— de red de saneamiento y de abastecimiento de agua, por lo que carecía de utilidad para la mercantil compradora; (ii) el plazo es esencial y no se está en presencia de un mero retraso, sino ante un retraso de un año que frustra el interés contractual; (iii) el retraso en la licencia de primera ocupación tiene su origen en que la actora demoró presentar la documentación que se le había solicitado. Pero lo más relevante de la sentencia recurrida, por su contenido de valoración jurídica, es que la promotora no puede justificar su incumplimiento ante los compradores, desviando su responsabilidad a la actuación de terceros. A partir de estas contradicciones el interés casacional se evidencia por la diferente o contradictoria respuesta judicial que se ha dado, en esencia, al mismo problema jurídico.

Ahora bien, como el interés casacional ha de venir referido al juicio jurídico sobre la correcta aplicación e interpretación de una norma jurídica sustantiva —no procesal—, desde el pleno respeto a los hechos probados y a la razón decisoria, lo que ha de analizarse, partiendo de los hechos esenciales, es si existe o no justificación jurídica para la diversa respuesta judicial.

Interrelacionando el contenido del motivo del recurso con la motivación de la sentencia recurrida al estimar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, tres son las cuestiones que se suscitan: (i) Si hubo entrega de la edificación en el plazo pactado; (ii) si el plazo pactado era esencial; y (iii) si, de existir retraso, este provocó la frustración del interés contractual de la compradora. Cabe observar que no existe controversia sobre el plazo de

entrega de la edificación, que según la estipulación novena del contrato, sería el tercer trimestre de 2009. Tampoco se debate que, en cumplimiento de la misma estipulación, la entrega se produciría una vez finalizada la obra acreditándose mediante certificación final de la obra, certificación que emitió la dirección facultativa el 31 de agosto de 2009. No existe discrepancia sobre el hecho nuclear del litigio, a saber, que a la fecha en que se emitió el certificado final de obra esta carecía de red de abastecimiento y red de saneamiento. La valoración jurídica a revisar es si en tales circunstancias se ha de entender finalizada la obra y en condiciones de entrega, pues la sentencia recurrida lo niega, en atención a que, al no estar provista de dos servicios básicos, carecía de utilidad para la mercantil compradora.

La conclusión que alcanza la Audiencia se contradice con la doctrina de la Sala.

Riesgo de la entrega de la cosa vendida en venta de viviendas.—Es cierto que últimamente los supuestos enjuiciados han tenido por objeto viviendas, lo que exige mayor rigor y garantías por tratarse de un bien de primera necesidad cuando su adquisición tiene como finalidad servir de morada al comprador. Pero ello no empece a que las declaraciones sobre la cuestión relativa a la entrega, no sean extrapolables, en esencia a otros inmuebles. Como afirma la STS de 13 de noviembre de 2013, la obligación del vendedor de entregar la vivienda objeto del contrato de compraventa supone, a tenor de los artículos 1461 y concordantes CC, la entrega de aquella en condiciones de poder ser habitada sin impedimento legal alguno, haciendo posible su ocupación de un modo definitivo y sin obstáculos o impedimentos administrativos o urbanísticos. Según la STS de 12 de diciembre de 2016, el vendedor responde no sólo de la entrega de la vivienda, sino también de efectuarla con utilidad para su destino propio, o lo que es lo mismo, con la condición de habitabilidad. Dicha obligación se encuentra estrechamente relacionada con la licencia de primera ocupación, y ya la sentencia del Pleno de 10 de septiembre de 2012, declaraba que «puesto que quien construye para vender no puede desconocer este deber, a él incumbe cumplir el deber administrativo —ajeno en principio a la parte compradora— de gestionar la licencia de primera ocupación y de cumplir así la obligación nacida del contrato de compraventa de entregar la cosa en condiciones de ser utilizada para el uso o destino previsto». Como afirma la STS de 28 de octubre de 2013, aunque en el contrato sólo figure el deber de entregar el certificado final de obra y no la obtención de la licencia de primera ocupación, el promotor vendrá obligado a entregar esta. La licencia de primera ocupación forma parte de la obligación de entrega, aunque en el contrato se hubiera expresado solamente que la obra terminaría en fecha determinada. No se trata solo de terminar sino de entregar, y para tal entrega útil es preciso haber obtenido la licencia de primera ocupación. Se insiste por el recurrente que la estipulación 14.^a del contrato prevé que la tramitación y obtención por la vendedora de la licencia de primera ocupación, podrá llevarse a cabo después de efectuada la entrega. Es cierto, pero también que la citada estipulación se titula «licencia de apertura», de lo que se infiere que se trata de aspectos accesorios administrativos y no de algo tan determinante de la actual realidad social como que una edificación —sea vivienda o local de negocio— carezca de red de saneamiento o de abastecimiento de agua. En tales condiciones la edificación no puede entenderse como entregada pues carecía de utilidad para la mercantil compradora.

Debe recordarse que Riofisa en el contrato de arras penitenciales suscrito el 5 de julio de 2005, antecedente de la compraventa que enjuiciamos, se

comprometía a realizar las operaciones jurídicas y urbanísticas precisas para el desarrollo de la promoción. Por lo que, como profesional del ramo, debía ser ella quien hiciera sus previsiones. A ello se une que antes de suscribirse el contrato de compraventa de 28 de febrero de 2008, en concreto el 3 de mayo de 2007, el Ayuntamiento de Camarena, al solicitarle la actora la licencia de obra mayor, informó que no se concederían las licencias de primera ocupación hasta la total terminación y efectivo funcionamiento de las obras de urbanización del sector, puesta en servicio de la conexión entre la red de saneamiento a la EDAR de Alcalá de Henares y total finalización y puesta en servicio de la red de suministro de agua con la conexión a la red general. Estas circunstancias debía tenerlas presentes la actora cuando firmo el contrato de compraventa y se comprometió a la entrega de la edificación en el tercer trimestre del 2009. De ahí que la sentencia recurrida acierte cuando afirma que la vendedora no puede justificar su incumplimiento, desviando la responsabilidad a la actuación de terceros. La STS de 19 de diciembre de 2014 afirma que «cuando se trata de indagar si el retraso ha obedecido a la existencia de causas no imputables a la promotora vendedora, se ha de tener en cuenta que tales causas deben ser imprevisibles e inevitables por ella a la fecha del contrato». «Quien fija el plazo de entrega de las viviendas es el promotor, que es un profesional de la construcción y debe conocer las dificultades propias de esta actividad y, por tanto, tiene que prever las circunstancias y asegurarse de poder cumplir sus compromisos, fijando un plazo de entrega mucho más dilatado en el tiempo, aunque ello le haga perder algún posible cliente. El riesgo de acabar las obras dentro del plazo establecido en el contrato es asumido íntegramente por el vendedor promotor como parte de su riesgo empresarial y, en consecuencia, no puede trasladarse al comprador».

Plazo esencial de entrega.—También acierta la sentencia recurrida cuando califica el plazo de entrega como esencial, pues se colige del propio contrato ya que la estipulación novena prevé su dilación y condiciones para que ésta sea eficaz, y precisamente niega que se den. No puede rechazarse el carácter esencial con la condición de sociedad inversora y su finalidad revender. Aunque tuviera tal condición, en sus previsiones empresariales el plazo no perdería su carácter de esencial, pues lo tendría presente a efectos de financiación y de venta, con lo que el retraso de un año no le resultaría indiferente. Que la trascendencia y consecuencias sean más rigurosas en supuestos de viviendas destinadas a morada del comprador no empece a que la previsión de un plazo de entrega sea intranscendente si el que adquiere lo hace con fines de negocio, pues ese plazo le puede resultar esencial a la hora de valorar la oportunidad de la inversión.

Retraso en la entrega que frustra el interés contractual de la compradora.—Después de recordar la doctrina contenida en la reciente doctrina de la Sala, se menciona que el mero retraso en el pago o en la entrega de la cosa no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos al incumplimiento. Así la STS de 12 de abril de 2011 declara que la situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora, cuando se dan los presupuestos que, entre otros, señalan los artículos 1101, 1096 y 1182 CC, pero no necesariamente a la resolución. Su carácter de remedio excepcional, frente al principio de conservación del negocio, se ha traducido en que la jurisprudencia haya venido exigiendo, además de que quien promueve la resolución cuando se funda en las obligaciones que le correspondían, que

se aprecie en quien insta la resolución un «interés jurídicamente atendible», expresión mediante la cual se expresa la posibilidad de apreciar el carácter abusivo o contrario a la buena fe, o incluso doloso, que puede tener la pretensión de resolución cuando se funda en un incumplimiento más aparente que real por no afectar al interés del acreedor en términos sustanciales o encubrir la posibilidad de conseguir un nuevo negocio que determinaría un nuevo negocio. 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 ratificada por España en 1991, Así en el artículo 49.1 al tratar del incumplimiento del vendedor, se dice que se podrá resolver cuando esta conducta constituya «un incumplimiento esencial del contrato», pero en el apartado 2, se precisa que si el plazo de entrega no se ha pactado o, en su defecto, que sea de tal entidad, grave y esencial, para que con él se frustre el fin del contrato o la finalidad económica del mismo, esto es, capaz de producir insatisfacción de las expectativas de la parte perjudicial por el mismo, lo que hace necesario examinar el valor del plazo en este tipo de contratos y si su inobservancia debe llevar indefectiblemente al incumplimiento del contrato.

Aplicando esta doctrina al supuesto enjuiciado, la valoración jurídica que alcanza la sentencia recurrida por haberse retrasado un año la entrega de la edificación, en condiciones de ser útil para la mercantil compradora, no puede calificarse ni ilógica, ni contraria a la doctrina de la Sala. Sería un contrasentido que el contrato de compraventa introduzca en la estipulación tercera una condición resolutoria rigurosa y expeditiva, a favor de la vendedora, por falta de pago de «cualquiera de los plazos» por parte de la compradora, y, sin embargo, se pretenda negar la resolución del contrato a instancia de ésta por retrasarse ella un año en la obligación de entregar la edificación en condiciones de ser útil para su destino. **(STS de 7 de julio de 2017; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—En esta minuciosa sentencia, destacable por el notable esfuerzo de precisar sin asomo de duda el aspecto fáctico del caso, también merece llamar la atención sobre la importancia de los hechos anteriores a la celebración del contrato como elemento interpretativo de la voluntad de las partes, pese a su expresa omisión en el artículo 1282 CC.

La STS de 10 de noviembre de 2016 había declarado la nulidad de la compraventa de vivienda carente de suministro eléctrico (extractada y anotada por Ortega Melián, en *ADC*, 2018, p. 235 s.), situación similar a la aquí contemplada). (*G. G. C.*)

13. Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas: Responsabilidad de la entidad financiera con base en póliza de fianzamiento colectivo, aunque no existan avales individualizados. Cuantía de los intereses exigibles a la entidad financiera y momento de su devengo: vinculación a lo acordado en procedimiento judicial previo entablado frente a la entidad promotora.—Los compradores de viviendas, conforme al artículo 1 Ley 57/1968, en caso de que la construcción no se inicie o finalice en el plazo convenido, poseen el derecho a reclamar de la aseguradora o avalista la devolución de las cantidades anticipadas al promotor, aunque sólo se haya suscrito una póliza o

aval colectivo y no individualizado por cada comprador. La emisión de éste permite adicionalmente acudir a la vía de apremio conforme al artículo 3 de la Ley 57/1968 (STS de Pleno, de 23 de septiembre de 2015). No resulta imputable al comprador la negligencia del promotor que no exige los certificados individuales de afianzamiento o seguro, por la finalidad tuitiva de la regulación de la garantía y el carácter irrenunciable de los derechos que concede, en particular, el de requerir aquéllos. La obligación de la entidad financiera surge aunque los compradores hayan ingresado las cantidades anticipadas en una cuenta bancaria ordinaria del promotor y no en la cuenta especial prevista en el artículo 1 de la Ley 57/1968 (SSTS de 17 de marzo de 2016, 13 de enero y 21 de diciembre de 2015). Incluso alcanza a las cantidades no ingresadas en cuenta bancaria alguna de la promotora, pero que figuren como percibidas por éste en el contrato de compraventa, dado que la entidad avalista puede conocerlas requiriendo de aquélla copia del contrato (STS de 29 de junio de 2016). Por lo anterior, esta garantía se extiende al importe de los efectos cambiarios que figuran en el contrato de compraventa y resultaron cobrados por el vendedor. La obligación de la entidad avalista, de acuerdo con la Ley 57/1968, cubre la totalidad de las cantidades entregadas por los compradores con lo que no resultará condicionada por los límites cuantitativos de la póliza (SSTS de 3 de julio de 2013, 20 de enero de 2014 y 30 de abril de 2015). La aceptación de la condena a la promotora al pago del interés legal en procedimiento previo, impide exigir a la entidad financiera el interés superior del 6% previsto en el contrato de compraventa. Aunque este último es remuneratorio de las cantidades anticipadas por lo que se devenga desde su entrega, en el presente caso deben generarse con la notificación de la voluntad resolutoria de la compraventa, como se acordó en el procedimiento seguido frente a la promotora, porque no cabe exigir una cantidad superior a la avalista que la que ésta pueda recuperar. **(STS de 4 de julio de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Los compradores de una vivienda interponen demanda frente a la entidad bancaria solicitando su condena al pago de la cantidad de 73.530 euros, por las entregas realizadas a cuenta del precio a una promotora que había incumplido el plazo de entrega. Asimismo se pide el abono de los intereses legales desde la fecha de las entregas o, subsidiariamente, desde la interposición de la demanda previa de resolución de la compraventa. La entidad financiera se opuso por estimar inexistente el afianzamiento así como la cuenta especial abierta por la promotora con fundamento en el artículo 1827 CC que impide la presunción de la fianza y su extensión a más de lo contenido en ella. Igualmente alegó que no resultó acreditada la entrega de todas las cantidades solicitadas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al banco al pago de 36.810 euros más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación presentado por el banco. Revocó la sentencia argumentando que, conforme al artículo 1827 CC, no existe fianza aunque se haya suscrito una póliza colectiva, porque el consentimiento del avalista no se presume y aquella póliza únicamente supone el compromiso de perfeccionar contratos de afianzamiento individuales que precisan además del consentimien-

to de los compradores en tanto acreedores. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación planteado por los compradores.

