

# 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), Gabriel GARCÍA CANTERO (Universidad de Zaragoza), Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ (Universidad de las Palmas de Gran Canaria), Sebastián LÓPEZ MAZA (Universidad Autónoma de Madrid), Gemma MINERO ALEJANDRE (Universidad Autónoma de Madrid), Carlos ORTEGA MELIÁN (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. Derecho al honor de la persona jurídica. Ponderación entre la libertad de expresión y el derecho al honor. Artículo publicado en internet en el que se vincula a una compañía mercantil con el nazismo y se deforma el logotipo de ésta mediante la inserción de la esvástica.**–Conforme a la jurisprudencia constitucional –entre otras, las SSTC 223/1992 y 76/1995–, el reconocimiento de derechos fundamentales de titularidad de las personas jurídicas ha de ser delimitado y concretado a la luz de cada dere-

cho fundamental y de los fines de esa persona jurídica. Concretamente, el derecho al honor, en su vertiente del derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación, pertenece también a las personas jurídicas (STC 214/1991). El análisis del ámbito de protección del ejercicio de su identidad debe realizarse atendiendo a los fines para los que la persona jurídica que ostenta este derecho fue creada. Por ello, la persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor mediante la divulgación de hechos que le conciernen, cuando se la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena. En este caso, la persona jurídica afectada no viene obligada a probar la existencia de un daño patrimonial a sus intereses, sino que basta constatar que existe una intromisión en el derecho al honor de ésta y que tal intromisión no es legítima (STC 139/1995), para lo que habrán de aplicarse los criterios tradicionales de ponderación entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor. El propio TEDH, al interpretar el artículo 10 CEDH, ha sostenido que no contraviene la libertad de expresión consagrada en él la prohibición por un tribunal nacional a un parlamentario de utilizar el término «nazi» aplicado al periodismo realizado por un periódico (STEDH de 21 de marzo de 2000, caso Andreas Wabl contra Austria). **(STS de 12 de diciembre de 2013; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

**HECHOS.**—La compañía de transporte aéreo Air B demanda a D. Emilio por intromisiones ilegítimas en su derecho al honor, por la publicación en su blog de varios artículos en los que reproducía un correo escrito por un tercero, con la imagen distorsionada del logotipo de la demandante al que se había añadido una esvástica, calificándola de nazi y cambiando su nombre por el de «Air Goebles», en alusión al ministro de propaganda nazi. El presidente de la compañía aérea había intervenido en un debate público con claras connotaciones políticas, al haber publicado un artículo en las revistas repartidas a sus pasajeros, sobre la política territorial española.

En su sentencia de 26 de febrero de 2010, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Blanes estima la demanda, pues, si bien entiende que el demandado no es el autor del escrito, considera que la inserción de éste en su blog contribuyó a la difusión del texto y de la imagen, haciendo suyas algunas de las expresiones, al no entrecomillarlas e invitar a la difusión por terceros. En la citada sentencia se condena a retirar esos contenidos, a no publicar comentarios equivalentes en el futuro y a publicar el texto íntegro de la sentencia en su blog, así como a indemnizar el daño moral producido a la empresa demandante.

En la sentencia de 14 de abril de 2011, la Audiencia Provincial de Girona desestima el recurso de apelación interpuesto por D. Emilio. Concluye que la previa polémica nacida de la publicación por el director de la compañía demandante de un artículo en el que menospreciaba la lengua catalana no justifica la afectación al prestigio profesional y la buena reputación, y con ello al honor, de la compañía, producida por las expresiones empleadas por el demandado. Como contestación a la actuación de dicho director, el demandado podría hacer ejercitado su libertad de expresión, pero no identificar a la compañía con un crimen humanitario. Además,

tiene en cuenta la mayor difusión alcanzada por los artículos del demandado, dada su trascendencia pública, por haber sido éste diputado y actualmente militante de un partido político catalán.

El Tribunal Supremo desestima asimismo el recurso de casación interpuesto por el demandado. En lo que a la ponderación del derecho al honor y la libertad de expresión se refiere, y concretamente en lo relativo a la medición de la proporcionalidad de las expresiones utilizadas, el Alto Tribunal sostiene que la circunstancia de la previa intervención del presidente de la compañía en la polémica sobre el uso del catalán no legitima cualquier ejercicio por el recurrente de su derecho a la libertad de expresión. Es legítimo efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de la conducta de la empresa, utilizando contenidos descalificadores, pero lo que excede del ámbito de la libertad de expresión protegido constitucionalmente es realizar este tipo de vinculación con el nazismo, que repugna a la sociedad actual. Más aún cuando, por un lado, la declaración se refiere a una empresa de Alemania, país en el que existe una especial sensibilización hacia esta cuestión por haber sufrido directamente el régimen nacionalsocialista; y, por otro lado, las expresiones ofensivas no se profirieron oralmente en el calor de un debate, sino con la meditación presumible de quien redacta un blog y además en reiteradas ocasiones. Por todo ello, la actuación del demandado se califica como intromisión ilegítima en la reputación corporativa de la empresa, susceptible de ser considerada una manifestación del derecho al honor. (G. M. A.)

**2. Ponderación del derecho al honor y la libertad de información. Vídeo colgado en internet en el que se pone en entredicho el carácter altruista de una asociación de defensa de víctimas del terrorismo y se lesiona la dignidad y la fama de su presidente y su esposa.**—El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito, pero está limitado por las libertades de expresión e información (SSTC 14/2003, de 28 de enero y 216/2006, de 3 de julio). En cita, entre otras, de las SSTC 6/1988, de 21 de enero, 105/1990, de 6 de junio, 320/1994, de 28 de noviembre y 53/2006, de 27 de febrero, el Alto Tribunal afirma que la Constitución española no reconoce un hipotético derecho al insulto, luego la noticia no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso o desproporcionado. En este sentido, cuando el ejercicio de la libertad de información comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Es precisamente el carácter de la libertad de información como garantía en la formación de una opinión pública libre, la que justifica la exigencia constitucional de la veracidad en el legítimo ejercicio de esta libertad, atendiendo al derecho de los ciudadanos a recibir información veraz, y rechazando la tutela constitucional de la transmisión de rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas, así como noticias gratuitas e infundadas. El requisito de la veracidad no implica al exigencia de

una rigurosa y total exactitud del contenido de la información, pero sí conlleva que no merezca protección constitucional la trasmisión de simples rumores, carentes de toda constatación, o de meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las averiguaciones propias de un profesional diligente, aunque la exactitud total de esa información pueda ser controvertida o contenga errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. (**STS de 15 de enero de 2014**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—El presidente de una asociación representativa de las víctimas del terrorismo, su esposa y la propia asociación interpusieron una demanda contra la agencia de prensa responsable de la cadena de televisión y el nombre de dominio en cuyo ámbito se creó un vídeo luego difundido por una plataforma audiovisual de Internet, al director de esta agencia y al buscador de Internet que es titular de la citada plataforma, por considerar que el contenido audiovisual suponía una intromisión ilegítima en sus derechos a la imagen y al honor. En dicho vídeo, titulado «Lo que oculta...», seguido del nombre del presidente demandante y de la asociación, se daba a entender que el presidente y su esposa cobraban unas cantidades mensuales de la asociación, lo que se contraponía con imágenes de las cifras que se cobran en concepto de pensiones de viudedad, invalidez y orfandad por las víctimas del terrorismo.

Con fecha de 2 de junio de 2009, el Juzgado de Primera Instancia núm. 48 de Madrid dicta sentencia, en la que, tras haber quedado acreditado mediante prueba testifical que la información transmitida era falsa, ya que el presidente y su esposa no cobraban ningún sueldo, ni la asociación les pagaba en ningún concepto, se declara infringido el derecho al honor, pero no a la propia imagen, de los actores. El vídeo en cuestión transmite el mensaje de que los demandantes cobraban ingentes cantidades de la asociación en comparación con el importe de las pensiones de las víctimas del terrorismo y sus familiares, lo que supone la imputación de hechos que lesionan su dignidad y menoscaban su fama, afectando asimismo a la asociación, al poner en entredicho el carácter altruista de ésta. Se condena a los demandados a pagar una indemnización de los daños y perjuicios y a publicar el texto íntegro de la sentencia en iguales condiciones que el vídeo que originó el litigio. La desestimación de la demanda en lo que a la alegación referida al derecho a la propia imagen se refiere se funda en que las imágenes del vídeo se refieren a personas con proyección pública y habían sido captadas durante actos públicos, como son las manifestaciones.

La agencia de prensa demandada y su director interponen recurso de apelación, que es parcialmente estimado por la sentencia de 16 de febrero de 2010 de la sección 25.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el sentido de revocar el pronunciamiento de condena del director y absolverle de las pretensiones deducidas contra él. Entiende que la agencia de prensa había admitido en juicio que el vídeo fue realizado por uno de sus colaboradores y que su alegación de haber perdido el control de dicho vídeo no llegó a ser probada por la recurrente. Además, sostiene la Audiencia Provincial que el administrador no ha de tenerse por responsable de la intromi-

sión ilegítima, pues los demandantes no le imputan a él los actos lesivos de su honor, sino a la sociedad que representa. Al igual que el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia concluye que, a pesar de la proyección pública del presidente demandante, éste no tiene la obligación de soportar la atribución de conductas consideradas socialmente inmorales, superando los límites de la libertad de expresión, pues no se trata de una opinión o juicio de valor, sino de la noticia sobre una conducta objetivamente rechazable.

Contra dicha sentencia, la agencia de prensa interpone recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo. Entiende el Alto Tribunal que el juicio de ponderación realizado por la sentencia recurrida se ajusta satisfactoriamente a las pautas fijadas por su jurisprudencia anterior. Se funda en que el autor del vídeo no realizó con carácter previo una labor de averiguación y exposición objetiva de los hechos sobre los que versa la información contenida en ese vídeo con la diligencia exigible a un profesional de la información, a pesar de que este deber adquiere su máxima intensidad cuando el contenido transmitido supone un descrédito en la consideración de la persona a la que se refiere. La personalidad pública y la protección pública del demandante no excluyen la intromisión en su derecho al honor cuando la información difundida es falsa, aunque sí la puedan atenuar. (*G. M. A.*)

**3. Libertad de información versus derecho al honor y a la intimidad.**—El derecho a la libertad de información está reconocido en el artículo 20.1.a) y d) CE y el derecho al honor y a la intimidad en el artículo 18.1 CE, como derechos fundamentales. La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información pues no comprende, como ésta, la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. Cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos es necesario separarlos, y sólo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante.

El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal, entendida como la apreciación que los demás pueden tener de una persona, independientemente de sus deseos, impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquélla. El reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida, evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada.

El derecho al honor y a la intimidad personal y familiar se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. Cuando se produce un conflicto entre tales derechos, debe acudir a técnicas de ponderación cons-

titucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Se trata de examinar la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso.

La técnica de la ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. La ponderación: a) debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor, por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático; b) debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática.

La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo a los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde esta perspectiva, la ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH. Si existe relevancia pública o interés general de la noticia, prevalecerá el derecho a la libertad de información y de expresión.

Ahora bien, para que la libertad de información pueda prevalecer sobre el derecho al honor, se exige que la información cumpla el requisito de la veracidad. Por veracidad debe entenderse el resultado de una diligencia razonable por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso aun cuando la información, con el paso del tiempo pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada. Además, la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, porque la Constitución no reconoce un hipotético derecho al insulto. Por otro lado, cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no sólo al personaje público, sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a éstas está justificada por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje público al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje público.

En relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el interés público en los aspectos que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión. Cuando la información afecta a la intimidad, es preciso que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta el contenido de la información que, pese a ello, la soporten, en aras del conocimiento general. Tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia.

Finalmente, hay que tener en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener

que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico. (STS de 10 de diciembre de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—P interpuso demanda por la existencia de intromisión ilegítima en su derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, por las manifestaciones que G hizo en el programa de televisión V. Solicitó una indemnización y que se condenara a la cadena a difundir el encabezamiento y el fallo de la sentencia en el mismo espacio o en los espacios que sustituyan en el futuro a dicho programa.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, argumentando que el demandante tiene proyección pública y ha potenciado su popularidad al hablar de sí mismo y de sus relaciones sentimentales en la prensa rosa. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación del actor. Entendió que el codemandado atentó gravemente contra la dignidad del demandante y le hizo aparecer como una persona degradada mentalmente, necesitado de un médico, maltratador de su pareja, íntimamente relacionado con las drogas y ladrón. Estas manifestaciones no se pueden amparar en el derecho a la información y aunque el actor sea un personaje popular y utilice esa popularidad mediante la cesión de su imagen para obtener ingresos, no lo convierte en un ser sin dignidad, al que se podía insultar. Considera que no existió información, sino un espectáculo sin interés informativo, dirigido al entretenimiento de la audiencia, mediante el escarnio, la burla y los insultos.

Los demandados interpusieron recurso de casación, alegando la vulneración del derecho a la libertad de expresión. Argumentos: a) las manifestaciones del recurrente deben examinarse en función de la libertad de expresión y no fueron ofensivas ni injuriosas, pues eran opiniones del recurrente para matizar informaciones que previamente habían sido difundidas por otros medios de comunicación; b) el actor tiene relevancia pública; c) los programas de crónica social tienen interés informativo; d) son aplicables los actos propios del demandante al permitir en innumerables ocasiones anteriores el acceso y la difusión de su vida privada.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación, entendiendo que la libertad de información y expresión sólo prevalece sobre el derecho a la intimidad, pero no respecto del derecho al honor. Desde el punto de vista abstracto, dado que estamos en presencia del ejercicio de la libertad de expresión e información: 1) debe partirse de la prevalencia de estos derechos frente a los derechos al honor y a la intimidad del actor por ejercitarse por profesionales de la información en el cauce de los medios de comunicación; 2) es menester aplicar la técnica de la ponderación.

Haciendo un examen del peso de todos estos derechos, el Tribunal Supremo llega a las siguientes conclusiones. En primer lugar, el demandante es una persona con proyección pública, en el sentido de que goza de gran celebridad y conocimiento público, pero éstos derivan del hecho de ser hijo de un conocido matador de toros y de una famosa cantante y hermano de toreros, y goza de celebridad

por su aparición en los medios informativos dedicados a la crónica social. El interés general de la información, en consecuencia, deviene del interés que suscita el conocimiento de la vida de personas con notoriedad pública social. Por tanto, el interés suscitado es muy escaso, si tenemos en cuenta que el programa donde se hicieron las programaciones no es de debate político, sino meramente de entretenimiento.

