

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Gema ALVEAR LARA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Esther FARNÓS AMORÓS, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN, Francisco Luis SANTANA NAVARRO.**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Acción declarativa del dominio. La acción declarativa de la propiedad no prescribe mientras no se haya consumado por un tercero la usucapión de la cosa sobre la que se dirige la acción protectora del dominio.–La acción declarativa de la propiedad no prescribe de forma autónoma. Mientras el demandante sea portador de un interés legítimo y resulte ser el propietario, está legitimado para reclamar la protección de su derecho de propiedad. Del propio modo que si el demandante nunca fue dueño o hubiera dejado de serlo no podrá accionar en defensa de su derecho.

La acción declarativa del dominio en cuanto facultad del derecho de propiedad no prescribe de forma independiente.–La acción declarativa de un derecho constituye la proyección procesal de la facultad de su titular de defenderlo, dotándole de certeza, de modo que sigue la suerte del mismo –lo que, en esta materia, se expresa con el brocardico *in facultatibus non datur praescriptio* –las facultades no prescriben–. (**STS de 19 de noviembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Los demandantes interponen una acción declarativa del dominio para reclamar la titularidad de unas fincas. Los demandados, tras afirmar que las fincas reclamadas son en realidad una sola, alegan que son los verdaderos dueños del bien en base a dos argumentos: primero, a causa de las compraventas celebradas con la verdadera titular dominical y, segundo, a causa de la adquisición originaria de la propiedad por usucapión. También alegaron la excepción de prescripción extintiva de la acción declarativa del dominio. La demanda fue desestimada en las dos instancias, aunque por motivos diferentes. El Juzgado entendió que los demandados habían adquirido el dominio de las fincas por usucapión. La Audiencia Provincial consideró que la acción declarativa del dominio había prescrito por el transcurso de 30 años. El Tribunal Supremo estima el motivo de Casación (imprescriptibilidad autónoma de la acción declarativa del dominio) pero desestima el recurso en base a la regla de equivalencia de los resultados conforme al cual procede desestimar el recurso cuando la decisión recurrida debe ser mantenida en base a otros argumentos.

NOTA.—Es una sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo y en la misma se acoge la tesis de que la prescripción extintiva de las acciones de defensa de la propiedad y la usucapión son dos aspectos de un mismo fenómeno jurídico. De modo que la acción declarativa del dominio sólo se extingue por prescripción extintiva cuando en el demandado concurren los requisitos necesarios para que se produzca en su favor la adquisición del derecho por usucapión. Sin embargo, tal planteamiento no es aceptado por dos magistrados que formularon votos particulares. El primer voto particular lo formula el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, que no comparte la afirmación de la Sala de que la acción declarativa de propiedad «no prescribe aisladamente considerada». Sostiene en su voto particular que la eliminación de la autonomía de la prescripción extintiva frente a la usucapión vulnera el artículo 1963 CC que de forma clara distingue entre uno y otro concepto. Considera, en este sentido, que tanto la acción reivindicatoria como la declarativa de propiedad, en cuanto acciones de carácter real, prescriben sin más, si es sobre muebles, por el paso de seis años, y si es sobre inmuebles, por el de treinta; de forma que, aunque nadie haya llegado a usucapir la cosa, tales acciones se extinguen de todos modos por respeto a un principio elemental de seguridad jurídica. Por ello, el usucapiente puede oponer frente a la reivindicatoria o frente a la acción declarativa del dominio la excepción de prescripción porque la prescripción extintiva es una pérdida (de la acción) sin adquisición y la usucapión es una adquisición que acarrea una pérdida. El segundo voto particular lo formula el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán que difiere de la sentencia señalando que, conforme a los hechos, la verdadera naturaleza de la acción ejercitada es la de una acción reivindicatoria y que ésta prescribe de forma autónoma, aunque el plazo no comienza a correr sino desde que el demandado entró en posesión de la cosa reivindicada. Tampoco comparte la jurisprudencia que en la que se apoya la Sala para considerar imprescriptible la acción declarativa de propiedad en cuanto que las sentencias que se citan se refieren a acciones perso-

nales de nulidad absoluta o inexistencia de negocios jurídicos y la única que se señala relativa a acciones reales, la STS de 30 de diciembre de 2007, viene a sostener inequívocamente lo contrario de lo que se afirma, esto es, que la prescripción extintiva tiene lugar con independencia de la usucapión. Por último, pone de manifiesto la inseguridad jurídica que se deriva de la concepción de la propiedad como suma de facultades y que las facultades no prescriben, puesto que, se excluye del ámbito de aplicación de los artículos 1962 y 1963 CC todas las acciones protectoras del dominio, incluida la reivindicatoria que aparece expresamente mencionada en el artículo 348 CC. Con ello se añaden a las acciones que el artículo 1965 CC menciona como imprescriptible otras muchas sin señalar cuáles son. De la misma manera argumenta que cuando se afirma que mientras el demandante sea portador de un interés legítimo y resulte ser propietario está legitimado para reclamar la protección de su derecho de propiedad se introduce un factor de incertidumbre jurisprudencial, ya que, al identificar la legitimación para iniciar el proceso con la titularidad del derecho y ambas con la inoponibilidad de la prescripción se prescinde de la dimensión procesal de la acción como medio de acceso a la jurisdicción. (C.O.M.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Ponderación de la libertad de expresión y la protección de los menores en supuestos de difusión de mensajes infamantes del padre al que se le atribuye judicialmente la patria potestad y guarda y custodia de los hijos.—Acerca de la definición del concepto de intromisión ilegítima previsto en el artículo 7.7 LO 1/1982, es doctrina consolidada que la mera interposición de una denuncia penal no constituye un acto de imputación lesivo del honor (entre otras, SSTS de 24 de enero de 1997, 31 de mayo de 2001, 6 de junio de 2004, 28 de noviembre de 2008 y 26 de mayo de 2009). La denuncia no implica, por sí misma, un ataque al honor, al servir tan sólo como medio para poner en conocimiento del órgano jurisdiccional la posible existencia de un delito al amparo del derecho a la tutela judicial efectiva del que se siente perjudicado en sus intereses, siendo así que el descrédito que toda denuncia lleva aparejado para quienes figuran en ella no es bastante para apreciar la existencia de intromisión, ante la mayor protección que merece el derecho de la presunta víctima del ilícito penal. No concurre el supuesto de hecho del artículo 7.7 LO 1/1982 cuando la imputación de hechos penales se realiza a través del medio legal previsto (la denuncia), ante las autoridades penales competentes para conocerlos (la policía judicial), en ejercicio del derecho como perjudicado y deber como ciudadano de poner en conocimiento la comisión de hechos delictivos. La LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor regula la obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, de prestarle auxilio inmediato y comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos. La protección de la infancia se configura como un límite a la libertad de expresión prevista en el artículo 20.4 CE, lo que se ha entendido como la falta de exigencia de una certeza absoluta del denunciante, bastando la simple sospecha o indicio razonable para proceder de esta manera, existiendo en todo caso un deber de denunciar los hechos si estos fueran constitutivos de delito. Sin embargo, ello

no cubre aquellos supuestos en los que la libertad de expresión no se ejerce como manifestación o instrumento de la obligación a la que se refiere esta ley, como sucede cuando la difusión de los hechos que supuestamente atentan contra los menores no se formula mediante denuncia ni en vía administrativa ni en vía penal, ni se tiene la garantía de que lo que hizo pudo servir de instrumento de protección de los menores. Estas condiciones no se cumplen cuando lo que se hace es poner en conocimiento de una asociación privada los hechos que dieron lugar a la demanda, que luego la asociación transmite a la correspondiente Consejería y Fiscalía de Menores, pues una asociación no se considera agente de la autoridad.

Ponderación entre los derechos fundamentales al honor, a la libertad de expresión y a la libertad de información.—El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan 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 aquella (SSTC 14/2003, de 28 de enero y 216/2006, de 3 de julio). El derecho al honor se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. En la ponderación de todos ellos, si bien habrá de hacerse caso por caso, se deberá otorgar cierta prevalencia al derecho a la libertad de expresión, por su importancia para el adecuado desenvolvimiento de la sociedad democrática, sin perjuicio de que la libertad de expresión deba ceder ante el derecho al honor cuando la primera se ejercite de manera incorrecta. Este ejercicio incorrecto se produce cuando la imputación que se dirige contra el padre de los menores es formalmente injuriosa (relacionada con un delito de maltrato físico y psíquico) y no verificada, que omite la existencia de procesos judiciales previos, y es además especialmente grave en una sociedad muy sensibilizada con la protección a la infancia y los malos tratos. (**STS de 15 de noviembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña Ana formula una denuncia ante una asociación privada contra el maltrato, en la que imputa la autoría de una situación de maltrato físico y psíquico sobre su amiga, ex esposa de la persona denunciada, y contra los dos hijos menores de ambos. La asociación pone los hechos en conocimiento de la Consejería de Bienestar Social autonómica y la Fiscalía. Don Antonio interpone demanda de juicio ordinario contra doña Ana, contra su ex esposa doña Laura y contra la citada asociación, solicitando la declaración del carácter de intromisión ilegítima en su derecho al honor de la actuación de las demandadas y solicitando la condena a la indemnización de los daños morales y a la publicidad a su costa de las disculpas y el reconocimiento de las falsedad de las imputaciones efectuadas, con copia de la sentencia, a todos los organismos públicos a los que se hubieren remitido las denuncias.

En sentencia de 19 de enero de 2010, el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Oviedo desestima la demanda y absuelve a las demandadas. El recurso de apelación interpuesto por don Antonio es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial de Oviedo, en sentencia de 26 de mayo de 2011, por la que se revoca parcialmente la sentencia de instancia, declarando que doña Ana había llevado a cabo una intromisión ilegítima en el derecho al honor del

actor, por lo que se la condenaba a remitir comunicación fehaciente de disculpa reconocimiento la falsedad de la imputación y a abonar la indemnización de 3.000 euros en concepto de daño moral. Entiende la Audiencia Provincial que la demanda no se limita a poner en conocimiento unos hechos que afectan negativamente a los dos menores de edad, que afirma haber sido referidos por uno de ellos, sino que realiza manifestaciones y juicios de valor propios sobre el actor –referidos, entre otros, al hambre pasada por los hijos– que indudablemente afectan negativamente al honor de éste, omitiendo un dato relevante para valorar su similitud por quien recibió dicha comunicación, como es la existencia de una larga serie de procesos judiciales seguidos ante el Juzgado de familia de Oviedo, en los que ha sido enjuiciada la problemática derivada de la crisis matrimonial entre el actor y la madre de los menores, habiéndose otorgado al actor la guarda y custodia.

Doña Ana interpone recurso de casación contra dicha sentencia, en el que cuestiona el juicio ponderativo efectuado por la Audiencia Provincial en el conflicto que se presenta entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Dicho recurso es desestimado, confirmando con ello la sentencia de instancia.

NOTA.–El artículo 7.7 Ley 1/1982, de 5 de mayo, en la redacción vigente en la actualidad, se refiere a la «imputación de hechos o manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentado contra la propia estimación». El texto actual de esta norma fue introducido por la disposición final de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. En su redacción vigente desde el 4 de junio de 1982 hasta el 24 de mayo de 1996 – fecha en la que entra en vigor la reforma de 1995– no existía un apartado equivalente al actual apartado séptimo, y la existencia de intromisión ilegítima se sometía, en este caso, al requisito de la «divulgación» de hechos que afectaran a la reputación o buen nombre de la persona (*G.M.A.*)

3. Las causas de incapacidad.–A diferencia de lo que ocurría en la antigua redacción del CC, a partir de la reforma de 1983, el artículo 200 CC contiene una cláusula abierta de causas de incapacidad. El artículo 322 CC establece una presunción de capacidad, aplicable a toda persona mayor de edad, que desaparece en el momento en que se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que esa persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Para incapacitar a una persona no basta con que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, sino que es necesario que el trastorno, sea de la intensidad que sea, impida gobernarse a la afectada por sí misma.

La incapacitación y la titularidad de derechos fundamentales.–La incapacitación de una persona, ya sea total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta. No obstante, el Tribunal Supremo entiende que la incapacitación, al igual que ocurre con la minoría de edad, no cambia la titulari-

dad de los derechos fundamentales, aunque sí determina su forma de ejercicio. El incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y la incapacitación trata de protegerle. De ahí que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del incapacitado. Una medida de protección como la incapacitación sólo tiene justificación puesta en relación con la protección de la persona. La incapacitación no es una medida discriminatoria, puesto que la situación merecedora de protección tiene características específicas y propias –se trata de personas cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse–. En definitiva, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino exclusivamente de la persona afectada. **(STS de 11 de octubre de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.–El Ministerio Fiscal interpuso demanda promoviendo la declaración de incapacidad parcial de M, a instancia de los familiares de este último, y propuso la designación de curador para que pudiera asistirle en las cuestiones relativas al control terapéutico de su enfermedad y el sometimiento al tratamiento, así como para la administración y disposición de sus bienes, a excepción de dinero de bolsillo.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. M interpuso recurso de apelación, que fue estimado en el único sentido de declarar que es capaz para administrar su pensión y para ejercitar el derecho de sufragio activo. En lo demás confirmó la sentencia de primera instancia. Concluye que del análisis de un cabello del recurrente se desprende que sufre un trastorno de la personalidad no especificado, trastorno por dependencia al alcohol y trastorno depresivo reactivo, patologías que limitan las capacidades de querer, entender y libre determinación del recurrente, por lo que debe mantenerse su incapacidad parcial.

En casación, M alega la infracción del artículo 200 CC, y que el consumo excesivo de alcohol no puede considerarse como elemento incapacitante, ni siquiera de forma parcial, para impedir al recurrente gobernarse por sí mismo. El Tribunal Supremo entiende que ha quedado debidamente acreditada la existencia de una enfermedad psíquica incapacitante. Según el Alto Tribunal, M precisa de un complemento de capacidad para proteger su personalidad, por lo que cabe aplicar la figura de la curatela.

NOTA.–En términos similares se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de septiembre de 2009, donde vino a plantearse la adecuación de nuestro sistema de incapacitación con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007. La incapacitación supone una limitación en la capacidad de obrar de las personas, pero eso no significa que queden desprovistas de derechos. El incapacitado sigue siendo titular de sus derechos fundamentales. Nuestro régimen de incapacitación otorga a la persona que la padece la protección jurídica necesaria a través de las distintas instituciones de guarda. Su finalidad es primordialmente protectora del incapaz, en la medida en que los cargos tuitivos deberán ejercitarse en benefi-

cio e interés del incapaz. Además, la incapacitación no implica una presunción de incapacidad para todos los actos que realice el incapacitado, sino únicamente para los que señale la sentencia o establezca la ley. (S.L.M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

4. Contratos sobre productos financieros. Falta de identidad de sus vencimientos y los subyacentes contratos de crédito. Deber de informar sobre el alto grado de riesgo de la operación. Error en el consentimiento.—El error vicio, que se produce cuando se forma la voluntad del contratante sobre una presuposición inexacta, ha de ser entre otros requisitos, excusable, pues así lo exige la jurisprudencia (SSTS de 4 de enero de 1982, 28 de septiembre de 1996, 21 de mayo de 1997, 17 de julio de 2000 y 13 de mayo de 2009, entre otras muchas), que toma en consideración la conducta de quien lo sufre y niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que le era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoró, —*«quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire»*—[no se entiende que padece daño quien por su culpa lo sufre]—, y en la situación de conflicto producida, la concede a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración comercial seriamente emitida. El error que se alega, ha de existir realmente, sería inexcusable, por la sencilla razón de ser obvias las consecuencias de no someter unos y otros contratos al mismo régimen de vencimiento, y de suponerse razonablemente que un grupo de personas —de las que, al menos uno, el cabeza de familia, había intervenido en anteriores operaciones iguales—, conocedoras de que adeudaban importantes cantidades de dinero —de varios millones de euros— a causa de contratos de crédito sometidos a determinados vencimientos, eran o debían ser conscientes de que, al cumplirse los plazos, habrían de soportar las reclamaciones de la insatisfecha entidad acreedora. Contrario a la —regla esencial en la contratación— *pacta sunt servanda* sería extender el vencimiento de los contratos de crédito subyacentes a los litigiosos [2007], cuando por voluntad de las dos partes los plazos de vigencia de las respectivas relaciones quedaron configuradas distintamente en unos y otros. Así pues, en los contratos aquí discutidos, aparecía claramente descrito el riesgo que existe en la inversión, don J. D., que representaba a los demás miembros de su familia, fue informado con «imparcialidad y rigor, explicándole todos los elementos y advirtiéndole de los riesgos a los que se enfrentaba, muy especialmente cuando se trata de productos financieros de alto riesgo». (STS de 15 de noviembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Los cónyuges J. D. y doña A., y sus tres hijos; doña F., don A., y doña R., el primero de ellos administrador, entre otras sociedades, de Iniciativas y Promociones Canarias, S.A. (Improcanca), la cual había intervenido como garante de varias operaciones financieras suscritas con el Banco Santander, S.A. Suscribieron sendos contratos de productos financieros estructurados con dicho banco, en fechas de tres de octubre de dos mil cinco y siete de abril de dos mil seis. Con plazo de vencimiento de tres de noviembre y

siete de abril de dos mil nueve, respectivamente. Un año más tarde –en dos mil siete–, las referidas operaciones financieras fueron canceladas anticipadamente y sustituidas a su vez por las operaciones financieras de fechas; cuatro de mayo, siete de noviembre y ocho de noviembre de dos mil siete, denominados depósitos tridente BBVA, ING. y BNP Paribas. Con fecha de vencimiento cuatro de mayo de dos mil diez. Convenidos por los demandantes, por importe de seis millones de euros. Con cargo a las pólizas de crédito inicialmente convenidas.