NOTA.—La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, ha sido derogada por la DD 3.^a de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, añadida por Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Esta norma ha modificado la DA 1.^a LOE que actualmente regula la materia. Particularmente su Apartado Uno, 2 rebaja el interés exigible al legal, y la letra a) del Apartado Dos, 1, al menos en referencia a la garantía consistente en el seguro, establece claramente la obligación de suscribir una póliza individual por cada adquirente. (F. S. N.)

14. Arrendamientos urbanos. Arrendamiento para uso distinto del de vivienda. Extinción del contrato. Desistimiento unilateral del arrendatario. No produce efecto si no estaba pactado o si, llevado a cabo, no es aceptado por el arrendador.—De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, el contrato litigioso se encuadra dentro de aquéllos en los que no se previó la posibilidad de desistir unilateralmente y, declarada esa voluntad resolutoria por el inquilino, el arrendador no lo acepta y pide el cumplimiento del contrato, es decir, el pago de las rentas conforme a los vencimientos pactado en el mismo. Sin que pueda entenderse tácitamente aceptado el desistimiento por el solo silencio del arrendador o por no recoger las llaves. Por tanto, en tal supuesto el arrendador no solicita una indemnización pues lo que ejercita no es una acción indemnizatoria sino una acción de cumplimiento contractual con condena al pago de las rentas pendientes, que debe prosperar en consonancia con la jurisprudencia sentada en tales casos (SSTS de 18 de marzo de 2016 y de 26 de junio de 2002). (STS de 16 de mayo de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—En de febrero de 2007 C. y la mercantil TAISA suscribieron un contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda sobre un local propiedad del primero y en el que la arrendataria venía desarrollando su actividad empresarial. En dicho contrato no se pactó la posibilidad de desistimiento unilateral ni de vencimiento anticipado, ni tampoco se incluyó cláusula penal que permitiese la moderación. En noviembre de 2011 la arrendataria TAISA, después de que fracasaran sus intentos de renegociar las condiciones del contrato, lo dio por extinguido mediante notificación fehaciente al arrendador, alegando la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento como consecuencia de la crisis económica. Mediante requerimiento notarial hizo entrega de las llaves del local y solicitó la devolución de 9.771 euros entregados al comienzo de la relación contractual en concepto de fianza. El arrendador se opuso siempre a dicho desistimiento unilateral. TAISA demandó a C. reclamando la entrega de la fianza abonada y C. contesta oponiéndose a dicha pretensión y reconviniendo la subsistencia del contrato con solicitud de que se le abonen las rentas del mismo hasta su completa terminación (34.770 euros). El Juzgado de Primera Instancia deses-

timó la demanda principal y estimó íntegramente la demanda reconvenional, al considerar que el contrato aún estaba en vigor y que no procedía resolución unilateral del mismo ni se daban las condiciones para la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus». La Audiencia Provincial desestimó tanto la demanda principal como la reconvenional. Entendió que, pese a no quedar acreditado un extraordinario desequilibrio en las prestaciones a consecuencia de las crisis económica, el contrato de arrendamiento se encontraba *de facto* resuelto por la entrega de las llaves que hizo la arrendataria; y, por tanto, a partir de dicho momento no cabía hablar de pago de rentas sino a lo sumo de indemnización de daños y perjuicios. Y, dado que el arrendador no había reclamado dicha indemnización, no había lugar tampoco a estimar su reconvenición. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación del arrendador. (I. D-L.)

15. Responsabilidad civil del Procurador: Prórroga de la anotación de embargo.—El problema que el recurso plantea tiene que ver con la desestimación de la demanda formulada con fecha 2 de enero de 2013, por la mercantil Yesonor SL, contra D. Óscar, procurador, en ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios por negligencia profesional respecto de la caducidad de la anotación preventiva de embargo. En concreto, en el alcance y contenido de los deberes del procurador en cuanto a si está obligado a poner en conocimiento del letrado director del procedimiento la proximidad de vencimiento del plazo de caducidad de dicha anotación para evitar que se produzca.

La sentencia del Juzgado argumenta que la decisión de prorrogar o no la anotación preventiva de embargo no constituye un acto de mera tramitación al entrañar una decisión ligada a la marcha procesal e incluso al devenir extraprocesal de los acontecimientos, con lo que sería ajena a las obligaciones asumidas por el procurador, en un supuesto en el que las relaciones y comunicaciones se producían directamente entre el cliente y el letrado y no entre el cliente y el procurador. Añade que la ejecución tramitada por el Juzgado núm. 2 de Palencia fue suspendida mediante auto de 1 de septiembre de 2008 al haberse declarado el concurso del ejecutado, resultando evidente que la marcha de dicho concurso era ajena al proceso judicial para el que el demandado había sido contratado, siendo imprescindible para la eficacia y utilidad del embargo trabado en la mencionada ejecución singular y, por ende, para tomar una decisión sobre la conveniencia o necesidad de la prórroga.

La sentencia de la Audiencia, ratifica la del juzgado. Reconoce que no existe unanimidad en las decisiones de las Audiencias Provinciales acerca del alcance de las obligaciones del procurador, pero que la posición mayoritaria es la que mantiene su falta de responsabilidad por estos hechos, ya que no es obligación del procurador instar por sí la prórroga de la anotación de embargo trabado. Esta función excede claramente de sus deberes, conforme al artículo 26 LEC, dado que, de un lado, supone una decisión de carácter técnico jurídico que corresponde al letrado que debe conocer los plazos y los periodos temporales en que se despliegan, y en función de ello adoptar las decisiones técnicas correspondientes, y, de otro, entraña un coste económico que obliga a que la decisión sea adoptada por el abogado y su cliente. Lo que no

obsta que, de hecho, que no de derecho, el procurador pueda asumir voluntariamente tales menesteres.

Obligaciones del Procurador.—El recurso de casación se fundamenta en la infracción de los artículos 1089 y 1104 CC, en relación con los artículos 1710, 1718 y 1719 CC, y con los artículos 26.2.1.º, 2.º, 3.º y 6.º, y 27 de LEC, relativos al contenido y alcance de las obligaciones del procurador en todo proceso judicial abierto. Se invoca la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta Sala establecida en las sentencias de 18 de febrero de 2005, 7 de abril de 2003 y 11 de mayo de 2006.

Ausencia de interés casacional.—El interés casacional no se justifica con la cita de varias sentencias de responsabilidad de los procuradores en el ejercicio de su cargo que responden a supuestos de hecho diversos al que es objeto de recurso. Así la sentencia 78/2005, de 18 de febrero, versa sobre la responsabilidad civil del abogado y procurador en un supuesto de omisión de advertencia alguna a su cliente sobre el inicio y curso del plazo, a partir de la firmeza de la sentencia, para pagar el precio aplazado de un piso y evitar así la resolución de la venta y la pérdida del inmueble. La sentencia 372/2003, de 7 de abril, versa sobre un contrato de prestación de servicios de abogado y procurador, en la que se declara que no hay incumplimiento de las obligaciones de la abogada respecto a la no presentación de un escrito de personación al considerar que es obligación del procurador. La sentencia 460/2006, de 11 de mayo, versa sobre la responsabilidad civil de abogado y procurador con base en que habiendo sido designados y habiendo actuado en primera instancia en defensa y representación del demandado, una vez recaída sentencia condenatoria, interpusieron recurso de apelación, pero no se personaron en la Audiencia Provincial, lo que motivó que se declarase desierto el recurso y, por tanto, firme la sentencia dictada con perjuicios morales para el interesado.

Deberes del Procurador.—Esta Sala, en supuestos de hecho semejantes, ya se ha pronunciado y ha considerado que el obligado a instar la prórroga de la anotación preventiva de embargo es el abogado, y ha indicado que dicha prórroga no puede considerarse como mero acto de impulso procesal al tratarse de una actuación encaminada a asegurar la eficacia de medida cautelar para garantizar el buen fin del procedimiento. Así en la sentencia 702/2005, de 26 septiembre (bienes embargados insuficientes, careciendo de información sobre otros bienes susceptibles de embargo). La Sentencia 984/1995, de 17 de noviembre (aumenta la cuantía de la indemnización que debía abonar el letrado por no instar la prórroga de la anotación preventiva). La Sentencia 628/2011, de 27 de noviembre (inactividad del letrado que determinó que el procedimiento iniciado no pudiera cumplir su fin).

La sentencia recurrida no sólo no se opone a la jurisprudencia de esta Sala sino que la conoce y asume. Obligación de los procuradores es representar a la parte en todo tipo de procesos, salvo que se disponga otra cosa o se autorice por Ley. Se trata de una obligación vinculada al seguimiento del juicio, transmisión de documentación, antecedentes o instrucciones que le remita el abogado, tener al corriente a su poderdante y abogado del curso del asunto que se le hubiera confiado y hacer cuanto conduzca a la defensa de los intereses del cliente, bajo la responsabilidad que las leyes impongan al mandatario, conforme dispone el artículo 26 LEC. Ahora bien, la afirmación de que entra dentro de las competencias del procurador el cumplimiento de obligaciones como la que aquí se suscita de solicitud de prórroga para evitar la caducidad preventiva del embargo, no se ajusta a esta normativa, por lo que la

inactividad del procurador contra el que se dirige la demanda no genera incumplimiento contractual como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional.

Es que, al margen del auxilio que el procurador pueda prestar en este aspecto al abogado, no es un acto de impulso procesal, como ha dicho esta sala, ni es un efecto de las funciones que tiene encomendadas de representación o de seguimiento del asunto. Se trata de una iniciativa propia del abogado en la defensa y dirección del proceso en cuanto supone una actuación de contenido jurídico-económico, y que es ajena a la capacidad de decisión del procurador, que no es otra que la de notificar, como argumenta la sentencia recurrida, «la existencia de un plazo procesal y el momento en que éste comienza conforme a la notificación recibida o el acto por él realizado, pero no le corresponden un deber legal de velar porque ese plazo sea respetado adecuadamente por el Abogado y, por ello, no tiene una función específica de avisar de la proximidad de su vencimiento. Es el Abogado quien ha de conocer los plazos perentorios como el que nos ocupa, y en función de ellos debe adoptar las decisiones técnicas correspondientes en consonancia con las instrucciones del cliente, sin que sea el Procurador quien vele por el correcto cumplimiento de lo que es deber del Abogado. Entenderlo de otro modo supone atribuir una función al Procurador que le convertiría en auténtico controlador de los tiempos procesales que, evidentemente, trasciende a la misión que le atribuye la ley». (STS de 29 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

16. Contratos complejos. Acción de nulidad: dies a quo.—La jurisprudencia considera que, en las relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.

Permuta financiera. Acción de nulidad: pago primera cuota.—El pago de la primera cuota fija del préstamo no pudo revelar el error porque la finalidad de la contratación del producto de intercambio de tipos/cuotas perseguía precisamente la finalidad de pagar una cuota fija del préstamo. En particular, en casos similares al presente de contratos de permutas de tipo de interés concertados como cobertura del interés variable de un préstamo, la jurisprudencia ha identificado ese momento con la percepción por el cliente de la primera liquidación negativa.

Permuta financiera. Deber de información: especial consideración.—La jurisprudencia ha sostiene que en la comercialización de productos que podían incluirse dentro de la denominación genérica de permuta financiera o *swap*, al margen del motivo por el que se concertaron o la explicación que se dio al ser comercializados, no dejan de tener la consideración de producto financiero complejo, sobre cuya comercialización pesan especiales deberes de información. Dicho de otro modo, en la contratación de estos contratos

financieros con inversores minoristas o no profesionales, con independencia de cómo se denomine el contrato y de si van ligados a una previa operación financiera, como es el caso, o son meramente especulativos, regían los deberes de información de la normativa pre MiFID.

Permuta financiera. Deber de información: alcance.—La jurisprudencia ha reiterado que, ya antes de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, la legislación recogía la obligación de las entidades financieras de informar debidamente a los clientes de los riesgos asociados a este tipo de productos, como las permutas financieras. Cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limita a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el *swap* que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que, además, debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía. A lo sumo, la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la citada normativa MiFID, en particular el nuevo art. 79 bis LMV (actualmente arts. 210 y ss. del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), acentuó tales obligaciones, pero no supuso una regulación realmente novedosa.

Permuta financiera. Deber de información: contenido.—Ha de tenerse presente que el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, establecía las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, y desarrollaba las normas de conducta que debían cumplir las empresas del mercado de valores. Tales empresas debían actuar en el ejercicio de sus actividades con imparcialidad y buena fe, sin anteponer los intereses propios a los de sus clientes, en beneficio de estos y del buen funcionamiento del mercado, realizando sus operaciones con cuidado y diligencia, según las estrictas instrucciones de sus clientes, de quienes debían solicitar información sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión.

Permuta financiera. Deber de información: previsiones normativas.—La normativa del mercado de valores, incluso la vigente antes de la transposición de la Directiva MiFID, otorga una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a que operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración.

Permuta financiera. Deber de información: incumplimiento.—El incumplimiento del estándar de información sobre las características de la inversión ofrecida a los clientes, y, en concreto, sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error sea excusable y quien ha sufrido el error merece la protección del ordenamiento jurídico, puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses

de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba.

Permuta financiera. Deber de información: actividad suplementaria de la entidad financiera.—En este tipo de contratos complejos y arriesgados, en los que pueden producirse graves consecuencias patrimoniales para el cliente no profesional, de las que un cliente de este tipo no es consciente con la mera lectura de las estipulaciones contractuales, que contienen términos específicos de este mercado y fórmulas financieras de difícil comprensión para un profano, la mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad suplementaria del banco, realizada con antelación suficiente a la firma del contrato, para explicar con claridad la naturaleza aleatoria del contrato, cómo se realizan las liquidaciones y la cancelación anticipada, y cuáles son los concretos riesgos en que podría incurrir el cliente, como son los que luego se concretaron en las liquidaciones desproporcionadamente negativas para las demandantes. De ahí las obligaciones estrictas y rigurosas que la normativa sectorial impone a las entidades financieras respecto de la información que deben suministrar a sus clientes. No se trata de abrumar al cliente con fórmulas, datos y cifras, que más que dar información, la ocultan, sino de asegurarse de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto o servicio mediante una explicación clara, imparcial y no engañosa de estos extremos.

Permuta financiera. Deber de información: iniciativa de la entidad financiera.—Es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar la información que le impone la normativa legal, y no son sus clientes, que no son profesionales del mercado financiero y de inversión, quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de requerir al profesional. Por el contrario, el cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada legalmente a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir dicha información correcta debió tomar la iniciativa y proporcionarse la información por sus propios medios.

Permuta financiera. Deber de información: excusabilidad del error del cliente.—La existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de la información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente.

