

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Pilar BENAVENTE MOREDA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LECAZANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN.**

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

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. Ponderación entre la libertad de información y de expresión y el derecho al honor.—Ante el conflicto entre estas libertades y derechos constitucionales, la jurisprudencia tiene establecida la necesidad de realizar una ponderación entre ellos, atendiendo a las circunstancias del caso (entre otras, SSTs de 13 de enero de 1999, 2 de septiembre de 2004, 21 de julio de 2008 y 6 de julio de 2009). Esta ponderación exige valorar, en primer lugar, el peso en abstracto de los derechos en colisión. De ello se extrae el resultado de la prevalencia de las libertades de información y de expresión sobre el derecho al honor, por resultar las primeras esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que es un principio básico de convivencia y que viene exigido por el principio democrático (STS de 11 de marzo de 2009). Como tiene declarado en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional, tal protección, además, alcanza un nivel máximo cuando estas libertades son ejercitadas por los profesionales de la información (SSTC 105/1990 y 29/2009). En segundo lugar, se

debe ponderar el peso relativo de los derechos fundamentales que entran en colisión, y desde esta perspectiva, se ha de tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o si se proyecta sobre personas con proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso (SSTS de 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003 y 6 de julio de 2009, entre otras). Ahora bien, cuando la noticia puede redundar en el descrédito de una persona, igualmente se exige que la información cumpla el requisito de veracidad; esto es, que no se base en la mera transmisión de rumores, invenciones o insinuaciones gratuitas o infundadas, sino que sea el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso (STC 139/2007 y 29/2009). Tal deber de advenir la realidad del contenido de la información adquiere, además, su máxima intensidad cuando se implica a un menor de edad en la información suministrada y se cuestiona su intervención en los hechos, así como su condición de víctima en los mismos.

Doctrina del reportaje neutral. Límites.—El requisito de veracidad que se exige en la ponderación entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor se modaliza en el caso del «reportaje neutral». Según el Tribunal Constitucional (STC 76/2002), éste exige que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se pongan en boca de personas determinadas responsables de ellas, y que el medio informativo sea mero transmisor de tales declaraciones, sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia, ni reelaborarlas o provocarlas. En este caso, el requisito de la veracidad exigible se limita entonces a la verdad objetiva de la existencia de la declaración. Por otra parte, la transmisión de una noticia o reportaje no puede sobrepasar aquí el fin informativo que se pretende, dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, ya que el límite a la libertad de expresión se sitúa en el insulto (STC 112/2000, 181/2006, 56/2008). Con estos perfiles, el Tribunal Supremo niega que pueda aplicarse la doctrina del «reportaje neutral» a programas televisivos cuyo formato se plantee sobre la intervención directa de periodistas e invitados, que dan su opinión sobre los hechos, generando con sus preguntas, las respuestas y opiniones (SSTS de 3 y 7 de noviembre de 2011).

Protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en el caso de los menores de edad.—Declara el Tribunal Supremo que el menor goza de una protección reforzada —pero no distinta— en estos derechos fundamentales, *ex* artículo 4.3 Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, cuando la lesión se realiza por medios de comunicación. Este principio, recogido igualmente en diversos textos internacionales (*v. gr.*, art. 16 Convención de los Derechos del niño y punto 8.29 Carta Europea), se justifica por la especial situación de desvalimiento de estos sujetos y de mayor vulnerabilidad ante estos ataques, así como por la multiplicación exponencial del daño que sufren cuando dicho ataque a sus derechos se realiza a través de medios de comunicación. Por este motivo, la Directiva 89/552/CEE, incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 25/1994, impone a los medios televisivos la obligación de protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. (STS de 11 de mayo de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En sendos programas televisivos se hace eco de la noticia de la petición de indulto de un condenado por cuatro delitos

de agresión sexual a un menor en un pueblo de Andalucía. Sobre el formato, respectivamente, de debate y de reportaje, se recogen en ambos programas opiniones, se realizan juicios de valor y, en definitiva, se realizan manifestaciones tendentes a crear la impresión de que la condena penal fue injusta y de que hubo participación voluntaria del menor; a ello se suma el hecho de que en el libro de visitas de la página web del Ayuntamiento del pueblo se permite durante diez días, sin ningún tipo de supervisión o control, que los vecinos viertan y difundan todo tipo de opiniones sobre la supuesta injusticia de la condena y la dudosa condición de víctima del menor. Se genera con ello cierta confusión en la opinión pública sobre los hechos del caso, así como sobre la condición de condenado del agresor, al que se refieren en los programas televisivos como «acusado», pese a existir sentencia firme condenatoria al respecto.