En segundo lugar, el requisito de la veracidad no tiene relevancia cuando las manifestaciones enjuiciadas contienen en su mayor parte comentarios personales, opiniones y juicios de valor del code mandado. El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones no es el de la veracidad, sino el de la relevancia pública del hecho divulgado. En tercer lugar, hay que analizar la proporcionalidad de las expresiones utilizadas. El carácter vejatorio y desproporcionado de éstas lleva al Tribunal Supremo a considerar de mayor relevancia en este caso el derecho al honor sobre la libertad de expresión, pues agravan innecesariamente la dignidad del demandante. Por tanto, suponen un atentado a su honor por el público y notorio descrédito que dicha conducta merece en la sociedad. En cuarto lugar, el Tribunal Supremo considera que el goce de notoriedad pública y el hecho de que se hubiera podido consentir en ocasiones determinadas la revelación de aspectos concretos propios de su vida personal no privan al afectado de la protección de estos derechos fuera de aquellos aspectos a los que se refiera su consentimiento y sólo tiene trascendencia para la ponderación en el caso de que se trate de actos de sustancia y continuidad suficientes para revelar que el interesado no mantiene un determinado ámbito de su vida reservado para sí mismo o su familia (art. 2 LPDH). Esta circunstancia sólo concurre cuando el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico.

El Tribunal Supremo concluye que no se ha producido ninguna invasión en su ámbito de intimidad, pues no se han revelado datos que no fueran conocidos anteriormente por el público por haber sido ya objeto de tratamiento informativo. En este punto resulta de especial relevancia toda la actividad llevada a cabo por el recurrido en su relación con este tipo de prensa, pues el grado de consentimiento en la inmisión en su vida privada a través de la concesión de entrevistas y declaraciones en relación con su vida amorosa es lo que hace que el peso en este caso de la libertad de información sea mayor. En cambio, entiende que se ha producido una intromisión en su derecho al honor.

NOTA.—El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se han pronunciado muchas veces sobre el conflicto entre el derecho a la información y expresión y el derecho al honor y la intimidad. Sobre la libertad de expresión como más amplio que la libertad de información, *vid.* SSTC 104/1986 y 139/2007. Sobre la distinción entre la libertad de expresión y la libertad de información, *vid.* SSTC 29/2009 y 77/2009. Sobre la necesidad de separar los elementos valorativos y los informativos, *vid.* SSTC 107/1988, 105/1990 y 172/1990. Sobre el concepto del derecho

al honor, *vid.* SSTC 14/2003 y 216/2006. Sobre el concepto del derecho a la intimidad personal y familiar, *vid.* SSTC 231/1988, 197/1991 y 115/2000). Sobre la limitación del derecho al honor y a la intimidad por la libertad de expresión o de información, *vid.* SSTS de 12 de noviembre de 2008, 19 de septiembre de 2008, 5 de febrero de 2009, 19 de febrero de 2009, 6 de julio de 2009, 4 de junio de 2009, 10 de noviembre de 2010, 25 de enero de 2011, 16 de enero de 2009, 15 de enero de 2009 y 6 de noviembre de 2003. Sobre la libertad de crítica como elemento incluido en la libertad de expresión, *vid.* SSTC 6/2000, 49/2001 y 204/2001. Sobre la técnica de ponderación de los distintos derechos en colisión, *vid.* SSTC 68/2008, 139/2007, 29/2009 y 76/2002; y SSTS de 17 de diciembre de 1997, 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, 19 de julio de 2004 y 6 de julio de 2009. Sobre el insulto como no comprendido en la libertad de expresión, *vid.* SSTC 112/2000, 99/2002, 181/2006, 9/2007, 39/2007 y 56/2008; y SSTS de 18 de febrero de 2009 y 17 de junio de 2009. Sobre la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho al honor y la intimidad cuando es ejercida por profesionales de la información, *vid.* SSTS de 16 de noviembre de 2009 y 16 de octubre de 2012. Sobre el interés público de la vida privada de personas que gozan de notoriedad, *vid.* SSTS de 3 de noviembre y 16 de diciembre de 2010, 21 de marzo, 25 de abril y 7 de diciembre de 2011. Sobre la conducta del afectado y la afectación a su derecho a la intimidad, *vid.* SSTS de 6 de noviembre de 2003 y 18 de abril de 2012. (*S. L. M.*)

**4. El deber de veracidad de los informadores.**—El requisito sobre la veracidad de la información a que se refiere el artículo 20.1.d) CE, no implica una exigencia de total exactitud en la información. Consiste, más bien, en negar la garantía o protección constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones. Debe haber una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales y confirme a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada o ampliada. (**STS de 2 de diciembre de 2013**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—La demandada AD, en su condición de editora y distribuidora de una revista, había publicado, en octubre de 2005, un artículo en el que se hacía eco de la resolución adoptada por el INC por la que se acordaba excluir a la actora AU del Libro Registro de Asociaciones, aprovechando la noticia para divulgar falsas informaciones y opiniones injuriosas. Con posterioridad a la publicación de dicho artículo, AU interpuso frente a dicha decisión recurso contencioso-administrativo, solicitando la adopción de la medida cautelar consistente en dejar sin efecto la expulsión indicada hasta que recayera sentencia sobre el fondo del asunto, medida

que fue adoptada por auto de octubre de 2006. A pesar de conocer la adopción de esta medida cautelar, AD publicó en su página web la señalada noticia, a sabiendas de que no se correspondía con la realidad. La actora considera que se ha producido una intromisión ilegítima en su honor.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. En primer lugar apuntó que la exclusión de la demandante del Libro Registro de Asociaciones por decisión del Ministerio de Sanidad y Consumo es un hecho que afecta de forma muy relevante a la consideración pública de la entidad actora. Sin embargo distingue, por un lado, el artículo publicado en octubre de 2005 en la editorial, y, por otro lado, el mensaje de la página web. En el primero el hecho noticiable es relevante e indiscutiblemente cierto y veraz, y si bien junto al hecho puramente informativo se añaden elementos de indudable carácter valorativo, sirven para sustentar la crítica que dirige a la asociación y a su presidente. En cuanto al segundo, surge de la publicación de una noticia que fue cierta en su momento pero que, a partir del auto de medidas cautelares de octubre de 2005, ya no lo es, y por tanto ya no responde a la realidad, y deja de ser de interés público por el propio transcurrir del tiempo, careciendo en consecuencia del requisito de veracidad y de trascendencia pública para que pueda resultar amparada por la libertad de información y expresión. En apelación, la Audiencia Provincial confirma la sentencia del Juez de Primera Instancia.

La demandada interpone recurso de casación alegando: 1) infracción del artículo 18.1 CE, en relación con el artículo 10 CE, señalando que se ha respetado el principio de veracidad y que en ningún momento se ha tildado por AU de incierto o falso lo puesto de manifiesto por AD, puesto que únicamente se ha centrado en el desfase temporal de la nota de prensa; 2) inaplicación del artículo 20.1.a) y d) CE, en relación con el artículo 24 CE, al entender que la libertad de información y expresión son prevalentes sobre el derecho al honor, máxime al tratarse de personas jurídicas y la información difundida es veraz y contrastada; 3) infracción de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta.

Por su parte, la demandante alega en su escrito de oposición al recurso: a) no concurre el requisito de la veracidad que incumbe al informador; b) la información controvertida tuvo un acceso general y abierto al público mediante la página web principal de AD, por lo que resulta evidente que se ha cometido una intromisión ilegítima al honor de AU y se ha producido un daño.

El Tribunal Supremo estima el recurso en base a los siguientes argumentos. En primer lugar, no puede negarse el interés público de la información publicada en la página web cuestionada. Acto seguido, afirma que la información divulgada es, en esencia, veraz. El núcleo de la información contenida en la página web fue la exclusión de AU del Registro de Asociaciones por el INC, decretada en virtud de una resolución administrativa, resultando plenamente identificada la fuente y origen de la información así como su carácter fidedigno. No cabe imponer al informador la obligación de relatar todos los avatares del procedimiento contencioso-administrativo y entender que de no hacerlo así se incumple el deber de

veracidad. Según el Tribunal Supremo, la información cumple la exigencia de contraste o verificación necesaria, y si bien no se hace alusión a que posteriormente de manera cautelar fue dejada sin efecto, este extremo por sí solo no puede comportar la falta de veracidad de la información, pues el procedimiento entablado se hallaba pendiente de resolución y, en consecuencia, la sanción había existido y podía ser confirmada. Así pues, la exigencia de contraste o verificación de la información difundida debe considerarse cumplida.

NOTA.—Sobre el deber de veracidad del informador como resultado de una razonable diligencia para contrastar la noticia, se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional en sus sentencias 139/2007 y 29/2009. Lo infringen aquellos que se comportan de manera negligente e irresponsable, al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras insinuaciones. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en otras tantas sentencias: 105/1990, 171/1990, 172/1990, 143/1991, 197/1991, 40/1992, 85/1992 y 240/1992. (S. L. M.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATO. RESPONSABILIDAD CIVIL

**5. Las obligaciones sometidas a condición.**—Conforme al artículo 1114 CC, la adquisición de los derechos en las obligaciones condicionales, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición. Este precepto contiene el concepto básico de «obligación condicional», distinguiendo según estemos ante condición suspensiva o resolutoria. En el primer caso, se adquieren los derechos si se cumple la condición. En el segundo caso, se pierden los derechos si se produce el acontecimiento que constituye la condición. Finalmente, el artículo 1117 CC prevé el supuesto de que la condición suspensiva no llegara a cumplirse, en cuyo caso la obligación no despliega su eficacia. (**STS de 19 de diciembre de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.]

HECHOS.—La empresa M interpone demanda contra la empresa J, por la que se solicitaba que se declarara extinguido y sin efecto alguno el contrato privado de permuta de solar por vivienda, de 3 de agosto de 2005, elevado a escritura pública el 16 de marzo de 2006, por incumplimiento de la condición suspensiva pactada con la demandada, que consistía en que la aprobación del Plan Parcial de la zona debía producirse antes del 30 de diciembre de 2007. Solicitó también la devolución de la cantidad entregada como contraprestación parcial por la permuta, más una cantidad en concepto de daños y perjuicios sufridos.

Según la estipulación 9.<sup>a</sup> del contrato, si por cualquier circunstancia debida al cedente o cualquier tercero no se llegase a aprobar el Plan Parcial de la zona antes de la fecha pactada, la parte cedente deberá reintegrar a la cesionaria las cantidades efectivamente percibidas incrementadas con el interés legal del dinero, sin perjuicio de los daños y perjuicios que pudieran derivarse. Por burofax de 31 de diciembre de 2007, la actora comunicó a la demandada el incumpli-

miento de la condición, la extinción del contrato y la devolución del dinero. El burofax fue contestado por J el 16 de enero de 2008, negando el incumplimiento, reclamando una cantidad de dinero que dice deber la actora, y amenazando con resolver el contrato.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron las pretensiones de la actora, al considerar que no se había producido incumplimiento por la demandada por el hecho de que el Plan Parcial no se aprobase en la fecha acordada en el contrato. Además, entienden que hay incumplimiento por la actora, por no haber removido los obstáculos para la aprobación del Plan Parcial.

El actor interpuso recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 1114 y 1117 CC, así como la jurisprudencia que los desarrolla, relativos a las obligaciones condicionales y sus efectos en el contrato donde se pacten y el deber de atender al sentido literal de las cláusulas del contrato. Alega el recurrente que no se ha interpretado debidamente la expresión «cualquier tercero» de la cláusula contractual, como responsable de no aprobarse el Plan Parcial antes del día 30 de diciembre de 2007, distinto al cedente. La sentencia del Juez de Primera Instancia atribuye la no aprobación del Plan a la Administración actuante, y desestima la demanda por no ser el demandado quien ha incumplido el contrato. Por el contrario, la sentencia de apelación señala que no puede tenerse por tercero al Ayuntamiento, pues de haberse previsto tal posibilidad, la misma se hubiera reflejado en el contrato. Según el actor, la sentencia recurrida se aparta sin justificación del tenor literal del contrato, al excluir de la consideración de tercero al Ayuntamiento. Éste es el ente público encargado de la tramitación del Plan Parcial y claramente es un tercero en el sentido apuntado en la cláusula. Por otro lado, se aparta también de la intención de los contratantes, pues, para la actora la aprobación del Plan era esencial, tal como se puso de manifiesto en la cláusula.

El Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso de casación. Entiende que la estipulación señalada establece una condición resolutoria, por lo que el contrato despliega su eficacia a partir del momento de su celebración, pero, cumplida la condición en la fecha prevista (30 de diciembre de 2007), el contrato pudo resolverse si el Plan Parcial no se aprobaba. Y, efectivamente, quedó resuelto. En cuanto a la condición de tercero responsable, puede ser que lo fuera el Ayuntamiento. Sin embargo, no es tanto que no pueda tenerse por tercero al Ayuntamiento, sino que la actora no consiguió en ese tiempo remover los obstáculos para la aprobación del Plan. Se produce, por tanto, un incumplimiento de la propia actora, pero no de la condición resolutoria voluntariamente asumida por ambas partes. Cabe aplicar, por tanto, el artículo 1119 CC: hay que tener por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento.

NOTA.—La interpretación realizada en esta sentencia por el Tribunal Supremo ya fue reproducida en otra de 17 de marzo de 1941. En aquel momento, estableció, interpretando el artículo 1118 CC, que debe tenerse por no acontecido el hecho puesto como condición resolutoria cuando el deudor para el que no fuese aquélla

potestativa la provoca o produce injustificadamente de manera que no hacerlo así no se habría verificado. (S. L. M.)

**6. Contratos. Resolución por incumplimiento. La categoría del incumplimiento esencial en la dinámica de la resolución contractual por incumplimiento. Elementos conceptuales.**—La categoría del incumplimiento esencial se aleja de la variante de la prestación debida para residenciarse en la coordenada de la satisfacción del interés del acreedor, cuyo centro de atención no se sitúa tanto en el alcance del incumplimiento de los deberes contractuales, sino en el plano satisfactivo del cumplimiento configurado en orden a los intereses primordiales que justificaron la celebración del contrato y que se instrumentan, por lo general, a través la base del negocio, la causa concreta del contrato o la naturaleza y características del tipo contractual llevado a cabo; conceptos que concuerdan con expresiones al uso tales como la de «todo aquello que cabe esperar en virtud del contrato» tan común en la formulación de los textos de armonización (PECL, DCFR, UNIDROIT), o en terminología más jurisprudencial, respecto de la frustración del «fin práctico» perseguido, de la finalidad buscada o de las «legítimas expectativas» planteadas.