Permuta financiera. Deber de información: presunción del error por incumplimiento.—El incumplimiento del deber de información al cliente sobre el riesgo económico en caso de que los intereses fueran inferiores al euríbor y sobre los riesgos patrimoniales asociados al coste de cancelación, es lo que propicia un error en la prestación del consentimiento, ya que esa ausencia de información permite presumir el error. Lo determinante no es tanto que aparezca formalmente cumplido el trámite de la información, sino las condiciones en que materialmente se cumple el mismo. Los deberes de información que competen a la entidad financiera, no quedan satisfechos por

una mera ilustración sobre lo obvio, esto es, que como se establece como límite a la aplicación del tipo fijo un referencial variable, el resultado puede ser positivo o negativo para el cliente según la fluctuación de ese tipo referencial. No se trata de que el banco pudiera adivinar la evolución futura de los tipos de interés, sino de que ofreciera al cliente una información completa, suficiente y comprensible de las posibles consecuencias de la fluctuación al alza o a la baja de los tipos de interés y de los elevados costes de la cancelación anticipada.

Permuta financiera. Deber de información: su omisión no admite convalidación ulterior.— La jurisprudencia sobre la confirmación de los contratos de permuta financiera viciados por error en el consentimiento recoge como regla general que, ni la percepción de liquidaciones positivas, ni los pagos de saldos negativos, ni la cancelación anticipada del contrato, ni incluso el encadenamiento de diversos contratos, pueden ser considerados actos convalidantes del negocio genéticamente viciado por error en el consentimiento, ya que los mismos no constituyen actos inequívocos de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

Permuta financiera. Deber de información: actos propios.— Si existe error excusable e invalidante del contrato, no puede considerarse que se hubiese subsanado dicho vicio del consentimiento, mediante la confirmación del negocio con sus propios actos, por la simple razón de que un acto propio vinculante del que derive un actuar posterior incompatible, requiere un pleno conocimiento de causa a la hora de fijar una situación jurídica, ya que el conocimiento íntegro del riesgo asumido se adquiere cuando las liquidaciones devienen negativas y se informa del concreto importe de la cancelación de los contratos. Por el hecho de recibir unas liquidaciones positivas por parte de la entidad financiera en la cuenta corriente del cliente, o por no formular la demanda hasta que se agotó el plazo de duración contractual pactado, no se está realizando voluntariamente ningún acto volitivo que suponga indudable o inequívocamente la decisión de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad, toda vez que para poder tener voluntad de renunciar a la acción derivada de error consensual, es preciso tener conocimiento claro y preciso del alcance de dicho error, lo cual no se ha producido en el momento de recibir las liquidaciones positivas, pues el cliente piensa que el contrato por el que se garantizaba que no le subirían los tipos de interés, está desplegando sus efectos reales y esperados, y por lo tanto no es consciente del error padecido en ese momento. Ni tampoco cuando se cumple el contrato en sus propios términos, para no dar lugar a una resolución por incumplimiento a instancia de la parte contraria. (STS de 9 de junio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucan.]

HECHOS.—La representación procesal de don C. y doña A. interpuso demanda contra la entidad financiera B., SA, solicitando se declare la nulidad del contrato denominado intercambio de tipos/cuotas suscrito entre las partes litigantes de fecha 26 de octubre de 2006 y se declare la procedencia de la restitución recíproca de las prestaciones realizadas por el contrato intercambio tipos/cuotas, junto con sus correspondientes intereses, por considerar la existencia de incumplimiento por parte de la entidad financiera de la normativa imperativa protectora de los usuarios de servicios bancarios

y el error en la prestación del consentimiento, pues la percepción de los actores era que con el contrato *Intercambio de tipos/cuotas* lograban el mismo efecto que con un seguro, protegiéndose frente a las subidas de interés que pudieran producirse en el crédito hipotecario concertado. El Juzgado de Primera Instancia núm. 99 de Madrid estimó la demanda declarando la nulidad del contrato de intercambio de tipos/cuotas suscrito entre las partes, condenando a la entidad demandada a la restitución a los demandantes de la cantidad fijada que devengará intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. Todo ello sin que proceda hacer expresa imposición de costas. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte entidad demandada, la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia al considerar la caducidad de la acción planteada por haber transcurrido más de cuatro años, con imposición de costas de primera instancia a la parte demandante y sin hacer imposición de costas de la alzada. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

17. Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Ámbito objetivo de aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre.—Pese a que la ya derogada Ley 42/1998 no regula expresamente los contratos de producto vacacional, quedan integrados en su ámbito objetivo de aplicación los contratos mediante los que se acuerde la constitución o transmisión de derechos reales o personales superiores a tres años y relativos a la utilización de uno o más inmuebles por periodos determinados o determinables al año. Como se deduce de su exposición de motivos, esta regulación es aplicable no solo a los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles *stricto sensu*, sino también a los «similares».

Condición de consumidor del adquirente de un derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles con ánimo de lucro.—Respecto de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en los que se prevé la posibilidad de reventa, el Tribunal Supremo mantiene la doctrina expuesta en la sentencia del Pleno de 16 de enero de 2017 y reiterada, entre otras, en las sentencias de 15 y 22 de febrero de 2017, y señala que el ánimo de lucro no excluye la condición de consumidor del adquirente persona física siempre que la actuación se efectúe en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional. El límite se encuentra en la regularidad con que se efectúen estas actividades con finalidad lucrativa, pues la habitualidad —que también se configura en el artículo 1 CCO como una de las características del empresario— permitiría considerar que se realiza una actividad empresarial o profesional.

Efectos de la declaración de nulidad. Interpretación del alcance del deber de reintegrar las cantidades satisfechas en atención al espíritu de la norma: Reducción proporcional al tiempo disfrutado.—El artículo 1.7 de la Ley 42/1998, que establece para el caso de nulidad de pleno derecho la devolución de la totalidad de las cantidades satisfechas, debe interpretarse atendiendo a su espíritu y finalidad. Puesto que el propósito de la norma es dejar indemne al contratante de buena fe sorprendido por el contenido de un contrato —generalmente de adhesión— que no cumple con las prescripciones legales, no debe reintegrarse el importe total satisfecho, sino la cuantía que

proporcionalmente corresponda al periodo de tiempo no disfrutado. (STS de 10 de julio de 2017; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—D. Gabiño y Dña. Guadalupe suscribieron en 2008 un contrato con Silverpoint Vacations S. L. en el que se acordó que aquéllos tenían derecho a utilizar diferentes apartamentos del complejo Hollywood Mirage Club por periodos vacacionales de cuatro semanas, previo pago del precio. Cabe destacar que D. Gabiño y Dña. Guadalupe abonaron cantidades por anticipado bajo la denominación de «depósito», que en el contrato no se estableció límite temporal alguno, ni se informó a los contratantes del derecho de resolución y desistimiento. Respecto de alguna de las semanas adquiridas se firmaron contratos de reventa, independientes del anterior.

En 2013 D. Gabiño y Dña. Guadalupe interponen demanda contra Silverpoint Vacations S. L., solicitando que se declare la nulidad del contrato o, subsidiariamente, la resolución del mismo y que se condene a la demandada a la devolución de los pagos realizados en cumplimiento del contrato y los gastos de mantenimiento (22.698,08 euros), así como los intereses legales. Se solicita también la devolución por duplicado de las cantidades pagadas anticipadamente por los actores; una de las mitades se incluye en el precio, de modo que se reclama el equivalente a la otra mitad (1.151,28 euros).

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, declara la nulidad del contrato y condena a la demandada devolver las cantidades reclamadas con una reducción de los 2.000 euros recibidos por los demandantes como consecuencia del arrendamiento de alguna de sus semanas. En total, el importe a devolver asciende a 21.849,36 euros.

El recurso de apelación interpuesto por Silverpoint Vacations S. L. es estimado por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que revoca la sentencia de instancia y absuelve a la demandada. Entiende la Audiencia que no procede declarar la nulidad radical del contrato por tratarse de un producto vacacional (membresía) no regulado por la Ley 42/1998 y, por tanto, no sujeto a las disposiciones imperativas que esta norma prevé para el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles. Por otro lado, a juicio de la Audiencia, los actores no tenían la condición de consumidores por no ser los destinatarios finales de los productos y haber llevado a cabo la inversión con el fin de revender o alquilar para obtener una ganancia.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación, revoca la sentencia de la Audiencia y confirma la declaración de nulidad efectuada en primera instancia porque considera que se trató de eludir sistemáticamente la Ley 42/1998. Para calcular la cuantía que se debe devolver a los actores, el Tribunal Supremo acude al límite máximo legal de 50 años y, dado que los demandantes pudieron disfrutar durante tres años de las prestaciones pactadas, condena a la demandada al abono del precio que proporcionalmente correspondería a los 47 años no disfrutados (19.456,19

euros). Se aplica un régimen de devolución distinto al importe correspondiente al anticipo duplicado que, por ampararse en una norma sancionadora, debe abonarse íntegramente (1.151,28 euros); en consecuencia, se condena a la demanda al pago de 20.607,47 euros y los intereses legales. (V. N. C.)

18. Accidente de circulación: Previo ejercicio de la acción penal: Prescripción de la acción civil.—Es constante doctrina de esta Sala que en los procedimientos civiles seguidos en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, una vez concluido el procesal penal previo, el plazo de prescripción de las acciones cuando las partes están personadas en el procedimiento, empezará a contarse el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de los establecido en el artículo 1969 CC, precepto que, puesto en relación con los artículos 111 y 114 LECRIM y 24.1 CE, lleva a situar ese día en el momento en que la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil, con arreglo al artículo 114 LECRIM. Este precepto no discrimina hechos o situaciones como las que refiere la sentencia. Lo que dice es que: «Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal». La acción civil sobre el hecho que motiva la apertura de un proceso penal no puede ejercitarse hasta que sea resuelta la cuestión penal y el fallo de la cuestión civil no se hace posible hasta la decisión del proceso penal, bien sea mediante sentencia o bien por auto de sobreseimiento firme. De tal forma que mientras esté subsistente cualesquiera que sean las personas implicadas, quién haya comparecido como parte en él, o que en tal proceso se hubiera aquietado alguna de las partes con el archivo de las actuaciones si estas continuaron en tramitación, el perjudicado no puede formular la demanda civil, ni contra ellas ni contra otras distintas, respondiendo a la necesidad de evitar que por los órganos de distinta jurisdicción a la penal se puedan efectuar pronunciamientos que contraríen lo que allí se resuelva; contradicción que podría producirse aun en el supuesto de que fueran distintas las personas demandadas en el orden civil, pero siempre que el proceso penal y el civil correspondiente versaran sobre el mismo hecho y se asentaran sobre iguales presupuestos, como aquí sucede, estando ante un mismo accidente con varios vehículos implicados y consecuencia distintas. Bien entendido que la incoación o reapertura de una causa penal, muy posterior al hecho dañoso, no puede servir para que se reavive la prescripción que ya se hubiera consumado y que no puede ser eliminado de ese modo (SSTS de 14 de febrero de 1978, 2 de febrero de 1984, 10 de mayo de 1994, y, más recientemente, 25 de abril y 6 de octubre 2013).

Como quiera que la demanda civil se interpuso el 6 de julio de 2011 y el proceso penal concluyó mediante sentencia de 14 de febrero de 2012, es evidente que la acción civil ha sido ejercitada dentro de plazo, por lo que debe estimarse el recurso de casación y, asumiendo la instancia, resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planeado el debate, en el sentido de aceptar, de un lado la resolución del Juzgado de Primera Instancia en cuanto a la responsabilidad, no cuestionada en apelación, de las aseguradoras de los vehículos FDF y AQ-NY (primera demanda) y de imputar, de

otro, al propietario y aseguradora de AQ-NY (segunda demanda) el daño ocasionado al vehículo propiedad de D. Franco, que con su comportamiento culposo contribuyó causalmente al daño, como reconoce, lo que determina la aplicación de un porcentaje de reducción del 50% en coherencia lógica con su responsabilidad en el daño causado al Sr. Raimundo, es decir, 7.438,38 euros, con más los intereses del artículo 20 LCS a cargo de la aseguradora demandada desde la fecha del siniestro. (**STS de 27 de junio de 2017**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Sobre las 15.30 horas del 12 de abril de 2011 ocurrió un accidente de tráfico en el que se vieron implicados cuatro vehículos. El accidente ocurre cuando el vehículo XKNN circula por la carretera Cala Figuera de Calvia, que tiene un carril para sentido de circulación, y es colisionado en su parte delantera por el Volkswagen, modelo Golf FDF, el cual previamente había colisionado por alcance en su parte trasera con el vehículo QFW, cuya conductora se había detenido detrás del vehículo Mazda AQNY. Este accidente ha dado lugar a dos demandas que fueron acumuladas: a) la del titular de XKNN, frente a las aseguradoras de los coches AQNY y FDF, por las lesiones y daños sufridos, y b) la del titular de FDF contra el propietario y aseguradora del vehículo AQNY por los daños sufridos. Previa a las dos demandas fue la denuncia que D. Raimundo, titular de XKNN interpuso el 6 de septiembre de 2011 contra D. Franco, titular de FDF y otros, que se tramitó en el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Palma, bajo el procedimiento de juicio de faltas que terminó por renuncia judicial de 8 de febrero de 2012, con reserva de acciones civiles, consecuencia de lo cual el 14 de febrero de 2012 se dictó sentencia por la que se absolvía a los denunciados. El Juzgado de 1.ª Instancia estimó la demanda principal interpuesta por el propietario de XKNN y condenó solidariamente a las aseguradoras de los vehículos AQNY y FDF, desestimando la demanda acumulada por considerar que la acción había prescrito. La Audiencia Provincial desestimó la apelación de D. Franco, quien formula casación al amparo del art. 477.2.3. LEC, por razón de interés casacional, por vulneración de jurisprudencia, por no haber tenido en cuenta el efecto interruptivo de la prescripción que supone el procedimiento penal previo y ello con independencia de la posición que el hoy recurrente y demandante ocupara en el procedimiento penal.