El padre del menor víctima de los abusos interpone en nombre de éste demanda de protección del derecho al honor y a la intimidad de su hijo contra las cadenas televisivas emisoras de los programas, las productoras y los directores de los mismos, el presentador de uno de ellos, el Ayuntamiento del pueblo y dos vecinos cuyas opiniones manifestadas en los programas televisivos van dirigidas al desprestigio del menor. El Juzgado de primera instancia estima la demanda y condena solidariamente a los demandados al pago de una determinada indemnización, así como a la difusión de la sentencia en los programas televisivos y al cierre del libro de visitas de la página web del Ayuntamiento del pueblo. Interpuesto recurso de apelación por todos los demandados, la Audiencia desestima el recurso, estimando prevalente en el caso el derecho al honor sobre la libertad de información, al no poder ampararse los programas en la doctrina del «reportaje neutral». Contra esta sentencia interponen recurso de casación el presentador, el director y la productora de uno de los programas de televisión demandados, alegando la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho al honor. (A. M. M.)

2. Colisión de la libertad de información con el derecho al honor y a la propia imagen. Publicación de la fotografía de una persona perfectamente identificable como parte integrante de una noticia.—El derecho a la propia imagen es un derecho constitucional autónomo del derecho al honor y del derecho a la intimidad. Dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguardia de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente al conocimiento de los demás. No es un derecho absoluto, sino que se encuentra limitado por otros derechos constitucionales, en particular por las libertades de expresión y creación artística. En la ponderación se debe tener en cuenta que el derecho a la libertad de información ostenta una posición prevalente sobre el derecho al honor como garantía para la formación de una opinión pública libre. Para que ello sea así en cada caso concreto la ponderación debe tener en cuenta la relevancia pública e interés de la noticia, la información transmitida debe ser veraz y la transmisión de la noticia no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado. En caso de conflicto entre la libertad de información y el derecho a la propia ima-

gen se debe tener en cuenta que el canon de relevancia que permite la afectación sobre el derecho a la propia imagen ha de ser necesariamente más tenue que el que faculta a una intromisión en los derechos al honor o a la intimidad. Además, en esta última ponderación habrá de considerarse la conducta previa del afectado por la difusión no consentida de la propia imagen, que puede haber hecho que descendan las barreras de reserva y, con ello, prevalezca el interés ajeno o público. **(STS de 7 de mayo de 2012;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D.^a Antonia presentó demanda de juicio ordinario de protección civil del derecho al honor y a la propia imagen contra el diario M, S.A., en la que reclamaba que se declarase la existencia de intromisión ilegítima por la captación y publicación no consentida de una fotografía de la demandante el día de su boda en la que aparece junto con otras personas de raza gitana, familiares suyos, como parte integrante de una noticia sobre la operación de reconstrucción del himen. La demandante entiende que la inclusión de la fotografía supuso una humillación al poner en duda su virginidad, por lo que solicita la condena a la demandada de una indemnización por los daños y perjuicios, la publicación de la sentencia y, por último, la no difusión en lo sucesivo de la imagen de la demandada. En su sentencia de 25 de noviembre de 2009, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Jerez de la Frontera estimó la demanda salvo en lo relativo a la cuantía de la indemnización.

El recurso interpuesto por la mercantil demandada es desestimado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sec. 8.^a, de 16 de junio de 2010, al considerar que la fotografía se había tomado en el transcurso de un acto privado y en un sitio privado, como es el local de celebración de una boda, que su publicación no era necesaria ni esencial para el reportaje, que no ocupaba en éste un lugar accesorio y que inducía a pensar que la persona que figuraba en ella se había sometido a la intervención quirúrgica de la que habla el reportaje.