Demandan en juicio ordinario a Banco Santander, S.A. Pretendiendo la anulación de los contratos de inversión –«producto financiero tridente»–, celebrados en el años dos mil siete, bajo el argumento de que Banco Santander, S.A., no les había advertido del altísimo riesgo de la operación, tal como quedo finalmente diseñada, por razón de los distintos vencimientos, generando de ese modo error en la formación de sus voluntades, luego expresadas para consentir. Con carácter subsidiario solicitaron al órgano judicial la declaración de que sus deudas, nacidas de los contratos de crédito, sólo vencerían cuando lo hicieran los nuevos contratos reguladores de la inversión financiera.

La parte demandada en síntesis alegó que, en los respectivos contratos, se hizo constar que «el titular manifiesta que ha tomado su propia decisión libre e independientemente sobre la conveniencia u oportunidad de contratar el producto estructurado... que ha recibido las oportunas advertencias por parte del banco sobre los riesgos del producto y, en concreto, sobre la posibilidad de que la rentabilidad del mismo sea negativa».

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 48 de Madrid, de 17 de septiembre de 2009, desestimó íntegramente la demanda. En segunda instancia, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de febrero de 2010, desestimó el recurso de apelación, confirmando la misma.

Los demandantes interponen recurso de casación, que es desestimado íntegramente por el Tribunal Supremo, que casa la sentencia recurrida. Entiende el Alto Tribunal que el error vicio, que se produce cuando se forma la voluntad del contratante sobre una presuposición inexacta, ha de ser, entre otros requisitos, excusables. En definitiva, declaró que los demandantes no habían sufrido error vicio alguno cuando por voluntad de las dos partes los plazos de vigencia de las respectivas relaciones quedaron configuradas distintamente en uno y otros contratos.

NOTA.–Para un análisis doctrinal de los problemas de información y del error en los contratos se recomienda la lectura de las siguientes obras; Gómez Calle, Esther. *Los deberes precontractuales de información*. La Ley. Madrid, 1994; Maza Gazmuri, Iñigo de la. *Los límites del deber precontractual de información*. Civitas, Navarra, 2010; Morales Moreno, Antonio Manuel. *Permuta financiera de intereses (swap), deberes de información, error e indemnización. (Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo español de 21-11-2012)*. Documento inédito. 2013; Picatoste Bobillo, Julio. *El derecho de información en la contratación con consumidores*. Actualidad Civil, núm. 4. La Ley, febrero, 2011; Tapia Sán-

chez, M.^a Rosa, *Protección del inversor. En especial el deber de información pre y postcontractual*. Perspectivas del sistema financiero, núm. 98, 2010; Morales Moreno, Antonio Manuel. *El error en los contratos*. Madrid, CEURA, 1998, entre otros. (G.A.L.)

5. Precontrato. Requisitos: especial referencia al plazo de cumplimiento.—En el precontrato se concreta el contrato proyectado que las partes deberán poner en vigor, como primera fase del *iter contractus*, y la segunda fase será el cumplimiento de la anterior. De ahí que el contrato preparado debe reunir todos los elementos del contrato y debe contener el plazo de cumplimiento. Abundante jurisprudencia se ha ocupado de esta institución, siempre contemplando el plazo (SSTS de 31 de diciembre de 2001 y 24 de junio de 2011). Un precontrato sin fijación de plazo va contra la esencia de las obligaciones, ya que cada parte tendría el arbitrio de aceptar o no el cumplimiento en el plazo que quisiera.

Precontrato bilateral de compraventa.—Está contemplado en el artículo 1451 CC, a través de él, las dos partes contratantes tienen el derecho y el deber de poner en vigor el contrato de compraventa que habían preparado.

Novación propia e impropia.—La novación en su sentido estricto es el modo de extinguir la obligación por la constitución de una nueva que la sustituye (SSTS de 20 de mayo de 1997, 28 de diciembre de 2000 y 10 de junio de 2003, entre otras). Pero también la jurisprudencia ha admitido, junto a la *novación extintiva o propia*, la *novación impropia o meramente modificativa*, para referirse a la modificación objetiva o subjetiva que es simple alteración de la obligación (SSTS 23 de mayo de 2000, 26 de junio de 2002 y 10 de junio de 2003). (**STS de 19 de octubre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Las partes en este proceso celebraron el 17 de enero de 2003 lo que denominaron *reserva de vivienda*, que modificaron, en cuanto al precio, en otra *reserva* de 22 de julio 2005. Ambas tenían por objeto una vivienda, con garaje y trastero perfectamente delimitados, con un precio y forma de pago detallados. En las mismas no se consigna plazo alguno en que deba cumplirse la entrega del objeto, ni el pago del precio ligado a ella. Anteriormente, en 2002, el Ayuntamiento correspondiente suspendió la concesión de la licencia de obras. Ambas partes conocían tal circunstancia al tiempo de firmar aquellas *reservas*. No se construyó el edificio y la parte del precio que se pagó fue devuelta.

Años después, en 2007 la parte que pretendía ser adquirente formuló demanda contra la sociedad que se había obligado a construir el edificio, para que cumpliera el contrato de *compraventa* (lo calificó así) y le indemnizase por daños morales.

Tanto el juzgado como la audiencia desestimaron íntegramente la pretensión de la actora. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Si no se ha estipulado un plazo para exigir el contrato definitivo, podrá pedirse tal contrato definitivo en cualquier momento. Este criterio es defendido por Díez-Picazo, L., en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I* (Cizur Menor-Navarra, 2007) p. 408. (*I. D.-L.*)

6. Contratos. Interpretación contra proferentem de las cláusulas oscuras.—La regla contenida en el artículo 1.288 CC no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos y, por supuesto y primordialmente, las reglas de la lógica (STS de 27 de septiembre de 1996). En el caso concreto, la compleja redacción del documento no permite afirmar que los prestatarios aceptaron pagar un cargo por cancelación, al no venir establecido claramente para los casos de desistimiento, como sí lo estaba, por el contrario, para los supuestos de resolución derivados de incumplimiento o demora en el pago. De ahí que, habiendo sido dicha cláusula redactada e introducida en el contrato por la entidad bancaria, se impone una aplicación de la misma en las condiciones que exige el artículo 1288 CC que impide pueda beneficiar a quien, precisamente, causó la oscuridad. En este sentido, el canon *contra proferentem*, inspirado en la buena fe, en la responsabilidad del declarante y en la protección de la confianza del destinatario en la declaración, y dirigido a evitar abusos derivados de la confusa redacción de las cláusulas del contrato (SSTS de 2 de julio de 2008 y de 23 de marzo de 2011), fue bien aplicado por el Tribunal, por hallarnos ante una cláusula oscura cuya redacción fue solo imputable a la recurrente. (STS de 15 de noviembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Los actores suscribieron un contrato de préstamo vinculado a otro de «intercambio de tipo/cuota» dirigido a sustituir el interés variable por el pago de un canon periódico fijo. La disconformidad en la liquidación llevada a cabo por el Banco debido al aumento de las cuotas hizo que los prestamistas desistieran del contrato, a lo que estaban facultados por el mismo. La entidad cobró una cantidad en concepto de cancelación, a lo que los clientes se opusieron al considerar que la cláusula sobre cancelación no se aplicaba al supuesto de la facultad resolutoria ejercitada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Lugo estimó el recurso de apelación de los actores y condenó al Banco a la devolución de la suma cobrada en concepto de cancelación de la operación. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (F.L.S.N.)

7. Acción pauliana. Requisito del propósito de defraudar, tanto del que enajena como del que adquiere la cosa objeto de la enajenación.—El Tribunal Supremo recuerda su jurisprudencia anterior en la que se señalan los requisitos de la acción pauliana: i) la existencia de un crédito anterior a favor del accionante y en contra del que enajena la cosa; ii) la realización de un acto en virtud del cual salga el bien del patrimonio del que lo enajena; iii) el *consilium fraudis*, es decir, el propósito defraudatorio en perjuicio del acreedor, que goza de la presunción legal establecida en los artículos 643.2.º y 1297, primer párrafo, CC; iii) la ausencia de otro medio que no sea la rescisión de la enajenación para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor (SSTS de 19 de julio de 2007 y de 12 de noviembre de 2008). Cumplidas estas condiciones, la salida del bien del patrimonio del demandado produce como resultado el perjuicio del crédito del actor en cuanto a la posibilidad de ejecución sobre dicho bien. Mientras se produce la condición suspensiva sólo concurre una expectativa de la producción de parte de los efec-

tos del negocio, por lo que el acreedor puede ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho, como es la acción pauliana (STS de 2 de junio de 2010). En cuanto al requisito del propósito defraudatorio, éste ha de producirse tanto en la persona que enajena como en el adquirente de lo enajenado (STS de 20 de octubre de 2005). Según reiterada jurisprudencia –entre otras, SSTS de 12 de marzo de 2004, 19 de julio de 2005, 19 de noviembre de 2007 y 25 de marzo de 2009– esta exigencia se debe interpretar de manera flexible, luego no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, sino que basta la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos del acreedor. Por tanto, este requisito se entiende de manera amplia como la conciencia en el deudor enajenante del empobrecimiento real o fingido que causa el acreedor, bastando con que ese deudor conozca o deba haber conocido la eventualidad del perjuicio, junto con la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata. **(STS de 26 de octubre de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.–La actora de este procedimiento, Estudio A, S.L., fue titular de un crédito hipotecario contra Escuela de Música B, S.L., que era titular de tres fincas registrales, sitas en Sevilla, y al no abonarse el mismo se inició procedimiento de ejecución hipotecario. En julio de 2007 Escuela de Música B consigna en este procedimiento el importe a que asciende la responsabilidad hipotecaria de las fincas, cancelándose se derecho real por el Juzgado ante el que dicho procedimiento se llevaba a cabo. Igualmente, la actora interpuso demanda de reclamación de cantidad en virtud de la que se incoó procedimiento ordinario en reclamación de los intereses moratorios. Con fecha de 2 de marzo de 2007 se dictó sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid, que fue recurrida en apelación y resultó confirmada, en la que se condenaba a Escuela de Música B al pago de los intereses moratorios derivados del crédito hipotecario. Se acordó la ejecución provisional con fecha de mayo de 2007.

En julio de ese año Escuela de Música B vende a Cooperativa Madrileña C las fincas hipotecadas, que eran su único patrimonio. En el contrato de compraventa se hace constar la carga del proceso de ejecución hipotecaria pero no la totalidad de la condena sobre la que ya se había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid, en el procedimiento en el que se había acordado el embargo. Asimismo, en la escritura consta la condición suspensiva que suspendía la eficacia de la compraventa por el plazo de un año desde la fecha del otorgamiento.

Escuela de Música B, tras negociaciones con Estudio A, depositó uno de los pagarés que había recibido de la Cooperativa Madrileña C como pago de parte del precio de la compraventa.

Estudio A interpone demanda de juicio ordinario en ejercicio de la acción pauliana o de rescisión por fraude de acreedores, contra Escuela de Música B y contra Cooperativa Madrileña C, fijando como cuantía la cantidad por la que la codemandada Escuela de Música B había transmitido a la también demandada, Cooperativa madrileña C las fincas que constituían su único patrimonio. En sentencia de 22 de septiembre de 2008 el Juzgado de Primera Instancia

número 48 de Madrid dicta sentencia por la que desestima la demanda. La actora interpone recurso de apelación, que es estimado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de diciembre de 2009, en la que se declara rescindida la compraventa celebrada entre las demandadas.

Las dos codemandadas interponen sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo desestima ambos recursos y confirma la sentencia recurrida en todos sus términos. Cooperativa Madrileña C alega que la actora tuvo otros medios legales a su disposición para satisfacer su crédito, al no haberse transmitido la propiedad de las fincas por la codemandada, por la latencia derivada de la condición suspensiva, de manera que la actora pudo haber seguido la vía del apremio contra los inmuebles transmitidos. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que, aplicada la doctrina del requisito del *consilium fraudis* al caso de autos no puede negarse que la cooperativa codemandada sabía que había pendiente un procedimiento de reclamación de intereses moratorios, pues así se hizo constar en la escritura, si bien se mencionaba que por una cantidad inferior a la real, al transcribir una nota simple, errónea, del Registro de la Propiedad. Este hecho, junto con su oposición expresa al cobro del pagaré en el procedimiento cambiario conduce al Tribunal Supremo a inferir que la cooperativa codemandada tuvo conciencia del perjuicio que causaba, por lo que confirma la calificación dada por la sentencia de instancia (G.M.A.)

8. Concurso de acreedores. Pago de deudas vencidas y exigibles encontrándose la sociedad en estado de insolvencia. Perjuicio para la *par condictio creditorum*.—En principio un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración del concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración del concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par condictio creditorum*. Pudiendo afirmarse, como corolario de esta idea, que cuando se paga algo debido y exigible no puede haber perjuicio para la masa activa del posterior concurso de acreedores del deudor, salvo que al tiempo de satisfacer el crédito estuviera ya en un claro estado de insolvencia y, por ello, se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido.

Diferencias entre la rescisión de un contrato bilateral y de un acto unilateral como es el pago.—Si el objeto de la rescisión hubiera sido un contrato bilateral, su ineficacia sobrevenida hubiera llevado consigo el efecto restitutivo de ambas prestaciones. Pero la rescisión de un acto de disposición unilateral como es el pago, no conlleva la ineficacia del negocio del que nace la obligación de pago que se pretende satisfacer con el acto impugnado. De ahí que la rescisión afecta tan solo al pago, surgiendo para el receptor del dinero la obligación de restituirlo, sin que pierda su derecho de crédito, que por ser anterior a la apertura del concurso tiene la consideración de concursal

y deberá ser objeto de reconocimiento por el cauce pertinente. (STS de 26 de octubre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gallo.]

HECHOS.—La mercantil PDS 10 solicitó la declaración judicial de concurso necesario de la empresa V., S.L. Un mes después V., S.L. abonó a PDS 10 la cantidad que le adeudaba, lo que determinó que esta última desistiera de su solicitud de concurso. Sin embargo, apenas mes y medio después, fue la propia V., S.L. la que pidió la declaración judicial de concurso voluntario. En tales circunstancias, la Administración concursal nombrada formuló demanda de reintegración para la rescisión del pago efectuado a favor de la mercantil acreedora PDS 10. Tanto el Juzgado de lo Mercantil como la Audiencia Provincial de Málaga acogieron la acción. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L.A.G.D.)