NOTA.—Sigue vigente en nuestro ordenamiento el decimonónico principio según el cual *Le criminel tient le civil en état*, interpretado en este caso, de modo absoluto y sin posible excepción, y que tampoco parece cuestionado por nuestra doctrina mayoritaria. (*G. G. C.*)

19. Accidente de circulación: Responsabilidad por riesgo: Colisión de vehículos.—D. Rogelio reclama una indemnización por las lesiones sufridas con motivo del accidente de circulación ocurrido sobre las 20.30 horas del 29 de diciembre de 2009, en la carretera BV-501, al colisionar frontalmente en una curva con el demandado, D. Luis Andrés, que circulaba en

sentido contrario. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda porque, valorada la prueba, considera que, «no puede determinarse el punto de colisión», falta de prueba que va en perjuicio de los demandados, conforme al artículo 1 LRCSVM, en razón al riesgo creado por la circulación de vehículos.. La indemnización se cifra en 20.007,47 euros, más los intereses legales correspondientes, incluidos los del 20% a cargo de la aseguradora. La Audiencia Provincial revocó la del Juzgado y desestimó la demanda con el siguiente argumento: « Ha de estarse a la doctrina de las versiones contradictorias a falta de pruebas objetivas que permitan la íntima convicción de culpabilidad o negligencia de uno u otro conductor, ya que ambos conductores mantienen posturas contrapuestas» y «al no aportarse a los autos pruebas razonables y admisibles sobre la realidad del accidente, resultando creíbles ambas versiones en atención a las circunstancias del lugar y condiciones climatológicas, no sabe dotar de mayor verosimilitud a una u otra, por lo cual ha de ser desestimada la demanda».

La parte actora ha formulado recurso de casación por un motivo único, a saber infracción de los artículos 1902 y 1.1. LRCSVM, en relación con la doctrina jurisprudencial sobre imputación de responsabilidad civil en materia de daños corporales derivados de la circulación de vehículos a motor. Para acreditar el interés casacional, cita la sentencia del Pleno 536/2012, de 10 de septiembre, a la que se remite la más reciente 3/2015, de 4 de febrero, dictada en un supuesto semejante al ahora enjuiciado en el que tampoco quedó acreditado ni el lugar del impacto, ni la contribución causal de los dos conductores implicados.

El recurso se estima tomando como precedente la sentencia del Pleno de esta Sala de 10 de septiembre de 2012, en la que se sostiene que una recíproca colisión de vehículos no supone excepción alguna a la aplicación del principio de responsabilidad objetiva por el riesgo de circulación que establece la LRCSVM de 1995 y la vigente en la actualidad.

En el régimen de responsabilidad civil fundado en el riesgo creado por la circulación, el mero hecho de que no haya podido constatarse en autos que solo una de las conductas generadoras del riesgo ha sido la única relevante, desde el punto de vista causal, para la producción del resultado –excluyendo así la del otro conductor– o que no haya sido posible probar la contribución causal del otro conductor, no es razón que permita soslayar la aplicación de los criterios legales de imputación a ambos conductores ni constituye tampoco razón para no aplicar la regla de inversión de la carga de la prueba en pro de las reglas tradicionales sobre el *onus probandi*, característica de los regímenes de responsabilidad objetiva y especialmente aplicables, cuando se trata de daños materiales, al conductor que alega que actuó con plena diligencia.

El principio de responsabilidad objetiva no solo supone el establecimiento de criterios de imputación ajenos a la concurrencia de culpa o negligencia, sino que comporta también establecer una presunción de causalidad entre las actividades de riesgo y las consecuencias dañosas que aparezcan como características de aquellas, como ocurre con los daños derivados de una colisión cuando se trata de responsabilidad objetiva por el riesgo creado por la conducción de un vehículo de motor. Esta presunción solo puede enervarse demostrando que concurren las causas de exoneración configuradas por la ley como excluyentes del nexo de causalidad entre la acción y el daño.

La solución del resarcimiento proporcional es procedente solo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de

cada uno de los vehículos implicados y que, en caso de no ser así, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de las condenas cruzadas.

Con arreglo a esta doctrina no resulta acertado el pronunciamiento de la sentencia recurrida y sí el del Juzgado, que se mantiene, con expresa imposición de las costas causadas a los demandados: Las de primera instancia porque se ha estimado en lo sustancial la demanda; las de apelación, porque se desestima el recurso de apelación formulado por los demandados. Sobre las del recurso, no se hace especial declaración, al estimarse, en aplicación de los artículos 394 y 398 LEC. (STS de 18 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

20. Legitimación activa del presidente de una comunidad de propietarios para ejercitar la acción de responsabilidad contractual frente a la promotora-vendedora por los defectos constructivos, tanto en elementos comunes como privativos.—Se reitera la jurisprudencia, contenida en la STS de 23 de abril de 2013, que extiende las facultades del presidente de la comunidad a la defensa de intereses afectantes a elementos privativos del inmueble cuando los propietarios le autoricen. No es necesario especificar la concreta acción procesal que debe ejercitarse, siendo suficiente el mandato de la Junta por el que se le autoriza para reclamar la subsanación de los vicios en elementos comunes y privativos mediante el ejercicio de las acciones procedentes «según la ley». La limitación de las competencias conferidas al presidente perjudicaría los intereses de los comuneros y de la comunidad, que precisamente tiene interés en que se litigue bajo una misma representación.

Gravedad de los desperfectos en el inmueble. Acción de responsabilidad contractual.—La acción de responsabilidad por incumplimiento del contrato (arts. 1101 y 1124 CC) puede prosperar con independencia de la gravedad de los desperfectos (STS 22 de octubre de 2012). (STS de 16 de junio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios interpone acción de responsabilidad por incumplimiento contractual frente a Inversiones Inmobiliarias de Extremadura S. A. (INIEXSA) debido a la existencia de vicios y defectos constructivos en algunas viviendas y en los elementos comunes del edificio. Previamente, la Junta de propietarios había autorizado la práctica de requerimientos extrajudiciales a INIEXSA, que resultaron infructuosos, y el ejercicio de las acciones judiciales oportunas por el presidente en nombre de la comunidad. En la demanda se interesa que se condene a la vendedora-promotora a ejecutar las obras necesarias para la subsanación de los desperfectos y, subsidiariamente, para el caso de que no se ejecutaren las obras, a abonar el coste de las obras de reparación, que se valora en 119.266,01 euros. La demandada llama al proceso al arquitecto superior, D. Fabio, y a los arquitectos técnicos, D. Javier y D. Patricio. Asimismo, opone falta de legitimación de la comunidad y del presidente para ejercitar una acción de responsa-

bilidad por incumplimiento contractual relativa a contratos de compraventa celebrados con los adquirentes de las viviendas.

En primera instancia se estima parcialmente la demanda y se condena a la demandada a realizar las obras necesarias para subsanar los defectos, cuantificándose en 19.693,40 euros el coste de las reparaciones que se vería obligada a asumir la demandada en caso de no realizar las obras necesarias. En cuanto a los arquitectos intervinientes en el proceso constructivo contra los que la parte actora no dirigió la demanda y que fueron llamados al proceso por INIEXSA, el Juzgado declara que carecen de legitimación pasiva. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de instancia porque acoge la falta de legitimación de la comunidad para ejercitar acciones derivadas de los contratos de compraventa. Al no constar la autorización individual de cada uno de los propietarios, la Audiencia acuerda la desestimación de la demanda sin entrar al fondo. El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia y confirma la de la instancia. (V. N. C.)

21. Constitucionalidad de la venta extrajudicial en el proceso ejecutivo (art. 129 LH).—Existen algunas sentencias del Tribunal Supremo que han mantenido la derogación del procedimiento extrajudicial del artículo 129 LH por la Constitución. Y se han basado en dos argumentos: 1) que el artículo 117.3 CE proclama que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales; 2) el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Sin embargo, la aprobación de la LEC 2000 pretendió superar las objeciones que se hacían al procedimiento extrajudicial, analizando ya la cuestión desde el prisma de una norma posconstitucional. El mantenimiento del procedimiento de venta extrajudicial y la regulación tendente a lograr el equilibrio de intereses en juego (los del acreedor, los del propietario y los de eventuales terceros) se infiere de la legislación recaída posteriormente sobre la materia: Real Decreto-ley 6/2012; Ley 1/2013, de 14 de mayo; Ley 19/2015, de 13 de julio; y Ley 15/2015, de 2 de julio.

La tercera subasta en la venta extrajudicial y la ejecución judicial.—Antes de analizar este punto, conviene dejar claro que el Tribunal Supremo se refiere a la legislación vigente y aplicable en el momento de producirse los hechos. Comienza señalando que existen diferencias importantes respecto a la tercera subasta de un bien hipotecado en la venta extrajudicial y en la ejecución judicial. El artículo 129 LH remite a las formalidades del Reglamento Hipotecario y éste contempla la celebración de una tercera subasta sin sujeción a tipo y sin límite mínimo de adjudicación (art. 236g.6). En cambio, el artículo 671 LEC, en su redacción originaria, establecía, para la ejecución judicial, que el acreedor podía pedir la adjudicación de los bienes por el 50% de su valor de tasación o por la cantidad que se le debiera por todos los conceptos. El Real Decreto-ley 8/2011, sobre medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, modificó el artículo 671 LEC en el sentido de que, si en el acto de subasta no había ningún postor, podía el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 60% de su valor de tasación.

La cuestión que trata de resolver el Alto Tribunal es si la reforma llevada a cabo por esta última norma es de aplicación a las ventas extrajudiciales. A su juicio, cabe hacer una interpretación correctora para que proceda esa aplicación, pues la filosofía o razón de ser que inspira las reformas legislativas tendría el mismo encaje en las ventas extrajudiciales que en las ejecuciones

judiciales. Se trata de salvar las situaciones de especial dificultad para quienes contrajeron préstamos hipotecarios en los momentos de mayor valoración de los inmuebles y se encuentran ahora con la imposibilidad de satisfacer sus obligaciones de pago, a fin de evitar auténticos despojos del bien, permaneciendo deudores, además, de la cantidad no cubierta por la adjudicación. Lo que más preocupaba al legislador eran las familias que habían perdido su vivienda. El legislador quiere proteger a todo deudor hipotecario, pero distinguiendo entre inmuebles que no constituyen vivienda familiar (menor protección) e inmuebles que sí la constituyen (mayor protección). Esta misma finalidad debe aplicarse a las ventas extrajudiciales. Así se desprende del artículo 12 Real Decreto-ley 6/2012, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que sí reguló la venta extrajudicial de la vivienda habitual, con la introducción de determinadas especialidades, así como de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y de la Ley 42/2015, de 5 de octubre. Además, según el artículo 3 CC, las normas se deben interpretar en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Lo que no cabe mantener, teniendo en cuenta que no existe norma de aplicación directa a la venta extrajudicial, que por vía de interpretación correctora se consagre un nivel de protección igual a bienes que no constituyen vivienda habitual que a los que sí la constituyen. **(STS de 23 de mayo de 2017; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—UPB interpuso demanda contra Banco Español de Crédito, en la que solicitaba la nulidad del procedimiento de venta extrajudicial instado por la demandada sobre la finca de la actora, por cuanto dicho procedimiento, previsto en el artículo 129.2 LH, fue declarado inconstitucional por el Tribunal Supremo en varias sentencias —entre otras, la de 25 de mayo de 2009—. Para el caso de que la anulación y la retroacción de efectos de la nulidad no pudiera tener efectividad, postulaba que se condenase a la demandada a indemnizar el perjuicio económico causado, que ascendería a la diferencia entre el importe en que sea vendida la finca extrajudicialmente y la cantidad mínima en que, conforme a las normas de la LEC, debía haberse realizado la citada venta.

La demanda gira en torno a dos alegaciones. En primer lugar, solicita la aplicación de los artículos 670 y 671 LEC, en lugar de los artículos 234 y 236 RH, por contener estos preceptos reglamentarios una regulación contraria a los límites de ejecución y adjudicación establecidos en la LEC, según la redacción dada por el Real Decreto-ley 8/2011, que era la vigente al tiempo de iniciarse el acta notarial de ejecución. Al seguirse el procedimiento previsto en el artículo 236 RH por el notario actuante, convocando la tercera subasta sin sujeción a tipo alguno, y aplicando un límite inferior al 60% que legalmente era el vigente, se ha vulnerado el principio de legalidad y el de jerarquía normativa, y se ha causado un perjuicio económico claro al recurrente. En segundo lugar, se alega que el procedimiento de ejecución extrajudicial vulnera los principios constitucionales consagrados en los artículos 9, 117.1, 117.3 y 24.1 CE. En este caso, por la evidente ilegalidad de la regulación contenida en el Reglamento Hipotecario, en relación con los límites y garantías fijados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha quedado al

arbitrio de notario autorizante del acta de ejecución el determinar los límites de subasta y adjudicación aplicables en este caso, aplicando el límite más favorable al acreedor ejecutante, y produciéndose una verdadera sustracción de la jurisdicción que corresponde en exclusiva a jueces y tribunales.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y declaró la improcedencia parcial de la liquidación de la deuda formalizada por Banco Español de Crédito. El Juzgado negó la nulidad del procedimiento de venta extrajudicial, señalando que la referida sentencia se refiere al artículo 129 LH en su redacción anterior a la que posteriormente le dio la DF 9.^ª LEC.

La demandante interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial. Explica la Audiencia que la legislación posterior a la Constitución que modificó la Ley Hipotecaria (LEC y Ley 1/2013) ha mantenido la venta extrajudicial del bien hipotecado conforme al artículo 1858 CC, siempre que se hubiese pactado en la escritura de constitución de la hipoteca. En este caso, dicha venta fue pactada por las partes procesales, por lo que no existe infracción de precepto constitucional alguno. Por otro lado, la Audiencia sostiene que la DT única de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, se refiere a procesos y no a la venta extrajudicial, por lo que la adjudicación en más del 50% era válida, pues no era la vivienda habitual.

La demandante interpuso recurso de casación, que fue desestimado. El Tribunal Supremo afirma, en primer lugar, que lo que pretende la actora es la inconstitucionalidad del artículo 129 LH, y no la nulidad de la cláusula contractual que permitió a la entidad acreedora acudir al procedimiento de dicho precepto. Termina concluyendo que la recurrente es promotora de viviendas, trasteros y plazas de garaje, por lo que no puede tener el mismo grado de protección que los titulares de viviendas habituales. Y remarca que la adjudicación por el acreedor de los bienes hipotecados de la deudora, en tercera subasta, excedió con creces del 50% del valor de tasación.

NOTA.—La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2009 matiza que la doctrina sobre la inconstitucionalidad del artículo 129 LH recayó en supuestos referidos a actuaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000. El mantenimiento del procedimiento de venta extrajudicial lo reconoce la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 25 de febrero de 2014. Tampoco las sentencias del Alto Tribunal de 14 de julio de 2016 y de 25 de abril de 2017 pusieron en duda la validez ni la constitucionalidad del actual art. 129 LH. (S. L. M.)