Contra dicha sentencia interpone recurso de casación la parte demandada, pero éste no es estimado por el Tribunal Supremo. Entiende el Alto Tribunal que, aunque la información publicada gozaba de interés público y su veracidad no se pone en cuestión, produce una vinculación de la demandante con los hechos relatados que afecta a su dignidad como persona al cuestionarse aspectos pertenecientes a su vida íntima, sin que exista la debida proporción entre el ejercicio del derecho a la información y el respeto al honor de la persona. A ello se une una vulneración del derecho a la propia imagen. En el caso concreto, en la ponderación entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la propia imagen debe prevalecer este último toda vez que el lugar donde se captó la fotografía no es un lugar abierto al público, la persona fotografiada no ejerce un cargo público ni una profesión de notoriedad o proyección pública y no se trata de información sobre un acontecimiento de interés público en el que la fotografía aparezca con carácter accesorio, sino más bien todo lo contrario. Además, el diario, pudiendo haberlo hecho, no pixeló el rostro de la fotografiada, que es perfectamente identificable. (G.M.A.)

3. Ámbito de aplicación de la disposición transitoria única, apartado 3, de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre Igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios (LITN).—En el ámbito de aplicación de esta disposición sólo están contemplados aquellos litigios —sobre el mejor derecho a poseer un título nobiliario transmitido con arreglo a la legislación anterior a la LITN— que se encuentren pendientes a su entrada en vigor. La LITN no es aplicable a los procesos sobre transmisiones acaecidas con arreglo a la legislación anterior, pero promovidos con posterioridad a la entrada en vigor de la LITN. La LITN no impone que sus efectos alcancen indiscriminadamente a las situaciones producidas con arreglo a la legislación anterior, en las que en la transmisión del título se hubiera efectuado por la aplicación del principio de varonía. La LITN respeta los efectos jurídicos ya producidos en el pasado. Estimar que la LITN es aplicable cuando se promuevan litigios con posterioridad a la vigencia de la LITN, afecta al principio de seguridad jurídica, ya que coloca en situación de interinidad permanente a todas las transmisiones en las que fue determinante la aplicación del principio de varonía.

Además, apunta el Tribunal Supremo que la *vacatio legis* no es un plazo concedido para la realización de actividad alguna, sino el instrumento del que una ley se sirve para dar cumplimiento al principio de publicidad de las normas contemplado en el artículo 9.3 CE, como consecuencia de la proclamación del Estado de Derecho y en íntima relación con el principio de seguridad jurídica. (STS de 27 de junio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La demandante reclama frente a su hermano menor, varón, un título nobiliario, del que fue la última poseedora la madre de ambos litigantes. La demanda se presentó el 20 de noviembre de 2006. En la demanda se expuso que la madre de los litigantes cedió el título al demandado, que obtuvo Carta de Sucesión en abril de 1975, y alegó, fundamentando su mejor derecho a la posesión del título: a) que es aplicable la LITN; b) como consecuencia de su aplicación, quedan derogadas las normas históricas que discriminan a la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios; c) el mejor derecho a la posesión del título corresponde a la actora, al estar situada en la sucesión en igual grado que el demandado y ser de mayor edad que él; d) la demandante es la prellamada a la sucesión del título, como consecuencia de la aplicación de la LITN, por lo que la cesión es nula, al realizarse sin el consentimiento de la actora. El demandado alegó con la contestación que: 1) no es aplicable la LITN, ya que en la misma se establece que las sucesiones ya acaecidas no se reputarán inválidas; 2) la Constitución no altera el orden regular histórico de sucesión de títulos nobiliarios; 3) la demandante no tenía que prestar su consentimiento para la cesión del título, dado que el demandado tenía preferencia al título cuando se hizo la cesión.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, señalando: a) que la regla general es la irretroactividad de la LITN, con la única excepción contemplada en su DT única; b) dicha norma excluye las situaciones consolidadas con arreglo a la legislación anterior; c) este es el caso del título que se discute, cuya titularidad no era objeto de pendencia el 27 de julio de 2005, fecha a la que se

retrotrae la aplicación de la LITN, al no estar en dicha fecha pendiente de resolución administrativa o jurisdiccional.

La Audiencia Provincial desestimó igualmente el recurso de apelación, indicando: 1) el hecho de que no haya transcurrido el tiempo para que opere la prescripción adquisitiva no significa que la transmisión del título no sea una situación consolidada; 2) no procede la aplicación retroactiva de la LITN, ya que cuando se produce la entrada en vigor de la LITN no hay pendiente ningún expediente administrativo ni judicial sobre el título; 3) el demandado ha consolidado la posesión del título.