9. Concurso de acreedores. Interpretación del concepto de acto perjudicial para la masa activa.—En base al artículo 7.1 LC serán rescindibles «los actos perjudiciales para la masa activa». Para concluir qué debe entenderse por acto perjudicial para la masa activa hay que analizar el acto en el momento de su ejecución, luego habrá que evaluar si con los datos existentes en el momento de su ejecución, el acto habría sido considerando lesivo para la masa activa en la hipótesis de que ésta hubiera existido en aquella fecha. Reiterando la STS de 12 de abril de 2012, el Tribunal Supremo declara que no existe discrepancia alguna ni a nivel doctrinal ni en la jurisprudencia sobre el carácter perjudicial para la masa activa de aquellos actos que provocan un detrimento o disminución injustificada del patrimonio de concursado, pero advierte que ello no supone que puedan ser rescindidos otros actos que, sin afectar negativamente al patrimonio del concursado, perjudiquen a la masa activa, como son aquellos actos con los que se altera la paridad del trato de los acreedores. La expresión «actos perjudiciales para la masa activa» permite distanciar la idea del perjuicio de la de la disminución y la del patrimonio del deudor de la de la masa pasiva, ya que la LC no dispone la rescindibilidad de los actos que suponen una disminución del patrimonio del deudor sino de los que son perjudiciales para la masa activa, pues se entiende que estos últimos suponen un sacrificio patrimonial injustificado (SSTS de 16 de septiembre, 27 de octubre y 14 de diciembre de 2010 y de 12 de abril de 2012). La existencia de contratos o actos económicamente vinculados hace complejo el análisis. En esa valoración se debe tener en cuenta el marco en el que se desarrolla la operación o acto concreto impugnado. La propia letra de la disposición adicional cuarta LC, introducida por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal exceptúa del campo de aplicación del artículo 71.1 LC los actos que se integran dentro de las complejas operaciones de refinanciación. Finalmente, el Tribunal Supremo hace alusión al fenómeno de la actuación coordinada de los grupos societarios, para declarar que las llamadas garantías contextuales prestadas a favor de sociedades del mismo grupo, como regla, deben entenderse como operaciones de grupo en las que la existencia o no de perjuicio debe valorarse siempre en ese marco. (STS de 8 de noviembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En abril de 2006 Banco B y Compañía O suscribieron una póliza de crédito con límite de 300.000 euros por tiempo de un año prorrogable. Inversiones S afianzó con carácter solidario el crédito concedido. En julio de 2006 la compañía Internacional C suscribió con Banco B una póliza global de comercio exterior por cuantía principal de 800.000 euros. Inversiones S también afianzó con carácter solidario dicha póliza. En abril de 2007 dicha póliza fue ampliada hasta el límite de 1.600.000 euros, siendo afianzada la ampliación de dicho crédito nuevamente por Inversiones S y nuevamente con carácter solidario. En diciembre de 2007 Banco B, Banco V y Caja de Ahorros M como prestamistas e Inversiones S como prestataria suscribieron un contrato de préstamo mancomunado por importe de 5.400.000 euros, que fue garantizado mediante hipoteca constituida sobre la finca y naves en las que la compañía O desarrollaba su actividad. En ejecución de lo pactado, Banco B transfiere a Inversiones S 1.800.00 euros de los que el 8 de enero de 2008 procedió a transferir a la cuenta asociada a la póliza global otorgada por Banco B a compañía Internacional C la cantidad de 1.462.627 euros, para el pago del saldo pendiente, así como 300.000 euros a la cuenta asociada a la póliza de crédito personal concedido a Compañía O, y 63.500 euros a Banco B para pago de provisión de fondos por la tramitación de la hipoteca, comisiones y gastos de apertura del préstamo. En febrero de 2008 Inversiones S fue absorbida por compañía O. Dos meses más tarde, compañía O solicita ser declarada en concurso voluntario, lo que tiene lugar al mes siguiente.

La administración concursal de compañía O interpone una demanda contra compañía O, Banco B, Caja de Ahorros M, Banco V y Compañía Internacional C, solicitando la rescisión de las fianzas otorgadas por Inversiones S a favor de Banco B para garantizar el crédito concedido por éste a compañía Internacional C, la rescisión del préstamo por importe de 1.800.000 euros concedido por Banco B a Inversiones S y de la hipoteca en garantía del mismo, así como de la declaración de mala fe de Banco B.

La sentencia de primera instancia estima la demanda incidental y declara la rescisión e ineficacia del afianzamiento prestado por Inversiones S para responder del crédito concedido por Banco B a compañía Internacional C, así como la posterior ampliación, la rescisión e ineficacia del contrato de préstamo entre Banco B y la concursada y de la hipoteca inmobiliaria y la calificación como subordinada del crédito a favor de Banco B.

La sentencia de segunda instancia estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Banco B, revocando la sentencia recurrida sólo en cuanto a la declaración del crédito subordinado.

Contra dicha sentencia Banco B interpone recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. En su desarrollo, la recurrente sostiene que para la rescisión de la hipoteca no basta el perjuicio para la masa, sino que se requiere la existencia de fraude y en el presente caso no existe fraude ni perjuicio. A ello añade que la declaración de mala fe que deriva de la afirmación del conocimiento de la mala situación económica generalizada en diciembre

de 2007 no equivale al fraude requerido por la Ley reguladora del Mercado hipotecario.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, pues entiende que no consta que la hipoteca litigiosa garantizase un crédito elegible. Además, entiende que no existen elementos para alterar el criterio de la sentencia recurrida en el sentido de que concurre mala fe, pues en dicha sentencia se había declarado que el apoderado de Banco B reconoció tener conocimiento las dificultades financieras, no resultando entendible un incremento del riesgo si no fuese por la intención de sustituir aquellos créditos ordinarios por otros privilegiados alterando con ello la *par conditio creditorum*. También se desestima el recurso por infracción procesal, entendiéndose que no se ha vulnerado el efecto de la cosa juzgada en las sentencias de instancia y que la motivación de las sentencias ha sido suficiente.

NOTA.—En el momento en el que se desarrollaron los hechos litigiosos estaba vigente el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, según el cual «las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser impugnadas al amparo de párrafo 2.º del artículo 878 CCo, mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución de gravamen, y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice de aquél». Esta redacción se modificó por el artículo 12.1 de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, según el cual «las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 LC, por la administración concursal que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe». El origen de esta modificación legislativa —de la expresión «cualquiera que sea su finalidad»— es la propia jurisprudencia. En efecto, la jurisprudencia entendió que el artículo 10 tenía un carácter excepcional y debía ser interpretado restrictivamente, de modo que cuando se trata de hipotecas concedidas en garantías de préstamos exigió que estos tuviesen la finalidad prevista en el artículo 4 de esta ley, que se refería a «financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad», interpretándose la expresión «cualquier otra obra o actividad» de forma restrictiva. En este sentido, se ha entendido que aunque las actividades citadas no formen parte de una enumeración cerrada, la interpretación que se haga de esta referencia final o abierta debe asemejarse a las actividades designadas nominativamente (STS de 23 de enero de 1997 y de 11 de abril de 2002) (*G.M.A.*)

10. Cesión de crédito: notificación o conocimiento de la cesión y efectos sobre el pago.—Del artículo 1527 CC se desprende que la posibilidad de liberarse el deudor de su obligación por medio del pago al cedente conclu-

ye cuando aquél tiene conocimiento de la cesión efectuada, desde ese momento puede afirmarse que la relación entre el cedente y el deudor cedido desaparece y queda sustituida por la relación entre cesionario del crédito y el propio deudor cedido.

¿Cuándo se entiende que el deudor tiene conocimiento de la cesión?—Desde que el acreedor cedente le comunica la cesión por vía de notificación, o bien, cuando el cesionario le exhibe o presenta el documento acreditativo de la cesión.

Las responsabilidades patrimoniales que acontezcan al cedente no afectan a la validez y eficacia de la cesión efectuada.—No puede sustentarse que las reclamaciones patrimoniales que puedan dirigirse contra el cedente por terceras personas puedan incluirse en el ámbito de las excepciones oponibles por el deudor al cesionario del derecho de crédito. (STS de 28 de noviembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Una entidad mercantil celebró con TVE un contrato de cesión de derechos de emisión de película. Unos meses después cede el derecho de crédito derivado del contrato anterior a otra sociedad. La cesión es notificada a TVE el mismo día. Al acusar recibo de tal comunicación, TVE pone de manifiesto haber recibido dos notificaciones de embargo contra la cedente. La sociedad cesionaria demandó a TVE reclamándole el pago del crédito.

El juzgado desestimó la demanda. La audiencia apreció el recurso de la actora y condenó a la demandada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—La liberación del deudor, no obstante no pagar a quien legítimamente es el acreedor, descansa sobre la protección del interés del deudor y de su confianza en la apariencia. Véase Pantaleón F., en *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia II* (Madrid 1993) p. 1025. (I. D.-L.)

11. Compraventa: carácter recepticio del requerimiento notarial de resolución extrajudicial prevista en el artículo 1504 CC.—La declaración unilateral de voluntad es necesariamente recepticia, de forma que no produce efectos el requerimiento que no llega a ser conocido por la parte requerida. Con lo que la mera declaración unilateral de voluntad no determina, por ella sola, la pérdida automática de la opción que ampara al contratante legitimado en orden al cumplimiento o a la resolución del contrato (SSTS de 15 de noviembre de 1999 y 28 de septiembre de 2001); de ahí que la naturaleza recepticia de la declaración de voluntad emitida lo sea tanto por la necesidad de comunicación de la misma, como por el condicionamiento funcional de tener que operar la pérdida de la facultad del comprador de realizar el cumplimiento o pago del precio. (STS de 7 de noviembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Los actores y la demandada, una promotora, suscribieron dos contratos de compraventa por los que los primeros adquirieron dos viviendas. El contrato privado de una de ellas, objeto del pleito, no se elevó a escritura pública. Este contrato también contemplaba la facultad resolutoria a elección de la vendedora

para el caso del no otorgamiento por la compradora de la correspondiente escritura pública, según el plazo fijado, así como una cláusula penal. La parte vendedora, mediante requerimiento notarial, solicitó la resolución del contrato, pero dicha acta no llegó a conocimiento de los compradores de forma autónoma, sino a través de la contestación a la demanda.

El juzgado desestimó la demanda relativa a la nulidad de la compraventa por error en el consentimiento, pero estima la pretensión subsidiaria de resolución del contrato al entender que la declaración de resolución contractual no precisa que sea recepticia y moderó la cláusula penal al 50%. La audiencia revocó íntegramente la anterior sentencia y obligó a los compradores al pago de todo lo debido por la compraventa y a su elevación a escritura pública. El Tribunal Supremo no da lugar a la casación.

NOTA.—El acta notarial es de notificación (resolución DGRN 17 de noviembre de 1978), pues no hay tanto intimación cuanto comunicación del propósito resolutorio. Esta voluntad resolutoria ha de proceder del vendedor que es quien ha de hacer la notificación, y ha de dirigirse al comprador, dado su carácter recepticio. (F.L.S.N.)

12. Arrendamientos urbanos. Acción de desahucio por expiración de plazo. Validez de las prórrogas forzosas convencionales, suscritas en contratos de arrendamientos de locales de negocio.—Derogado el régimen de la prórroga legal forzosa instaurado por la LAU 1964 por el Real Decreto Ley 2/1985, el Tribunal Supremo entiende que las partes pueden someterse a un sistema de prórroga convencional, en virtud del principio de libertad contractual (art. 1255 CC). En particular, el Alto Tribunal confirma la validez de las prórrogas forzosas convencionales, suscritas en contratos de arrendamientos de locales de negocio, puesto que a diferencia del régimen de prórroga legal forzosa ello no supone alterar la naturaleza temporal del arrendamiento, que es esencial. Ahora bien, dado que la intemporalidad que supone el hecho de dejar exclusivamente a voluntad del arrendatario, de modo indefinido, el tiempo durante el cual habrá de usar la cosa arrendada, conculca la propia naturaleza del contrato al ser fijada por las propias partes contratantes, la solución jurisprudencial es la de integrar la cláusula de la forma más adecuada a efectos de que no se produzcan unos u otros efectos indeseables. Por ello, se acude a la analogía con el usufructo y se entiende que cuando, como sucedía en el caso, el arrendatario es persona jurídica la duración máxima del contrato que cabe imponer al arrendador es la de treinta años (art. 515 CC). Para el Alto Tribunal, que reitera aquí su sentencia de 9 de septiembre de 2009, dicha solución resulta conforme con las exigencias de la buena fe y la contemplación de circunstancias tales como las expectativas de uso del arrendatario y las posibles inversiones realizadas para habilitar los locales a efectos de desarrollar en ellos el negocio de hostelería. (**STS de 14 de noviembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Verónica, Humberto y Javier (copropietarios arrendadores) y Cafeterías X, S.L. (arrendataria) celebraron un contrato de arrendamiento de local de negocio el 5 de noviembre de 1968. A

dicho contrato sucedieron una serie de actualizaciones posteriores, hasta que en 2007 las partes suscribieron un nuevo contrato en el cual estipularon una cláusula para fijar una prórroga convencional de un año, renovable por igual período, con carácter obligatorio para la arrendadora y potestativo para la arrendataria, que impedía la declaración de extinción del contrato de arrendamiento. Un año después los copropietarios ejercieron la acción de desahucio y solicitaron la condena de la mercantil arrendataria a desalojar el local.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Valencia, de 6 de febrero de 2009, desestima la demanda y absuelve a la entidad demandada, al considerar que la cláusula contractual que fijaba la prórroga convencional concerniente a la duración del arrendamiento de un año renovable por igual período, tenía carácter obligatorio para la arrendadora y potestativo para la arrendataria, lo que impedía la declaración de la extinción del contrato. En segunda instancia, la sentencia de la sección 6.^a de la audiencia provincial de Valencia de 30 de junio de 2009 desestima el recurso interpuesto por la arrendadora y confirma la sentencia impugnada, concluyendo que la voluntad de las partes fue la de someter el arrendamiento al régimen de prórroga forzosa.

Los copropietarios interponen recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo, que confirma la sentencia recurrida. El Alto Tribunal da por buena la valoración de la Audiencia, que infirió la voluntad de las partes de someterse al régimen de prórroga forzosa de la claridad de la estipulación que recogía la duración del arrendamiento. Tras acudir a la analogía con el usufructo el Tribunal Supremo entiende que la arrendadora no puede dar por extinguido el contrato de arrendamiento, al estar vinculada, en virtud de la cláusula litigiosa según la interpretación jurisprudencial prevalente, hasta el 23 de noviembre de 2037.

NOTA.—Con carácter general se aconseja la lectura de G. Ceira Bravo de Mansilla, «Duración del arrendamiento para uso diverso al de vivienda pactado por tiempo indefinido», *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 26/2011 (BIB 2011/153). El Tribunal Supremo entiende que el sometimiento de las partes al régimen de prórroga forzosa establecido en el artículo 57 LAU 1964 puede ser expreso o implícito, aunque nunca tácito: véanse, al respecto, las reseñas a las SSTs de 29 de diciembre de 2009 (RJ 2010/405), 7 de julio de 2010 (RJ 2010/5709), y 30 de mayo (RJ 2011/3993) y 17 de noviembre de 2011 (RJ 2012/1506), realizadas respectivamente por Lucas Andrés Pérez Martín, en el número LXIV-I (enero 2011) del *Anuario de Derecho Civil*, Ignacio Díaz de Lezcano, en el número LXIV-IV (octubre 2011), Francisco Javier Jiménez Muñoz, en el número LXV-II (abril 2012) y Andrea Macía Morillo, en el número LXVI-II (abril 2013). Acerca de la integración de la cláusula contractual sobre duración del contrato mediante la analogía del arrendamiento con el usufructo, entendiéndose que cuando el arrendatario es persona jurídica la duración máxima que cabe imponer al arrendador es la de treinta años, véase la STS de 14 de julio de 2010 (RJ 2010/3907) y el comentario a la misma por M.P. Álvarez Olalla, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 85/2011 (BIB 2011/50) (E.F.A.)

13. Vicios constructivos. Responsabilidad contractual del constructor-promotor. Principio de compatibilidad de la acción de responsabilidad decenal o por vicios ocultos y la acción de responsabilidad por ruina. Pretensión indemnizatoria preferentemente ejercitada. Carácter no subsidiario del cumplimiento por equivalente.—El Tribunal Supremo reitera su jurisprudencia consolidada en torno a la responsabilidad del promotor, como agente que interviene en el proceso constructivo y en la comercialización de las viviendas. En consecuencia, el promotor debe responder frente al comprador si la edificación padece vicios ruinógenos que la hacen inidónea. Dicha responsabilidad ha sido incorporada a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que constituye al promotor en garante de la calidad del producto final elaborado (art. 17.3). Su responsabilidad solidaria, «en todo caso», implica que responde aun cuando no estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo. El Alto Tribunal confirma, además, la compatibilidad entre las acciones de responsabilidad contractual que prevén, respectivamente, la LOE y el artículo 1591 CC, de la que ya se había hecho eco en sentencias como la de 2 de octubre de 2003 y 28 de febrero y 21 de octubre de 2011. Así, la «garantía decenal» no impide al comitente dirigirse contra quienes con él contrataron, a fin de exigir el exacto y fiel cumplimiento de lo estipulado, tanto si los vicios o defectos de la construcción alcanzan tal envergadura que pueden ser incluidos en el concepto de ruina, como si suponen deficiencias que conllevan un cumplimiento defectuoso, como de forma expresa se autoriza a partir de la entrada en vigor de la LOE, al regular la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de edificación (art. 17). **(STS de 11 de octubre de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios del edificio X demandó a la inmobiliaria Y, S.L., solicitando el pago de 374.066,49 euros por la reparación y subsanación de los vicios y defectos derivados del incumplimiento contractual de la demandada, consistentes, entre otros, en una insuficiente insonorización de las viviendas; fisuras repetitivas aparecidas en las mismas por incorrecto tratamiento de juntas, que determinaba el paso de olores de unas a otras; y filtraciones de aire y de agua. Además, algunas viviendas presentaban alicatados ahuecados o desprendidos; placas de suelo flotantes abiertas, ahuecadas o con manchas bajo los radiadores; defectos en la instalación de fontanería; fugas y goteos en instalación de calefacción; averías en la instalación de los porteros automáticos; defectos en la carpintería interior; faltas de remate de fachadas; defectos en instalaciones eléctricas; así como buzones, vidrios, alféizares y cerraduras de carpintería exterior rotos o deteriorados.