22. Registro de la Propiedad. Cancelación de las cargas posteriores a la anotación de embargo origen del auto judicial por se adquirió la titularidad del bien ejecutado. Doctrina jurisprudencial. La certificación de cargas y gravámenes (art. 656 LEC) como elemento esencial del procedimiento de apremio.—La jurisprudencia reconoce una especial significación al momento de emisión por parte del Registro de la Propiedad de la certificación de cargas y gravámenes (art. 656 LEC). Dicha certificación

acreditativa de los derechos y cargas que afectan al inmueble sobre el que se ha iniciado la ejecución, persigue varios objetivos: a) Conocer el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se sigue la ejecución a los efectos de determinar la valoración del bien para la subasta (que se calcula deduciendo su importe del avalúo); b) Proporcionar a los posibles licitadores una información completa sobre las condiciones de adquisición y, en concreto, sobre la existencia de cargas anteriores que no desaparecerán con la adquisición; y c) Identificar e individualizar a los titulares de derechos y cargas inscritos o anotados con posterioridad al del acreedor ejecutante, los cuales quedarán extinguidos por la realización del bien, a los efectos de comunicarles la pendencia del proceso de ejecución para que puedan intervenir en él a los efectos legalmente previstos.

La expedición de dicha certificación, sin duda, ha dado lugar a la extensión de nota marginal en la hoja registral a efectos de publicidad; y la existencia de la ejecución es comunicada a los titulares de derechos que figuren en asientos posteriores al del derecho del ejecutante (art. 659.1 LEC).

La certificación de cargas y gravámenes prolonga sus efectos más allá cualquier alteración posterior.—El contenido de tal certificación tiene un valor esencial en el desarrollo del procedimiento de apremio y que la situación registral que proclama fija las condiciones para la adquisición del bien inmueble de que se trate, de forma que cualquier alteración posterior — como puede ser la caducidad de la anotación de embargo extendida a favor del ejecutante— no modifica dicha situación.

La aprobación del remate y la adjudicación de la finca produce la cancelación de todas las anotaciones de embargo posteriores.—En definitiva, la aprobación del remate y la adjudicación conlleva como efecto propio la cancelación de todas las anotaciones de embargo posteriores, que carecen de preferencia sobre la que servía de apoyo a la ejecución, pues la anotación de embargo que beneficiaba al ejecutante ha causado estado y producido su finalidad para dicha ejecución desde la fecha de la emisión de la citada certificación de cargas y gravámenes.

La notificación telemática del artículo 322 LH. Requisitos para su validez.—Teniendo en cuenta la doctrina de esta Sala, expresada fundamentalmente en la sentencia de 20 de septiembre de 2011, se ha de imponer la interpretación literal de lo establecido en el artículo 322 LH en el sentido de que para la validez de la notificación telemática a efectos de dar inicio al plazo de caducidad es necesario que el interesado haya aceptado expresamente este modo de notificación sin que pueda equivaler a dicha aceptación expresa el hecho de que, en los datos dejados por el presentante ante el Registro de la Propiedad, simplemente apareciera un número de fax. (**STS de 7 de julio de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La parte actora demandó la revocación del acuerdo de la Sra. Registradora de la Propiedad por la que denegó la solicitud de cancelación de las cargas posteriores a la garantizada por la ejecución en la que se había efectuado adjudicación a su favor de un inmueble. Los demandados alegaron que la demanda estaba presentada fuera del plazo previsto en la Ley Hipotecaria. Alegan que el acuerdo denegatorio de cancelación fue notificado, mediante fax, a la demandante en diciembre de 2012 y la demanda fue presentada en febrero de 2013. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso al considerar

que la acción había caducado. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia se pronuncia, otra vez, sobre el problema de la subsistencia o no, de las cargas posteriores a la anotación de embargo origen del auto judicial que aprueba el remate de un bien inmueble, cuando el auto de adjudicación se inscribe una vez caducada la anotación preventiva que dio lugar al procedimiento de ejecución. Sobre la cuestión hay dos posiciones. Para la DGRN una vez cancelada la anotación de embargo preventivo (por caducidad) no es posible cancelar las cargas posteriores. De esta forma, según la DGRN, caducada la anotación en la que se basa el procedimiento, se puede inscribir la adjudicación del bien, pero con mantenimiento y sin cancelación de las cargas posteriores a la ejecutada. Para que la cancelación de las cargas posteriores hubiera sido posible debía haberse presentado, en el Registro, el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, antes de que hubiera caducado la anotación preventiva de embargo que lo motivó (entre otras, Resolución DGRN de 20 de julio de 2017). Sin embargo, la posición de la jurisprudencia es contraria a la solución de la DGRN. Así, SSTs de 12 de febrero de 2007, 23 de febrero de 2015 y 7 de julio de 2017, la adjudicación de la finca por vía ejecutiva debe llevar como efecto propio la cancelación de todas las anotaciones de embargo posteriores. Pues el adjudicatario debe recibir la finca según situación registral que se reflejaba en la certificación de cargas y gravámenes, siendo indiferente para el ejecutante la caducidad o no de la anotación que dio origen a la ejecución. (C. O. M.)

DERECHO DE FAMILIA

23. Momento de disolución de la sociedad de gananciales a efectos de su liquidación en supuesto donde hubo separación judicial con ulterior anulación del convenio regulador.—La disolución de la sociedad de gananciales es un efecto de la sentencia firme de separación (arts. 95 y 1392.3.º CC). Que el convenio regulador aprobado por la sentencia firme de separación sea declarado nulo por otra sentencia posterior en el marco de un proceso declarativo no afecta a la eficacia disolutiva que, por imperativo legal, la sentencia firme de separación tiene sobre la sociedad de gananciales. Por tanto, si la sociedad de gananciales no ha sido previamente disuelta mediante capitulaciones matrimoniales (arts. 1392.4.º y 1325 CC), la sentencia firme de separación es la que disuelve la sociedad.

Que la liquidación de la sociedad de gananciales admita realizarse en un momento posterior al de disolución de la sociedad de gananciales, bien de forma paccionada, bien mediante procedimiento judicial (art. 806 LEC) no resta fuerza a la sentencia firme de separación para disolver la sociedad.

Inclusión, en el activo de la sociedad de gananciales, de las cantidades abonadas con fondos de la sociedad en concepto de cuotas de un contrato de *leasing* privativo celebrado por el esposo.—La distinción que —a efectos contables y fiscales— se realiza en el pago de las cuotas del contrato

de *leasing* entre (i) la recuperación del coste de adquisición del bien por la entidad arrendadora (cuota de amortización) y (ii) la parte correspondiente a la carga financiera (cuota de intereses) no se puede tener en cuenta a la hora de determinar las cantidades que han de ser inventariadas para la liquidación de la sociedad de gananciales; ello bajo el argumento de que la parte correspondiente a la cuota de intereses remuneraría al arrendador por la cesión del uso del bien, uso que a su vez generaría rendimientos gananciales y que, por tanto, debería excluirse del activo de la sociedad en sede de liquidación.

Las cuotas que paga el arrendatario en el marco de un contrato de *leasing* constituyen la prestación que este satisface, a fin de utilizar el bien cedido gracias a la financiación externa y, en su caso, adquirir su propiedad. La naturaleza financiera de este contrato explica que en el cálculo de las cuotas se tenga en cuenta, de un lado, el precio por el que la entidad arrendadora compra el bien y, de otro lado, la carga financiera exigida por dicha entidad. Pero el carácter de carga financiera de esta última parte de la cuota (cuota de intereses) no puede identificarse con el pago del uso del bien porque no constituye una contraprestación de la cesión del uso. **(STS de 13 de septiembre de 2017; ha lugar en parte.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—A y B, que habían contraído matrimonio el 2 de diciembre de 1993, presentaron demanda de separación de mutuo acuerdo en 1997. El 9 de febrero de 1998 el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de separación y aprobó la propuesta de convenio regulador firmado por las partes el 15 de septiembre de 1997 y el 19 de enero de 1998. En 2006, B, a la sazón el esposo, presentó demanda de divorcio frente a A, recayendo sentencia el 30 de enero de 2007. En esta sentencia, se confirmaron las medidas establecidas en la sentencia de separación de 1998, con algunas limitaciones en lo relativo a los alimentos de las hijas y la pensión compensatoria.

En la contestación a la demanda de divorcio, A refirió que había promovido juicio declarativo de nulidad del convenio regulador que se aprobó en sentencia de separación. Sin embargo, no aportó documento acreditativo alguno.

El mismo año 2006, A (la esposa) presentó demanda de inexistencia o nulidad del convenio regulador que acompañó a la sentencia de separación de 1998. El Juzgado de Primera Instancia inadmitió la demanda, sobre la base de que el mismo habría sido aprobado por sentencia firme que gozaba de autoridad de cosa juzgada. Frente a la inadmisión, A presentó recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial que, mediante auto de 8 de noviembre de 2006, declaró que no se trataba de la revisión de una sentencia firme, sino de la impugnación del convenio regulador, como negocio jurídico y como manifestación del modo de autorregulación de los intereses de las partes.

El 16 de enero de 2012, A presentó escrito en el Juzgado de Primera Instancia por el que instó la formación de inventario para la liquidación de la sociedad de gananciales formada con B. El Juzgado dictó sentencia el 24 de abril de 2014 en el que declaró que la sentencia firme de separación determinó la conclusión de la sociedad de gananciales en la fecha en que se decretó la separación judi-

cial de los cónyuges, esto es, el 9 de febrero de 1998. A partir de aquí, tras un análisis de la propuesta de inventario y las alegaciones, contabilizó el activo y el pasivo de la sociedad.

Contra la sentencia, A interpuso recurso de apelación, oponiéndose B al mismo. Y, además de oponerse, B impugnó la sentencia de primera instancia en lo referido a las cantidades satisfechas como cuotas de arrendamiento financiero de diversos locales, que consideraba no figuraban en el activo del inventario.

La Audiencia Provincial estimó el recurso presentado por A y revocó la sentencia de instancia en lo referido a la extinción de la sociedad de gananciales, determinando que debe estarse a la fecha del divorcio producido por sentencia de 30 de enero de 2007.

B interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal frente a la sentencia de apelación. (A. I. R. A.)

24. Atribución del uso de la vivienda familiar por tiempo indefinido no existiendo hijos menores alcanzada la mayoría de edad por los hijos existentes.—La atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar al cónyuge, no existiendo hijos menores o habiendo alcanzado la mayoría de edad los hijos existentes, puede corresponder al cónyuge más necesitado de protección, de conformidad con el artículo 96 III CC, siempre que, en atención a las circunstancias, su interés fuese el más necesitado de protección. Ahora bien, tales circunstancias no confieren un derecho ilimitado ni justifican la atribución del uso de la vivienda por tiempo indefinido, a falta de acuerdo entre las partes.

La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso de la vivienda familiar (art. 96 I CC) deja en situación de igualdad al marido y la mujer ante este derecho en el marco de una situación que nueva, equiparada a la situación en que no hay hijos (art. 93 CC), y que tiene en cuenta el interés superior de protección que a partir de entonces justifiquen las circunstancias y por un tiempo determinado (STS núm. 707/2013, de 11 de noviembre). La adjudicación al cónyuge más necesitado de protección por tiempo indefinido supondría más bien una expropiación de la vivienda y no tanto una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes (STS núm. 315/2015, 29 de mayo).

Y ni siquiera un hipotético derecho de alimentos a favor del hijo ya mayor de edad (art. 142 CC) constituiría un criterio de atribución del uso de la vivienda familiar, aunque el hijo decidiese continuar viviendo con el cónyuge al que le fue asignada la guarda y custodia. (STS de 20 de junio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—D. Pedro y Dña. Rafaela se divorciaron en virtud de sentencia de fecha 11 de septiembre de 2007. Esta sentencia aprobó también las medidas fijadas en convenio regulador de 29 de diciembre de 2006.

El 6 de febrero de 2014, D. Pedro interpuso demanda de modificación de las medidas del convenio regulador. En particular, solicitaba la reducción de la pensión compensatoria, la no atribución especial del uso de la vivienda a Dña. Rafaela, y la supresión de la pensión alimenticia respecto del hijo común, ya mayor de edad,

tener un trabajo a tiempo parcial y no estar complementando su formación.

La sentencia del juzgado estimó parcialmente la demanda, acordando la supresión de la pensión alimenticia a favor del hijo, pero sin reconocer el derecho a las otras modificaciones solicitadas.

D. Pedro interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. La Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia en su integridad. La Audiencia reitera la argumentación del Juzgado en cuanto que las circunstancias inherentes a la atribución de la vivienda y a la pensión alimenticia no habían variado sustancialmente.

Frente a la sentencia de la Audiencia, D. Pedro interpuso recurso de casación, en su modalidad de interés casacional, denunciando la infracción del artículo 96 III CC en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar que debe hacerse en caso de existir hijos mayores. (A. I. R. A.)

25. Divorcio: Atribución de la vivienda familiar: Custodia compartida.—Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los siguientes: (i) D.^a Milagrosa formuló demanda de divorcio contra D. Secundino, solicitando la disolución del matrimonio contraído por ambos. Fruto de este nacieron dos hijas en los años 2006 y 2010; (ii) La sentencia de primera instancia acordó la disolución del matrimonio y, como medida ahora relevante, la guarda y custodia compartida de las hijas y la atribución de la vivienda familiar a D.^a Milagrosa y a sus hijas menores; (iii) D. Secundino interpuso recurso de apelación del que conoció la sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual dictó sentencia el 4 de diciembre de 2015 y, con cita de las sentencias de esta Sala de 5 de septiembre de 2011 y 30 de marzo de 2012, acordó que el uso de la vivienda familiar se otorgaba a las hijas y a la madre hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, siempre que las hijas hayan alcanzado la mayoría de edad en ese momento. De modo que, aunque se liquidase la sociedad legal de gananciales, mientras las hijas sean menores de edad, estas y su madre permanecerán en el uso y disfrute de la vivienda familiar. Pone el acento en si la protección del uso de la vivienda respecto de los hijos, se extiende a estos al ser mayores de edad. Lo niega en atención a que, en su condición de alimentistas mayores de edad, no tienen derecho a obtener parte de los alimentos que precisen mediante la atribución del uso de la vivienda familiar, con exclusión del progenitor con el que no hayan elegido convivir.