En casación, la actora vuelve a reiterar las alegaciones establecidas en la demanda. Según el Tribunal Supremo, la demanda se presentó ya vigente la LITN, lo que tuvo lugar a las cero horas del día 20 de noviembre de 2006, puesto que la LITN se publicó en el BOE el 31 de octubre de 2006, de acuerdo con la DF segunda de la LITN. Es irrelevante que la presentación de la demanda se produjera el mismo día de entrada en vigor de la LITN, ya que no son dos hechos simultáneos o superpuestos. De ahí que el Alto Tribunal acabe desestimando el recurso.

NOTA.—El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en muchas veces sobre la aplicación de la DT única LITN: SSTs de 3 de abril de 2008, 27 de julio de 2005, 22 de octubre de 2009, 7 de junio de 2010, 5 de septiembre de 2011, 4 de julio de 2011 y 16 de enero de 2012, entre otras. En algunas de ellas, la cuestión relativa al principio de varonía ha planteado muchas polémicas, acordes con la evolución y desarrollo del principio de igualdad entre hombre y mujer ya establecido en la Constitución. La LITN de 2006 declara la igualdad en el derecho a suceder en la posesión de un título, sin otorgar privilegios de los varones sobre las mujeres. Por tanto, las previsiones de las Cartas de Concesión del título donde se excluya a la mujer de los llamamientos serán nulas. (S.L.M.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

4. Vicios del consentimiento. Dolo: concepto.—El dolo presupone la actividad, intencionadamente desplegada por una de las partes, para captar la voluntad de la otra, las «palabras o maquinaciones insidiosas» a que se refiere el artículo 1269 CC y el efecto de generar en ella una representación fraudulenta de la realidad, induciéndola «a celebrar un contrato que, sin ellas, no habría celebrado», en palabras del mismo artículo 1269 CC, por tanto, constituye un vicio del consentimiento con entidad para anularlo, artículos 1269, 1270, párrafo primero, y 1300 CC.

Vicios del consentimiento. Dolo: manifestación negativa.—La jurisprudencia admite una manifestación negativa del dolo, en forma de reticencia u ocultación maliciosa de alguna información que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y las exigencias de la buena fe, el contratante que guarda silencio debía haber comunicado al otro.

Vicios del consentimiento. Dolo: requisitos.—El dolo, para que produzca la anulación del contrato, ha de ser grave, en el sentido de determinante de

su celebración a lo que añade la jurisprudencia la necesidad de que se pruebe. **(STS de 5 de septiembre de 2012;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La administración concursal de E., S.L., y la mercantil I., S.A., ligadas por un contrato de ejecución de obra, con arreglo al cual E., S.L., quedó obligada a realizar los trabajos de albañilería precisos para terminar la construcción de un edificio de varias plantas. Ambas partes interpusieron entre sí demandas por incumplimiento contractual, que fueron acumuladas. I., S.A., alegó que su voluntad estuvo viciada por dolo al contratar, ya que E. sabía, y se lo ocultó al hacerlo, que no podría cumplir lo pactado, dado que a los pocos días solicitó ser declarada en concurso. El Juzgado de lo Mercantil número Cuatro de Barcelona estimó la demanda incidental formulada por la administración concursal de E., S.L., y declarando la resolución del contrato de ejecución de obra, igualmente desestimó la demanda incidental formulada por I., S.A. Recurrida en apelación, la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó sustancialmente el recurso interpuesto por I., S.A. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación instada. *(N.D.L.)*

5. Condiciones potestativas.—El artículo 1115 CC permite distinguir entre las condiciones puras o rigurosamente potestativas, que son nulas por depender absolutamente de la voluntad del deudor, y las condiciones simplemente potestativas, que se consideran válidas porque dependen no sólo de la voluntad del obligado sino también de otros factores. Conforme al principio de autonomía de la voluntad, es válida y no se considera arbitraria, la condición resolutoria pactada en virtud de la cual se hace depender de la valoración del socio fundador unida al voto favorable de otros dos socios la apreciación del incumplimiento de las condiciones pactadas.