En su sentencia de 22 de abril de 2009, el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Valladolid estima en parte la demanda y condena a la demandada al pago de 82.899,76 euros.

La actora interpone recurso de apelación, que es estimado por la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.^a en su sentencia de 14 de diciembre de 2009, en el sentido de estimar la demanda en su totalidad. Contra esta sentencia la demandada interpone recurso de casación, basado en el principio de compatibilidad de acciones en el contrato de obra y el juego o distribución de la carga de la

prueba, y extraordinario por infracción procesal, basado en la improcedencia de la unión a los autos del informe pericial de parte aportado por la mercantil promotora, una vez comenzado el acto de audiencia previa. El Tribunal Supremo desestima ambos recursos. Respecto del recurso de casación, que es el que presenta mayor interés para el fondo del asunto, el Alto Tribunal confirma la responsabilidad del promotor basada en el principio de compatibilidad de las acciones que prevén el Código civil (art. 1591) y la LOE (art. 17), así como el carácter no subsidiario del cumplimiento por equivalente, concepto que se integra en la pretensión indemnizatoria ejercitada en el caso con carácter preferente.

NOTA.—Acerca de la responsabilidad del promotor, además de la lectura de las SSTs de 24 de mayo (RJ 2007/4008) y 13 de diciembre de 2007 (RJ 2008/529), y 26 de junio de 2008 (RJ 2008/4272), puede consultarse J. Flores Rodríguez, «La responsabilidad solidaria del promotor inmobiliario en los procesos de reclamación por defectos constructivos», *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 19/2007 (BIB 2007/1291). Como el artículo 1591 CC no fue expresamente derogado por la LOE y como ésta declara, además, su compatibilidad con las acciones de responsabilidad contractual (art. 17.1), su publicación suscitó un debate formulado en términos de «derogación» o «vigencia» del artículo 1591. Puesto que la jurisprudencia sobre la llamada responsabilidad por ruina ha sido desarrollada al margen de dicho artículo, en el que sólo tiene apoyos ocasionales, entiende E. Cordero Lobato que es irrelevante que el precepto codificado haya sido o no derogado. Además, el artículo 1591.I no es contrario a la LOE, que absorbe esta misma regla en su artículo 17.1.a): E. Cordero Lobato, «Responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación», en *Comentarios a la legislación de ordenación de la edificación*, A. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato, M.C. González Carrasco, 5.ª edición, 2011, Aranzadi, pp. 570-573. Sobre la compatibilidad de la acción decenal (art. 1591 CC) con acciones contractuales por cumplimiento defectuoso en el contrato de obra, puede verse la reseña de la STS de 21 de octubre de 2011 (RJ 2012/1122), realizada por Beatriz Gregoraci Fernández, en el número LXVI-II (abril 2013) del *Anuario de Derecho Civil*, así como las SSTs de 28 de febrero de 2011 (RJ 2011/455) y 22 de octubre de 2012 (RJ 2012/11064). Sobre el cumplimiento por equivalente en la responsabilidad derivada de proceso constructivo, puede verse la STS de 10 de octubre de 2012 (RJ 2013/1537) (E.F.A.)

14. Contrato de mandato. Compra de finca por el mandatario encargado de su venta. Tipo de ineficacia de la autocontratación no autorizada: anulabilidad del contrato.—La infracción de la prohibición establecida en el artículo 1459-2.º CC da lugar a la anulabilidad del contrato y no a la nulidad absoluta, porque la autocontratación puede ser autorizada por el mandante, quedando sujeta la acción de impugnación al plazo de cuatro años establecido en el artículo 1301 CC.

Extinción de la acción de impugnación por ratificación tácita del autocontrato.—La ratificación del mandante excluye la ineficacia del autocontrato. La ratificación puede ser tácita cuando el mandante, sin impugnar

el negocio jurídico celebrado en su nombre por el mandatario, acepta los efectos del mismo en su provecho. (STS de 8 de octubre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El litigio tiene su origen en la compra por una sociedad mercantil de una finca cuya venta había sido encargada a quien luego resultó ser titular, junto con su mujer, de la totalidad del capital social de la entidad compradora. De tal forma, que en dicho contrato de compraventa intervienen el mandatario de la vendedora y su mujer como representante de la compañía mercantil adquirente del referido inmueble. Impugnado el contrato por la mandante, la sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda y declara la ineficacia del contrato por nulidad radical del negocio celebrado. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revoca y desestima la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de Casación. (C.O.M.)

15. Responsabilidad civil de contratista de obras públicas: Acción directa contra aseguradora: Competencia de la jurisdicción civil: Negligencia exclusiva de la empresa contratista.—Tanto esta Sala, como la Sala Especial de Conflictos de competencia, han resuelto supuestos similares declarando, como hace la Audiencia Provincial, que la jurisdicción civil es competente en estos casos. Según la STS de 2 octubre 2009, el artículo 9.4 LOPJ (modificado por LO 6/1998) no impide que la acción de responsabilidad civil pueda ser dirigida contra el contratista de una obra pública cuando se considere que compete a él la responsabilidad por los daños causados en virtud de la negligencia en que se haya podido incurrir sin intervención de la Administración. En efecto, el artículo 97.1 LCAP establece la obligación del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios y limita la responsabilidad de la Administración a los casos en que tales daños hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, y en que los daños se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras (art. 97.2 LCAP). Por su parte, el artículo 97. 3 y 4 LCAP, tras reconocer la facultad de los terceros para requerir previamente al órgano de contratación para que se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños, deja patente que la reclamación puede dirigirse, cuando proceda, ante la jurisdicción civil. Este criterio ha sido aplicado reiteradamente por la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo (AATS de 9 abril 2003, 19 febrero 2008 y 19 junio 2009).

De la prueba practicada no se infiere que el daño sea debido a la actuación de la Administración, al cumplimiento de una orden emanada por ella ni a los vicios del proyecto por ella elaborado. En la sentencia de apelación se afirma que de los informes periciales emitidos y obrantes en los autos, se deriva claramente una actuación negligente y falta de cuidado en las obras que se realizaban, y que el proyecto redactado por la Xunta de Galicia quedó sin efecto alguno, por falta de presupuesto, lo que hace innecesario, inútil, la traída al proceso de persona alguna perteneciente a tal o tales organismos.

Error en la valoración de la prueba: Recurso extraordinario.—Esta Sala ha reiterado que en la formulación de posibles motivos por infracción procesal (art. 469 LEC) no se ha recogido, expresa y conscientemente por el

legislador, el error en la valoración probatoria, lo que responde a la propia naturaleza del recurso extraordinario que no comprende la revisión de la labor que en este punto se ha realizado ya mediante una doble instancia. Ha sido esta Sala la que, atendiendo al criterio constitucional de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), ha consolidado una doctrina según la cual cabe incluir en el apart. 4.º del artículo 469.1 LEC, aquellos casos en que en la valoración se ha incurrido en evidente error o irrazonabilidad, supuestos en los que no cabe discutir si es o no acertada tal valoración porque lo que se demuestra es un absoluto desajuste a los más elementales postulados de la lógica, de modo que no puede mantenerse tal valoración sin lesión del referido derecho constitucional (SSTS de 15 junio, y 16 noviembre 2009, y 26 julio 2012). En el presente caso la parte no plantea la denuncia de la valoración probatoria desde la perspectiva constitucional al haber amparado el motivo de forma errónea en el ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC.

Prescripción extintiva de la acción: Interrupción por instar expediente de consignación.—El artículo 1973 CC establece de forma expresa el reconocimiento del derecho como una de las causas de interrupción de la prescripción, y aunque la noción de *reconocimiento* no tenga un previo significado técnico y jurídico, no hay inconveniente alguno para su interpretación extensiva respecto de cualquier forma o modo que comporte dicho reconocimiento, particularmente de las conductas a través de las cuales se ponga de manifiesto que la parte se considera obligada por el derecho, conforme a la doctrina de los actos concluyentes y, en su caso, a los actos propios; sin que sea necesario un anterior negocio de fijación, ni una propia confesión del derecho, ni menos aún un negocio de novación de la relación obligatoria. En este contexto, esta Sala no alberga duda alguna que el expediente de consignación judicial de pago que se ofreció a la parte perjudicada supone, en rigor, un reconocimiento de su derecho, aunque ocurra, como en el presente caso, que exista una disconformidad sobre su cuantificación patrimonial, pero no sobre la admisión del derecho a ser indemnizado. Conceptualmente, el ofrecimiento de pago realizado con la consignación presupone, como cuestión lógico-jurídica, el reconocimiento del derecho pues su eficacia liberatoria debe ajustarse estrictamente a las disposiciones que regulan el pago (art. 1177, párr. 2.º CC).

Oponibilidad de una franquicia al perjudicado.—La Audiencia Provincial desestima la oponibilidad de la franquicia al perjudicado, por haberse pactado con posterioridad al siniestro. Se trata efectivamente de una cláusula que limita objetivamente los riesgos a cubrir. Pero, de cualquier forma, no puede invocarse en este caso en que el perjudicado acciona directamente contra la aseguradora, mientras que la cuestión suscitada deberá resolverse por el cauce contractual entre aseguradora y asegurado, sin relación de continuidad respecto del tercero o perjudicado.

Intereses penitenciales del artículo 20 LCS.—Es reiterada la doctrina de esta Sala sobre la rigurosa interpretación de la concurrencia de alguna causa de justificación enervadora de este pago sobre todo cuando la discusión hace referencia al importe de la cobertura. A la luz de la citada doctrina tampoco parece adecuado combatir la apreciación realizada por la Audiencia al concluir que la aseguradora consignó cantidades inferiores al 50% de la indemnización, y lo hizo transcurridos más de dos años después del siniestro (**STS de 22 de octubre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.] (*G.G.C.*)

16. Responsabilidad extracontractual: Muerte por electrocución de menor de 14 años por fallo del sistema eléctrico: Valoración del daño: Aplicación del baremo de accidentes de circulación: Circunstancias de la víctima.—Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales, no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, solo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando exista una notoria desproporción o se comete una infracción del Ordenamiento en la fijación de las bases tomadas para la determinación de la cuantía, lo que no es del caso puesto que no existe una irrazonable desproporción en la cuantía indemnizatoria fijada. Ambas sentencias de instancia, ante una petición de un millón de euros por parte del padre de la víctima, vienen a coincidir en la cuantía de 140.000 euros, utilizando el sistema de baremos en el caso de accidentes de tráfico, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en su fijación para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad, y dotar de seguridad jurídica a unos criterios indemnizatorios indudablemente inciertos. Tiene en cuenta el baremo de 2007, siguiendo la doctrina jurisprudencial según la cual es el momento del accidente el que determina el régimen legal aplicable. Y lo hace para compensar los daños causados teniendo en cuenta las circunstancias del menor, que no era hija única, sino la única hija común del matrimonio; la inexistencia de lucro cesante pretendido por ganancias dejadas de percibir, que ni se acreditan, ni resultan procedentes para beneficiar a quien, como su padre, no sufre limitación alguna respecto de las ganancias que en el futuro puede percibir, dado el fallecimiento de su hija, a partir del cual no genera este lucro, y al margen del grado de culpa y de otros criterios de valoración distintos, como la muerte debida a actos de terrorismo, cuando lo que aquí se trata es un desgraciado accidente sin intención alguna de que ocurriera. **(STS de 15 de octubre de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—El FD primero de la sentencia extractada reproduce una argumentación de la Audiencia Provincial, haciéndose eco de la del Juzgado de Primera Instancia, que la propia Sala del Tribunal Supremo acepta y desarrolla: «Si bien la vida humana, y más cuando su pérdida se produce en edad tan temprana como es el caso que nos ocupa, no tiene precio —cuestión en la que todos los litigantes está de acuerdo—, en supuestos tan desgraciados como el acontecido es preciso establecer un valor; y, al respecto, tomando en consideración cuantas circunstancias concurren en el caso enjuiciado, a la luz de la evolución de la jurisprudencia —que es necesario tener como referencia de la realidad sociotemporal en cuanto que marca la directriz del criterio hermenéutico de las normas (art. 3.1 CC)— se estima que la cuantía de 140.000 euros establecida en la instancia se ajusta al Derecho y al supuesto que nos ocupa, sin que, pese a los esfuerzos dialécticos de la letrada de la parte actora en sostenimiento de una mayor cuantificación, sin que los mismos puedan ser atendibles, puesto que no ha de servirnos de referencia la cuantía que haya podido ser establecida en supuestos de muerte debida a actos de terrorismo, cuando de lo que aquí se trata, al igual que en

los accidentes de circulación – cuyo baremo de indemnización se toma como referencia, en una suerte de analogía, artículo 4.1 CC – es un supuesto desgraciado sin intención alguna de que ocurriera. Además, la sentencia impugnada no se limita a establecer una cuantía en función de la aplicación automática de la que resultaría del citado baremo, sino que, atendiendo al concreto supuesto enjuiciado, otorga una cantidad superior a que resultaría del mismo».

El *quantum* otorgado de manera coincidente en todas las instancias representa el 14 % del total instado, lo que sólo indica lo desmesurado de la petición del padre (168 millones de las antiguas pts.), mientras el equivalente en pts. de lo concedido (aprox. 23,5 millones) no desentonaba ciertamente (es decir, no representa una *irrazonable desproporción*) con las indemnizaciones actualmente habituales en materia de accidentes. Quizá por la insistencia en la argumentación del recurrente el Tribunal Supremo se ve obligado a utilizar razonamientos que acaso pudieran ser calificados de poco *edificantes* (por ejemplo, el *lucrum cesans* del progenitor). (G.G.C.)

17. Responsabilidad extracontractual derivada de tratos precontractuales: Representantes de la Inmobiliaria carentes de facultades: Prescripción extintiva: Interpretación restrictiva.—La prescripción del tipo de acción ejercitada en este procedimiento, conforme al artículo 1968 CC, es de un año. Es un plazo de carácter civil, en el que se regula la prescripción de las acciones por las que se exija una responsabilidad al amparo del artículo 1902 CC, y que a falta de disposición especial se contará desde el día en que pudieron ejercitarse (art. 1969). La interrupción del plazo se produce por el ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier otro acto de reconocimiento de la deuda por el deudor. La jurisprudencia de esta Sala declara tanto la necesidad de una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción en aras del principio de seguridad jurídica como los supuestos en los cuales se entiende interrumpida dicha prescripción, en favor del titular del derecho; así no solo con la presentación de la demanda sino también con otros actos procesales tendentes a preparar la acción o para obtener la satisfacción del derecho pretendido y que revelen una voluntad claramente conservativa del mismo (así SSTS de 12 noviembre 2007 y 16 febrero 2012). En este caso, para entender iniciado el plazo de prescripción resulta necesario el conocimiento del daño realmente producido a la persona afectada, sin que tenga la menor trascendencia que en un proceso civil anterior no hayan sido parte los demandados, cuando resulta hecho probado en la sentencia, que es a resultados de dicho procedimiento cuando se determinan y concretan definitivamente los daños conectados a la causa que los origina y determina.