D. Secundino interpuso recurso de casación por interés casacional, al amparo del artículo 348 CC y artículo 33 CE, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial de la sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 2014, en el sentido de que procedería determinar una temporalidad en el uso de la vivienda atribuida a la esposa como interés más necesitado de protección en un supuesto en que se ha acordado la guarda y custodia compartida, resultando necesario que se fije o se declare infringida dicha jurisprudencia, conforme a la cual el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe apli-

carse analógicamente es la del párrafo 2.º, en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver lo procedente. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, el interés más necesitado de protección, que no es otro que aquél que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres; en segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero; en ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo 3.º para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo 1.º de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el juez salvo lo establecido en el artículo 96 (sentencias de 3 de abril y 16 de junio de 2014, entre otras). Critica la aplicación del párrafo 1.º del artículo 96 CC previsto para cuando se atribuye la custodia de los hijos de forma exclusiva a un cónyuge y que este no es el caso aquí contemplado por cuanto lo acordado es la guarda y custodia compartida. Teniendo en consideración esta circunstancia y la cotitularidad de la vivienda al 50% de ambas partes, solicita que se limite el uso de la misma a un plazo de dos años desde la sentencia que se dicte.

Doctrina jurisprudencial.—La parte recurrente plantea una cuestión eminentemente jurídica, por incorrecta aplicación en la sentencia recurrida de la doctrina de esta Sala en materia de atribución y uso de la vivienda familiar cuando la guarda y custodia de los hijos es compartida. Por ello no puede acogerse el óbice de admisibilidad del recurso, pues no se plantea una revisión de los hechos declarados probados. La sentencia recurrida obvia aplicar la doctrina de la Sala sobre atribución y uso de la vivienda familiar en supuestos de guarda y custodia compartida, doctrina que ya se había fijado a la fecha en que se dictó la sentencia. Aplica, por el contrario, el párrafo 1.º del artículo 96, previsto para cuando se atribuye a un solo cónyuge la guarda y custodia de los hijos menores, que no es el caso.

La sentencia de 23 de enero de 2017 recoge la doctrina de la Sala, con remisión a la sentencia 215/2016, de 6 de abril, que, a su vez, recoge la contenida en sentencias anteriores. En todas ellas se hace ver que no existe en el Código Civil una regulación específica sobre el uso de la vivienda familiar para adaptarla a este régimen de custodia, en contra de lo que sí han llevado a cabo otras legislaciones autonómicas (Cataluña, Aragón, Valencia y recientemente País Vasco).

Se afirma que «la Sala, ante tal vacío en materia de atribución de la vivienda familiar, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo 2.º del artículo 96 CC, que regula el supuesto de que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro remitiendo al juez a resolver lo procedente. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, y debiendo ser tenido en cuenta el factor del interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres (STS 24 de octubre de 2014). Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente (STS de 15 de marzo de 2013) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que conforme a la regla dispuesta en el artículo 96 CC se identifica con la que fue

vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con él conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el artículo 92.2 CC., aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS 545/2014, de 15 de septiembre), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales (SSTS de 17 de noviembre de 2015 y 11 de febrero de 2016, entre otras).

Si se atiende a la citada doctrina, desconocida por la sentencia recurrida, la decisión correcta será limitar el uso de la vivienda familiar por la madre y sus hijas. Atendiendo a las circunstancias de empleo de la madre y edad de los menores, el límite, como interesa el Ministerio Fiscal, ha de ser de tres años a computar desde el dictado de la presente sentencia. **(STS de 12 de mayo de 2017; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Apenas introducida la guarda compartida MARTÍNEZ DE AGUIRRE llamó la atención sobre el rasgo de timidez formal que demostró inicialmente el legislador al establecerlo (*Curso*, IV, 5.º ed., 2016, p. 200). La jurisprudencia posterior muestra no menor imprevisión a la hora de integrar la nueva figura en el régimen dominante del delicado tema de los efectos de la separación y divorcio vigente en relación con el Código Civil. La sentencia extractada denuncia una laguna legal que la Sala se ha visto obligada a rellenar razonablemente. No será la última como también ha detectado el mismo autor. De igual Ponente que la sentencia ahora extractada es la STS de 6 de abril de 2016, que había sido extractada y anotada por mí en *ADC*, 2017, pp. 1361 ss. (*G. G. C.*)

26. Pensión compensatoria (art. 97 CC): Su limitación temporal se encuentra supeditada al cumplimiento de su función de restablecimiento del equilibrio económico extinguido tras el divorcio. Determinación del posible desequilibrio económico, duración temporal o indefinida de la pensión y de su cuantía en función de las circunstancias concurrentes y, particularmente, de las previstas en el artículo 97 CC. Eficacia temporal retroactiva de la pensión compensatoria fijada en segunda instancia.— Resulta lógica la fijación de una pensión compensatoria de forma indefinida cuando las circunstancias del caso en modo alguno permitan suponer la incorporación del beneficiario al mercado laboral en condiciones idóneas de competitividad. La atribución del uso de la vivienda familiar al beneficiario no justifica la limitación temporal de la pensión, al realizarse a favor de un hijo hasta que éste alcance su independencia económica o abandone el hogar, y encontrarse además supeditada a una posible liquidación de la sociedad de gananciales. La fijación de una pensión compensatoria temporal sólo es posible si puede cumplir con su finalidad de restablecer el equilibrio económico

que es lo que persigue aquélla, y no la de conservar el nivel de vida de que se disfrutaba durante el matrimonio. Las circunstancias del caso, particularmente las previstas en el artículo 97 CC permiten valorar la aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, lo que constituye un juicio prospectivo que debe realizar el órgano judicial con prudencia y criterios de certidumbre o potencialidad real (STS de 4 de abril de 2017, que cita a su vez otras). La cuantía de la pensión modificada en segunda instancia produce efectos desde la notificación de la sentencia dictada en primera instancia, puesto que ésta es la que declara el divorcio, y en tal momento se produce el desequilibrio económico. (STS de 20 de junio de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excm.a. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—La esposa, que no había desempeñado otro trabajo fuera del ámbito doméstico que el realizado durante años en la clínica dental del marido como auxiliar recepcionista sin percibir ingresos y sin ninguna titulación, interpone demanda de divorcio y solicita una pensión compensatoria de 1.000 euros. El marido se opuso y el Juzgado de Primera Instancia estableció la pensión en la cantidad de 500 euros mensuales durante dos años. La Audiencia Provincial, por su parte, fijó una pensión de 800 euros mensuales desde la fecha de la sentencia de primera instancia y con carácter indefinido, sin perjuicio de su modificación o extinción si se cumplieran las condiciones de los artículos 100 y 101 CC. La Audiencia Provincial fundamenta el carácter indefinido de la pensión compensatoria en que la exesposa, salvo en el ámbito doméstico, no trabajó fuera de la clínica de su marido, y en su falta de titulación, lo que no permite suponer su capacidad para incorporarse al mercado laboral. La cuantificación de la pensión tuvo en cuenta el salario del ex marido procedente de su nómina de la Seguridad Social, y su alto nivel de vida que demostraba la percepción de unos ingresos en su actividad privada superiores a los obrantes en declaraciones fiscales. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación del marido. (F. S. N.)

27. Divorcio. Pensión compensatoria. Criterios para su fijación como indefinida o temporal. Es necesario que quede determinado si el beneficiario razonablemente podrá superar la situación de desequilibrio económico en que le colocó la ruptura matrimonial.—Atendiendo a la finalidad de la compensación por desequilibrio, la fijación de una pensión con carácter indefinido presupone que el juzgador ha valorado que, en atención a las circunstancias, el beneficiario de la pensión difícilmente podrá superar con el tiempo la situación de desequilibrio. Por el contrario, la fijación de una pensión temporal se justifica cuando, acreditado el desequilibrio, las circunstancias permiten alcanzar un juicio prospectivo razonable sobre la posibilidad real de superar en un período de tiempo determinado la situación inicial de desequilibrio que pueda producirse tras una ruptura matrimonial.

Transformación en temporal de la pensión compensatoria acordada con carácter indefinido. Necesidad de que el cambio de circunstancias acredite la superación del desequilibrio económico por parte del beneficiario.—Cabe pensar que se puede temporizar una pensión que se reconoció

inicialmente sin fijar un plazo si, con posterioridad, en atención a alteraciones de las circunstancias (art. 100 CC), resulta previsible que en un lapso de tiempo el cónyuge beneficiario de la pensión puede superar la situación de desequilibrio. La cuestión es, por tanto, cuándo se produce una alteración de las circunstancias que, sin dar lugar al cese del desequilibrio, sea relevante para permitir la sujeción a un plazo de la pensión. Para ello es necesario ponderar si el cónyuge a quien la crisis matrimonial produjo un desequilibrio económico está ahora, en razón a nuevas circunstancias sobrevenidas que no se pudieron tener en cuenta cuando se fijó la pensión con carácter indefinido, en condiciones de superar el desequilibrio económico en un plazo previsible. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, es el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal, tanto porque lo autoriza el artículo 100 CC, como porque la normativa legal no configura, con carácter necesario, la pensión como un derecho de duración indefinida o vitalicia. Es cierto que esta transformación de la pensión vitalicia en temporal puede venir dada por la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, y, alcanzarse por tanto la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de este desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre, pues a ella se refiere reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 27 de junio de 2011 y 23 de octubre de 2012, entre otras). Debiendo descartarse la posibilidad de extinguir una pensión concedida con carácter vitalicio atendiendo únicamente al mero transcurso del tiempo y no al dato objetivo de la subsistencia o no del desequilibrio que la motivó. (STS de 20 de junio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—B. interpuso contra su exesposa A. demanda de modificación de medidas definitivas, acordadas en el procedimiento de divorcio, solicitando que se dejara sin efecto la pensión compensatoria establecida a favor de ésta o, subsidiariamente, que se rebajara su importe y pasara a ser temporal. Dicha pensión había sido acordada con carácter vitalicio y para su modificación el actor alegaba el cambio sustancial de circunstancias que se había operado durante los seis años transcurridos desde que se acordó, en especial, que sus ingresos se habían reducido y sobre todo que sus hijos se habían hecho mayores y, por tanto, necesitaban menos atención de parte de su madre, por lo que aumentaban las posibilidades de ésta de incorporarse al mercado laboral y obtener un trabajo con el que subvenir a sus necesidades. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y, manteniendo su carácter vitalicio, redujo su importe a la mitad. La Audiencia Provincial de Oviedo acogió los recursos de apelación presentados por ambas partes, y en tal sentido no modificó la cuantía de la pensión compensatoria que venía establecida en la sentencia de divorcio, pero estableció como término máximo de devengo el plazo de cuatro años a partir de la fecha de la sentencia de apelación. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación presentado por la beneficiaria de la pensión. (I. D.—L.)

DERECHO MERCANTIL

28. Competencia desleal. Infracciones ex artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal (LCD): alteración de situación de igualdad.—Serán reprochables, desde el punto de vista de la competencia desleal, las infracciones normativas que afecten la situación de igualdad inicial de los competidores y que faciliten al infractor una ventaja competitiva de la que carecería si se hubiese atendido al estricto cumplimiento de las diferentes normas reguladoras de su actividad. La deslealtad reside en los apartados 1 y 2 del artículo 15 LCD, en la obtención de una ventaja competitiva significativa mediante la infracción de normas. No se protege propiamente la libre competencia, porque es posible que las normas concurrenciales que se infrinjan regulen un mercado intervenido. Se protege la igualdad de los concurrentes, que deben actuar en igualdad de condiciones y no desde posiciones concurrenciales aventajadas, obtenidas por la infracción de las normas reguladoras del mercado (en el caso de la conducta prevista en el art. 15.2 LCD), respecto de aquellos concurrentes que sí respetan las exigencias de tales normas.

Competencia desleal. Infracciones ex artículo 15 LCD: identidad de fundamento.—La ausencia de una referencia específica en el apartado segundo del artículo 15 LCD a la ventaja competitiva significativa, que sí se contiene en el apartado primero, no debe entenderse como indicativa de que cada uno de los apartados tiene un fundamento distinto. El fundamento de ambos apartados es común, la represión de la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción de normas. La diferente redacción de uno y otro, en cuanto a la exigencia de la prevalencia de la ventaja competitiva significativa, responde a que la mera infracción de una norma que no tiene por objeto la regulación de la actividad concurrencial no supone necesariamente una obtención de ventajas competitivas significativas, y de ahí que se introduzca en el texto del precepto esa exigencia. Por el contrario, cuando la norma infringida tiene por objeto la regulación de la competencia, dicho incumplimiento suele provocar en la inmensa mayoría de los casos una alteración automática de la *par condicio concurrentium* entre las empresas competidoras en un mismo mercado y es esto lo que determinará, por lo general, que el infractor incurra en una conducta desleal.

Competencia desleal. Infracciones ex artículo 15 LCD: naturaleza.—La previsión de deslealtad de los dos primeros apartados del artículo 15 LCD no constituye una suerte de sanción general añadida a la prevista por la norma vulnerada, sino que supone un ilícito distinto al de la ilegalidad de la actuación, al tiempo que un reproche de ilicitud diferente al que se asocia a la norma vulnerada, pues la finalidad del artículo 15.2 LCD no es reprimir la infracción de la norma reguladora de la competencia, sino reprimir la prevalencia de una ventaja competitiva significativa adquirida a resultas de la infracción de tal norma.

Competencia desleal. Infracciones ex artículo 15 LCD: prevalencia de la ventaja.—En el caso de infracción de normas que no tienen por objeto la regulación de la competencia, prevista en el artículo 15.1 LCD, es preciso que se justifique adecuadamente que se ha producido una prevalencia de la ventaja competitiva significativa obtenida mediante la infracción de las normas, porque en principio tal circunstancia no es consecuencia natural de una simple infracción de ese tipo de normas, mientras que en el caso de la infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurren-

cial, se presume que tal infracción trae consigo la obtención de una ventaja competitiva significativa de la que puede prevalerse el infractor. En este segundo caso, para excluir la deslealtad de la conducta será necesario justificar adecuadamente la existencia de circunstancias excepcionales que motiven que, pese a la infracción de normas reguladoras del mercado, tal infracción no conlleve que el competidor obtenga y se prevalega de una ventaja competitiva significativa.

Competencia desleal. Infracciones ex artículo 15 LCD: diferentes aspectos.—En la apreciación de la concurrencia de la conducta desleal de los apartados primero y segundo del artículo 15 LCD hay dos aspectos: el primero, si ha existido infracción de normas, en el caso del apartado segundo, dichas normas deben tener por objeto la regulación de la actividad concurrencial. *El segundo aspecto* es si, comprobada la existencia de la infracción de la norma, tal infracción ha traído consigo una ventaja competitiva significativa de la que se haya prevalido alguna de las empresas concurrentes en el mercado.