**Incumplimiento esencial del contrato con efectos resolutorios. Directrices diferenciadoras en su régimen aplicativo frente al incumplimiento prestacional.**—La categoría del incumplimiento esencial responde a un notable grado de especialización en su régimen aplicativo en la medida en que su interpretación no opera en el mismo plano valorativo que el de los denominados incumplimientos prestacionales. El incumplimiento esencial no se centra tanto en la exactitud o ajuste de la prestación realizada como en la perspectiva satisfactiva del interés del acreedor que informó o justificó la celebración del contrato, por lo que su interpretación se amplía al plano causal del contrato y a la instrumentación de la base del negocio, causa concreta del mismo. Desde esta perspectiva los tradicionales conceptos de «gravedad» y «esencialidad» no resultan asimilables puesto que el segundo podrá alcanzar a todo tipo de prestaciones contractuales, sean éstas principales, accesorias o complementarias, siempre que fueran determinantes para la celebración o fin del contrato suscrito; a diferencia del concepto de «gravedad» que en la dinámica resolutoria tradicional se refiere exclusivamente a las prestaciones principales. De esta suerte, el régimen del incumplimiento esencial, como justificante de la resolución contractual, no está condicionado por el principio de la reciprocidad inherente a la naturaleza sinalagmática de la relación obligatoria, sino que puede extenderse al ámbito de obligaciones que no formen parte del sinalagma en sentido estricto, como pueden ser las obligaciones accesorias o las de carácter meramente complementario. Y ello porque el incumplimiento esencial se proyecta como una valoración o ponderación de la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que lógicamente cabía esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado. (STS de 18 de noviembre de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

**HECHOS.**—La mercantil UCSA suscribió un contrato de servicios con LPG, S. L. con un complejo diferenciado de múltiples prestaciones que, en lo esencial, se proyectaban a la gestión de los intereses de la primera mediante actividades de promoción de

suelo y desarrollo inmobiliario llevadas a cabo por la segunda. En el contrato se reglamentaron los elevados pagos que debían hacerse por los servicios, incluso cuando las operaciones eran realizadas directamente por UCSA, así como los gastos de las gestiones y la indemnización en caso de resolución contractual. Sin embargo, en el escaso año y medio que duró el contrato LPG apenas llevo a cabo actuaciones de promoción, salvo asistir a algunas reuniones y comunicar a ciertas personas las ofertas comerciales de UCSA. Por ello, ésta decidió dar por resuelto, por falta de cumplimiento, el contrato. LPG interpuso demanda reclamando la indemnización prevista en el contrato al entender que no concurría el incumplimiento denunciado por UCSA. El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción al considerar que existía solamente un cumplimiento defectuoso del contrato que no justificaba su resolución. La Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación pues convino en que, dados los altos costes del contrato para la demandada y los pingües beneficios para la actora, la escasa actividad desplegada por ésta última determinaban un incumplimiento esencial del contrato. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la actora.

NOTA.—Con esta sentencia el Tribunal Supremo sienta las bases para diferenciar entre la resolución contractual por incumplimiento de prestaciones y la que procede cuando, más allá de la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato, el incumplimiento ha de calificarse como esencial. Recoge así la tendencia dominante en el derecho europeo de los contratos (Principios Europeos, 8:103; Marco Común de Referencia, 3:502; y Principios UNIDROIT, 7.3.1) y los intentos renovadores en el Derecho interno español (Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, artículo 1199). Para un estudio más detenido de la cuestión, v. MORALES MORENO, A. M. *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006; FENOY PICÓN, N. «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», ADC (2010-I), pp. 47-136; y CLEMENTE MEORO, M. E. «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos (2009) de la sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación Española», BMJ n.º 2131 (2011), pp. 1-19. (*L. A. G. D.*)

**7. Contrato de obra. Defectos de construcción. El arrendatario financiero de un solar que promueve la construcción ostenta la legitimación activa de las acciones previstas en el artículo 17 LOE.**—Conforme al artículo 17 LOE la legitimación activa corresponde al propietario o dueño de la obra, que ordinariamente coincidirá con el propietario del inmueble, pero en ocasiones puede corresponder con quien goza de facultades para promover la edificación y usar o explotar lo construido durante un tiempo significativo, con vocación además de llegar a adquirir la propiedad del inmueble, como es el caso del arrendatario financiero.

**El artículo 17 LOE sustituye, para los llamados agentes de la edificación, al anterior régimen de responsabilidad por ruina previsto en el artículo 1591 CC.**—La LOE no ha venido a superponer al régimen anterior de responsabilidad por ruina del artículo 1591 CC, el previsto en el artículo 17 LOE para los llamados agentes de la edificación, sino a sustituirlo, sin perjuicio de la subsistencia de las acciones de responsabilidad contractual.

**Vicios derivados del incumplimiento de la normativa anti-incendios.**—Los vicios derivados del incumplimiento de la normativa anti-incendios no pueden incluirse en el ámbito de responsabilidad del artículo 17.1 b) LOE. (STS de 27 de diciembre de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La actora demanda por unos defectos constructivos de insonorización e incumplimiento de la normativa anti-incendios de un hotel para el que se había solicitado la licencia de obra con posterioridad a la entrada en vigor de la LOE. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al acoger la excepción de falta de legitimación activa al entender que la demandante no era propietaria sino arrendataria financiera. Por otro lado también puso de manifiesto la prescripción de las acciones de la LOE. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y condena a todos los demandados. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación de los agentes de la construcción que habían sido condenados por la Audiencia con fundamento en el artículo 1591 CC y desestima el recurso de los otros porque a pesar de haber prescrito la acción derivada de la LOE estaban ligados por medio de un contrato con la parte actora

NOTA.—El artículo 17.1 LOE regula de manera expresa la legitimación activa de «los propietarios y terceros adquirentes de los edificios» para reclamar en caso de defectos o vicios constructivos. La doctrina mayoritaria (Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, González Poveda, Seijas Quintana) niega la legitimación de los arrendatarios o titulares de derechos de usufructo uso o habitación. La STS de 10 de octubre de 2013 negó legitimación al titular de una servidumbre de paso por no ostentar la condición de propietario del inmueble. En esta STS de 27 de diciembre de 2013 se reconoce legitimación al arrendatario financiero. (C. O. M.)

**8. Contratos. Representación aparente. Eficacia del apoderamiento tácito y del mandato aparente frente al tercero de buena fe.**—El apoderamiento tácito, esto es, deducido de hechos concluyentes, se da cuando las actitudes o comportamientos, en un contexto relacional determinado, revelan inequívocamente la voluntad de dar vida a un contrato de mandato; y el mandato aparente concurre cuando el mandante, con su comportamiento, genera en el tercero con quien se relaciona la convicción de la existencia del mandato, corroborado además por la actitud del mandatario, quien actúa frente al tercero bajo esta apariencia de representación. En el primer caso hay verdadero mandato; en el segundo, aunque no existe, la apariencia generada frente al tercero de buena fe provoca que no pueda verse perjudicado por la ausencia de poder de representación (STS de 27 de noviembre de 2012). Esto exige que el tercero haya fundado su creencia de buena fe no en meros indicios sino

en la consistencia de una situación objetiva, de tal significación o fuerza reveladora que el haberla tomado como expresión de la realidad no puede imputársele como negligencia descalificadora (STS de 14 de abril de 2008). (STS de 20 de noviembre de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—La empresa inmobiliaria AGI, S. L. suscribió un acuerdo con la entidad bancaria CES, que venía financiando sus operaciones de edificación y venta de inmuebles. Mediante este acuerdo, el director de la sucursal en la que se solían realizar sus tratos se obligó, en documento privado y en nombre del banco, a comprar un local en el bajo de un edificio de próxima construcción. Llegado el momento, la promotora reclamó la elevación a escritura pública del contrato de compraventa y el pago del precio acordado. Desde la dirección central de la entidad se negó la existencia del contrato, aduciendo que se trató simplemente de negociaciones preliminares y oponiendo que el director de la sucursal no ostentaba competencia ni representación para llevar a cabo tal clase de contratos en nombre de la entidad. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta por la promotora. La Audiencia Provincial de Lleida estimó el recurso de apelación de la actora y condenó al banco a la elevación a escritura pública del acuerdo contractual, al pago del precio acordado así como a determinados gastos derivados de la falta cumplimiento. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la demandada por infracción procesal, pero al entrar en el fondo acogió la apelación planteada por la actora. (L. A. G. D.)

**9. Responsabilidad civil de abogado de oficio: acción indemnizatoria por daños corporales en rodaje de película: falta de prueba del daño.**—El letrado demandado fue designado para intervenir en la fase de interposición de un recurso extraordinario (por infracción procesal) que ya había sido preparado por el compañero que le precedió en la defensa de los intereses del actor. Esta circunstancia condicionaba su actuación profesional, pues en el régimen procesal entonces vigente, anterior a la reforma introducida por la Ley 37/2011, de 10 octubre, de medidas de agilización procesal, era en la fase de preparación (que la reforma eliminó), cuando debía concretarse la infracción normativa. En consecuencia, el abogado demandado no dispuso de una absoluta libertad para elegir los recursos con los que hacer frente a la decisión desestimatoria de la instancia. Ni siquiera podía elegir la fundamentación del recurso previamente preparado. A la hora de valorar jurídicamente la conducta del mismo, en orden a imputarle una negligencia determinante de la pérdida de una oportunidad procesal para el demandante, se ha de atender únicamente a las consecuencias que derivaron de la falta de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal por infracciones denunciadas en preparación, sin que proceda poner a cargo del letrado demandado la pérdida de una hipotéticas consecuencias positivas vinculadas a un recurso de casación que no podía interponer por no haber sido previamente preparado o a un recurso extraordinario por infracción procesal fundado en infracciones muy distintas de las muy genéricamente indicadas en el escrito preparatorio.

Aunque en el escrito preparatorio no se concreta cuál de los cuatro ordinales del apartado 1 del artículo 469 LEC es el elegido, el hecho de que se funde en la infracción de las normas reguladoras de la sentencia a la que alude el ordinal 2.º, permite en buena lógica considerar que fue este ordinal la vía de acceso elegida. Llegados a este punto, debe recordarse que constituye constante doctrina de esta Sala (entre las más recientes SSTs de 15 noviembre 2010, 4 de enero y 5 marzo 2013) que no es posible por vía de recurso extraordinario por infracción procesal utilizar el cauce del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC, referido a la vulneración de las normas procesales reguladoras de la sentencia, para denunciar cuestiones de prueba ajenas a la carga de la prueba, como son las relativas a la valoración de las pruebas efectivamente practicadas. En consecuencia, esta Sala viene inadmitiendo por carencia manifiesta de fundamento los recursos extraordinarios por infracción procesal en los que se utiliza el cauce de dicho ordinal 2.º para plantear una nueva valoración de prueba.

En estas circunstancias, aunque por razones no idénticas a las expuestas por el tribunal sentenciador, debe considerarse ajustado a Derecho el fallo recurrido, pues solo puede responsabilizarse al abogado demandado por lo que podía hacer pero no por lo que escapaba de sus posibilidades, habida cuenta de que su actuación profesional venía condicionada por la actuación profesional de la letrada que le precedió y que renunció a su defensa. Lo determinante para confirmar el fallo recurrido y descartar la responsabilidad del letrado demandado es que bajo la apariencia de la vulneración de normas reguladoras de la sentencia el recurso se preparó en realidad para lograr la revisión del juicio probatorio, pretensión que sólo puede encauzarse por el ordinal 4.º del artículo 469.1 LEC, vía de acceso que, al no ser utilizada en la fase preparatoria, tampoco habría podido serlo en la de interposición, siendo así que ni siquiera de haberse interpuesto por esta última habría superado la fase de admisión. De esto se sigue que la no interposición por el demandado del recurso extraordinario por infracción procesal, no determinó la frustración del derecho a la indemnización que se reclamaba en aquel anterior litigio porque, dada la preparación realizada por la letrada que le precedió, en ningún caso estaba abierta la posibilidad de que esta Sala revisara en beneficio del recurrente el juicio fáctico en el que se fundó el fallo desestimatorio de la acción de responsabilidad derivada del accidente. (**STS de 19 de noviembre de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Parece inferirse de este complejo y dilatado proceso (los hechos básicos se remontan a 1995), que la acción debió dirigirse contra la letrada, designada inicialmente por el actor, y que renunció una vez interpuesto el recurso de casación con incorrecta fundamentación, sin que consten las causas de la renuncia, la cual originó la designación de abogado de oficio, frente al cual se ejercita ahora la acción de responsabilidad. En ambas instancias se desestima la demanda, aunque con diverso fundamento, que también modifica el Tribunal Supremo, aunque confirma el fallo. Entre la jurisprudencia reciente, la STS de 28 de junio de 2012 declara la negligencia profesional del abogado que ejercitó acciones prescrites en el caso del fallecimiento por accidente de trabajo de tres obreros de una empresa subcontratada (anotada en ADC, 2014, pp. 349-352), con lejana analogía con el actual. (*G. G. C.*)

**10. Productos defectuosos: implante de sustancias para corregir arrugas: responsabilidad del distribuidor: legislación aplicable.**—En razón a la fecha de ocurrir los hechos la normativa aplicable es anterior a la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias. Regía entonces la Ley 26/1984, de 19 julio, general de defensa de los consumidores y usuarios, y, en su caso, la Ley 22/1994, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. El implante facial, cuya difícil extracción ocasionó el daño objeto de la indemnización pretendida, también debe incluirse en la noción de *producto* de la Ley de 1994 (*todo bien mueble, aun cuando se encuentre unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble*). En concreto, se trata de un producto sanitario implantable activo, definido por el artículo 2.c) del RD 1616/2009, como *cualquier producto sanitario activo destinado a ser introducido total o parcialmente, mediante intervención quirúrgica o médica, en el cuerpo humano, o mediante intervención médica, en un orificio natural, y destinado a permanecer después de dicha intervención*.