Incumplimiento resolutorio.—El incumplimiento puede tener efecto resolutorio, aunque no tenga objetivamente la categoría de incumplimiento grave, cuando así ha sido pactado expresamente por las partes. **(STS de 16 de mayo de 2012;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En el contexto de operaciones de reestructuración de un negocio, se realizó un contrato entre socios, de venta de participaciones, en el que se introdujo una cláusula conforme a la cual se imponía como requisito para adquirir la condición de socio una permanencia de seis años como trabajador de la empresa, y la resolución del contrato de compraventa de acciones en el caso contrario. El socio fundador se reservaba la potestad de decidir, con el voto de otros dos socios, la existencia de incumplimiento del contrato por alguno de los nuevos socios. El demandante, que había adquirido participaciones en dicha sociedad como directivo de la misma, fue posteriormente despedido (antes de que transcurrieran los seis años de permanencia) y recibió comunicación de la resolución de la compraventa de participaciones de parte del socio fundador, avalada por el voto favorable de otros dos socios. El despido fue declarado improcedente por los juzgados de lo social. En la

demanda se solicita se declare la validez de la adquisición de las participaciones y la nulidad de la cláusula en virtud de la cual el socio fundador se reserva la potestad de decidir, con el voto de otros dos socios, sobre la existencia de un incumplimiento contractual resolutorio. En ambas instancias se desestimó la demanda. En casación, no hubo lugar.

NOTA.—La calificación del despido del demandante como «improcedente» por parte de los Tribunales de lo social permite —cuanto menos— dudar de la absoluta buena fe de la parte demandada, o de la ausencia de arbitrariedad en este caso, en la medida en que se ha valorado el incumplimiento de la condición por parte del demandado al no haber éste permanecido trabajando en la sociedad durante el tiempo mínimo estipulado, condición que no ha sido posible cumplir por causas ajenas a la voluntad del demandante. (C.J.D.)

6. Incumplimiento contractual. La exceptio non adimpleti contractus. Concepto y requisitos.—La excepción de incumplimiento contractual es un medio de defensa que supone una negativa provisional al pago que suspende, o paraliza a su vez, la ejecución de la prestación a cargo de quien la opone, mientras la otra parte no cumpla con exactitud. La doctrina jurisprudencial exige que la obligación incumplida por la otra parte consista en una obligación básica, no bastando el cumplimiento defectuoso de la prestación, ni el mero incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias.

Diferencias existentes entre la exceptio non adimpleti contractus y el incumplimiento resolutorio del artículo 1124 CC.—En primer término, y respecto a sus efectos, la excepción de incumplimiento no reporta una modificación de la relación obligatoria, pues su aplicación provoca una mera suspensión provisional del cumplimiento de la obligación; por contra, la pretensión resolutoria supone el ejercicio de una facultad de configuración jurídica que reporta la modificación de la relación obligatoria por medio de su efecto resolutorio. En segundo término, y en relación al ámbito común de la valoración del incumplimiento, la gravedad requerida se sitúa en dos planos o perspectivas que deben ser matizadas. Así, en la aplicación de la *exceptio*, resulta suficiente con que dicha gravedad o entidad del incumplimiento revele una quiebra básica o esencial respecto de la exactitud del programa de prestación acordado que, por lo general, seguirá siendo útil a los intereses del acreedor si se cumple satisfactoriamente. Sin embargo, en la dinámica resolutoria, la gravedad del incumplimiento debe proyectarse o generar una situación de quiebra básica de los elementos básicos respecto de la posible satisfacción de los intereses del acreedor, a los que da lugar la diversa tipología de los llamados incumplimientos esenciales: imposibilidad sobrevenida fortuita, transcurso del término esencial, «aliud pro alio», imposibilidad de alcanzar los rendimientos o utilidades previstos, o la frustración del fin del contrato. (STS de 18 de mayo de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Una sociedad mercantil vende a otra una serie de parcelas asumiendo, además de la obligación de entrega de los inmuebles, la realización de una serie de operaciones urbanísticas al objeto de que el comprador las recibiera plenamente dispuestas