Competencia desleal. Infracciones ex artículo 15 LCD: calificación.—La calificación como desleal de la infracción de una norma reguladora del mercado exige una valoración jurídica específica e independiente, añadida a la de la ilegalidad de la actuación, que se basa sobre premisas propias, al tiempo que supone un desvalor adicional al propio de la simple infracción de la norma. Por tanto, la simple infracción de tales normas no puede traer consigo la apreciación de deslealtad por aplicación del artículo 15.2 LCD, en tanto que, por las circunstancias concurrentes en el mercado, tal infracción no determinó que las demandadas se prevalecieron de una ventaja competitiva significativa.

Competencia desleal. Infracciones ex artículo 15.2 LCD: finalidad del supuesto.—El apartado segundo del artículo 15 LCD no tiene por objeto reprimir el incumplimiento de obligaciones normativas reguladoras de la competencia por parte de los competidores concurrentes en el mercado, sino reprimir los efectos perjudiciales que para el mercado conllevan las infracciones de tales normas por parte de los competidores que participan en el mismo, pues la jurisprudencia ha señalado que la calificación como desleal de la infracción de una norma no es una suerte de sanción general añadida a la prevista por la norma vulnerada, sino que supone un ilícito distinto al de la ilegalidad de la actuación, al tiempo que una sanción distinta a la prevista en la norma vulnerada. Por tanto, la conducta desleal del artículo 15.2 LCD, teniendo por objeto directo la protección del interés general en el mantenimiento de un mercado que funcione de acuerdo con la competencia por eficiencia y no por ilicitud, protege también el interés de los competidores en que se repriman aquellas conductas que a ellos mismos les están prohibidas y que les pueden provocar pérdidas económicas al encontrarse en una situación de inferioridad para competir en el mercado.

Competencia desleal. Prácticas engañosas: interés protegido e improcedencia indemnización a competidores.—En el caso de los artículos 21 y 23 LCD, o sea, prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad y prácticas engañosas sobre la naturaleza y propiedades de los bienes o servicios, su disponibilidad y los servicios posventa, respectivamente, el interés protegido es fundamentalmente el de los consumidores a recibir una información no engañosa y a que la publicidad de los productos y servicios respete las exigencias legales. Por tanto, la comisión de

esas conductas desleales no es un título jurídico que permita imputar la obligación de indemnizar daños y perjuicios a los competidores.

Competencia desleal. Normativa comunitaria: necesidad de examen pormenorizado y excepciones.—La jurisprudencia del TJUE considera que la Directiva 2005/29 establece, en su anexo I, una lista exhaustiva de 31 prácticas comerciales que, con arreglo al artículo 5, apartado 5, de dicha Directiva, se consideran desleales en cualquier circunstancia. En consecuencia, se trata de las únicas prácticas comerciales que pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9 de la Directiva 2005/29.

Juegos de azar. Consideración general: excepciones.—La jurisprudencia considera que de la regulación existente antes de que fuera aplicable la normativa de la Ley del juego de 2011, y en concreto del Real Decreto-Ley 16/1977 y el Real Decreto 444/1977, se deriva que en nuestro ordenamiento existía una prohibición de carácter general, de la que únicamente escapaban los juegos que cumplieran un doble requisito: *por un lado*, constituir usos sociales de carácter tradicional o familiar y, *por otro*, no ser objeto de explotación lucrativa. Fuera de estas excepciones, era necesario que el juego en cuestión estuviera incluido en el catálogo previsto en el artículo 2 del Real Decreto 444/1977, sus medios técnicos estuvieran homologados y que además estuviera autorizado conforme a lo previsto en el artículo 1 de dicho Real Decreto y el artículo 1 del Real Decreto-ley 16/1977. En suma, el ámbito de tal prohibición era general y no se encontraba circunscrito a los juegos a practicar en establecimientos.

Juegos de azar. Regulación: requisitos.—La regulación de los juegos de azar exigía la inclusión de la modalidad de juego en un catálogo, la homologación de los medios técnicos y la posterior autorización administrativa para que la práctica de tal juego sea lícita, sistema que se establece con carácter general para la totalidad de los juegos o actividades en los que se aventuren cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables, en forma de envites o traviesas sobre los resultados, y que permitan su transferencia entre los participantes y con independencia de que predomine en ellos el grado de habilidad, destreza o maestría de los participantes, o sean exclusiva o primordialmente de suerte, envite o azar, y tanto si se desarrollan mediante la utilización de máquinas automáticas, como si se llevan a cabo a través de la realización de actividades humanas.

Juegos de azar. Régimen general: prohibición.—En un sistema de prohibición general, salvo inclusión en catálogo y autorización administrativa expresa, la obsolescencia de la regulación y la falta de inclusión en el catálogo (y, por tanto, de posibilidad de autorización) de determinadas modalidades novedosas de juego, podrá fundar críticas a la política legislativa y a la actuación de la Administración encargada de elaborar el catálogo, pero no supone que exista una especie de abrogación de la normativa, ni su inaplicabilidad a aquellas parcelas en las que la normativa haya quedado anticuada.

Juegos de azar. Regulación: juego *on line*.—La falta de referencia al juego *on line* y, en concreto, la falta de inclusión de modalidades de juego *on line* en el catálogo de juegos permitidos, y la falta de autorización alguna para la práctica de tales juegos *on line*, no puede interpretarse como justificativa de que el juego *on line* no estaba prohibido en dicha normativa. Por el contrario, supone que la práctica de juego *on line*, cuando reúna las características previstas en dichas normas (que se aventurasen cantidades de dinero u objetos económicamente evaluables, en forma de envites o traviesas sobre

los resultados, y permitiese su transferencia entre los participantes), no estaba autorizada y, por tanto, era ilícita. (STS de 17 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—La representación procesal de las mercantiles D. O. de J. R., S. A.; C. A., S. A.; M., S. A. y C. E., S. L., interpuso demanda de competencia desleal contra R. E. E. L. y R. E. E. L. S. Plc; por actos de competencia desleal, toda vez que consideraba que las demandadas venían ofreciendo servicios de juego de azar y apuestas (en concreto, póker) a los consumidores situados en territorio español a través de una página de internet, y habían realizado publicidad de dicha actividad en distintos medios de comunicación de nuestro país, presentándose ante los consumidores como una empresa plenamente autorizada para llevar a cabo tales actividades, cuando entendía que los juegos de azar y apuestas constituían una actividad prohibida en España, de manera que únicamente podían ofrecerse aquellos juegos y apuestas que previamente hubieran sido aprobados por la administración competente y cuando las oferentes contaran con la autorización correspondiente, lo que no sucedía, a su entender, en este caso, por lo que las demandantes solicitaban la cesación y prohibición de las actividades objeto de la *litis* y de su publicidad en territorio español. El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Barcelona desestimó la demanda sin hacer expresa imposición de costas al considerar que las demandadas no habían incurrido en las conductas desleales que se les imputaban ya que el juego *on line* no se reguló en España hasta la Ley 13/2011, de 27 de mayo, *de regulación del juego* y no se considera que hubiera engaño al consumidor al publicitar que la actividad estaba autorizada, aunque no lo fuera por autoridad española. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia recurrida sin hacer expresa imposición de costas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que en este caso no resulta aplicable la normativa comunitaria, puesto que, como señala la sentencia, la actividad de *póker on line* objeto de esta *litis* se ofertaba en el sitio web www.xxxxxx.com desde la Isla de Man y era organizado por la entidad demandada R., que era una sociedad constituida conforme a las leyes de la isla de Man y con domicilio social en la misma, lo que excluye la aplicación de la normativa comunitaria en materia de libre circulación de servicios, dado que cuando el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte se adhirió a las entonces Comunidades Europeas, el apartado 4 del artículo 227 del Tratado CE establecía: «Las disposiciones del presente Tratado se aplicarán a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro». Mediante el apartado 3 del artículo 26 del Acta relativa a las condiciones de adhesión a las Comunidades Europeas del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y a las adaptaciones de los Tratados (el Acta de adhesión), se añadió al citado artículo 227 un nuevo apartado 5 en

el que se establece lo siguiente: «No obstante lo dispuesto en los apartados precedentes: ... c) las disposiciones del presente Tratado sólo serán aplicables a las islas del Canal y a la isla de Man en la medida necesaria para asegurar la aplicación del régimen previsto para tales islas por el Tratado relativo a la adhesión de nuevos Estados miembros a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica, firmado el 22 de enero de 1972». El régimen especial establecido para la isla de Man (junto con las llamadas islas del Canal o islas anglonormandas) al que se hace referencia en el apartado 5 del artículo 227 del Tratado CE es el establecido por el Protocolo núm. 3 del Acta de adhesión, relativo a las islas del Canal y a la isla de Man (el Protocolo). El Protocolo figura como Anexo del Acta de adhesión y forma parte integrante del Tratado CE (art. 158 del Acta de adhesión). La solución que prevaleció en el curso de las negociaciones para el ingreso del Reino Unido en las Comunidades fue la de permitir amplias excepciones a la plena aplicación del Tratado en estos territorios. En consecuencia, las disposiciones del Tratado no expresamente mencionadas en el Protocolo no son aplicables a la isla de Man e islas del Canal. En el Protocolo se establece que las islas del Canal y la isla de Man forman parte de la Unión Aduanera comunitaria, pero no del ámbito de aplicación de la Política Agrícola Común. Y, en cuanto a la libre circulación de personas y servicios, en el artículo 2 del Protocolo se estableció: «El Acta de adhesión no afectará a los derechos de que gozan los nacionales [de esas islas] en el Reino Unido. No obstante, dichos nacionales no se beneficiarán de las disposiciones comunitarias relativas a la libre circulación de personas y servicios». La consecuencia de lo dicho es que las normas comunitarias sobre libre circulación de servicios no pueden beneficiar a las empresas con nacionalidad manesa, como era el caso de la demandada, por lo que la jurisprudencia del TJUE recaída sobre la libertad de circulación de servicios, y en concreto, de actividades de juegos de azar, no es de aplicación al caso. (N. D. L.)

29. Medidas contra la morosidad. Limitación temporal del plazo de pago: naturaleza y alcance.—La jurisprudencia considera que, con relación al alcance de la limitación de la determinación del plazo para el pago, previsto en la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, *por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales* (LLCM) debe precisarse que la posibilidad, por el legislador nacional, de configurar dicha limitación con carácter imperativo para las partes contratantes encuentra un claro encaje con lo dispuesto en la Directiva 2011/7/UE, pues, su artículo 12.3, expresamente prevé que los Estados miembros puedan mantener o establecer disposiciones que sean más favorables para el acreedor que las necesarias para cumplir la presente Directiva.

Medidas contra la morosidad. Limitación temporal del plazo de pago: opción por el carácter imperativo.—La opción por el carácter imperativo de la limitación del plazo (como norma de *ius cogens*) fue la que ya ejercitó nuestro legislador con la modificación introducida por la LLCM. Opción que reflejó no sólo el propio tenor del artículo 4.1 de dicha Ley,

sino también el Preámbulo de la misma en atención a las finalidades y objetivos que informaban las modificaciones operadas respecto del texto inicial de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre. Carácter imperativo de la limitación del plazo que, a su vez, ha sido respetado por la posterior reforma introducida por la Ley 11/2013, de 26 de julio, *de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo* (LMAE), en donde el artículo 4.3 dispone con claridad que los plazos de pago indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo superior a 60 días naturales.

Medidas contra la morosidad. Limitación temporal del plazo de pago: interpretación sistemática.—La interpretación sistemática de la normativa aplicable debe ajustarse a esta razón de imperatividad de la limitación del plazo para el pago. Razón que no sólo encuentra fundamento en la ordenación o estructuración de la norma, en donde el artículo 4 LLCM regula específicamente la determinación del plazo, sino también y, sobre todo, en que la limitación prevista constituye una de las finalidades u objetivos queridos por el legislador a tenor del propio Preámbulo de la norma.

Medidas contra la morosidad. Limitación temporal del plazo de pago: criterios interpretativos.—El carácter imperativo para las partes de la limitación temporal establecida por la norma para el plazo del pago comporta que todos aquellos pactos que exceden de dicho límite temporal, 60 días naturales, resulten nulos de pleno derecho por contravención de lo dispuesto en la norma imperativa (art. 6.3 CC). Esta limitación legal del plazo, como regla general, presenta como única excepción, prevista en el propio artículo 4.2 LLCM, aquellos supuestos de contratación que bien por mandato legal, o bien por pacto expreso, comporten procedimientos de aceptación o comprobación que verifiquen la conformidad con los bienes o servicios prestados, pues en tales supuestos el límite legal del plazo se puedan extender hasta los 90 días naturales contados desde la fecha de la entrega de los bienes o la realización de la prestación de los servicios. Por último, de acuerdo con lo señalado, el control de abusividad previsto en el artículo 9 LLCM ópera, necesariamente, dentro del plazo marcado por la limitación temporal establecido por la norma, pues más allá del mismo la sanción contemplada no es otra que la nulidad del pacto por ser contrario a la norma imperativa. Conclusión acorde tanto con la función tuitiva de la norma, como con la conveniencia de una interpretación que fije con claridad los criterios de aplicación normativa.

Medidas contra la morosidad. Limitación temporal del plazo de pago: ausencia de antinomia.—La antinomia existente entre los artículos 4 y 9 LLCM ha dejado de tener consistencia tras la modificación de este último artículo por la LMAE que ha suprimido la perturbadora referencia al *carácter subsidiario* de los plazos fijados por LLCM, con lo que la razón de imperatividad de la limitación del plazo para el pago resulta fortalecida en el plano de la interpretación sistemática de la normativa aplicable, conforme también a la última reforma llevada a cabo por el legislador. **(STS de 19 de mayo de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La representación procesal de don M. interpuso demanda contra I. T.; S. A. y A. en base a los hechos de que el actor era titular de un negocio dedicado al movimiento de tierras y excavaciones, y subcontratista de la obra objeto del litigio, solicitando la declaración de nulidad por abusivas de las cláusulas contractua-

les que determinaban plazos superiores a los previstos por la LLCM. Dado que el contrato entre la contratista adjudicataria de la obra I. T., S. A., y el subcontratista, estableció que los pagos se hacían mediante pagarés con un vencimiento a 180 días contados desde la conformidad del contratista y la recepción de toda la documentación solicitada. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de León desestimó la demanda al considerar que el carácter abusivo de la cláusula contractual de determinación del plazo no se producía por la mera circunstancia de que se pactasen plazos más amplios que los previstos en la LLCM, sino que debían tenerse en cuenta la naturaleza del contrato y las circunstancias concurrentes, todo ello sin hacer expresa imposición de costas. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de León desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia recurrida sin hacer expresa imposición de costas. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

30. Contrato de distribución de productos sanitarios: Resolución unilateral por concedente: Indemnizaciones reclamadas por concesionario.