**Producto defectuoso.**—El artículo 3 de la Ley de 1994 entiende por *producto defectuoso* aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación. En este caso, la acción de responsabilidad exigida contra el suministrador del producto no se basa en la prestación de un servicio médico para su implantación ni para su extracción, sino en que el producto implantado era difícilmente extraíble y cuando fue necesario extraerlo, a consecuencia de un rechazo, se ocasionaron los daños cuya indemnización se pretende. En la sentencia recurrida se considera acreditado que el producto fue comercializado bajo la información publicitaria de que se trataba de un implante fácilmente extraíble. Al tratarse de un producto defectuoso, no resultaban de aplicación los artículos 25 a 28 LGDCU 1984, pero nada obsta para que, tal y como también se había solicitado en la demanda, pueda justificarse la responsabilidad de las demandadas al amparo del régimen general de responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 CC, como ya declaró la STS de 27 de febrero de 2012, a partir de la concurrencia de un daño causalmente vinculado a una acción u omisión culposa, en este caso de las suministradoras del producto. Requisitos que han de ser objeto de prueba suficiente.

**Prueba.**—Ha quedado acreditado en la instancia que los daños y perjuicios sufridos por la demandante derivan de la dificultad de extraer totalmente el implante facial. También consta la incidencia de la conducta de los demandados en la causación de este daño, al haber suministrado el producto implantado a la demandante y haberlo hecho bajo la información general de que era fácilmente extraíble, cuando está acreditado que ya tenían conocimiento de algún incidente adverso derivado de la extracción. El suministro del implante se hizo con el riesgo de que, en caso de ser necesaria su extracción, no pudiera realizarse fácilmente sin ocasionar un perjuicio a la paciente a quien se implantaba, y este riesgo priva al producto de la seguridad que legítimamente cabría esperar cuando se implanta. Los demandados, al no advertir de este riesgo, incurrieron en una falta de diligencia que justifica el reproche subjetivo exigido para que pueda estimarse su responsabilidad.

**Doctrina de la equivalencia de resultados.**—Ha recordado la STS de 11 de junio de 2013 que no puede surtir efecto un motivo que no determine una

alteración del fallo recurrido pues el recurso no procede cuando la eventual aceptación de la tesis jurídica del recurrente conduce a la misma situación contenida en la sentencia recurrida, incluso cuando no es correcta la doctrina seguida por la sentencia impugnada si la estimación del recurso no produce una modificación del fallo. No procede, en consecuencia, acoger el recurso cuando, pese al fundamento de alguno de los motivos que lo sustentan, el fallo debe ser mantenido con otros argumentos (SSTS de 11 de octubre de 2006, 10 de diciembre de 2008 y 3 de junio de 2009). (**STS de 25 de noviembre de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

NOTA.—El caso aquí resuelto muestra una de las paradojas que a veces ofrece la legislación consumerista, a saber, reducir en último término la protección jurídica del consumidor. Ante la habilidosa argumentación de los dos suministradores del implante cuestionado, el Tribunal Supremo recuerda una obviedad, a saber que sigue en vigor el régimen general de responsabilidad por los daños causados del artículo 1902 CC cuyos requisitos se cumplían en el caso. (*G. G. C.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**11. Retracto de comuneros: el plazo para ejercer la acción se inicia el día de la consumación del contrato.**—El hecho determinante del nacimiento del derecho y del comienzo del plazo para ejercitar la acción de retracto es la venta entendida como acto de enajenación o traslativo de dominio, esto es, entendida como venta consumada y no meramente perfeccionada. Así, dice la STS de 17 de junio de 1997 que el retracto exige una venta o dación en pago no proyectada, sino consumada. Es aún más explícita la STS de 14 de noviembre de 2002, que señala que la acción de retracto nace a partir de la consumación del contrato transmisivo del dominio, no de su perfección, por tanto el ejercicio de la acción de retracto está supeditada al conocimiento que de la venta haya tenido el retrayente, venta que ha de entenderse como compraventa ya consumada y no meramente perfeccionada, por lo que se requiere al efecto un conocimiento completo, cumplido y cabal, que abarque no sólo el hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, como precio, condiciones esenciales de la venta, modalidades de pago, etc., pues solamente en tal caso el titular del retracto puede disponer de elementos de juicio suficientes para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción (STS de 18 de marzo de 2009). De manera que el conocimiento de la compraventa consumada, con todos sus detalles, da lugar al comienzo como *dies a quo* del plazo de caducidad del artículo 1524 CC antes de la inscripción en el Registro de la Propiedad (SSTS de 26 de febrero y 1 de abril de 2009).

**Inicio del plazo de caducidad de la acción de retracto e inscripción en el Registro de la Propiedad.**—Producida la inscripción, la STS de 25 de mayo de 2001 considera *dies a quo* la facilitación de la certificación de la transmisión. Son constantes las sentencias del Tribunal Supremo que mantienen que el *dies a quo* es el marcado por la inscripción registral que no es contrario al principio constitucional de la tutela judicial efectiva, como así declaró la STC 54/1994, de 24 de febrero, así, las SSTS de 27 de junio de

2000 y 11 de mayo de 2007. Las SSTS de 2 de julio de 1993 y 7 de abril de 1997 resumen la doctrina jurisprudencial al establecer que la inscripción registral implica una presunción *iuris et de iure* de conocimiento por el retrayente de la transmisión, pero si se acredita que antes tuvo conocimiento cabal de la misma, el plazo se computará a partir de dicho conocimiento, pero no así cuando se invoque que el conocimiento fue posterior a la inscripción.

**El retracto legal produce una nueva adquisición por parte del retrayente y no una subrogación.**—En el retracto no se trata de subrogarse, como dice el artículo 1521 CC, sino que implica un poder sobre una cosa para adquirirla después de haber sido transmitida a un tercero (STS de 9 de marzo de 1999). (STS de 18 de noviembre de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El presente pleito se originó con el ejercicio de una acción de retracto de comuneros derivada de una venta. Tres hermanos eran propietarios pro indiviso y por terceras partes de una finca. Uno de ellos la vendió (entera) a terceros. El cumplimiento de este contrato fue objeto de un proceso en que los demandantes fueron los terceros compradores y los demandados aquellos tres hermanos. El Juzgado y la Audiencia condenaron solo al hermano vendedor a vender a los demandantes el tercio indiviso que le pertenecía en la finca objeto del contrato.

Ante ello, los otros dos hermanos ejercieron la acción de retracto de comuneros, planteándose el problema del *dies a quo* para el ejercicio de esta acción. Las sentencias de instancia desestimaron la demanda al entender que el día inicial del cómputo del plazo fue el de la notificación de la sentencia que condenó a vender la finca objeto del retracto. El Tribunal Supremo admitió el recurso de los retrayentes y, en consecuencia, dio lugar al retracto. (I. D.-L.)

**12. Retracto del arrendatario de un inmueble. Determinación del momento en el que puede ejercitarse la acción de retracto en el caso de transmisión en pública subasta.**—No se discute hoy la posibilidad de ejercicio del derecho de retracto legal en los casos de venta en pública subasta. Sin embargo, el Alto Tribunal se hace eco de las dudas suscitadas sobre cuál ha de ser el *dies a quo* para el cómputo del plazo de ejercicio del derecho por el retrayente, siguiendo la doctrina contenida en la STS de 22 de julio de 2013. Si bien el artículo 1450 CC establece que la venta se perfecciona entre comprador y vendedor y será obligatoria para ambos, si hubieran convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado, el artículo 1462 CC, por el contrario, señala que el contrato de compraventa se consuma con la entrega del precio y de la cosa vendida. En un principio se vino entendiendo consumada la venta sólo a partir del otorgamiento de la escritura pública (SSTS de 1 de abril de 1960 y de 20 de febrero de 1975), pero más recientemente se ha entendido que la consumación se produce desde la plena aprobación judicial del resultado de la subasta, sosteniendo que al existir título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante), el otorgamiento de la escritura no se requiere a los efectos de la tradición, y ni siquiera resulta ya necesaria a efectos de inscripción (SSTS de 1 de julio de 1991, 11 de julio de 1992, 25 de mayo de 2007 y 26 de febrero de 2009). Para determinar el día inicial para el ejercicio de la acción de

retracto es esencial saber la fecha en la que se ha podido obtener toda la información sobre los términos del contrato, es decir, el día en el que ha existido un conocimiento de la venta preciso y completo, que incluya todos los pactos y condiciones de la transmisión, con el fin de que el arrendatario pueda decidir con conocimiento de causa si le resulta conveniente o no el ejercicio de la acción, para constituirse como retrayente y nuevo propietario, y sin ser suficiente la mera noticia de la venta (SSTS de 21 de marzo de 1990, 20 de mayo de 1991 y 7 de octubre de 1996, entre otras). Este conocimiento se extiende a la identidad del adjudicatario en los supuestos en los que la aprobación del remate se ha hecho con la reserva por parte del rematante de poder ceder a tercero, que será a favor de quien, en su caso, se extenderá el auto de adjudicación, y será el legitimado pasivamente para soportar la acción de retracto. En la mayoría de los supuestos no es sino tras el auto de adjudicación cuando se conocen los términos concretos de la venta judicial, pero también existen supuestos en los que la información íntegra se obtiene antes, en el momento de la mejora de la postura, prevista en el artículo 670.4 LEC, tras la que se consignó el precio, sin que el retraso al dictarse el decreto de adjudicación pueda perjudicar al arrendatario que se hubiera desenvuelto con total diligencia procesal. (STS de 21 de enero de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—El 1 de junio de 2010 don Bernabé interpone demanda de retracto arrendaticio de inmueble, frente a la mercantil TT, S. L., como adquirente del local comercial con vivienda arrendado al actor y, por tanto, como titular del derecho legal de retracto. El demandante actúa como arrendatario del local, en virtud del contrato suscrito con don Pascual como propietario, y que había sido renovado, fijándose como fecha de terminación el 30 de junio de 2010. La finca ha sido objeto de ejecución hipotecaria, sacándose a subasta judicial en 2013 e indicándose expresamente la existencia del contrato de arrendamiento. Al no superar la mejor postura el 70% del tipo de la subasta, esta circunstancia se notificó al deudor, don Pascual, que presentó tercero, TT, S. L., que con fecha de 20 de mayo de 2010, presentó justificantes de ingreso de las cantidades necesarias para satisfacer el crédito del ejecutante, integrado por principal y cantidades presupuestadas por intereses y costas procesales y aceptó las cargas y gravámenes existentes.

En la sentencia de 22 de noviembre de 2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Murcia se estima la demanda. Por su parte, la sentencia de 5 de julio de 2012 de la Audiencia Provincial de Murcia confirma la sentencia de primera instancia y desestima el recurso interpuesto por el demandado. Ambas sentencias se pronuncian a favor de la subrogación del derecho de retracto del actor, pues en el momento de interposición de la demanda, en que se ejercita la acción de retracto, ya había nacido el derecho de adquisición preferente a favor del arrendatario. Concretamente, se entiende que este derecho surgió con la comparecencia de TT, S. L. el 20 de mayo de 2010, con la que se perfecciona a favor de esta mercantil la transmisión de la finca, objeto de retracto. Por ello, en la fecha de interposición de la demanda, el actor estaba legitimado para ejercer su derecho de retracto, al tener conocimiento de las condiciones de la transmisión y ostentar la condición de arrendatario. Se desestima

la excepción de falta de legitimación activa por entender que el momento de la transmisión onerosa no es el de la consumación del decreto de adjudicación, todavía no dictado en la fecha de interposición de la demanda, sino el de la perfección de la transmisión de la finca. Al margen de las valoraciones éticas de la conducta del arrendatario –que no hizo uso de la opción de compra por un precio mayor, esperando al ejercicio de la acción de retracto en la ejecución hipotecaria-, lo cierto es que el actor se ha servido de instrumentos que pone a su disposición el ordenamiento y que en este caso concurren los requisitos de la acción de retracto –venta en subasta judicial válida, ejercicio en el plazo de 30 días y consignación de la cantidad que pagó el tercer postor, comprometiéndose a pagar los demás gastos que se deriven del retracto, y unidad física de la finca.

La mercantil TT interpone recurso de casación, que es desestimado. El Alto Tribunal analiza si en la sentencia recurrida se ha resuelto con acierto sobre el momento en el que podía ejercitarse la acción de retracto en el caso de transmisión en proceso de ejecución de título judicial.

NOTA.–Con su voto particular, el Magistrado José Ramón Ferrándiz Gabriel se muestra contrario a considerar la subasta como una especie de venta. Entiende que no basta, para proceder a dicha calificación, con que la adquisición del bien subastado sea voluntaria para el mejor postor. Señala además que, en la subasta, el cambio de titularidad se produce cuando la regulación procesal del acto de ejecución de que se trata lo establezca, y este momento no es otro que aquel en que se dicta el decreto de adjudicación a que se refiere el apartado octavo del artículo 670 LEC. Postura que se mantiene a pesar de reconocer la frecuencia de las dilaciones producidas en la tramitación de los procedimientos y, concretamente, a la hora de dictar el decreto de adjudicación. Sostiene que la necesaria búsqueda de la seguridad jurídica ha de conducir, en los supuestos de dilación, a no poder aceptar, ni siquiera para decidir un caso que se considere muy singular, que un acto procesal –el decreto de adjudicación- realmente se produjo en otro momento a aquel en el que tuvo lugar, concretamente, el momento en el que ese acto debió haber tenido lugar, de no haberse producido dilación alguna. (G. M. A.)