Mediación inmobiliaria: Mediadores carentes de facultades de enajenación: Daños y perjuicios: Relación de causalidad.—La imputación de responsabilidad de la demandada se hace a partir de los hechos probados, referidos a la relación desde el inicio existente entre los demandados, como representantes de Inmobiliaria Central, con la demandante. Los demandados carecían de facultad para autorizar la compraventa, y tampoco la tenían para transmitir la posesión y hacer entrega de la vivienda en los términos del artículo 1461 CC, no obstante lo cual ofrecieron la mediación a la actora respecto de la adquisición de la vivienda, que se concretaba, con referencia a

una persona que no era propietaria y nunca lo había sido. Hay causalidad física o material, por cuanto el daño se produjo como consecuencia de la actividad desarrollada por los demandados. Hay también causalidad jurídica pues las consecuencias de la mediación eran previsibles, como así se puso de manifiesto en las actuaciones seguidas entre la actora y la propiedad de la casa, mientras que el juicio de reproche subjetivo recae sobre los representantes de la Inmobiliaria Centro, pues ambos incurrieron en una actividad negligente con respecto a la actora, teniendo en cuenta su conocimiento de las normas relativas a la publicidad registral y la posibilidad de acceso a la misma, además de la previsión que aquellos deberían haber adoptado en relación con la persona que acudió a la agencia inmobiliaria a ofertar un piso (**STS de 4 de octubre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G.G.C.)

18. Responsabilidad extracontractual: Culpa médica: Acción directa contra aseguradora: Valoración de secuelas.—La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o por la infracción de una norma tasada de valoración que haya sido vulnerada, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, en cuanto al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (SSTS de 28 de noviembre de 2008, 30 de junio y 6 de noviembre de 2009, 26 de febrero y 1 de julio de 2011, entre otras). Por otra parte, la argumentación del motivo, más que referida a la infracción de las normas de procedimiento, tiene que ver con la indemnización concedida a partir de una tacha de arbitrariedad y de falta de equidad, que se vuelve a reproducir en el recurso de casación con el principio de reparación integral del daño, y ello nada tiene que ver con las normas de procedimiento que se dicen vulneradas.

Valoración de secuelas amnesia de fijación y epilepsia sin antecedentes y en tratamiento: Aplicación orientativa del Baremo de la Ley 30/1995: Consenso de las partes.—Dice la STS de 7 de mayo de 2009 que el efecto expansivo del Baremo previsto en el Anexo a la DA 8.ª de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil, ha sido admitido con reiteración por esta Sala con criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los artículos 1106 y 1902 CC (SSTS de 10 de febrero, 13 de junio, y 27 de noviembre de 2006, y 2 de julio de 2008). El Baremo no solo no menoscaba el principio de indemnidad de las víctimas, sino que la mayoría de las veces son ellas las que acuden a este sistema de valoración para identificar y cuantificar el daño entendiendo que, en esta siempre difícil traducción a términos económicos del sufrimiento causado, no sólo constituye el instrumento más adecuado para procurar una satisfacción pecuniaria de las víctimas, sino que viene a procurar al sistema de unos criterios técnicos de valoración, dotándole de una seguridad y garantía para las partes mayor que la que deriva del simple arbitrio judicial. Esta regla tiene dos limitaciones. Una, que el Tribunal no puede alterar los términos en que el debate fue planteado, y deberá resolver en atención a las circunstancias concurrentes, determinando la indemnización que corresponda con arreglo a dicho sistema, y otra que aun siendo posible revisar en casación la aplicación

de la regla conforme a la cual debe establecerse, en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebida o incorrectamente, en ningún caso podrá ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijado por la norma para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que se consideró acreditado (SSTS de 6 de noviembre de 2008, 22 de junio de 2009 y 29 de mayo de 2012).

En el presente caso, para la determinación, valoración y cuantificación de los días de estabilización y secuelas del actor, la parte actora se acogió al Baremo mencionado que sólo es orientativo en el caso de responsabilidad civil médica. También lo hizo la demandada, lo que originó un conflicto sobre el baremo de aplicación que fue resuelto en razón al consenso existente entre las partes, pues la parte actora invocó la Ley 34/2003 para cuantificar los días de estabilización y secuelas, siendo entonces aplicable el principio de libre disposición de las partes. (**STS de 14 noviembre 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda que había solicitado la condena a pagar la indemnización de 331.638 euros, sin más argumentación que *no hay mención por la demandada en cuanto a su exceso, baste como buena y vinculante*. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia, con base en la razonable sentencia extractada, reduciendo la indemnización a la suma de 83.488 euros (aprox. una cuarta parte de lo pedido). Era bastante clara la desestimación del recurso de casación, aunque, a mi juicio, también debió estimarse, sin embargo, el recurso extraordinario por falta de motivación. Decir que hubo motivación aunque insuficiente y que ello se prueba porque el perjudicado tuvo ocasión de recurrir al Tribunal Supremo, parece una especie de tautología (*G.G.C.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

19. Gastos de instalación de un ascensor.—El artículo 9 LPH, al que remite el artículo 18.2 LPH, obliga a todos los propietarios a contribuir, con arreglo a la cuota de participación establecida en el título o a lo especialmente acordado, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización. Cuando se trata de la instalación de un ascensor, la doctrina jurisprudencial ha entendido que el acuerdo obliga a todos los comuneros, tanto a los que hayan votado favorablemente como a los que hayan disentido. Ello supone que deben permitir que se lleve a efecto y abonar lo que corresponda, sin perjuicio de la impugnación judicial si concurren las circunstancias señaladas en el artículo 18 LPH (STS de 18 de diciembre de 2008).

A pesar de lo anterior, el principio de autonomía de la voluntad permite que la voluntad comunitaria, expresada a través de los estatutos, autorice, en determinadas circunstancias, exonerar de la obligación de contribuir a determinados gastos a algunas viviendas o locales comerciales. Ahora bien, cuando la instalación de un ascensor en un edificio que carece de él resulta necesaria para la habitabilidad del inmueble, constituyendo una mejora que

incrementa el valor del edificio en su conjunto y redunda en beneficio de todos los copropietarios, todos los comuneros tienen la obligación de contribuir a los gastos, sin que las cláusulas de exención del deber de participar en las reparaciones ordinarias y extraordinarias deban interpretarse como exoneración del deber de contribuir a los gastos de instalación del ascensor (STS de 20 de octubre de 2010). **(STS de 13 de noviembre de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La demandante pretende impugnar unos acuerdos de unas juntas de propietarios sobre instalación de ascensor y sobre el presupuesto económico de la obra de instalación del mismo. Alega la falta de formalidades legales exigidas para la convocatoria y la improcedencia de la derrama aprobada para el abono de los gastos de instalación, al entender que, como propietaria de un local comercial, está exenta de dichos gastos, según la cláusula primera de los estatutos de la comunidad. La comunidad de propietarios, por su parte, mantiene que de la interpretación de dicha cláusula de los estatutos se desprende que está obligada a contribuir a los gastos.

El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad de pleno derecho de los acuerdos adoptados sobre la instalación del ascensor y la distribución de gastos. A su juicio, dicha cláusula primera implicaba que la demandante quedaba exonerada del pago de los gastos de instalación del ascensor, ya que si bien expresamente no se indicaba en aquella el término «ascensor», había de entenderse incluido dada la antigüedad del edificio y la no previsión de su instalación en la época en la que se redactaron los estatutos.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación planteado por la demandada. Concluyó que la actora estaba obligada a abonar los gastos, pues la instalación del ascensor afecta al conjunto del edificio y produce un incremento de valor que beneficia a todos los propietarios. Además, los estatutos excluyen a los locales comerciales únicamente respecto de los gastos relacionados con portales, zaguanes y escaleras, no del resto.

Finalmente, la demandante interpone recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo. Llegó a la misma conclusión que la Audiencia Provincial, señalando que el propietario del local que no utiliza los ascensores viene obligado a soportar los gastos de su instalación. Por otro lado, las cláusulas de exención del deber de participar en las reparaciones ordinarias y extraordinarias han de interpretarse siempre restrictivamente, de modo que no abarquen los gastos de instalación de ascensor.

NOTA.—La instalación de un ascensor es considerada como una mejora necesaria para la habitabilidad del inmueble, sobre todo cuando se trata de suprimir barreras arquitectónicas en el inmueble. La adopción de acuerdos sobre su instalación plantea no pocos problemas. Habría que hacer las siguientes distinciones. En primer lugar, respecto de la instalación *ex novo* de un ascensor, no constituyen causas de exoneración del deber de contribuir a los gastos el no uso del mismo o la inexistencia de acceso directo del local al portal. Y, en segundo lugar, una cosa son los gastos de instalación y otra distinta los gastos de reparación y conservación. Los segundos deben pagarse, salvo exoneración expresa en los Estatutos de la Comunidad a los

locales. Ahora bien, el Tribunal Supremo ha llegado a decir que si la exoneración que afecta al local y que está contenida en los estatutos es genérica, es decir, no se determinan exactamente los gastos exentos, tal exoneración abarcará tanto los gastos ordinarios como los extraordinarios (STS de 7 de junio de 2011). (*S.L.M.*)

20. Propiedad intelectual. Obra científica. Es objeto de protección no por las ideas que contiene o expresa, sino por la forma literaria o artística de su expresión.—De acuerdo con el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, así como con el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos o métodos de operación. En este sentido, las creaciones científicas no son objeto de propiedad intelectual por razón de su contenido (ideas, procedimientos, sistemas, métodos operativos, conceptos, principios, descubrimientos...), ni de la formación o experiencia de quienes las realizan, impulsan o de los esfuerzos de quienes las financian, sino sólo por la forma literaria o artística de su expresión. (**STS de 8 de noviembre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La actora FCC había presentado una propuesta para participar en un concurso público para la adjudicación de la recogida y tratamiento de residuos urbanos en el Ayuntamiento de Mahón. Dicha propuesta se caracterizaba —en sus propias palabras— por el alto grado técnico, prueba de la experiencia y competencia que tenía en el sector, acumulada a lo largo de muchos años y de las ingentes inversiones hechas en capital humano y técnico. Esta misma propuesta la repitió en un concurso convocado por el Ayuntamiento de Ciudadela un año después, siendo sin embargo adjudicado el contrato de servicio a una empresa competidora, sin tradición ni experiencia en el ramo y constituida a los solos efectos de participar en el concurso público convocado. La impugnación de dicha adjudicación le permitió a la actora acceder al expediente administrativo, y pudo comprobar que la propuesta presentada por la adjudicataria era una copia casi total de la presentada por la demandante en el primer concurso. A raíz de lo cual FCC interpuso demanda civil contra esta otra empresa por entender que su propuesta era una creación original objeto de propiedad intelectual protegida por el LPI. En ambas instancias fue desestimada la acción por considerarse que la propuesta presentada por FCC no era obra merecedora de protección. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Aunque las obras científicas no se hallen comprendidas expresamente en el título del Convenio de Berna, están protegidas por el derecho de autor en razón del carácter científico de su contenido. En este sentido, estas obras disfrutaban de la protección dispensada por el LPI no por versar sobre las ciencias, de la clase que sea, sino precisamente por la forma que revisten: literaria, escrita, artística, plástica o en cualquier otra modalidad. (Cfr. Masouyé, C. *Guía del Convenio de Berna*, OMPI, Ginebra, 1978; Rogel Vide, C. *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*. Madrid, 2003). (*L.A.G.D.*)

21. Concepto de base de datos.—Según el Tribunal Supremo, para que una creación tenga la consideración de base de datos, es necesario que concurren los siguientes requisitos: *a)* que exista una recopilación de elementos independientes, esto es, separables unos de otros sin que resulte afectado el valor de su contenido informativo, literario, artístico, musical u otro; *b)* que dichos elementos independientes estén dispuestos de modo sistemático o metódico; *c)* que esté provista de algún instrumento que permita la localización o tratamiento de cualquier elemento independiente; *d)* que tales elementos resulten accesibles individualmente.

Protección de las bases de datos por el derecho de autor.—Una base de datos puede obtener la tutela del derecho de autor y del derecho *sui generis*. Para que esté protegida por el derecho de autor, será necesario que exista originalidad en su estructura, en la selección o disposición de los datos que contiene, tal como indica el artículo 12 LPI. La tutela por el derecho de autor tiene por objeto la estructura de la base de datos, no su contenido ni sus elementos constitutivos. Además, el hecho de que una base de datos no obtenga protección por el régimen del derecho *sui generis*, no significa que automáticamente se excluya su amparo por el derecho de autor.

Protección de las bases de datos por el derecho *sui generis*.—El derecho *sui generis* se reconoce a los fabricantes de bases de datos con el objeto de fomentar y proteger aquellas inversiones sustanciales en los sistemas de almacenamiento y tratamiento de datos que contribuyan al desarrollo del mercado de la información. Se trata de una protección que no está vinculada a la originalidad de la base de datos. No es necesario que sea original ni que los datos contenidos en la base estén tutelados por la protección dispensada por el derecho de autor. Es suficiente, simplemente, con que suponga una inversión sustancial para la obtención, verificación o presentación de su contenido, desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo.

La extracción de contenidos de una página web como acto de aprovechamiento indebido.—Según el Tribunal Supremo, a la hora de determinar si ha habido un aprovechamiento indebido, debe utilizarse un concepto amplio de «extracción», considerándose que se refiere a todo acto no autorizado de apropiación de la totalidad o de una parte del contenido de una base de datos, siendo indiferente la naturaleza y la forma en que se haya hecho. A estos efectos, es determinante la existencia de un acto de transferencia, de incorporación de los contenidos a otro soporte distinto de la base de datos original. A la hora de determinar si existe o no extracción, es indiferente que el acto de transferencia tenga por objeto la constitución de otra base de datos, compita ésta o no con la originaria, o que dicho acto se enmarque en el contexto de una actividad comercial o no, distinta de la constitución de una base de datos. (STS de 9 de octubre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos.]

HECHOS.—La demandante es una compañía aérea de vuelos baratos que ofrece y vende sus productos directamente a los consumidores mediante su propia página web. En dicha página web existe un aviso donde se prohíbe expresamente el uso de cualquier sistema automatizado o software que permita extraer datos de dicha página web para mostrarlos en otros sitios web. Por otro lado, la demandada es una agencia de viajes *on line* que, con ánimo de lucro, accede a dicha página web y, mediante una herramienta informática denominada «*screen scraping*», se introduce en sus

patrones de búsqueda y proyecta el resultado en la propia web de la demandada. En el supuesto de que el cliente esté interesado en la adquisición de un pasaje, contrata directamente con la actora por medios electrónicos, sin otra mediación de la demandada que la de colocarle por medios informáticos como interlocutor directo de la compañía aérea cuya identidad no queda desvelada hasta después de perfeccionado el contrato. La actora demanda a la agencia de viajes por infracción de sus derechos de propiedad intelectual sobre su página web y alegando un acto desleal de aprovechamiento indebido. Entiende que su página web constituye una base de datos protegible por el derecho de autor y por el derecho *sui generis*.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial consideraron que no existía una infracción relevante de las condiciones de uso de la página web de la actora, ya que ésta no puede imponer límites al uso que hagan los usuarios de la información que se facilita, ni impedir a las agencias de viajes que desarrollen su actividad de la forma descrita. Igualmente, rechazaron que la base de datos de la demandante fuera una creación intelectual a los efectos del artículo 12 LPI y la existencia del derecho *sui generis* de los artículos 133 y siguientes LPI. Desestimaron, finalmente, la alegación sobre la infracción de la Ley de Competencia Desleal.

El Tribunal Supremo llega prácticamente a la misma conclusión que las anteriores instancias. Entiende que no estamos ante una verdadera base de datos que merezca protección, en la medida en que no se ha logrado demostrar ni la originalidad de la misma ni la existencia de una inversión sustancial. Por tanto, ya no es preciso examinar si existe o no extracción de los contenidos de la base de datos que pudiera constituir una infracción. Por este motivo también, el Tribunal Supremo considera que no hay acto desleal, pues quien contrata e incorpora a otros soportes los datos generados por la demandante es el cliente de la agencia de viajes demandada y no ésta.