para su edificación. La vendedora instó judicialmente la acción de cumplimiento del contrato, reclamando a la compradora el pago de la parte del precio no satisfecho. Tanto el Juzgado de Instancia como la Audiencia la desestima al constatar el incumplimiento por parte de la vendedora de sus obligaciones de índole urbanística. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—Como señala la sentencia, la excepción de incumplimiento supone una simple negativa provisional al cumplimiento de su obligación por parte de quien la alega. El que se ve demandado de cumplimiento, sin que el actor haya cumplido su contraprestación, se opone a la demanda tan sólo mientras éste no cumpla simultáneamente con su obligación. Nuestro Código, siguiendo el modelo francés, no contiene una formulación general de la excepción. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia, entienden que encuentra su fundamento y apoyo en las disposiciones de los artículos 1100, último párrafo, 1124, 1466, 1500 y 1502 CC. Está reconocida de manera explícita en el Código Civil italiano (art. 1460), en el Código Civil alemán (§ 320) y en los PECL (art. 9:201), entre otros ordenamientos. (*C.O.M.*)

7. Contrato de compraventa. Resolución por incumplimiento del vendedor basado en el retraso en el cumplimiento de su obligación de entrega de la cosa. Necesidad de que revista carácter esencial para que tenga alcance resolutorio.—La jurisprudencia más reciente interpreta que el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser grave o sustancial, lo que exige la frustración del fin del contrato, esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte (v. SSTS de 14 de junio de 2011 y de 9 de julio de 2007, así como art.7.3.1.[2.b] de los Principios UNIDROIT). Respecto al plazo de entrega, la jurisprudencia tiene señalado que el mero retraso no siempre produce dicha frustración, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento. Exigiendo que se aprecie en el acreedor un «interés jurídicamente atendible», lo que supone poder apreciar el carácter abusivo o contrario a la buena fe, o incluso doloso, que puede tener la resolución cuando se basa en un incumplimiento más aparente que real, pues no afecta al interés del acreedor en términos sustanciales. De manera que es necesario que el retraso implique un incumplimiento grave y esencial, que frustra el fin del contrato o la finalidad del mismo, capaz de producir insatisfacción de las expectativas de la parte perjudicada por el mismo (SSTS 12 de abril de 2011, de 25 de junio de 2009 y de 17 de diciembre de 2008; en el mismo sentido, art. 49.1 CISG de 1980). (**STS de 28 de junio de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los demandantes habían celebrado un contrato privado de compraventa de vivienda en construcción con la promotora, abonando una parte del precio a la firma del contrato y quedando diferido el pago del resto al otorgamiento de la escritura pública y entrega de la vivienda, fijado para el 30 de septiembre de 2004, con posibilidad de prorrogarse hasta el último día de ese año. Sin embargo, el certificado final de obra no fue expedido hasta el 15 noviembre del año siguiente, requiriendo entonces la vendedora a los compradores para que otorgasen la escritura pública y pagasen

la cantidad pendiente. A la vista del retraso en la entrega y de que la vivienda no contaba con licencia de primera ocupación, estando pendiente además la anulación de la licencia de obras, los compradores instaron la declaración judicial de resolución contractual y devolución de las cantidades abonadas con los intereses. La vendedora se opuso, y reconvino demandando el cumplimiento de lo pactado. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Málaga acogieron la demanda y estimaron que el retraso en la entrega constituía un incumplimiento grave que frustraba el fin contractual. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la demandada.

NOTA.—El carácter esencial del incumplimiento, que frustre las legítimas expectativas de la parte perjudicada, como base del ejercicio de la facultad resolutoria, viene también recogido en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, en línea con lo establecido en los Principios UNIDROIT (art.7.3.1) y en los PECL [art. 9.301 (1)], y se inspira en la redacción del artículo 25 CISG, el cual se corresponde de manera muy directa con la noción de incumplimiento esencial del Derecho inglés [véase Díez-Picazo, Roca y Morales, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos* (Madrid 2002) pp. 350 y 351]. No obstante, a diferencia de estos instrumentos, la Propuesta de Modernización no define lo que deba entenderse por incumplimiento esencial. (L.A.G.D.)

8. Indemnización de daños y perjuicios. Lucro cesante. Prueba. Determinación de su existencia de acuerdo con criterios de razonabilidad.