**13. Usucapión *contra tabulas*. Derogación del artículo 1949 CC tras la entrada en vigor del artículo 36 LH.**–La redacción del artículo 1949 CC es la originaria de 1889, en cuyo momento la norma estaba perfectamente coordinada con el artículo 35 LH de 1869. Sin embargo, el actual artículo 36 LH procede de la reforma de 1944 y se incorporó al T. R. de 1946. Este precepto supuso un cambio sustancial frente a la anterior regulación, pues el nuevo artículo 36 LH contiene una nueva ordenación de la usucapión «contra tabulas», especialmente cuando ha de operar contra el tercero registral. Así, frente al tercer adquirente ya no se exige que el usucapiente tenga inscrito su título (tal como sucedía bajo el anterior régimen *ex* artículo 35 LH y artículo 1949 CC), sino que se adopta como criterio el del conocimiento real o presunto por parte de dicho tercero de la situación posesoria *ad usucapio-*

*nem.* Y, al no distinguir, debe entenderse que afecta tanto a la prescripción ordinaria como extraordinaria. De suerte que el artículo 1949 CC quedó derogado tras la entrada en vigor de los apuntados apartados 1 y 2 del artículo 36 LH de 1946. (STS de 21 de enero de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La entidad MCH, S. L. interpuso demanda contra R., T., E. y F., solicitando que se declarara que el contrato de compraventa de 1996 celebrado por R. en favor de los otros tres, por el cual les transmitía la propiedad de ciertas plantas de un edificio, era nulo pues se cedía parte de un bien sobre el que no tenía la facultad dispositiva, al estar integrado en una herencia yacente. Los demandados E. y F. se opusieron y formularon además reconvencción contra MCH y contra R., M. C., B. y V. para que se declarara, de un lado, la nulidad de la partición hereditaria practicada por estos y, de otro, la venta llevada a cabo por los mismos a favor de MCH en 2004 de la totalidad del edificio así como la de las correspondientes inscripciones registrales resultantes de esta compraventa. Alegaban en lo esencial haber adquirido la propiedad de las plantas litigiosas mediante la compraventa de 1996 y, subsidiariamente, por usucapión. El Juzgado desestimó la demanda principal y la reconvenicional. El recurso de apelación de los demandados se limitó a sostener la existencia de la adquisición por prescripción. La Audiencia Provincial no acogió la petición al considerar que, por tratarse de una usucapión ordinaria, era aplicable el artículo 1949 CC, que exigía al usucapiente tener título inscrito a su favor. El Tribunal Supremo rechazó dicha interpretación, por entender que el artículo 1949 CC estaba derogado; si bien no dio lugar al recurso de casación de los demandados reconvinentes pues no acreditaron la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 36 LH para ser mantenidos en su adquisición. (L. A. G. D.)

**14. Registro de la Propiedad. Legitimación del registrador de la propiedad para demandar la nulidad de las resoluciones de la DGRN dictadas fuera del plazo de tres meses previsto en el artículo 327 LH.**—Aunque la actual redacción del párrafo cuarto del artículo 328 LH somete la legitimación del Registrador para recurrir las resoluciones de la DGRN a criterios más restrictivos («que afecte a un derecho o interés del que sea titular»), lo cierto es que tal legitimación no puede vaciarse de contenido y ha de considerarse la existencia de un interés legítimo por parte del Registrador de la Propiedad en que sea mantenida su calificación, quedando facultado para interesar al respecto la nulidad de una resolución expresa dictada extemporáneamente que pretende dejar sin efecto la desestimación tácita o por silencio, prevista en el artículo 327 LH y ya producida por el transcurso de tres meses sin pronunciamiento alguno, que ya había dado lugar a la apertura de la vía judicial para los interesados.

**Nulidad de la resolución expresa dictada por la DGRN fuera del plazo de tres meses establecido en el artículo 327 LH.**—El transcurso plazo impuesto a la DGRN en el párrafo noveno del artículo 327 LH para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del Registrador, determina que se entienda desestimado el recurso y comporta la nulidad

de una resolución del recurso recaída con posterioridad al transcurso de este plazo. (STS de 21 de noviembre de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El actor, Registrador de la Propiedad, instó judicialmente la nulidad de una resolución de la DGRN dictada en un recurso contra la calificación negativa efectuada por aquél en relación a una inscripción solicitada. El recurso gubernativo se interpuso el 28 de abril de 2009 y la DGRN resolvió el 14 de enero de 2010. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda por falta de legitimación activa del registrador. El Tribunal Supremo estima recurso de casación interpuesto por la parte actora.

NOTA.—Sobre las razones en las que fundamenta el Tribunal Supremo la nulidad de las resoluciones de la DGRN dictadas con posterioridad al plazo de tres meses establecido en el artículo 327 LH *vid.* la STS de 3 de enero 2001 dictada por el Pleno de la Sala. (C. O. M.)

## DERECHO DE FAMILIA

**15. Derecho de familia. Pluralidad de sistemas familiares en el vigente Derecho español.**—El sistema familiar actual es plural (STS de 12 de mayo de 2011), es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyan un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales.

**Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en los casos de matrimonio entre personas del mismo sexo. Legitimación para el ejercicio de la acción de filiación cuando se cumplen los requisitos establecidos en la LTRHA de 2006.**—La nueva regulación del matrimonio ha incidido en la ordenación de aspectos colaterales que están en íntima relación con esta institución, como son las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, inicialmente pensadas de forma exclusiva para parejas heterosexuales. En este sentido, la reforma de la LTRHA llevada a cabo por la Ley 3/2007, habilita a la mujer casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, a manifestar ante el Registro Civil que consiente en que, cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido. De manera que el ordenamiento posibilita la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una, materna biológica y otra no basada en la realidad biológica sino en una pura ficción legal. Esto lleva consigo que la Ley posibilite plenamente el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación por posesión de estado ex artículo 131 CC, aunque no exista el nexa biológico; circunstancia que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigantes del deseo de ser progenitoras, a partir del cual se crea un título de atribución de la paternidad. (STS de 5 de diciembre de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña S. y doña D., como pareja de hecho, tuvieron una hija en común mediante la fecundación *in vitro*, nacida en 2005, que fue inscrita inicialmente como hija de S. como madre soltera y luego adoptada por D. en 2008. En el año 2007 S. y D. contrajeron matrimonio y también habían firmado el consentimiento informado para la fecundación *in vitro* de S. El mismo año nacieron R. y A., inscritas en el Registro Civil con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre. Ésta inicia el expediente de rectificación de dichas inscripciones para que las menores figuren como hijas de madre casada y para que se identifique a su cónyuge a los efectos de la patria potestad y designación de apellidos. La rectificación se acordó exclusivamente del estado civil de la progenitora, no así de los otros extremos. Recurrido por ambas cónyuges dicho acuerdo, la DGRN desestimó el recurso en 2008. En 2009 ambas rompen su relación y S. formula demanda de divorcio. Meses después D. interpuso acción de reclamación de filiación por posesión de estado respecto de las menores R. y A., a lo que S. se opuso. El Juzgado de Primera Instancia estimó la acción. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de S. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

**16. Filiación: gestación por sustitución: impugnación de resolución de DGRN que acuerda inscripción en Registro civil español de la filiación de menores nacidos en California mediante contrato de gestación por sustitución en favor de padres españoles intencionales.**—La cuestión objeto del proceso, tal como ha sido planteada por las alegaciones iniciales de las partes, es si procede el reconocimiento por las autoridades del Registro civil español de la inscripción del nacimiento de dos menores realizada por las autoridades del estado norteamericano de California en que se fija la filiación a favor de los hoy recurrentes. Estos solicitaron al Encargado del Registro civil consular de Los Ángeles, la práctica de las inscripciones de nacimiento de los menores y de la filiación aparejada a tales inscripciones, no mediante la declaración del nacimiento sino mediante aportación de las certificaciones de las inscripciones ya practicadas por el organismo de California equivalente a nuestro Registro Civil, en las que aparecían como padres los hoy recurrentes. El Registro civil consular denegó la inscripción, pero la DGRN al resolver el recurso interpuesto por los solicitantes de la inscripción, revocó la decisión denegatoria y acordó la práctica de la inscripción con base en dichas certificaciones extranjeras y, por tanto, con la filiación de los menores como resultaba de las mismas. Esta es la resolución cuestionada por el Ministerio Fiscal en la demanda que ha dado origen a este procedimiento.

**Reconocimiento de decisión extranjera.**—Tal como ha sido planteada ante este tribunal, no estamos ante un *hecho* que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España y que al presentar un elemento extranjero (el lugar de nacimiento, cuanto menos) deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de conflicto aplicable. La técnica jurídica aplicable no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro civil de California al inscribir el nacimiento de los niños y determinar una filiación acorde con las leyes californianas. Hay que resolver si esta decisión de autoridad puede ser reconocida, y desplegar

sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los hoy recurrentes, en el sistema jurídico español.

La forma en que se ha procedido al reconocimiento del título extranjero, la certificación registral de California, es la prevista en el artículo 85 en relación con el último inciso del artículo 81, ambos del RRC. El control en que consiste este reconocimiento se extiende a que la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española. Pero también ha de extenderse a que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Así lo exige el artículo 23 LRC, al que sirven de desarrollo los preceptos reglamentarios citados. Por consiguiente, la simplicidad en el procedimiento de reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa extranjera encargada del Registro civil de California no significa que el control deba limitarse a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo, en los términos en que se precisará.

**Es necesario que no sea contrario al orden público.**—La pluralidad de ordenamientos jurídicos en los diversos estados y la libre circulación de las personas hacen que cada vez sean más frecuentes las relaciones jurídica personal y económicas que se proyectan sobre dichos ordenamientos, y que, consecuentemente, se planteen ante las autoridades administrativas y judiciales cuestiones relacionadas con el reconocimiento de situaciones jurídicas o decisiones de autoridades extranjeras. La posibilidad de que ciudadanos y empresas elijan entre respuestas jurídicas diferentes cuando en una relación jurídica existen contactos con diversos ordenamientos, es una realidad, y el Derecho internacional privado ha de buscar cada vez más normas de compatibilidad entre distintos ordenamientos jurídicos en vez de normas de supremacía que impongan un solo punto de vista. Pero esta libertad de elección tiene unos límites que, en lo que aquí interesa, vienen constituidos por el respeto al orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan.

De lo expuesto se deriva que la *legalidad conforme a la Ley española* de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el artículo 23 LRC, si bien no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación (lo que haría prácticamente imposible el reconocimiento), sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español, y a este aspecto ha de extenderse el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera (en realidad, del asiento objeto de la certificación). Que dicha certificación registral extranjera no produzca efectos de cosa juzgada y cualquier parte legitimada pueda impugnar ante los tribunales españoles la inscripción en el Registro civil español de la certificación extranjera, como pone de relieve la resolución de la DGRN para justificar la solución adoptada, no elimina la realización por el encargado del Registro civil español del control de contenido del asiento objeto de dicha certificación, de modo que deniegue su acceso al Registro civil español cuando sea contrario al orden público internacional español, o deniegue el acceso a aquellos aspectos del asiento (como el relativo a la determinación de la filiación) en los que se observe tal contrariedad.

Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 CE), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera sea su estado civil (art. 39.2). También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4). El derecho a la integridad física y moral de las personas tiene también reconocimiento internacional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art. 10.1).

Por tanto, todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I CE, integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 febrero, FJ 4.º) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión.

**La maternidad por sustitución atenta contra el orden público español.**—Llevar razón los recurrentes cuando afirman que las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, y que por tanto la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español. Junto al hecho biológico existen otros vínculos, como los derivados de la adopción o del consentimiento a la fecundación con contribución de donante, prestado por el cónyuge o conviviente de la mujer que se somete al tratamiento de reproducción asistida, que el ordenamiento jurídico toma en consideración como determinación de la filiación. De estos otros posibles vínculos determinantes de la filiación resulta también que la filiación puede quedar determinada respecto de dos personas del mismo sexo. Con ello se reconoce que en la determinación legal de la relación de filiación tienen incidencia no solo factores biológicos, sino también otros de naturaleza social y cultural.

Pero junto a ello, en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, *cosificando* a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios negociar con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentren mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de *ciudadanía censitaria* en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de población.

Fruto de esta preocupación es, por ejemplo, la elaboración de instrumentos legales internacionales que regulan la adopción internacional estableciendo como principios básicos que los estados establezcan, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen, y la prevención de la sustracción, la venta o el tráfico de niños, que se

concreta, entre otros extremos, en que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna (considerandos introductorios y artículo 4 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993). También responden a esta preocupación las leyes que en los diversos países regulan las técnicas de reproducción humana asistida, y en concreto la gestación por sustitución.

**El artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida integra el orden público internacional español.**—El orden público internacional español se caracteriza por ser un orden público *atenuado*, pero la intensidad de tal atenuación es menor cuando mayores son los vínculos sustanciales de la situación jurídica con España. En el caso objeto del recurso los vínculos eran intensos puesto que de lo actuado se desprende que los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguientes gestación, parto y entrega de los niños porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la *huida* de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico), e incluso tipifica ciertos supuestos como delito, también cuando la entrega del menor se ha producido en el extranjero (art. 221.2 CP).

A diferencia de lo que ocurría en el caso de Luxemburgo en relación con la adopción monoparental que fue objeto de la STDHH de 28 de junio de 2007 (caso Wagner), la regulación que se contiene en la ley española no es excepcional en los países de nuestro entorno jurídico más próximo, entendiendo como tal la UE. Por el contrario, en un número considerable de ellos la gestación por sustitución no está permitida, siendo prácticamente unánime su prohibición cuando tiene carácter oneroso.

Por otra parte, el artículo 10 procede de una normativa que ha venido precedida de un considerable debate social. Figuraba en la Ley 35/1988, de 22 noviembre pasando sin modificaciones a la vigente Ley 14/2006, de 26 mayo, que por razones temporales resulta aplicable al caso. Pese al cambio legislativo la norma aplicable a la gestación por sustitución permaneció idéntica. Su apartado 1.º establece la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. El 2.º apartado prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (en línea con lo recomendado por el Informe del Comité *ad hoc* de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas del Consejo de Europa). Y el 3.º deja a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que resultan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en con-

creto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.

Los recurrentes reconocen la contrariedad al orden público español de dicho contrato de gestación por sustitución, que impediría considerar válido y ejecutar en España tal contrato. Pero afirman que la inscripción de la filiación que pretenden es solamente una consecuencia *periférica* de dicho contrato, por lo que no existe la incompatibilidad con el orden público que apreció la sentencia de la Audiencia Provincial. El argumento no puede estimarse, puesto que la filiación cuyo acceso al Registro civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes. La ley no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato sino que prevé cuál debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia del mismo; la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad por el padre biológico.

La filiación cuyo acceso al Registro civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y como tal incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina.

**Inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación social.**—La causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California; por tanto, la solución habría de ser la misma si los contratantes hubieran constituido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona, hombre o mujer.

**El interés superior del menor.**—Los recurrentes alegan que privar de su filiación a los menores vulnera el principio del interés superior del menor, pues (i) perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos; (ii) los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo; (iii) el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

El artículo 3 de la Convención de la ONU de 20 noviembre 1989, y ratificada por España establece: *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.* Este principio también se establece en el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tiene anclaje constitucional en el artículo 39 CE, se recoge en la legislación interna, en concreto en la regulación de las relaciones paterno-filiales del Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, y ha regido la jurisprudencia de este Tribunal, del Tribunal Constitucional y del TEDHH (SS de 5 de noviembre de 2002, caso Yousef contra Países Bajos, de 10 enero 2008, caso Kearns contra Francia, y de 7 marzo 2013, caso Raw y otros contra Francia).