—El presente caso, relativo a un contrato de distribución en exclusiva y de duración indefinida, sin cláusula de preaviso, plantea, como cuestiones de fondo, tras la resolución unilateral por el concedente, la procedencia de indemnización al distribuidor por clientela y por falta de preaviso previo (arts. 28 y 25 de la Ley 12/1992, de 26 de mayo, del contrato de Agencia). Asimismo plantea la procedencia de indemnización derivada por el mantenimiento de un cierto stock de productos para el cumplimiento del contrato. De los hechos acreditados y las valoraciones realizadas en la instancia, interesa destacar lo siguiente: (i) Las partes, mediante acuerdo verbal, iniciaron una relación contractual de distribución de productos sanitarios; (ii) Al menos desde cinco años antes a la fecha en que el concedente resolvió unilateralmente dicha relación (31 de julio de 2011), la entidad demandante estuvo designada como representante y distribuidora en exclusiva de los materiales de cirugía maxilofacial de la concedente en España; (iii) Dicha relación contractual de distribución fue acordada por un periodo de tiempo indefinido, sin plazo de preaviso de extinción del contrato; y (iv) la distribuidora no incumplió, de forma grave, las obligaciones esenciales asumidas en la relación contractual. Por lo que la extinción de la misma obedeció a la resolución unilateral operada por la parte concedente.

La entidad distribuidora, Maffinter Med S. L. formuló demanda contra la entidad Gebrüder Martín, empresa concedente, solicitando una indemnización que superaba 4 millones de euros, por diversos conceptos (clientela, falta de preaviso, valoración de stock, inversiones no amortizadas, y por los «bonus» impagados de acuerdo con los objetivos del año 2010). A su vez, reconoció una deuda por 96.631 euros.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, condenando al abono de una indemnización de 215.387 euros, por clientela, y de 71.796 por falta de comunicación, cantidades de las que debe deducirse la deuda reconocida. Ambas partes apelaron; en cuanto a la actora estimó que no había asumido una obligación de mantener en depósito una determinada cantidad de los productos de distribución, pues, en definitiva, la distribuidora

compraba en firme a la concedente los productos que le eran solicitados por los clientes, a quienes los revendía, asumiendo los riesgos de esta comercialización. Por lo que concluyó que no estaba probada dicha obligación de recompra del stock. La demandada había solicitado que se tuviera en cuenta la indebida fidelización de hospitales públicos por la actora, lo que negó radicalmente «a la vista de los elementos probatorios aportados al proceso no ha justificado en forma cumplida y suficiente que la entidad actora hubiere incumplido, de forma grave, algunas de las obligaciones esenciales asumidas en virtud del propio contenido obligacional del contrato».

Contrato de distribución, en exclusiva, de duración indefinida. Procedencia de la aplicación analógica del artículo 28 LCA a la comercialización de productos sanitarios. Indemnización por un preaviso de resolución contractual insuficiente, artículo 25 LCA. Improcedencia de la *exceptio non adimpleti contractus*.—De acuerdo con las características de la presente relación contractual de distribución que vincula a las partes, no puede descartarse, con carácter general, la aplicación analógica del artículo 28 LCA. No consta que la comercialización de los citados productos sanitarios fuese realizada sólo con hospitales públicos, ni que la contratación fuese llevada a cabo exclusivamente por la vía del concurso público, sin posibilidad de contratación directa por los jefes de servicio. Tampoco puede descartarse, con carácter general, que la actividad comercial del distribuidor no pueda generar o favorecer al concedente una clientela que, a su vez, puede resultar fidelizada. Precisamente, en el presente caso ambas instancias consideraron acreditada la fidelización de la clientela por la actividad desplegada por la distribuidora de los productos sanitarios.

La decisión de la Audiencia resulta correcta porque, en el presente caso, la sentencia recurrida considera que resulta indemnizable el lucro cesante sufrido por el distribuidor por el incumplimiento del concedente de un preaviso razonable, que hubiera permitido reorientar su actividad comercial. En este sentido, con base en las exigencias derivadas del principio de la buena fe contractual (arts. 1258 CC y 57 CCO), y en su aplicación a las circunstancias del caso (contrato de distribución de larga duración, por tiempo indefinido y en exclusiva, con un importante nivel de ventas), concluye que el preaviso debería haber sido de al menos seis meses, por analogía con lo regulado en el artículo 25 LCA, que aunque no resulta directamente de aplicación, sirve de referente para determinar la adecuación y el carácter razonable de la antelación del preaviso exigible en un caso como el presente.

Excepción *non adimpleti contractus*.—La jurisprudencia de esta Sala evidencia la carencia del fundamento del presente motivo, pues precisa expresamente que la aplicación de dicha excepción requiere que se trate del incumplimiento de una obligación básica del contrato, no bastando cualquier incumplimiento de la prestación, ni el mero incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias. En el presente caso, ambas instancias consideran acreditado que la distribuidora no ha incumplido «de forma grave, alguna de las obligaciones esenciales asumidas en virtud del propio contenido obligacional del contrato». Por lo que el recurso plantea, en realidad, que se lleve a cabo una nueva valoración de la prueba, que resulta claramente improcedente por la vía del recurso de casación.

Cálculo de la indemnización por clientela: Buena fe.—Estima en parte el recurso de casación de la concesionaria. Con carácter general, al margen de lo pactado, la obligación del concedente de comprar el stock del distribuidor no puede ser considerado un elemento natural del contrato, y su determi-

nación debe hacerse en el seno de la integración contrato con arreglo al principio de la buena fe y atendiendo a las circunstancias del caso. Las SSTs del 20 de julio de 2015 y 19 de abril de 2016, han declarado que el principio de buena fe, como fuente de integración normativa del contrato, no sólo sanciona todos aquellos comportamientos que en la ejecución del contrato resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de lo acordado y de la confianza que razonablemente derivó de dicho acuerdo, sino que colma obligacionalmente las lagunas que presente la reglamentación, de forma que las obligaciones derivadas del principio de buena fe integran el contrato, y, por tanto su cumplimiento puede ser reclamado por vía de acción. En el presente caso debe concluirse que la distribuidora viene legitimada para exigir a la concedente el pago del stock de productos conexo a la ejecución que venían efectuándose del contrato de distribución. Además debe destacarse la larga duración de la relación comercial que vinculaba a las partes. Relación de distribución en exclusiva, claramente acreditada al menos con cinco años de antelación con respecto a la resolución contractual ejercitada, debiendo resaltarse que la concedente no comunicó su decisión de resolver el contrato con un preaviso suficiente a la distribuidora, de forma que ésta pudiera gestionar con cierta antelación la venta de su stock. Todo ello conduce a que la distribuidora debe ser indemnizada por el daño ocasionado (daño emergente) que le ha supuesto tener a disposición de la concedente un stock que finalmente no va a ser objeto de venta en los centros hospitalarios. Si bien dicha indemnización debe ser calculada con relación al precio de adquisición de los productos en stock, y no al precio de venta como pretende la recurrente. (**STS de 19 de mayo de 2017**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—Llama la atención, no tanto la atipicidad que, sobre todo en relaciones extrafronterizas, crece incesantemente en el ámbito obligacional privado, cuanto las características singulares del contrato concertado entre las partes. El concedente, pese a estar estructurado sin ningún tipo de limitación cuantitativa en las futuras prestaciones, se acoge férreamente a la oralidad que mantiene —sorprendentemente—, al menos durante un quinquenio. Es de aprobar el esfuerzo jurisprudencial por dotarlo de un régimen razonable vía analogía. (*G. G. C.*)

31. Sociedades mercantiles. Personalidad jurídica: adquisición.—

Aunque con carácter general suele afirmarse que las sociedades de capital adquieren su personalidad jurídica con la inscripción de la escritura de constitución y la pierden con la inscripción de la escritura de extinción, esto no es del todo exacto. En el caso de las sociedades de capital, anónimas y limitadas, tanto bajo la actual Ley de Sociedades de Capital, como bajo las anteriores leyes de sociedades anónimas y de sociedades de responsabilidad limitada, la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de constitución es y era necesaria para adquirir la personalidad jurídica propia del tipo social elegido. Pero la falta de inscripción de la escritura de constitución no priva de personalidad jurídica a la sociedad, sin perjuicio de cual sea el régimen legal aplicable en función de si se trata de una sociedad en formación o irregular. En uno y en otro caso, tienen personalidad jurídica, y consiguientemente gozan de capacidad para ser parte. Sin perjuicio, además, de los supuestos

previstos en el artículo 6.2 LEC en los que se reconoce capacidad para ser demandadas a las entidades que, no habiendo cumplido con los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado.

Sociedades mercantiles. Personalidad jurídica: pérdida.—La inscripción de la escritura de extinción y la cancelación de todos los asientos registrales de la sociedad extinguida conlleva, en principio, la pérdida de su personalidad jurídica, en cuanto que no puede operar en el mercado como tal, pero conserva esta personalidad respecto de reclamaciones pendientes basadas en pasivos sobrevenidos, que deberían haber formado parte de las operaciones de liquidación. A estos efectos, relacionados con la liquidación de la sociedad, ésta sigue teniendo personalidad, y por ello capacidad para ser parte demandada. Esto es, después de la cancelación persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputaciones en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular.

Sociedades mercantiles. Cancelación registral: eficacia.—Después de la cancelación persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular, de forma que la cancelación de sus asientos no perjudica al acreedor, toda vez que se mantiene la aptitud de la sociedad para ser titular de derechos y obligaciones, mientras no se hayan agotado todas las relaciones jurídicas de la misma. La cancelación de los asientos registrales de una sociedad no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad, que en el caso de liquidación es que se considere terminada la liquidación. Por ello, no impedirá la ulterior responsabilidad de la sociedad si después de formalizarse e inscribirse la escritura pública de extinción de la sociedad aparecieren bienes sociales no tenidos en cuenta en la liquidación.

Sociedades mercantiles. Cancelación registral: pérdida de personalidad jurídica.—La cancelación no tiene carácter sanatorio de los posibles defectos de la liquidación. La definitiva desaparición de la sociedad solo se producirá cuando la cancelación responda a la situación real; o sea, cuando la sociedad haya sido liquidada en forma y no haya dejado acreedores insatisfechos, socios sin pagar ni patrimonio sin repartir. En otro caso, los socios y los acreedores podrán lógicamente, conforme a las normas generales, pedir la nulidad de la cancelación y la reapertura de la liquidación, para interesar al tiempo la satisfacción de su crédito, demandado en todo caso a aquellos que hubieren propiciado una indebida cancelación de la inscripción de la sociedad. Lo que no resulta conforme a lo ya razonado es que se demande, sin más, a una sociedad que carece de personalidad jurídica sin pretender al mismo tiempo que la recobre.

Sociedades mercantiles. Cancelación registral: reclamación de operaciones pendientes.—Ya sea bajo la Ley de Sociedades Anónimas, ya sea bajo la Ley de Sociedades de Capital que completa el régimen de extinción de las sociedades anónimas, aunque formalmente la cancelación de los asientos registrales relativos a la sociedad conlleva su extinción, no podemos negarle cierta personalidad jurídica respecto de reclamaciones derivadas de pasivos sobrevenidos. Estas reclamaciones presuponen que todavía está pendiente alguna operación de liquidación. Es cierto que la actual Ley de Sociedades de Capital, en su art. 399, prevé la responsabilidad solidaria de los

antiguos socios respecto de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de sus respectivas cuotas de liquidación, en caso de pasivos sobrevenidos. En muchos casos, para hacer efectiva esta responsabilidad, no será necesario dirigirse contra la sociedad. Pero algunas reclamaciones, sin perjuicio de que acaben dirigiéndose frente a los socios para hacer efectiva responsabilidad solidaria hasta el límite de sus respectivas cuotas de liquidación, pueden requerir de un reconocimiento judicial del crédito, para lo cual resulte conveniente dirigir la demanda frente a la sociedad. En estos supuestos, en que la reclamación se basa en que el crédito reclamado debería haber formado parte de la liquidación, y que por lo tanto la practicada no es definitiva, no sólo no debemos negar la posibilidad de que pueda dirigirse la reclamación frente a la sociedad, sino que, además, no debemos exigir la previa anulación de la cancelación y la reapertura formal de la liquidación.

Sociedades mercantiles. Cancelación registral: representación de los liquidadores.—Cancelada registralmente la sociedad, no debe privarse a los acreedores de la posibilidad de dirigirse directamente contra la sociedad, bajo la representación de su liquidador, para reclamar judicialmente el crédito, sobre todo cuando, en atención a la naturaleza del crédito, se precisa su previa declaración. Dicho de otro modo, a estos meros efectos de completar las operaciones de liquidación, está latente la personalidad de la sociedad, quien tendrá capacidad para ser parte como demandada, y podrá estar representada por la liquidadora, en cuanto que la reclamación guarda relación con labores de liquidación que se advierte están pendientes. Además, el art. 400 LSC atribuye esta representación a los (antiguos) liquidadores para la formalización de actos jurídicos en nombre de la sociedad, tras su cancelación. (STS de 24 de mayo de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La representación procesal de doña G. interpuso demanda contra la mercantil J. V., S. A. solicitando fuera condenada a realizar las obras y reparaciones necesarias en una vivienda que le había comprado, en su defecto le indemnizara con el valor de las obras de reparación. La liquidadora de la demandada se opuso alegando que carecía de personalidad jurídica, en la medida en que estaba disuelta, liquidada y cancelada su hoja registral, entre otros motivos. El Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia rechazó las excepciones formuladas y estimó parcialmente la demanda condenando a la entidad demandada a realizar las obras de reparación y, de no hacerlo, al pago del coste de reparación en la cantidad que determinaba, junto con el pago del coste del alquiler de una vivienda para la demandante, mientras se realizan las obras. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia estimó el recurso de apelación al apreciar que la sociedad demandada carecía de capacidad para ser parte, porque estaba disuelta, liquidada e inscrita en el Registro Mercantil la correspondiente escritura de disolución y liquidación, por lo que al carecer de personalidad jurídica, al tiempo de presentarse la demanda, carecía de capacidad para ser parte. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)