NOTA.—Las bases de datos pueden recibir una doble protección por parte de la LPI. Pueden recibir la protección como obra, siempre que sean originales (art. 10 LPI). La originalidad, en este caso, se encuentra en la forma de seleccionar y ordenar los contenidos que componen la base de datos en cuestión. Ahora bien, no habría originalidad si se realiza una mera recopilación indiscriminada de contenidos o si se ordenan conforme a criterios habituales o rutinarios (orden cronológico, alfabético...). El autor de la base de datos tendrá derechos exclusivos y derechos morales. Los derechos de exclusiva se refieren a la posibilidad de autorizar o prohibir la reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de su obra. Respecto de los derechos morales, tendrá la posibilidad de decidir la divulgación o no de su obra, el derecho de paternidad, de integridad, de modificación, de acceso al ejemplar único o raro, y de retirada. La duración del derecho dependerá del tipo de autor autor. Si se trata de una obra colectiva, la duración será de 70 años desde la divulgación de la base de datos (art. 28.2 LPI). Si ha sido creada por una persona física y no es una obra colectiva, durarán la vida del autor más 70 años *post mortem auctoris* (art. 26 LPI). Por otro lado, con independencia de que la base de datos constituya o

no una obra, puede recibir también la protección del derecho *sui generis* (arts. 133 y ss. LPI). En este caso, el titular será el fabricante de esa base de datos y lo que se protege es la inversión sustancial que realice aquél, «ya sea con medios financieros, empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido» (art. 133.1 LPI). El fabricante dispone de dos derechos (art. 134 LPI): *a*) el derecho a prohibir o autorizar la extracción de una parte sustancial del contenido de ésta, evaluada cualitativa o cuantitativamente –sacar físicamente el contenido y fijarlo en otro soporte–; *b*) el derecho a prohibir o autorizar la reutilización de una parte sustancial del contenido –poner a disposición del público el contenido de esa base de datos–. El plazo de protección, en este caso, es más corto que respecto del autor: quince años, contados desde el 1 de enero del año siguiente a la fecha en que se dé por finalizado el proceso de fabricación de la base de datos (art. 136.1 LPI). No obstante, hasta que acabe ese proceso, su protección quedará al amparo de la normativa sobre competencia desleal. (S.L.M.)

DERECHO DE FAMILIA

22. Divorcio. El préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda habitual no constituye una carga del matrimonio sino una deuda de la propiedad.—No cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia, la normativa aplicable a tales bienes es la propia del régimen general de la copropiedad y, en concreto, el artículo 393 CC, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales. Por ello, la sentencia desconoce la doctrina de la Sala (SSTS de 5 de noviembre de 2008 y de 29 de abril de 2011), expresivas de que la hipoteca no puede considerarse una carga del matrimonio, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario. (STS de 26 de noviembre de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La sentencia de divorcio impuso al actor, entre otras medidas, la obligación del pago del 100% de la cuota mensual del préstamo hipotecario suscrito por ambos cónyuges para la adquisición de su vivienda habitual. Tanto en la instancia como en apelación se mantuvo dicha medida. El demandante interpuso recurso de casación por infracción de la doctrina jurisprudencial, toda vez que con dichas resoluciones se vulneraba la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la obligación de pago del préstamo hipotecario suscrito para la adquisición de la vivienda habitual no es una carga del matrimonio, sino una deuda de los propietarios de

la misma y, en tal sentido, debe ser atendida por ambos cónyuges por mitad ya que, vigente el régimen de separación de bienes entre ellos, la habían adquirido conjuntamente a medias. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—La sentencia expuesta viene a consolidar la nueva doctrina del Tribunal Supremo en la materia, unificando la práctica contradictoria, y a veces disfuncional, de las audiencias provinciales en las que se siguieron criterios abiertamente opuestos y enfrentados. Así, a título de ejemplo, a favor de considerar el pago de la hipoteca como una carga del matrimonio, se pronunciaron entre otras las SAP Madrid (Sec. 22.^a, de 29 de mayo de 2001 y 29 de junio de 2004; la SAP Castellón (Sec. 3.^a, de 13 de junio de 2001; y la SAP Alicante (Sec. 4.^a, de 14 de diciembre de 2001. Por el contrario, estimaron que se trataba de una deuda de la sociedad de gananciales la SAP Barcelona (Sec. 12.^a, de 13 de octubre de 1998; la SAP Murcia (Sec 5.^a, de 7 de febrero de 2012; y la SAP Zamora (Sec. 1.^a, de 29 de diciembre de 2011. (L.A.G.D.)

23. Divorcio: Matrimonio regido por la separación de bienes: Pago de la hipoteca sobre dos fincas pertenecientes proindiviso a cada uno: No constituye carga del matrimonio y pertenece abonarlo a cada uno de los comuneros por mitad: Recurso extraordinario por infracción procesal: Falta de motivación.—a)

Según doctrina de esta Sala la motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 CE. Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (SSTS de 14 abril 1999, 8 octubre 2009, 7 julio 2011, entre otras). En este sentido el TC ha señalado que *la motivación ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la «ratio decidendi» de las resoluciones* (STC 77/2000). En este caso, la motivación contenida en la sentencia recurrida, aun escueta, no ha impedido a la parte recurrente su eventual control jurisdiccional a través del recurso de casación, conociendo que la resolución que ahora se impugna se argumenta en un simple hecho consistente en que era esta parte quien venía haciendo frente al pago de los préstamos hipotecarios en fechas anteriores al cese de la convivencia, dada la falta de recursos económicos de la otra parte, con lo que tampoco vulnera el artículo 24 CE.

b) La noción de carga del matrimonio, dice la STS de 31 de mayo de 2006, debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (art. 102-3.º CC). Pero no cabe considerarlo tal el gasto generado por ciertos bienes que, aun siendo de

carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar. En consecuencia, la normativa aplicable será la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 CC conforme al cual el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales.

c) Aun sin decirlo expresamente, la sentencia recurrida considera el pago de las cuotas del préstamo hipotecario que grava dos viviendas, incluida la vivienda conyugal, como una carga propia del matrimonio, y obliga a uno de los cónyuges a hacer frente al pago a una y a otra sin más motivación que la expresada anteriormente. Con tal pronunciamiento se desconocen las SSTS 31 de mayo de 2006, 5 de noviembre de 2008 y 28 de marzo de 2011, a las que puede añadirse la STS de 29 abril 2011, expresivas todas ellas de que la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 CC, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso, por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario, y por tanto el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesto a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, que en este caso lo es de separación. **(STS de 26 de noviembre de 2012;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—En el mismo sentido, Martínez de Aguirre, *Curso de Derecho civil (IV) Derecho de familia*, 3.ª ed. p. 172. Adviértase que la STS de 25 de febrero de 2011 (extractada en ADC, 2012, núm. 89, p. 958) relativa a un matrimonio regido por el régimen de gananciales (supuesto diferente del aquí contemplado), formula como doctrina jurisprudencial general que *el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad el inmuebles destinado a la vivienda familiar (...) no constituye carga del matrimonio a los efectos de los artículos 90 y 91 CC*. También lo diferencia de los pagos relacionados con la conservación y mantenimiento de dicho inmueble que sí tienen la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio. Marginalmente cabe señalar que la sentencia extractada se inscribe en la reciente tendencia jurisprudencial de reducción del tiempo para resolver el recurso de casación, al no haber transcurrido tres años entre la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la de la Sala 1.ª (25 de febrero de 2010 y 26 de noviembre de 2012). En cuanto al fondo, probablemente la necesidad de hacer frente al pago del préstamo hipotecario pendiente es uno de los motivos que en mayor medida, de hecho, determinan o condicionan actualmente la decisión de los cónyuges de instar el divorcio, en no pocos casos, mientras subsista la crisis. (G.G.C.)

24. Divorcio: Derecho de alimentos de los cónyuges como medida provisional.—Habiéndose solicitado por la esposa en el mismo escrito una pensión de alimentos para los hijos y otra para ella misma, formándose al efecto pieza separada, ocurrió que coincidió en el tiempo la celebración de la vista para las medidas provisionales y el procedimiento principal. Resultado de esa coincidencia fue el auto del 15 de febrero de 2011 en que se acuerda no adoptar ninguna de las medidas provisionales interesadas porque habiéndose celebrado la vista del procedimiento principal de divorcio en idéntica fecha al presente procedimiento, el dictado de las dos resoluciones (la presente y la correspondiente al proceso de divorcio) va a ser la misma, de tal forma que no ha lugar a efectuar un pronunciamiento sobre una cuestión que no va a tener eficacia alguna por coincidir ambos en el tiempo.

En el recurso extraordinario por infracción procesal se cita el artículo 248.1 LEC porque la sentencia no ha resuelto todas las pretensiones deducidas en el pleito, no entrando a valorar si tenía o no derecho la esposa a percibir alimentos de su esposo con carácter de medida provisional. El derecho a percibir alimentos y a que se repartan las cargas del matrimonio son medidas que pueden acordarse con carácter previo a la separación o el divorcio. Son medidas diferentes de las que se adoptan con carácter definitivo puesto que, en lo económico, no se incluye entre las mismas la pensión compensatoria o favor de uno y otro cónyuge en los supuestos previstos en el artículo 97 CC, ni tampoco resultan necesarias si hasta el momento de la ruptura se está cumpliendo por ambos cónyuges los derechos y las obligaciones propias del matrimonio. El derecho a percibir la pensión compensatoria nace de la sentencia que es constitutiva del derecho a percibirla y a la misma no pueden aplicarse los efectos previstos en el artículo 148 CC según el cual éstos se abonan desde la fecha en que se interponga la demanda (así SSTS de 14 de junio, 21 de julio y 26 de octubre de 2011).

La cuestión de si existe una diferencia total y absoluta entre los alimentos debidos en casos de procedimientos por causa de crisis familiar y los debidos según los artículos 142 ss. CC, está resuelta por STS de 14 de junio de 2011, con cita de la STS de 5 de octubre de 1995 en la que se dice que no es sostenible absolutamente que la totalidad de lo dispuesto en el Tit. VI, Libro I, CC, sobre alimentos entre parientes, no es aplicable a los hijos menores como un deber comprendido en la patria potestad.

En el presente caso, si bien resulta intrascendente que respecto a los hijos se hubiera pronunciado el auto de medidas, pues los efectos de los alimentos que se conceden definitivamente en la sentencia de divorcio se retrotraen al momento de la interposición de la demanda, que en este caso es común a las medidas y al divorcio, no sucede lo mismo con los alimentos de la esposa que la sentencia dejó sin resolver y a la que, de resultar procedentes, se le ha privado de los mismos desde la interposición de la demanda hasta la fecha de la sentencia de divorcio en que desaparecen.

La admisión de este motivo determina la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que se pronuncie sobre el particular.

Pensión compensatoria: Temporalidad: Circunstancias concurrentes en la esposa: Doctrina general.—El establecimiento de un límite temporal para la percepción de la pensión compensatoria, es una de las posibilidades del órgano judicial y depende de que con ello no se resienta la función de compensar el desequilibrio que le es consustancial. Esta exigencia obliga a tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso particularmente, aquellas entre las comprendidas entre los factores que enumera el artículo 97 CC, que permiten valorar la idoneidad o aptitud de la persona beneficiaria

para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá de su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. En el juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre. Las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación, habrán de ser respetadas en casación siempre que aquellas sea consecuencia de la ponderada valoración de los factores a los que se refiere de manera no exhaustiva el artículo 97 CC. Solo es posible revisar este juicio en casación cuando se muestra como ilógico o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia (SSTS 29 de septiembre de 2010 y 24 de octubre de 2012).

La aplicación de esta doctrina determina la desestimación del motivo. Para la fijación de la limitación temporal a tres años la sentencia recurrida ha tenido en cuenta los 24 años que duró el matrimonio durante los cuales la esposa se dedicó al cuidado de la familia, la edad de ambos cónyuges al contraer matrimonio en relación con la edad que cuentan al momento del divorcio, los ingresos del esposo y el trabajo de la esposa durante 14 años, 10 meses y 4 días, haciéndolo tanto antes de contraer matrimonio como después, si bien después de casarse sólo ha trabajado 717 días, mientras que antes lo hizo durante 4.656 días. Es decir, la sentencia ha tenido en cuenta las circunstancias concurrentes en la esposa (**STS de 30 de octubre de 2012**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—En el presente caso se discuten dos cuestiones de desigual importancia práctica. En primer lugar la petición de alimentos por la esposa como medida provisional, y luego la limitación de la pensión compensatoria a tres años. La primera se estima en el recurso extraordinario, y se devuelve a la Audiencia Provincial para que la resuelve, mientras que la segunda incluida en la casación, se desestima.

La doctrina nunca ha dudado sobre la diferencia de régimen entre los alimentos solicitados como medida provisional al amparo de la 3.ª medida del artículo 103 CC (texto nunca modificado por el legislador desde su promulgación en 1981) y la eventual y definitiva obligación de pagar alimentos al otro cónyuge en cualquier proceso matrimonial. Cfr. García Cantero, en Albaladejo, *Comentarios...*, II, 2.º ed. (Madrid 1982), pp. 464 s., y Laura López de la Cruz, *Código civil comentado*, I (dirs. Ana Cañizares Laso *et alri*) (Cizur Mayor 2011), com. al artículo 103, pp. 560 ss. En cuanto a las razones de la temporalidad de la prestación compensatoria, no todos los factores o circunstancias personales del cónyuge afectado destacados en la sentencia extractada son igualmente convincentes. Prosigue el laudable propósito de reducir la duración de los procesos familiares: La sentencia del Juzgado de Primera Instancia se dicta el 15 de febrero de 2011, la apelación el 11 de julio de 2011, y la casación el 30 de octubre de 2012; la recurrente ha dispuesto de un plazo razonable para afrontar su futuro sostenimiento. (*G.G.C.*)

25. Patria potestad sobre hijo no matrimonial: Titularidad y ejercicio conjunto de ambos padres reconocedores: Artículo 156 CC: Desacuerdo: Elección de residencia del hijo: Decisión judicial que no respe-

ta los derechos del padre ni el interés del menor.—Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad sobre hijos no matrimoniales reconocidos corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales sujetas al interés superior del menor. Una de ellas, es la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio.

Dice el artículo 156 CC que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Ello supone que todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y de que, en caso de desacuerdo, será el Juez quien determine cual de los dos ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuanto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación. La regla general, por tanto, es el ejercicio conjunto y la excepción la atribución de todas o alguna de las facultades que comporta la patria potestad a uno sólo de los progenitores.

Tratándose de filiación matrimonial la residencia de los menores se relaciona también con el domicilio familiar que deriva del deber de vivir juntos que recae sobre los cónyuges, a tenor del artículo 68 CC, disponiendo el artículo 70 que ambos lo fijarán de común acuerdo, y en caso de discrepancia resolverá el Juez teniendo en cuenta el interés de la familia. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otras la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integren dentro del grupo familiar afectado por la ruptura, coincidente en general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y sólo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura.

Es cierto que la CE en su artículo 19 determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema aquí suscitado no es éste. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto en su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben ser preferentemente tutelados, podría conllevar un cambio de la guarda y custodia.

En el presente caso la resolución de la Audiencia Provincial recurrida dice que *la guarda y custodia de la menor Claudia se atribuye a su madre D.ª Mag-*

dalena, siendo esta como guardadora de la menor quien estará facultada expresamente para decidir en todo caso el lugar de residencia de su hija. Sin duda, hubo desacuerdo entre los padres respecto a la nueva residencia de su hija, y se acudió también a la autoridad judicial. Sin embargo la solución adoptada deja a la voluntad de la madre custodia la decisión de fijar el lugar de residencia de la hija común, en perjuicio de los derechos-deberes de la patria potestad que ostenta el otro progenitor, y deja, además, sin valorar si resulta o no conveniente al interés de la niña el desplazamiento que se interesa, adoptando incluso un régimen de visitas absolutamente indeterminado y en función de un posible desplazamiento de la menor al extranjero vinculado a la guarda y custodia de la madre, que tampoco ha sido definido ni en cuanto al tiempo de permanencia, ni en razón a las circunstancias concurrentes (*en el caso de que esta finalmente se traslade a Nueva York*, afirma la sentencia).

Al resolver de esta forma, la resolución recurrida deja sin contenido los derechos de la hija a la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, y se soslayan los derechos y deberes de los padres que garantizan el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño (art. 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de 20 noviembre 1989, ratificada por España el 30 noviembre 1990, así como la LO 1/1996, de PJM, que incorpora a la normativa española la nueva sensibilidad hacia el mundo de la infancia), y también el derecho de los padres a ejercer la patria potestad aun en el caso de que vivan separados, como dice en su informe el MF, que se comparte.

La estimación del segundo motivo conduce a la completa estimación del recurso de casación y determina la anulación de la sentencia recurrida y la devolución de los autos a la Audiencia para que dicte nueva sentencia sobre la conveniencia del traslado de la hija del matrimonio (*sic!*) a Nueva York, ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida que se adopte y en su vista acuerde el régimen de guarda y custodia y fije un régimen de visitas justo, equitativo y estable que garantice los derechos de la menor y de sus padres. (STS de 26 de octubre de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Los hechos básicos ofrecen cierta complejidad no exenta de indefinición. Se alude a un procedimiento de medidas provisionales núm. 615/2009, desarrollado paralelamente aunque con posterioridad al de medidas definitivas (núm. 814/08, de juicio verbal de guarda, custodia y alimentación), entre idénticas partes, D. Cirilo y D.^a Magdalena, en relación con su hija común menor de edad Claudia. El primero, al parecer, se resolvió previamente sin que consten con claridad las medidas adoptadas.