El interés superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio

legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de ponderación judicial. Pero en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son los que se han denominado *conceptos esencialmente controvertidos*, esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe otra unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio. Este carácter controvertido puede predicarse del *interés superior del menor* cuando el mismo ha de determinarse en supuestos como el aquí enjuiciado.

Los recurrentes consideran que el único modo de satisfacer el interés superior del menor es reconocer la filiación que ha sido reconocida en el asiento registral californiano. Los padres serían los comitentes, esto es, quienes *encargaron* la gestación del menor (en este caso, los menores, pues nacieron mellizos). No sería madre la mujer que les dio a luz. La justificación que dan es que los mejores padres son los que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres, mediante un contrato de gestación subrogada, y están interesados en los menores. La invocación indiscriminada del *interés del menor* serviría para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional.

La tesis de los recurrentes no puede ser aceptada. La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales. La aplicación de tal principio ha de hacerse para interpretar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contrario al imperio de la ley (art. 117,1 CE). Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo.

Además de la consideración primordial del interés superior del menor ha de tenerse en cuenta que tal principio no es el único que se ha de tomar en consideración. Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares.

Es cierto que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores, pero no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta

contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto de tráfico mercantil. Es necesario realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico.

En línea con lo expuesto un dato a tomar en consideración es que en el CC el ejercicio de una acción de impugnación de una filiación determinada en contra de la ley no exige que simultáneamente se fije otra filiación alternativa, pese al eventual perjuicio que la estimación de aquella origine al interesado.

Otro argumento de los recurrentes es que el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales. Pero las sentencias que se citan no sirven para darle adecuado fundamento. Los menores en las mismas afectados tenían una vinculación efectiva con dos estados distintos, pero en el caso enjuiciado los menores no tienen vinculación efectiva con los EEUU., puesto que los recurrentes acudieron a California solo porque allí era posible concertar el referido contrato, que en España y en los países más cercanos estaba prohibido. No existe un riesgo real de vulneración de una identidad única. En otras sentencias se trataba de la inmutabilidad o estabilidad de los apellidos, que es un bien jurídico de mucha menor importancia que los protegidos por la prohibición de gestación por sustitución.

Tampoco se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos y de las Libertades Fundamentales. La denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas, aun siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican según la STEDHH de 28 de junio de 2007 (caso Wagner y otro, contra Luxemburgo): (i) está prevista en la ley pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y (ii) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

**Desprotección en que se dejaría a los menores.**—La afirmación de los recurrentes de que los menores serían enviados a un orfanato o a los EEUU., carece de verosimilitud y no está apoyada en ningún dato.

No obstante este Tribunal es consciente de que la decisión que ha adoptado no es intrascendente en este aspecto, y que puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute, pero considera que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes, tal como fueron aceptadas por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado. La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica tomando en consideración su situación actual.

El TEDHH, al interpretar el artículo 8 del Convenio ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarro-

lle, y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia (SS de 28 de junio de 2007 y 4 de octubre de 2012).

El presente recurso no tiene por objeto, porque la acción ejercitada no lo tenía y porque no se han alegado y probado los hechos que permitirían decirlo, adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes en forma distinta al pretendido reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California. También ha de tenerse en cuenta que no ha resultado probado que alguno de los comitentes aportara sus gametos, pues aunque en algún pasaje de sus alegaciones así se afirma, ni se concreta cuál de ellos lo habría aportado, ni menos aun se prueba cual fuera el padre biológico de cada uno de los niños. Pero de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TEDHH, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares *de facto* con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.

Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio artículo 10 en su párrafo 3.º permite la reclamación de la paternidad respecto del mismo. Asimismo, figuras como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar.

A fin de dar cumplimiento al artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido.

Lo expuesto supone que la solución alcanzada por los tribunales de instancia realiza una ponderación adecuada de los bienes jurídicos en conflicto tomando en consideración primordial el interés superior de los menores. La protección de este interés no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores.

El TEDHH (SS de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia) ha declarado que el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece el respeto de la vida privada y familiar, supone obligaciones positivas para los Estados que han de interpretarse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. A tal efecto, procede instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar *de facto*. (**STS de 6 de febrero de 2014**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

NOTA.—Sentencia, sin duda, de gran importancia como se deduce del hecho de dictarse por el Pleno de la Sala, así como del

Voto particular que suscriben cuatro Magistrados de la misma. Se trata de un tema ampliamente debatido entre los países occidentales, y singularmente entre los miembros de la UE. Entre nosotros la cuestión estaba ya *in nuce* en la primera Ley de 1988, y no fue revisada en 2006. Con frecuencia se pasa por alto que la opinión unánime de los civilistas españoles se expresó, en aquel momento, en contra de la orientación general de la primera normativa que intentó enmascarar el giro copernicano que se daba al Derecho de filiación español con una mera referencia al régimen general de filiación y unas excepciones previas. Un cuarto de siglo después se advierte un hecho nuevo, a saber que casi la única solución legal para que las uniones homosexuales de varones tengan, de hecho, descendencia es la maternidad por sustitución. Sucede así que cuando apenas si se ha logrado un marco legal e interpretativo, coherente y uniforme para la procreación asistida, la problemática se incrementa con las urgencias derivadas del nuevo problema. ¿Será llegado el momento de revisar a fondo esta legislación especialísima, detrás de la cual hay poderosos grupos de presión que sirven a las necesidades de las clases pudientes de la sociedad? ¿O seguiremos, más bien, *parcheando* el Derecho de familia?

En este mismo ADC, Esther FARNÓS AMORÓS escribe sensatamente que las normas pensadas para la determinación de la filiación por naturaleza, cuyo fundamento es la realidad biológica, no acaban de encajar en un sistema en el cual la procreación no tiene origen en la reproducción sexual y la filiación se determina por la voluntad, como es el derivado del recurso a las TRA. Si bien es cierto –añade– que esta clase de filiación puede tener una base biológica, extremo que en principio justificaría el recurso al esquema de la filiación por naturaleza, esta base no siempre tiene que existir respecto de ambos progenitores (*La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología*, ADC, 2015, p. 8). La bibliografía española y extranjera que aporta la autora, es abundante y excelente, y también ha seguido puntualmente las diversas fases del prolongado proceso legal del caso resuelto por la sentencia.

Oportunamente el Tribunal Supremo recuerda en la Sentencia extractada que compete exclusivamente al legislador la reforma de la normativa en vigor. Conforme a ella creo debidamente fundamentado el fallo. El jurista, en mi opinión, debe conservar su independencia de criterio frente a algunos avances científicos y tecnológicos que, a veces, tratan de imponerse como dogmas, y, *a posteriori*, no lo son en la realidad.

Hay un Voto Particular formulado por el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, al que se adhirieron los Magistrados D. José Ramón Ferrandiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol. (*G. G. C.*)

**17. La función legitimadora de la posesión de estado, respecto de la acción de filiación no matrimonial.**—La posible compatibilidad que cabe plantearse entre la figura de la posesión de estado y la normativa de las técnicas de reproducción asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo), habida cuenta de

la remisión en materia de filiación a las leyes civiles, salvo las especificaciones propias de la ley, no se circunscribe a la posible aplicación del artículo 7.3 de la normativa, sino que debe referenciarse, con mayor amplitud, en los principios que inspiran su regulación en el marco constitucional de las acciones de filiación. Dichos principios son el de igualdad de los hijos o de no discriminación por razón de filiación o nacimiento (arts. 14 y 39.2 CE), de protección de la familia, de los hijos y de las madres, con independencia de su estado civil (art. 39 CE), de dignidad de la persona y libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), así como por la debida ponderación, cada vez más primordial, del interés superior del menor.

Según el Tribunal Supremo, en el contexto de la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción asistida resulta aplicable el carácter no exclusivo ni excluyente del hecho biológico, como fuente o causa de la filiación, y en favor del protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación en estos casos. Afirma la compatibilidad de ambas normativas en el curso de la filiación no matrimonial, de forma que los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada. Esta compatibilidad resulta también relevante a la hora de abordar el interés legítimo que debe presidir la legitimación que se deriva de la posesión de estado. Una vez probado el propósito común de dos mujeres para recurrir a la técnica de reproducción asistida, así como la existencia de una posterior unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, el consentimiento prestado en su momento por la conviviente que no es la madre biológica del menor, está investido por un claro interés moral o familiar plenamente legitimado en su aspiración de ser madre.

Por otro lado, hay que tener en cuenta la ponderación o ajuste que debe realizarse conforme al interés superior del menor. La proyección de la protección del menor sobre la protección de la vida familiar alcanza, sin distinción, a las relaciones familiares con independencia de la naturaleza matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica, de forma que incide en la existencia del lazo de familiaridad establecido con el niño, permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme al libre desarrollo de la personalidad del menor. Se hace necesario, por tanto, un juicio de ponderación, de forma que en el curso de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial, que trae causa del empleo de las técnicas de reproducción asistida, el interés del menor representa un control o contrapeso para advenir el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica. **(STS de 15 de enero de 2014; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

**HECHOS.**—Se plantea la posibilidad de determinar judicialmente la filiación extramatrimonial por la vía de la posesión de estado de una mujer homosexual, tras la ruptura de su relación de pareja, en relación con el niño nacido durante dicha relación mediante la técnica de reproducción asistida con material genético de un donante anónimo. Hay que señalar que la demandante no es la madre biológica del menor y que ambas madres no estaban casadas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta, al amparo del artículo 131 CC, al considerar acreditada la posesión de estado. Atiende al nombre compuesto del menor en el que se incorpora como nombre el apellido de la reclamante y al tratamiento del menor como hijo, tanto por la reclamante como por su ámbito familiar.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la madre biológica. La Audiencia Provincial: 1) entiende que la filiación sólo puede tener lugar por naturaleza o por adopción (art. 108 CC); 2) afirma que la acción ejercitada no era la del artículo 7.3 de la Ley, y que esta Ley no se puede aplicar con carácter retroactivo al no preverse en ella, que está pensada para parejas casadas estables, y en el caso estamos ante una pareja no casada y rota desde el 2006; 3) no considera acreditada la posesión de estado por el poco tiempo de estabilidad de la pareja desde el nacimiento del menor (3 años), aunque actuara como madre.

La madre no biológica interpone recurso de casación alegando la infracción de los artículos 131 CC y 7.3 LTRHA. Argumenta, además, que la sentencia recurrida, al establecer, como única posibilidad para que se dé la filiación por naturaleza en las parejas del mismo sexo, que éstas estén casadas antes del nacimiento del menor, produce una discriminación entre los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, fruto de una relación de hecho, y de los hijos nacidos dentro del matrimonio formado por persona del mismo sexo.

El Tribunal Supremo estima el recurso. Entiende éste que de lo que se trata es de determinar qué función tiene la posesión de estado de filiación en el marco de la determinación judicial de la filiación. En primer lugar, considera acreditada la posesión de estado alegada por la recurrente. Son hechos destacables en este sentido: a) que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas; b) que la relación o trato con dicho hijo desde su nacimiento fue de la madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño, que así la reconocía; c) que tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación. Todos ellos son hechos relevantes del *tractatus* como elemento impulsor de la posesión de estado. Finalmente, el Alto Tribunal señala que, dados los informes técnicos realizados y dada la relación de familiaridad del menor con la demandante, cabe concluir la viabilidad de la acción ejercitada por ésta.

NOTA.—Sobre el carácter no exclusivo ni excluyente del hecho biológico como fuente o causa de filiación, *vid.* las SSTC de 17 de junio de 1999 y 6 de noviembre de 2012, así como la STS de 12 de mayo de 2011. Sobre la compatibilidad del artículo 131 CC y el 7.3 LTRHA, y sobre la posesión de estado en los términos vistos en la sentencia aquí reseñada, *vid.* la STS de 5 de diciembre de 2013. Finalmente, cabe señalar que la STS de 14 de enero de 2014 contiene un voto particular de los Excmos. Sres. D. Francisco Marín Castán, D. Antonio Salas Carceller y D. Ignacio Sancho Gargallo. Básicamente se señala que el artículo 7.3 LTRHA, tras la modificación por la Ley 3/2007, para el caso de relaciones entre personas del mismo sexo que sean mujeres, de las que una decida tener hijos

mediante la aplicación a sí misma de técnicas de reproducción asistida, supedita la relación de filiación entre la persona que nazca y la otra mujer a que ésta última esté casada con la madre biológica y no se encuentre separada de ella legalmente o de hecho. La recurrente no puede, entonces, acceder a esta forma de determinar la filiación porque, dejando al margen la exigencia de que se haga antes del nacimiento del hijo, nunca ha estado casada con la madre biológica. El hecho de que no hubiera podido hacer uso de una facultad como la prevista actualmente en el artículo 7.3 LTRHA antes de que naciera el niño respecto del que se solicita el reconocimiento de la filiación, pues para entonces (2003) ni podía estar casada con la madre biológica, con la que sí convivía, ni se permitía esta forma de doble maternidad, no justifica un ejercicio posterior de esta facultad. No cabe tampoco acudir a la posesión de estado para reclamar la maternidad, pues ésta no acredita por sí la filiación, sino que constituye una mera situación fáctica que permite presumir quiénes pueden ser los progenitores. A juicio de los magistrados, por tanto, debería haberse desestimado el recurso. (S. L. M.)

**18. Matrimonio. Guarda y custodia de los hijos. Modificación de medidas definitivas de divorcio: interés del menor.**—La normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Asimismo las SSTC 143/1990, 298/1993, 187/1996 y 114/1997.

**La determinación del mayor beneficio para el menor puede ser objeto de revisión en casación.**—Al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, puede ser objeto de una revisión conceptual en casación (SSTS de 23 de mayo de 2005 y 28 de septiembre de 2009). La razón se encuentra en que el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor. La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés (SSTS de 11 de 27 de abril y 25 de octubre de 2012).

**Atribución de la custodia del menor al progenitor que perdió tal condición tras un procedimiento de impugnación de la filiación paterna.**—Al haber permanecido la menor largo tiempo con el progenitor que perdió tal condición, y cuando toda la prueba pone en evidencia la existencia de relaciones afectivas que hacen inviable la extinción de los vínculos familiares que existieron entre ambos, permite atribuirle la custodia de la menor por el interés público que informa estos procedimientos y que hace que la nueva situación sea la más beneficiosa para el interés de la niña que no conoció otro padre que no fuera el que después se demostró no lo era biológicamente. (STS de 20 de noviembre de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Julián demandó a Encarnación, con la que estuvo casada, por la determinación de la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio, Olga, adoptada por los litigantes en el año 2001, así como de la menor, Águeda, nacida en 2002, cuya filiación paterna fue impugnada por el actor en el año 2005, y determinada a favor de Cirilo en el año 2006, existiendo entre las partes otro hijo común mayor de edad. Se da la circunstancia, que a pesar de no ser Julián padre biológico de Águeda, sí lo considera padre la menor.

El Juzgado atribuyó la guarda y custodia de una y otra niña a Julián. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y asignó la guarda y custodia de la menor, Águeda, así como la correspondiente patria potestad, exclusivamente a la madre, Encarnación, sin señalar régimen de visitas a Julián; también dio a Encarnación la guarda y custodia de Olga, con patria potestad compartida y con un régimen de visitas a favor del padre (Julián). El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por Julián y repuso íntegramente la sentencia del Juzgado.

NOTA.—La doctrina recogida en esta sentencia hay que ponerla en relación con la nueva redacción dada al artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor*, por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, que dispone en su apartado 1.º lo siguiente: *Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*

*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor. (I. D.-L.)*

**19. Alimentos. Divorcio. Unificación de doctrina: el día inicial del devengo de la pensión de alimentos es el de interposición de la demanda.**—Esta Sala en la STS de 27 de noviembre de 2013, dictada también en unificación de doctrina, y con ocasión de una pensión de alimentos fijada en un proceso de declaración de filiación no matrimonial, abordó en toda su extensión los fundamentos de aplicabilidad del artículo 148, párr. 1.º CC, señalando la razón de compatibilidad, como norma general, que resulta de la obligación de alimentos entre parientes. Así, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda. (STS de 4 de diciembre de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Como consecuencia de un proceso de divorcio, se plantea el momento a tener en cuenta para el abono de la pensión por alimentos fijada por la sentencia. El Juzgado no determinó el día de

inicio del devengo de la pensión. La Audiencia declaró dicho devengo desde la fecha de la sentencia, sin eficacia retroactiva al momento de presentación de la demanda. El Tribunal Supremo casó la sentencia y unificó la doctrina, al considerar como momento a tener en cuenta para el devengo de la pensión alimenticia fijada en un proceso de divorcio el de interposición de la demanda. (*I. D.-L.*)

**20. Divorcio: atribución de vivienda a esposa e hija hasta liquidación de gananciales: vivienda no familiar.**—En el presente caso concurren las siguientes circunstancias: a) Ambos cónyuges desarrollan una actividad profesional vinculada al transporte aéreo de pasajeros, pero mientras el esposo es piloto de Spanair y tiene su domicilio y su centro de trabajo en Madrid, la esposa es azafata de Iberia y tiene su base de trabajo en Barcelona, aunque por determinación expresa de ambos cónyuges el domicilio familiar se fijó en Sevilla, ciudad en la que también viven sus propios padres; estando la vivienda gravada con una carga hipotecaria de larga duración cuya amortización, al igual que el abono del IBI y de otros gastos inherentes a la propiedad, ha de ser sufragada al 50% por uno y otro litigante. b) Mientras que el esposo obtiene unos ingresos netos o líquidos comprendidos entre 3200 y 3800 euros mensuales, la esposa percibe alrededor de 1200 euros mensuales, teniendo una jornada laboral reducida del 50% y pernoctando fuera del domicilio de Sevilla seis o siete noches al mes por razón de su trabajo.

El recurso de casación interpuesto por la esposa por violación del artículo 96 CC al limitar temporalmente el derecho a la vivienda familiar debe ser desestimado, ya que, en realidad, el domicilio en que convive la menor no constituye la residencia habitual de la unidad familiar, antes bien, la vivienda sirve más para preservar de forma residual o secundaria los intereses de los progenitores que los de la menor puesto que, aunque por determinación expresa de ambos el domicilio se fijó en Sevilla, ninguno de ellos convive habitualmente en ella por razones de trabajo que lo tienen en Barcelona y Madrid, y la medida que se adopta judicialmente no solo no priva a la menor de su derecho a una vivienda, que tiene la de cualquiera de sus padres, y provisionalmente la de Sevilla, sino que de mantenerse impediría la disposición de un patrimonio común, afectando necesariamente a la liquidación del haber conyugal, integrado, entre otros bienes, por la vivienda gravada con una carga hipotecaria de larga duración, y consiguiente reparto entre ambos cónyuges, con evidente beneficio de la menor que puede mejorar sus necesidades alimenticias, que deben prestarse por el titular de la patria potestad, incluida la que resulta de la vivienda (art. 142 CC). Sin duda, la atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste. Pero más allá de que se le proporcione un vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro cuando ello es posible, lo que no es posible es atribuir a la hija y al progenitor custodia en calidad de domicilio familiar un inmueble que no sirve a estos fines, más allá del tiempo que se necesita para liquidar la sociedad de gananciales existente entre ambos cónyuges. (**STS de 19 de noviembre de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (*G. G. C.*)

**21. Divorcio: modificación de medidas: atribución de la vivienda familiar al progenitor no custodio.**—Cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de

otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso de que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. La atribución del uso de que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre que no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar el deber de prestarlos a aquél. La atribución del hijo al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el artículo 7 CC. De la STS de 29 de marzo de 2011 se deduce que cuando el cónyuge custodio posea otra vivienda en propiedad en la que pueda dar alojamiento digno a los menores, la que fue vivienda familiar podrá ser adjudicada al cónyuge no custodio. En el presente caso el recurrente no tiene vivienda en propiedad sino que tras el divorcio se ha visto compelido a arrendar una vivienda, que por su renta puede calificarse de *alto nivel*, por lo que el interés de los menores queda plenamente amparado y no se produce violación del artículo 96, pues como declara la STS de 19 de noviembre de 2013, no es domicilio familiar el inmueble que no sirve a estos fines, habida cuenta, además, de que la vivienda familiar solo la mantendrá la esposa hasta que se extinga el régimen de condominio. El artículo 96 CC establece una presunción de necesidad, que en este caso ha sido desvirtuada. (STS de 3 de diciembre de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

NOTA.—En el proceso de divorcio se acordó la concesión a la esposa de la guarda, fijando como domicilio la vivienda que adquirió en condominio con su nueva pareja, medida que no fue recurrida. En proceso posterior de modificación de medidas se acuerda la guarda compartida, pretendiendo el padre además que se considere familiar la vivienda que ahora el mismo ocupa como arrendatario de alto *standing*. Se le deniega en la instancia y se desestima su recurso de casación. (G. G. C.)

**22. Divorcio: alimentos a los hijos: proporcionalidad.**—El matrimonio se celebró en octubre de 1980, en régimen de separación de bienes desde 1982, sin que posean bienes en común. En 2008 se separaron de hecho por lo que la convivencia se ha mantenido durante 28 años efectivos, viviendo bajo régimen de alquiler, sin que conste que la esposa tenga vivienda de propiedad común o exclusiva. Hasta 1996 la esposa se dedicó al cuidado de la familia, incorporándose entonces al mercado laboral. Del matrimonio nacieron tres hijas, de 28, 20 y 7 años al tiempo de la demanda, pero siendo dependientes la segunda y la tercera. La esposa cursó los estudios de Derecho durante el matrimonio y es Secretaria Judicial sustituta o interina. El esposo posee un importante patrimonio inmobiliario, un Rolls Royce, un Porsche Carrera, dos embarcaciones, un Mercedes Benz S 500, y se dedica a la ges-

tión compartida de la empresa inmobiliaria familiar. Se fijaron pensiones alimenticias de 1800 y 1000 euros para las hijas y de 1000 euros para la pensión compensatoria, extremo en lo que coinciden las sentencias de instancia.

Se ha respetado el canon de la proporcionalidad en cuanto a la correspondencia entre los ingresos de cada uno de los padres y las necesidades de las hijas. En la sentencia recurrida se analiza con precisión y minuciosidad, directamente y por remisión a la de primera instancia, los gastos de las hijas, que, sin duda, mantenían un elevado nivel de vida, acorde con los elevados ingresos del padre, fijándose la pensión en proporción a los mismos y a los de su madre, no cargándose sobre el padre la totalidad, pues al calcular los gastos que han determinado la fijación de la pensión abonable por el padre, no se tuvo en cuenta el importe de las necesidades alimenticias en sentido estricto, ni el vestido y calzado, que, por lo tanto, recaen en la madre, unido a que todo ello corresponde al margen de discrecionalidad del tribunal de instancia, salvo contradicción flagrante del artículo 146 CC, que no concurre en este caso. La proporción que pretende el recurrente más se identifica con el desequilibrio ventajoso a su favor que con el equilibrio entre ingresos y cargas de ambos.

**Pensión compensatoria: doctrina jurisprudencial sobre el desequilibrio.**—Con apoyo en el artículo 97 CC se invocan tres motivos de casación con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El recurso se desestima con apoyo en la doctrina contenida en las SSTS de 16 de julio de 2013, 8 de mayo y 4 de diciembre de 2012, declarando que en la sentencia recurrida se han seguido las pautas jurisprudenciales y legales para fijar cuantitativamente la pensión compensatoria en unos límites económicos razonables, dado que la esposa ha atendido en exclusiva a la familia, durante muchos años, durante los que también estudió la carrera de Derecho, pero las atenciones a la numerosa prole también le han impedido aspirar a un trabajo estable, pues el puesto de Secretaria Judicial es en régimen de interinidad, por naturaleza inestable y sujeto a los programas de restricción de gastos en la Administración. Todo ello unido a que ha de seguir atendiendo a una hija menor de edad. La pensión compensatoria no pretende equilibrar patrimonios, pero sí nivelar el desequilibrio existente, que en este caso es manifiesto, dado que los ingresos son abrumadoramente dispares (STS de 22 de junio de 2011). También se ha de tener en cuenta el régimen de separación de bienes, la inexistencia de bienes en común, y la carencia de vivienda en régimen privativo por la esposa, dado que pese al elevado patrimonio inmobiliario del esposo, se optó por el régimen de alquiler. En suma, el alto poder adquisitivo del esposo permitió un elevado nivel de vida durante el matrimonio, pero no consta que vaya a beneficiar a la esposa tras el divorcio, al no haberse incrementado el patrimonio de la misma.

**Temporalidad de la pensión compensatoria: requisitos, juicio prospectivo y revisión casacional.**—Con invocación de la doctrina contenida en las SSTS de 21 de junio y 24 de octubre de 2013, y 20 de julio de 2011, e informe discrepante del Ministerio Fiscal, entiende que no procede en revisión casacional dejar sin efecto la pensión vitalicia, como pide el recurrente y acepta el Ministerio Fiscal, dado que la situación de desequilibrio es patente y se va a perpetuar mientras la hija menor, que hoy tiene once años, se mantenga al cuidado de la madre, exigiendo cuidados y atenciones que le impedirán un desarrollo profesional exclusivo, y para cuando se independice económicamente la madre (nacida en 1963) habrá alcanzado una edad elevada que le impedirá estabilizar sus expectativas profesionales, dado que estará bordeando la edad de jubilación. **(STS de 20 de noviembre de 2013; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

NOTA.—Sentencia notable por el examen minucioso de las circunstancias familiares, tanto durante la vida normal del matrimonio, como en el momento de su ruptura, así como sobre el futuro laboral de la esposa, quizá lo más problemático del fallo. Incluso discrepando del parecer del Ministerio Fiscal el Tribunal Supremo resuelve, acertadamente, en favor del cónyuge cuya previsible situación laboral resulta más vulnerable. (G. G. C.)

**23. Divorcio de matrimonio en que se había pactado la separación de bienes: requisitos de aplicación del artículo 1438 CC.**—Es doctrina jurisprudencial establecida en STS de 14 de julio de 2011 que *el derecho a obtener la compensación por haber contribuido a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.*

Esta conclusión es consecuencia de la concurrencia de tres reglas coordinadas que hay que tener en cuenta de forma conjunta para decidir: 1.<sup>a</sup> regla. La obligación de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, pues la separación de bienes no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir. 2.<sup>a</sup> regla. Puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 CE. 3.<sup>a</sup> regla. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen.

En relación con los criterios para la interpretación del último inciso del artículo 1438, para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida, será necesario: 1.º) Que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes, y 2.º) Que se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa. Deben excluirse, por tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico.

La regla de la aplicación resulta de una forma objetiva por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa, por lo que es contrario a la doctrina de esta Sala el tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como es, no el beneficio económico, pero sí que todos los emolumentos se hayan dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la sentencia denomina la inexistencia de *desigualdad peyorativa*, lo que supone denegar la pensión cuando el 100% del salario se destina al levantamiento de las cargas familiares. Admitirlo supone reconocer lo que la doctrina de esta Sala niega como presupuesto necesario para la compensación, es decir, que el esposo se beneficie o no económicamente. Basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación. Cosa distinta será determinar su importe.

**Prueba.**—Pero no es este el criterio único de la sentencia para denegar la pretensión. Aunque la sentencia no contenga, como hubiera sido deseable, una clara declaración de hechos probados, lo que sí niega, y esto no ha quedado contradicho, es que *en ningún caso consta en este procedimiento debidamente acreditado que la esposa, ahora apelante, se hubiera encargado de un modo exclusivo y excluyente, de las tareas de la casa, y de los trabajos domésticos habituales. Falta por ello la prueba de una dedicación esencial o significativa a dichas tareas.* A ello añade que ha habido una *anticipada compensación pecuniaria*, a favor de la esposa, compensación que puede tenerse en cuenta aunque no se haga efectiva en el momento de la ruptura y consiguiente extinción del régimen económico de separación. (STS de 31 de enero de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Sentencia *pedagógica* que intenta aclarar dudas e incertidumbres doctrinales. Véanse las de De Pablo Contreras, en VV. AA. *Curso de Derecho civil (IV) Derecho de Familia*, 4.ª ed., 2013, p. 281. ¿Se hace uso frecuente de la norma cuestionada? (G. G. C.)