En el juicio *definitivo* se describen minuciosamente las medidas a adoptar judicialmente, solicitadas por el progenitor D. Cirilo y relativas a los puntos siguientes:

1. Ejercicio compartido de la patria potestad.
 2. Guarda y custodia de Claudia.
 3. Comunicación de ambos progenitores con su hija.
 4. Régimen de visitas y estancias (fines de semana, periodos vacacionales, día del Padre y de la Madre y cumpleaños).
 5. Pensión de alimentos a favor de Claudia.
 6. Comunicaciones entre los progenitores.
- La minuciosidad de la propuesta

paterna se refleja en la cláusula final: «Los gastos *extraordinarios* de Claudia entendiendo por tales los médicos o quirúrgicos no cubiertos por la Seguridad Social, y los educacionales que excedan de la escolarización obligatoria, como actividades extraescolares, clases de apoyo, cursos de idiomas, excursiones, campamentos de verano, y demás de la misma índole, serán satisfechos por ambos progenitores por mitad siempre que conste el previo acuerdo de ambos al respecto. La consulta al progenitor no custodio recabando su consentimiento respecto del gasto, deberá realizarse por cualquier medio que deje constancia fehaciente, y se entenderá tácitamente prestado por el progenitor no custodio si en los quince días siguientes a la recepción de la comunicación no hubiera dado respuesta al mismo».

D.^a Magdalena contestó oponiéndose y solicitó que se autorizase que Claudia resida en Nueva York con su madre, atribuyendo a ésta la guarda y custodia, estableciendo el determinado régimen de visitas que se especifica, fijando en 750 euros mensuales la pensión de alimentos de Claudia que abonará el otro progenitor.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Valladolid dicta sentencia de 20 de abril de 2010, estimando parcialmente la demanda del padre, elevando a definitivas las medidas provisionales acordadas en el procedimiento 615/2009, mediante auto de la misma fecha [cuyo contenido se omite].

El recurso de apelación interpuesto por la madre se estima parcialmente por SAP de Valladolid, sección 1.^a de 28 de febrero de 2011, revocando la sentencia del Juzgado en los siguientes puntos: *a)* atribución a la madre de la guarda y custodia de Claudia; *b)* si la madre se traslada a NY, el régimen de visitas será el pactado y recogido en la sentencia apelada; *c)* mientras Claudia permanezca en Valladolid, se establece un especial régimen de visitas paterno; *d)* el padre debe abonar la matrícula de su hija en el Colegio Internacional de Valladolid durante el curso 2011-2012. Hay un Auto de aclaración a instancia de la madre sobre el régimen de visita.

Hay puntos oscuros y una afirmación contradictoria en la sentencia del Tribunal Supremo. No consta la edad de la hija común, ni la nacionalidad de la madre (parece probable su origen extranjero). Quizá hubiera sido ilustrativa una sucinta historia de la unión de hecho. En la sentencia se refleja una actual etapa de fuertes discrepancias, aunque ambos progenitores muestran su común interés por el *bonum suae filiae*. Pero nada se dice si ocurrieron eventuales periodos de convivencia, solos entre sí o con su hija. Hasta el momento de litigar ¿se había limitado el padre a visitar, esporádicamente o de modo regular, a la hija que se criaba en casa de la madre, o, por el contrario, se hizo cargo personalmente de la niña en algún periodo de la vida de ésta?: o lo que también parece probable: ¿cuánto tiempo convivieron los tres? Pero hay una cuestión importante envuelta en sombras de duda: ¿Ha habido boda en cualquier fase de las relaciones de la pareja? En tal caso, el marco legal y procesal de la litis es diverso según se trate de hija no matrimonial reconocida por ambos, o de haber mediado eventualmente una *legitimatio per subsequens*, en cuyo caso habría una sentencia de nulidad, separación o divorcio, con obligadas decisiones sobre la guarda y custodia de la hija común. El FD 3 lo afirma paladinamente, pero, en mi opinión, lo más probable es que la frase *traslado de la hija del matrimonio*, se trate de un *lapsus calami*.

En cuanto al fondo creo que debe aplaudirse la sentencia extractada por iluminar un aspecto menos tratado por la doctrina debido a algunas circunstancias concurrentes en la normativa aplicable. Se ha llamado la atención

sobre las disfunciones derivadas de que las leyes 11 y 30/1981, de reforma del Código civil se aprobasen sin que las vicisitudes de una influyeran en la otra, dando lugar a resultados a veces muy chocantes (Yzquierdo Tolsada, *Comentario al artículo 156 CC*, en «Código civil comentado», I (dirs. Ana Cañizares Laso *et altri*) (Cizur Menor 2011), p. 778. Ha podido influir eventualmente la actitud del intérprete de la patria potestad que utiliza el parámetro de la filiación matrimonial, y acaso la tradicional inclinación *pro matre* de la mayoría de jueces al enfrentarse con las relaciones de filiación. En todo caso el caso contemplado se considera expresamente en la doctrina más reciente. Así Pérez Álvarez, *Curso* (IV) 3.^a ed., bajo el epígrafe «El ejercicio de la patria potestad en los supuestos en que los progenitores no conviven», los identifica así: ya sea «porque los cónyuges unidos en matrimonio han dejado de vivir juntos y no se ha interpuesto demanda de nulidad, separación o divorcio; porque existiendo unión de hecho ha cesado la convivencia; o porque los progenitores nunca han vivido juntos». El Tribunal Supremo nos recuerda que la primera regla aplicable a la titularidad y ejercicio de la patria potestad en la filiación no matrimonial es la que figura en el encabezamiento del artículo 156: La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores, entre otras razones, porque es lo que mejor contribuye al *bonum filii*. Hay que insistir que no se trata solo de la titularidad sino de su ejercicio que suele sintetizarse brevemente en la guarda y custodia. La realidad ofrece luego gran variedad de situaciones fácticas, cuya frecuencia ha aconsejado al legislador a regularlas *ad casum*. Progenitor varón que después de reconocer su paternidad legalmente abandona a la madre y no vuelve a aparecer, o que está en la imposibilidad de hacerlo (detención, internamiento por drogadicción, desplazamiento al extranjero, etc.), o bien hijo nacido de relaciones esporádicas. Una encuesta algo antigua mostraba que en España, en la mitad de nacimientos extramatrimoniales sólo interviene el reconocimiento materno (es improbable en tales casos que el padre biológico aparezca en la vida del hijo común); en algo menos de una tercera parte hay intervención de ambos, ya sea en el nacimiento o *a posteriori* (aquí pueden surgir problemas, incluyendo los reconocimientos de complacencia); en el resto el niño se inscribe como hijo de padres desconocidos. Una última observación: han transcurrido más de cuatro años desde que se interpone la demanda ¿por qué no resuelve sobre el fondo la Sala del Tribunal Supremo? ¿no perjudica al interés de la menor que se demore el conocer su situación jurídica? (G.G.C.)

26. Guarda y custodia de los hijos encomendada a la madre: Cambio instado por el padre de lo resuelto en sentencia de divorcio: Interés del menor: Opinión de los menores adolescentes: Razones de la denegación.—Esta Sala ha venido repitiendo que la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, tal como afirma la SSTS de 9 de marzo de 2012, con cita de las SSTS de 21 y 22 de julio de 2011. 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 en interés de éste. Se mantiene en estos procesos la interdicción del nuevo examen de la prueba en casación, y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés podrá esta Sala, examinar las circunstancias más adecuadas para dicha protección (SSTS de 11 de enero y 27 de abril de 2012).

En el presente caso la Audiencia Provincial ha examinado las pruebas aportadas y ha tenido en cuenta el interés de los menores en un contexto difícil en razón a los conflictos generados sin solución de continuidad por sus progenitores. La consideración de que el hijo y la hija adolescentes del matrimonio quieren irse con su padre poco tiempo después de que se decidiera asignar judicialmente a su madre la guarda y custodia, no es ni mucho menos conforme a este interés, antes al contrario, provoca, o puede provocar, un evidente enfrentamiento con las partes en conflicto.

El interés del menor exige un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar en la que no todos los deseos del hijo se satisfacen necesariamente mediante el cambio de custodia, a modo de ida y vuelta en razón a su estado de ánimo o de situaciones puntuales de divergencia que modifican a conveniencia del menor la guarda y custodia, propiciando en algún caso situaciones indudablemente perversas para el grupo familiar cuando se involucran otras medidas como la de alimentos o el uso de la vivienda, y ello el derecho no lo ampara sin más. Los conflictos a esas edades entre padres e hijos son en cierta manera lógicos pero ello no puede servir sin más de argumento para modificar la medida de guarda y custodia adoptada en su momento, previa valoración de todas las circunstancias concurrentes, incluido el informe psicosocial, que ha evaluado la situación familiar.

Es cierto que la opinión de los menores debe ser tenida en cuenta, y que el artículo 92 CC, en relación con el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, no indica ningún criterio para determinar y delimitar el interés del menor en el régimen de custodia, salvo el que resulta de la unión entre los hermanos, como tampoco el carácter o no de prueba del derecho a ser oído, ni el grado de confidencialidad que debe presidir la exploración de los menores. Esta Sala ha utilizado algunos criterios tales como que la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con aquellos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Todos ellos se han tenido en cuenta para resolver lo que aquí interesa y es evidente que la valoración conjunta de este informe y la exploración realizada en ambas instancias antes de pronunciarse generó la duda de si lo expresado por los menores responde a una voluntad real de cambiar de progenitor custodio, abandonando a su madre, y no a la manipulación por parte de su padre derivada del propio conflicto matrimonial en el que no sólo están en juego derechos de las partes sino los intereses de los menores directamente afectados por la resolución que se dicte.

Lo que se exige, dentro de unos límites razonables, es no solo una mayor implicación de todos, especialmente del padre no custodio, inexistente en el caso, sino la prueba por parte de quien interesa el cambio de la medida de que se han alterado las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su adopción, haciendo prueba cumplida tanto de la incapacidad de quien ostenta la custodia para hacer frente a dichos menesteres, como de la capacidad de quien pretende asumirla, y es evidente que ningún sentido ni explicación tiene el hecho de que unos meses antes de solicitar el cambio se acepte *por final conformidad de las partes*, que los hijos queden con su madre y que muy poco

tiempo después se pretenda una solución distinta contra el resultado de la prueba expresiva de su *manifiesta incapacidad en la imposición de límites a los menores, careciendo de habilidades suficientes para valorar o reconocer el sufrimiento afectivo de los hijos*. Nada hay, por tanto, de arbitrario ni ilógico en la decisión de la Audiencia Provincial, ni en la apreciación de los hechos ni en su valoración, susceptible de alterarla en la forma interesada en el motivo. (STS de 25 de octubre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Notable sentencia por la profundización psicológica que realiza de la situación en que, al parecer, se encuentran los protagonistas del litigio: padres divorciados en constante conflicto e hijos adolescentes que, según los informes, pretenden utilizar en beneficio propio las debilidades educativas de sus progenitores. En este proceso se solicita un cambio de guarda poco tiempo después de haber convenido todos en su atribución a la madre, modificación que la razonable sentencia deniega con acierto por considerarla injustificada. Prosigue la auspiciada reducción de la duración del proceso familiar: desde el 1 de febrero de 2010 (Juzgado de Primera Instancia) hasta el 25 de octubre de 2012 (Tribunal Supremo); abreviación que coadyuvará al seguimiento judicial de una familia inestable que puede evolucionar en cualquier momento en beneficio o daño de los menores afectados. (G.G.C.)

DERECHO DE SUCESIONES

27. Reclamación de derechos hereditarios por hija desheredada, luego rehabilitada: La parte que se ha aquietado ante la Audiencia Provincial no puede interponer recurso por infracción procesal: Función de la casación.—El complicado entramado familiar que más tarde, fallecido el *pater familiae*, devino en económico y de éste, en judicial, hasta llegar a esta Sala, parte del patrimonio hereditario de D. Guillermo, fallecido el 21 de febrero de 1997, el cual habiendo otorgado testamento abierto el 2 de julio de 1996, deshereda a su segunda esposa (de la primera se hallaba divorciado) por la causa del 855.1.º CC (incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales); y deshereda también a sus hijos D. José Ángel y D.^a Ángela, del primer matrimonio (del segundo no hubo descendencia) por la causa del artículo 853. 2.º CC (maltrato de obra o injuria grave de palabra). Solamente la última interpuso demanda interesando la declaración de no ser cierta la causa de desheredación, lo que fue estimada por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Guadalajara, de 11 de marzo de 1999, que declaró la nulidad de la causa de desheredación y reconoció el derecho de D.^a Ángela a la legítima estricta que le corresponde, y quedó firme. En dicho testamento instituyó como heredera a su hija Marí Trini, además de atribuir varios legados.

D.^a Ángela interpuso demanda con un amplio suplico en que interesa se declare que tiene derecho a la legítima estricta, lo que es obvio y no precisa declaración judicial; interesa asimismo que se declaren los bienes que dejó el causante, su padre; que recibió en concepto de donación; que se declare el importe de su legítima estricta; que se declaren inoficiosas donaciones

en favor de la heredera, su hermana D.^a Marí Trini y que se condene a los demandados a que le adjudiquen bienes que constituyen su legítima estricta. Demanda también a su hermano D. José Ángel, representado por su hijos.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Guadalajara, de 29 de septiembre de 2007, después de declarar los bienes que dejó el causante (*relictum*) y los que donó (*donatum*), determinó el valor total del patrimonio hereditario, el importe de cada uno de los legitimarios y declara que la demandante D.^a Ángela ha recibido por donación del causante bienes cuya valoración cubre su participación de una tercera parte en el tercio de legítima estricta que le corresponde en la herencia de su difunto padre D. Guillermo, sin que por ello sea necesario proceder a una nueva partición hereditaria, ni adjudicar a la demandante otros bienes además de los por dicho título ya percibidos, ni adjudicar a la demandante otros bienes además de los ya percibidos, desestimando la demanda. Apelada la sentencia por la actora y aquietados todos los codemandados la Audiencia Provincial de Guadalajara en sentencia de 22 de junio de 2009, desestimó la demanda y absolvió a estos últimos, con leves modificaciones (incluyendo entre los bienes donados a D.^a Marí Trini una cantidad no importante respecto al valor total del patrimonio hereditario, y otras declaraciones con ligera modificación del cómputo del caudal partible). Esta última interpone recurso por infracción procesal y de casación interesando la confirmación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

Se deben rechazar todos los motivos del recurso por infracción procesal dado que la recurrente se aquietó con la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

El recurso de casación tiene cinco motivos y la tónica general es un interés de la recurrente codemandada en que esta Sala repita todas las operaciones particionales que han hecho las dos sentencias de instancia, con un discutible criterio ya que este juicio según los trámites del antiguo mayor cuantía no es lo más adecuado para una partición y, en todo caso, la función de la casación no es asimilable a una tercera instancia ni tiene que entrar en la cuestión fáctica, sino exclusivamente en el control de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico (SSTS de 25 de junio de 2010, 14 de abril de 2011 y 4 de abril de 2012).