**24. Divorcio: cargas del matrimonio: no lo son el abono de los plazos de un préstamo hipotecario sobre vivienda familiar.**—En la sentencia de primera instancia se atribuyó la custodia del menor a la madre, fijándose una pensión de alimentos en favor del hijo, correspondiendo la atribución de la vivienda familiar a la esposa e hijo común, declarándose que del pago de los préstamos que gravan dicho inmueble, en tanto no se modifique el título constitutivo, se harán cargo ambas partes. La sentencia de la Audiencia Provincial desestimó la apelación declarando que *en cuanto al abono del préstamo hipotecario que grava la vivienda que fuera familiar y que es propiedad privativa de la esposa, habida cuenta el régimen económico matrimonial que rigió el matrimonio, y habida cuenta de los conocimientos financieros e inmobiliarios que se le suponen al recurrente por ser esta su profesión, la Sala comparte la argumentación argüida por la Juzgadora de instancia para mantener el pronunciamiento recurrido, esto es el que deben seguir abonándose por mitad, máxime si ambos se obligaron a ello frente al banco y fue obtenido en atención a la capacidad económica de ambos; y máxime si, finalmente, el ordenamiento jurídico permite al recurrente resarcirse de lo pagado a través del ejercicio de la oportuna acción.*

El recurrente alega que el pago de las cuotas hipotecarias de la vivienda familiar no constituye una carga del matrimonio, «al tratarse de una cuestión ajena al procedimiento de divorcio y que por lo tanto debe excluirse del fallo de la sentencia de divorcio, por ser una obligación afectante exclusivamente al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges», unido a que los esposos contrajeron matrimonio en régimen de separación de bienes y tratarse de un bien privativo de la esposa. Esta postura fue apoyada por el Ministerio Fiscal en vía de informe durante la tramitación del recurso de casación. La parte recurrida reconoce que no se trata de una carga familiar y que la referencia que se hace en la sentencia al pago del préstamo hipotecario lo es exclusivamente en su condición de coprestatarios, resultando ambos obligados en tanto no se modifique el título constitutivo.

Con invocación de las SSTs de 31 de mayo de 2006, 28 de marzo de 2011, 26 de noviembre de 2012 y 20 de marzo de 2013, la Sala desestima el recurso,

considerando que la descripción más ajustada de lo que puede considerarse cargas del matrimonio la encontramos en el artículo 1362, 1.ª CC, mencionando los gastos relativos al sostenimiento de la familia, alimentación y educación de hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia, que se limita a los esposos y sus hijos. En la sentencia recurrida se respeta la doctrina jurisprudencial aludida en cuanto no perturba el concepto de cargas del matrimonio, dado que se limita a constatar que la vivienda familiar es privativa de la esposa y que se concertó el pago del préstamo hipotecario por ambos cónyuges y a ello se obligaron frente al banco, por lo que se limita a reflejar el ámbito obligacional concertado voluntariamente por los litigantes, sin mencionar que ello constituya una carga del matrimonio, como reconoce la parte recurrida, por lo que procede dicha desestimación, dado que no se aprecia el interés casacional alegado pues la resolución recurrida se ajusta a la doctrina jurisprudencial vigente, sin apartarse de la misma. Igualmente es razonable que se haya hecho mención en la sentencia a la titularidad de la vivienda y al crédito hipotecario existente, y forma de pago convenida, en cuanto se trata de vivienda privativa de la esposa, que fuera familiar. (STS de 17 de febrero de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.] (G. G. C.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**25. Sucesión testamentaria: cautela socini y legítima: caracterización y alcance de su validez testamentaria.**—El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la aplicación testamentaria de la denominada *cautela socini* en relación con la intangibilidad de la legítima particularmente en orden a la validez de la misma ante el recurso a la intervención judicial en defensa de la legítima estricta de los legitimarios. El testador don Arturo Domingo falleció el 30 de julio de 1980, habiendo otorgado testamento abierto el 13 de julio de 1978, por el que instituyó heredera en usufructo de un tercio de sus bienes a su esposa, disponiendo varios legados a instituyendo en el remanente a sus herederos por partes iguales. La configuración de la cautela socini, en idénticos términos del testamento de su esposa, se ordenaba lo siguiente: «Octava.—Prohíbe absolutamente la intervención judicial y cualquier otra en su testamentaría, aun cuando en ella hubiere interesados menores de edad, ausentes o incapacitados, pues quiere que todas sus operaciones se ejecuten extrajudicialmente por su comisario contador partidario». «Novena.—Si por uno o varios se incumpliere cualquiera de las prohibiciones contenidas en las cláusulas octava y décima, quedarán automáticamente instituidos herederos en la proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la ley, acreciendo la parte en que habían sido mejorados los restantes». «Décima.—Quiere expresamente el testador que se respeten totalmente y con estricta fidelidad las donaciones y legados, cualquiera que fuese su importancia y cuantía que en vida haya hecho a cualquier persona y muy especialmente a su esposa e hijos, por lo que no tendrán tales liberalidades el carácter de colacionables, prohibiéndolo así a sus herederos».

En el contexto doctrinal debe señalarse que aunque la figura de la *cautela socini* goza de un cumplido reconocimiento en la práctica testamentaria que desarrolla el contenido dispositivo del testador, de suerte que su previsión no resulta extraña o inusual a la misma, conforme también a la estela más recien-

te de las cautelas de opción compensatoria, no obstante, tampoco puede desconocerse la polémica que en el ámbito de la doctrina científica ha acompañado (prácticamente desde la época de su valedor, el jurista Mario Socini, autor, a mediados del siglo XVI, de un dictamen a su favor) la aplicación de esta cautela ante su posible ilicitud por comprometer o gravar, indebidamente, la legítima de los herederos. Esta polémica tampoco ha sido cerrada o resuelta, con carácter general, por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, enfocada, primordialmente, desde la perspectiva casuística de las características del supuesto en cuestión, y centrada particularmente en torno al alcance del condicionante de la prohibición del recurso a la intervención judicial; con pronunciamientos que han ido desde la admisión y validez de esta cautela hasta su inaplicación (SSTS de 6 de mayo de 1953, 12 de diciembre de 1958, 8 de noviembre de 1967 y 8 de junio de 1999, entre otras).

Debe partirse de las perspectivas metodológicas que aporta el sistema de legítimas con incidencia en la libertad de testar, esto es, tanto de su función o papel de límite a la libertad dispositiva y distributiva del testador, como función de derecho subjetivo del legitimario con extensión a las acciones que en beneficio propio, y a su arbitrio, pueda ejercitar en defensa de su legítima. La delimitación de estos planos y funciones resulta necesaria para la interpretación sistemática de la cuestión planteada.

Esta interpretación se inicia con el plano prioritario de la posible validez conceptual de esta figura en el marco del contenido dispositivo del testamento. En este sentido, y atendida la función de la legítima como límite o freno a la libertad dispositiva y distributiva del testador, la respuesta debe ser favorable a la admisión testamentaria de la cautela. En efecto, conceptualmente analizada, y pese a su usual redacción bajo una formulación de sanción, la *cautela socini* no constituye un *fraus legis* dirigido a imponer una condición ilícita coacción o gravamen directo sobre la legítima, pues su alcance en una sucesión abierta y, por tanto, deferida, se proyecta en el plano del legitimario configurada como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses, esto es, ya aceptando la disposición ordenada por el testador, extremo que ya le sirve para calcular la posible lesión patrimonial de su derecho hereditario, o bien ejercitando la opción de contravenir la prohibición impuesta por el testador y solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, decisión que le llevará a recibir únicamente lo que resulte de su legítima estricta, acreciendo el resto a los legitimarios conformes. Libertad de decisión que, en suma, una vez abierta la sucesión puede llevar, incluso, a la propia renuncia de la herencia ya deferida. Desde el plano conceptual no se observa que la potestad dispositiva y distributiva del testador infrinja el límite dispositivo que a estos efectos desempeña la función de la legítima. En el ámbito particional se alcanza la misma conclusión cuando la partición la realice el propio testador (arts. 1056 y 1075 CC). En la línea de argumentación expuesta, y conforme a la relevancia que la reciente jurisprudencia de esta Sala otorga al *principio de conservación de los actos y negocios jurídicos*, no sólo como mero criterio hermenéutico, sino como auténtico principio general (STS de 25 de enero de 2013), debe señalarse que esta Sala también ha resaltado su proyección en el ámbito del Derecho de sucesiones particularmente en la aplicación del principio *favor testamenti* (SSTS de 30 de octubre de 2012 y 20 de marzo y 28 de junio de 2013).

El segundo plano de análisis, la aplicación de la legítima como derecho subjetivo del legitimario, particularmente en orden a solicitar la intervención

judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, no puede valorarse desde un contexto dialéctico con el plano conceptual anteriormente expuesto. La prohibición de recurrir a la intervención judicial no afecta directamente al plano material de ejercicio del derecho subjetivo del legitimario, que conserva de modo intacto las acciones legales en defensa de su legítima, pues su incidencia se proyecta exclusivamente en el marco de la disposición testamentaria como elemento condicionante que articula el juego de la correspondiente opción que da sentido a la cautela socini. No hay contradicción o confusión de planos en orden a la eficacia estrictamente testamentaria de la cautela dispuesta.

La correcta relación que cabe establecer de los planos en liza es la de su complementariedad en el plano formal de la disposición testamentaria de la cautela, particularmente de la configuración de su elemento condicionante como clave de la sanción impuesta. Extremo que concilia la posible disparidad de criterios, tanto jurisprudenciales como doctrinales, que se denuncian en el debate planteado. Es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso a dicha intervención. Solo aquellos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurrir frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta como sanción testamentaria. Por contra, otras impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes ajenos a la herencia deferida, entre otras, escapan a la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción.

La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta permite comprobar cómo opera la interpretación sistemática de los dos planos de análisis señalados. Se observa la validez de la cláusula socini por ser conforme tanto con la potestad de disposición y distribución del causante, como con el alcance de la prohibición impuesta. El testador permite el necesario juego de la opción para el legitimario en la cláusula 9.º, como también el natural desarrollo testamentario de la condición o prohibición impuesta, pues, aunque con el rigor usual de este tipo de cláusula se prohíbe absolutamente toda intervención judicial, no obstante el alcance de la misma no cabe interpretar que la prohibición también se refiera a la necesaria aceptación de actos contrarios a la norma o de irregularidades propiamente dichas, del procedimiento de ejecución extrajudicial de la herencia. También se comprueba que los legitimarios accionantes infringen la prohibición en la medida en que el fundamento que anida en el contenido impugnatorio realizado, en relación con la cesión de acciones efectuadas por el testador y su esposa a sus hijos varones, en documento privado de 22 de febrero de 1972, que fue objeto de la sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2007, antecedente judicial del presente caso, se circunscribe claramente en el marco del ejercicio de una acción de suplemento y eventual reducción de donaciones (art. 815 CC) que comporta la pretensión de una nueva *cognitio* relativa a la computación y valoración del haber hereditario (STS de 4 de enero de 2013), constituyendo una clara contravención o falta de aceptación de la disposición patrimonial ordenada por el testador. Máxime si tenemos en cuenta que, aunque la cesión de acciones fue calificada por la citada sentencia de esta Sala como un negocio mixto de onerosidad y gratuidad, en cuanto al precio que justificaba o compensaba la constitución de una renta vitalicia en favor de los cedentes, no obstante, el

testador, con independencia de la calificación real del contrato celebrado, también había incluido expresamente el desarrollo lógico de esta cautela en la prohibición de impugnar las donaciones y legados hechos en vida (cláusula 10.ª del testamento).

**Legado de cosa específica y determinada del testador (art. 882 CC).—**

Si bien es cierto que no cabe desconocer el peculiar proceso adquisitivo que en el ámbito sucesorio dispensa nuestro Código Civil al legado de cosa específica y determinada del testador, no obstante dicha peculiaridad no altera o afecta a los presupuestos que en la dinámica del proceso sucesorio, permiten operar el efecto adquisitivo, esto es, al *ius delationis* que informa y posibilita el derecho a adquirir la herencia y a la aceptación de la herencia, como presupuesto lógico o conceptual de la propia adquisición hereditaria. Desde esta perspectiva rectora, la adquisición del legatario legitimario viene previamente delimitada por el fundamento testamentario que informa la vocación a la herencia. En el presente caso, dicho fundamento ha realizado, de forma válida, las alternativas atributivas que pudieran derivarse de la aceptación de la herencia conforme a la aplicación de la *cautela socini*, condicionándose el ulterior proceso adquisitivo que resulte del juego de la opción elegida por el legitimario en donde el acrecimiento a favor de los legitimarios conformes no supone una vulneración del régimen adquisitivo de los legados, sino una consecuencia directa de la ordenación dispositiva querida por el testador. La reciente STS de 29 de julio de 2013 ha puntualizado la preferencia de la voluntad declarada por el testador, y, por ende, de su ordenación dispositiva de la herencia, respecto de una interpretación rigorista de los criterios de vinculación o imputación de donaciones y legados. Por lo demás, y en contra de lo argumentado por los recurrentes, no cabe confundir la acción de complemento de la partición (art. 1079 CC), respecto de la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia, con la acción de suplemento de la legítima que realmente ejercitan las legitimarias, sobre todo en orden a la validez de la cautela socini, verdadera piedra de toque en el objeto de este pleito, lejos de ser tal cláusula una cuestión colateral o accesorio. De su admisión inevitablemente se deriva una necesaria modificación de la partición realizada que se ajuste tanto a la intangibilidad de la legítima solicitada, como al acrecimiento de lo mejorado en favor de los legitimarios conformes.

**Devolución de los frutos.**—Como acertadamente señala la sentencia recurrida, la fecha a tener en consideración para la obligación de la devolución de los frutos en el presente caso, esto es, de computación de liberalidades para fijar las legítimas, viene referido a la interposición de la demanda (art. 651 CC) sin que quepan aplicaciones analógicas con otras figuras, más o menos próximas, pero de distinta naturaleza y función, como la colación (art. 1049 CC), ni mucho menos, con figuras claramente alejadas como el legado sujeto a condición, tal y como argumenta la recurrente.

**Prescripción de la *actio ad suppleendam*: No cabe aplicación analógica de la caducidad de acciones.**—No procede la aplicación analógica pues técnicamente no se está ante el supuesto de reconducción al ámbito de la revocación y reducción de donaciones (arts. 644 a 646 CC), ni tampoco ante un supuesto de rescisión, ya por la vía específica de la lesión de la partición, o bien por el cauce general de la rescindibilidad de los contratos (arts. 1078 y 1299 CC), sino ante el ejercicio de una acción de suplemento de la legítima cuyo plazo de prescripción es de 30 años, desde el día del fallecimiento del causante. (STS de 17 de enero de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.] (G. G. C.)