Dispensa de colación.—La cita heterogénea de preceptos del CC sobre colación, fijación de legítima, donaciones y legados y su cómputo o deducción y sobre las mejoras, no es idónea para sustentar un motivo de casación, ya que es la parte recurrente la que tiene que señalar donde se halla la infracción que denuncia, y no cabe que se halle en todo el conjunto, habiendo declarado las SSTS de 13 de abril y 10 de noviembre de 2009, que tal acumulación de preceptos heterogéneos en un solo motivo necesariamente se traduce en la desestimación de éste; y también que incumple las exigencias de claridad y precisión propias del recurso proyectando confusión en el razonamiento sobre pertinencia y fundamentación del motivo, siendo causa de inadmisión (STS de 27 de marzo de 2009), o, ya en este trámite, de desestimación (SSTS de 23 de mayo y 19 de diciembre de 2002; y 13 de febrero, 2 de marzo, 21 de abril y 13 de octubre de 2004, y 2 de febrero de 2005). En todo ello no aparece una infracción que afecte directamente a la recurrente, sino que pretende sustituir la labor objetiva del órgano jurisdiccional por la suya propia. Tampoco es aceptable lo relativo a la dispensa de colacionar, pues esta, según STS de 24 de enero de 2008, fundada en el artículo 1036 CC no ha sido revocada ya que no cabe deducir, en perjuicio de la legitimaria, que se

le revocó tácitamente por el mero hecho de atribuírsele la legítima estricta después de la anulación de la desheredación, aunque pudo hacerlo en el testamento que otorgó. (STS de 29 de noviembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

NOTA.—Con toda razón el supuesto de hecho de esta sentencia se califica de *complicado entramado familiar, económico y judicial*, que la sentencia extractada trata de simplificar y aclarar. Hay, sin duda, una poco acertada elección del procedimiento elegido ya que las operaciones testamentarias discurren con mayor fluidez por los trámites de la jurisdicción voluntaria que por el viejo juicio declarativo de mayor cuantía; también se ha incurrido en notorios desaciertos al interponer el recurso de casación por la dirección letrada correspondiente. Inicialmente hay un testamento del padre, (podría decirse, en apariencia, otorgado *ab irato*), en el que el testador deshereda a su segunda esposa y a dos hijos del primer matrimonio. Se comprende la reacción de estos últimos si, como se ha probado, la desheredación se hizo sin causa. El conflicto parecía muy indicado para seguir la vía de la mediación. Pero la acción judicial ejercitada por la hija rehabilitada muestra que en vida de su padre había recibido donaciones colacionables cuyo importe superaba la legítima estricta. El recurso de apelación apenas modifica levemente la partición efectuada por el Juzgado de Primera Instancia. La actora se aquieta pero no así la hija favorecida por el testamento que, sin embargo, se había aquietado con aquella, y que extrañamente recurre al Tribunal Supremo. Sentencia pedagógica, plenamente de aprobar. Marginalmente habría que llamar la atención sobre la escasa formación sobre Derecho de sucesiones que probablemente van a recibir en adelante los alumnos del Grado en Derecho recientemente introducido entre nosotros; sólo algunos Masters parece que van a proporcionarla con mayor extensión y profundidad a los futuros abogados en ejercicio que salgan de nuestras aulas. (G.G.C.)

28. Interpretación del testamento.—La interpretación del contenido del testamento debe hacer siempre otorgando prevalencia a la voluntad real del testador (art. 675 CC), por lo que habrá que averiguar con qué intención o finalidad se manifestó dicha voluntad.

Características del fideicomiso de residuo.—El Tribunal Supremo señala que las facultades de disposición del fiduciario, su modo y su ejercicio, dependen de la voluntad declarada del testador. A este respecto, el Alto Tribunal hace las siguientes consideraciones sobre el fideicomiso de residuo. En primer lugar, el llamamiento a los herederos fideicomisarios no es condicional, sino cierto desde la muerte del testador. Lo único incierto es el caudal o cuantía a heredar, que dependerá de la modalidad de fideicomiso dispuesto. El fideicomisario trae directamente causa del fideicomitente o testador, pues el fiduciario, a estos efectos, no transmite derecho sucesorio alguno que no estuviera ya en la esfera hereditaria del fideicomisario (art. 784 CC).

En segundo lugar, aunque el fiduciario esté autorizado con las más amplias facultades de disposición, sigue teniendo la obligación de conservar en lo posible, y conforme al objeto del fideicomiso, los bienes hereditarios

para el heredero fideicomisario. De esta manera se entiende mejor el juego de los artículos 781 y 783 CC. Por tanto, la facultad de disponer deberá entenderse restrictivamente conforme a la finalidad de conservación que deriva del fideicomiso de residuo. En este sentido, los límites, ya sean testamentarios o generales, al ejercicio de estas facultades de disposición también determinarán la carga de la prueba, según la mayor o menor amplitud de las facultades concedidas.

En tercer lugar, el mecanismo de la subrogación real respecto de la disposición realizada, debe operar en el fideicomiso de residuo, incluyendo su modalidad «*si aliquid superit*», cuando el testador haya limitado la facultad de disposición a los actos onerosos. Así, la subrogación real permite la finalidad conservativa del fideicomiso. (STS de 30 de octubre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—N., hermana de la madre de los actores, fallece sin descendencia el 17 de septiembre de 2004. En la cláusula primera de su último testamento instituyó heredero universal a su esposo S., con libre disposición de sus bienes por actos entre vivos a título oneroso. En la cláusula segunda estableció que si al fallecimiento del heredero no se hubiese dispuesto de todo el caudal relicto, jugaría una sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los sobrinos de la testadora, por partes iguales, y cada uno de ellos sustituidos, a su vez, vulgarmente por sus descendientes. S. se adjudicó la herencia de su esposa en su condición de heredero fiduciario, tras la realización de inventario y liquidación de la sociedad de gananciales, el 10 de marzo de 2005. El 28 de noviembre de 2005, S dispuso la venta de la finca heredada. El 28 de octubre de 2007 fallece S., dejando testamento en el que instituye como herederos a sus propios sobrinos. Se plantea, entonces, si el precio de la venta del inmueble realizada por el fiduciario debe integrarse en el fideicomiso, por el juego de la subrogación real, o si, por el contrario, dicho importe no debe formar parte del mismo al venir facultado el fiduciario para la celebración de dicha venta.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demandada, declarando que el precio de venta del bien inventariado formaba parte del contenido del fideicomiso de residuo establecido por la testadora. Por su parte, la Audiencia Provincial confirma dicha sentencia.

En casación, se alega, en primer lugar, la infracción del artículo 675 CC. Señala la parte recurrente que S. estaba facultado por disposición testamentaria para disponer del caudal relicto a título oneroso, lo que le permitía vender el inmueble litigioso, saliendo dicho bien de la esfera patrimonial del caudal relicto y su precio en dinero entre en el patrimonio de S., no afectándole la cláusula por la que se instituye el fideicomiso de residuo del tipo «*si aliquid superit*». En segundo lugar, se alega la infracción de los artículos 781 y 783. Indica la recurrente que no es posible aplicar al fideicomiso de residuo del tipo «*si aliquid superit*» la subrogación real para los casos de enajenaciones a título oneroso. El Tribunal Supremo llegó a las siguientes conclusiones: 1) la testadora instituyó heredero universal a S., autorizándole la libre disposición de sus bienes en el marco de una sustitución fideicomisaria de residuo a favor de sus sobrinos, resultando clara su voluntad de que el posible

residuo quedase en su familia y no en la del esposo; 2) que la autorización del instituido para que dispongan de los bienes de la herencia resultó claramente limitada, facultándole solamente para la disposición por actos entre vivos a título oneroso, quedando excluida la concesión de la facultad de disponer *mortis causa*, que ha de ser expresa —la exigencia de contraprestación refuerza la imposición por la testadora del gravamen de conservar los bienes de la herencia que no hubiesen sido dispuestos para cubrir las necesidades del heredero—; 3) cuando el testador limita las facultades a los actos *inter vivos* y a título oneroso, el acto de disposición formará parte natural del residuo y será el fiduciario quien deba probar, en su caso, que su destino o consumición fue necesario y acorde con el objeto del fideicomiso; 4) el precio de la venta realizada formaba parte del patrimonio del heredero fiduciario al momento de su fallecimiento, resultando posible su identificación y pudiéndose aplicar, en consecuencia, el principio de subrogación real.

NOTA.—A través de la sustitución fideicomisaria de residuo, el testador otorga poderes dispositivo al fiduciario. Se pueden plantear dos tipos de sustitución fideicomisaria de residuo. En la modalidad «*si aliquid superit*» (si queda algo), el testador permite al fiduciario disponer de los bienes sin ningún límite. De esta manera, el fideicomisario recibirá, una vez que llegue el término o se cumpla la condición indicada por el testador, lo que quede, si es que queda algo. No existe la obligación de conservar señalada en el artículo 781 CC. El otro tipo es «*eo quod supererit*», donde el testador sí limita los poderes de disposición del fiduciario. El fiduciario podrá disponer de los bienes, pero siempre deberá dejar algo del caudal hereditario para el fideicomisario. Aquí sí se aplica el deber de conservar del artículo 781 CC, si quiera de manera parcial. Algunas notas comunes a ambas son las siguientes: 1) el testador tendrá que otorgar la facultad de disposición de manera expresa; 2) si el testador permite, de manera genérica, al fiduciario disponer de los bienes heredados por actos *inter vivos*, no se incluirán los actos de disposición a título gratuito, que requieren de declaración expresa; 3) la facultad de disposición *mortis causa* requiere declaración expresa en el testamento; 4) estamos ante sustituciones puras, es decir, el fideicomisario no está sometido a ninguna condición —distinto es que no se sepa qué bienes acabará recibiendo, pero eso no significa que esté sometido a condición—; 5) si el testador únicamente permite los actos de disposición en situaciones de necesidad, puede exigir al fiduciario que justifique la concurrencia de la necesidad o dispensar de ese deber, pero si no dice nada, se entiende que el testador deja a la conciencia del fiduciario la apreciación de la necesidad, sin que le pueda exigir su prueba; 6) si el testador permite los actos a título oneroso, deberá indicar si opera o no el principio de subrogación real —si no se previó nada expresamente en este sentido, habrá que averiguar cuál fue la verdadera voluntad del testador y, en caso de duda, deberá aplicarse una interpretación restrictiva, es decir, favorable a la aplicación del principio de subrogación real si el testador se limita a conceder la facultad de disposición, si bien únicamente cuando, tras aplicar los criterios del artículo 675 CC, se mantienen tales dudas—. (S.L.M.)

29. Pago en metálico de la legítima de los descendientes del causante. Facultad del heredero llamado a que se le adjudique todo o parte del caudal relicto. Cumplimiento de requisitos para que la conmutación operada en el pago no perjudique los intereses de los legitimarios.—La reforma operada por la ley 11/1981, de 13 de mayo, dio lugar al tenor actual de los artículos 841-848 CC, que favorecen la posibilidad del pago de las legítimas en metálico. Respecto de la legítima de los descendientes, la posibilidad del pago en metálico se somete al cumplimiento de una serie de requisitos cuya finalidad es velar por la neutralidad, seguridad y equilibrio para que la conmutación en el pago de la legítima no perjudique los intereses de los legitimarios. En este supuesto, los artículos 841 y 842 CC deben entenderse en el sentido de que el testador o, en su caso, el contador-partidor expresamente autorizado no ordenan imperativamente la comunicación del pago, sino que únicamente facultan a alguno o algunos de los descendientes para que, si estos últimos así lo quieren, se adjudiquen todo o parte del caudal relicto, compensando a los demás legitimarios con dinero no herencial. Por tanto, el pago en metálico de la legítima constituye una facultad, y no una carga, del heredero llamado en principio a quedarse con los bienes del caudal relicto. El artículo 843 CC exige la confirmación expresa de todos los hijos o descendientes respecto de la liquidación y adjudicación de la partida practicada, siendo necesaria la aprobación judicial en caso contrario. Además, conforme al artículo 80.2 del Reglamento Hipotecario, esta confirmación o, en su caso, la aprobación judicial de la partición hereditaria son necesarias para la inscripción de los bienes hereditarios. La comunicación habrá de realizarse por los herederos facultados para ello, y no por el contador-partidor, debiendo ser una comunicación expresa e individual a cada preceptor de la legítima. Al no exigirse una determinada forma especial en el CC, será de interés del heredero la forma de notificación que elija en orden a la prueba del envío de esta comunicación y de la recepción de la misma. (**STS de 22 de octubre de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Doña Virtudes fallece en febrero 2004, estando viuda y dejando como únicas herederas a sus tres hijas, doña Guadalupe, doña Bibiana y doña Sacramento. Doña Virtudes habría otorgado testamento en 1997, en el que declaraba a doña Guadalupe legataria, reconociéndole el derecho al pago de su legítima estricta, y a doña Bibiana y doña Sacramento herederas universales por partes iguales respecto del remanente que resultase de sus bienes, derechos y acciones. Se dispuso a favor de doña Guadalupe, como prelegados, el panteón familiar y una finca, a lo que debe añadirse dos bienes inmuebles que le habían donados intervivos por la causante. En dicho testamento se nombra albacea universal y contador-partidor a don Abel, al que se le autoriza expresamente para el pago en metálico de la legítima estricta que corresponde a doña Guadalupe o a su stirpe.

En el cuaderno particional protocolizado y elevado a escritura pública en diciembre de 2004 se adjudica a doña Guadalupe en pago de su legítima estricta los bienes predonados y su complemento en metálico, por importe de cerca de 223.000 euros, que debían pagar, respectivamente, sus hermanas. El notario autorizante de la protocolización expide tres copias auténticas de la escritura, que

son remitidas a las herederas y legatarias, constando la entrega en enero de 2005. En noviembre de 2005, doña Bibiana y doña Sacramento depositan dos cheques con los importes para el pago en metálico de la legítima de doña Guadalupe, deducidos gastos e impuestos, lo que se eleva a escritura pública, para su ofrecimiento para el pago en metálico de la legítima de doña Guadalupe. Doña Guadalupe contesta en diciembre de 2005 rechazando dicho pago y presenta demanda contra sus hermanas ejercitando una acción declarativa tendente a someter las operaciones particionales a la aprobación judicial y al reconocimiento de haber incumplido las demandadas su obligación de comunicar en plazo la disposición del pago en metálico.

En sentencia de 21 de abril de 2009, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gandía estima la demanda, declarando la obligación de someter las operaciones particionales a aprobación judicial y de haber comunicado la decisión de pago en metálico a la legataria de su legítima estricta dentro del plazo de un año desde el fallecimiento de la causante.

El recuso de apelación interpuesto por la parte demandada es desestimado por la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia de 25 de noviembre de 2009. Contra dicha sentencia las demandadas interponen recurso de casación, que es asimismo desestimado por el Tribunal Supremo. Las demandadas y recurrentes entendían infringido el artículo 844 CC, en la aplicación dada por las sentencias de instancia. Consideraban que las facultades conferidas por la testadora a favor del contador-partidor exoneraban a las demás legitimarios del requisito de la comunicación previsto en este precepto. El Tribunal Supremo no acepta esta tesis, ya que sostiene que la autorización concedida al contador-partidor para nada suple el ejercicio de la facultad conferida a los herederos de poder optar a la adjudicación propuesta, con la correspondiente compensación en metálico respecto de los demás legitimarios. Este derecho de opción solamente puede ser ejercitado por los legitimarios, y solamente a éstos les compete la comunicación al resto de legitimarios afectados por su decisión. El mero envío del cuaderno particional no cumple con el requisito de la comunicación regulado en la norma citada. La comunicación propiamente dicha se produjo en noviembre de 2005, en el depósito de los cheques realizado por doña Bibiana y doña Sacramento, por escritura autorizada notarialmente, con el que ofrecían a la demandante el pago en metálico de su legítima. Por tanto, dicha comunicación se realizó fuera del plazo de un año desde el fallecimiento del causante, previsto en el artículo 844 CC.

NOTA.—La nueva disciplina del «pago de la porción hereditaria en casos especiales» que contemplan los artículos 841 y siguientes del CC, introducidos por la ley 11/1981, de 13 de mayo, en cuanto que incide de forma determinante sobre el problema de la conmutación de la legítima de los descendientes en dinero extrahereditario, no es sino una excepción a la regla general que asegura la igualdad en tema de partición: a saber, la regla de la unanimidad y las porciones iguales *in natura*, las cuales, aunque no rigen en materia de legítima amplia, sí determinan las cuotas iguales de la legítima

estricta y las medidas protectoras de la intangibilidad cualitativa y cuantitativa de la ésta. De ahí que las nuevas normas de los artículos 841 y ss. CC deban interpretarse restrictivamente en todo lo que exceda de la finalidad de asegurar la indivisión *post mortem* de los bienes hereditarios. En este sentido se ha pronunciado C. Vattier Fuenzalida, *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Reus, Madrid, 2012, pp. 17 y siguientes, en cita, a su vez, de A. Fuenmayor Champín, «Intangibilidad de la legítima», *ADC*, 1948, pp. 57-58. Según Vattier Fuenzalida, desde una perspectiva funcional, el pago en metálico de la legítima introducido por la reforma de 1981 obedece a la finalidad específica de conservar indivisos los bienes del de *cuius*, sobre todo cuando constituyen una explotación de índole económica o mercantil (pp. 22-23). Acerca de la comunicación al resto de legitimarios como requisito para el ejercicio efectivo de alguno o algunos de los descendientes de la posibilidad de adjudicarse todo o parte del caudal relicto, compensando a los demás legitimarios con dinero no herencial, resulta especialmente interesante la lectura de la obra de Vattier Fuenzalida citada, pp. 47-58. (G.M.A.)