—El derecho a la indemnización no nace del incumplimiento, sino de la efectiva generación de daños y perjuicios, por lo que, dado que el incumplimiento contractual no general de forma automática e inexorable daños y perjuicios, su existencia debe ser demostrada (STS de 9 de mayo de 2011). Y, a diferencia de lo que sucede con el daño emergente, la existencia y cuantía del lucro cesante no deja de ser una hipótesis precisada de una demostración adaptada a su naturaleza de probabilidad más o menos intensa de acuerdo con las reglas de la experiencia, teniendo en cuenta lo que normalmente habría sucedido en la mayoría de los casos. En este sentido, la jurisprudencia (*cf.* SSTS de 1 de marzo de 2011 y de 30 de abril de 2010) exige criterios de razonabilidad a la hora de valorar la prueba de su existencia, debiendo partirse de la ponderación razonable sobre la probabilidad de que dicho lucro o ganancia hubiese tenido lugar. (STS de 28 de junio de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En agosto de 2005 los actores habían celebrado un contrato con los demandados por el que adquirían el 100% de las acciones y participaciones que éstos tenían en las sociedades que integraban el grupo GDA. Conjuntamente se estipuló un pacto de inhibición de competencia por el que los demandados se obligaban a no concurrir en la misma actividad, para lo que se suscribió un contrato de arrendamiento de servicios por 18 meses durante los que los vendedores debían desplegar una serie de servicios a favor de la compradora. Sin embargo, sobrevenidas ciertas desavenencias, vendedo-

res y compradores declararon unilateralmente resuelto el contrato de arrendamiento de servicios, imputándose recíprocamente el incumplimiento de sus obligaciones. La parte vendedora reclamó judicialmente, en demanda reconvenzional, la indemnización de daños y perjuicios por la resolución del contrato de arrendamiento de servicios, solicitando en concepto de lucro cesante el pago de 649.600 euros correspondientes a los meses de contrato que faltaban por cumplir. Tanto en instancia como en apelación se condenó al pago de dicha cantidad. El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación de los actores y redujo la cuantía de la indemnización.

NOTA.—La pauta jurisprudencial viene siendo conforme con el tratamiento que del lucro cesante se hace en los instrumentos unificadores. Así, tanto los PECL [art. 9.501.(2).b], como los Principios UNIDROIT (art. 7.4.3), establecen un criterio de razonabilidad a la hora de acreditar la mayor o menor probabilidad de que el daño futuro tuviera lugar. Por su parte, el artículo 1207 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos sigue esta misma línea al disponer que para estimar el lucro cesante debe atenderse a la probabilidad de su obtención según el curso normal de los hechos y circunstancias. (*L.A.G.D.*)

9. Cláusula penal. Facultad judicial de moderación de la pena.

Artículo 1154 CC.—Cuando los contratantes prevén una pena para el caso de un incumplimiento total de la obligación y la obligación principal ha sido cumplida en parte o irregularmente por el deudor, el juez modificará equitativamente la pena convencional, pues, en tal caso, se considera alterada la hipótesis prevista. Así se desprende del artículo 1154 CC y de sus precedentes históricos y de Derecho comparado (art. 1085 del Proyecto de CC de 1851 y art. 1231 CC francés).

Ahora bien, cuando el incumplimiento parcial o defectuoso ha sido el pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, se descarta el uso de la potestad judicial moderadora de la pena convencional, aun en supuesto de incumplimiento parcial o defectuoso, ya que entonces la hipótesis prevista no ha sido alterada. Así lo ha manifestado constantemente la jurisprudencia, que, por respeto a la potencialidad normativa creadora de los contratantes (art. 1255 CC) y al efecto vinculante de la regla contractual (art. 1091 CC) rechaza la moderación cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento parcial o deficiente de la prestación. (**STS de 7 de mayo de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los litigantes celebraron un contrato privado de compraventa que tenía por objeto un conjunto residencial y que novaba y extinguía otros anteriores. La parte compradora abonó a la vendedora una cantidad a cuenta del precio. En el contrato se hizo constar, para el supuesto de impago total del precio aplazado con carácter previo al otorgamiento de la escritura pública de venta, una condición resolutoria expresa y una penalización, que facultaba a la vendedora para retener, en concepto de daños y perjuicios, la totalidad de la cantidad abonada por la parte compradora a cuenta del precio total.

El dato esencial que el Tribunal Supremo toma en cuenta para dilucidar la presente controversia es que la penalización se convino para el supuesto de impago del total del precio aplazado y los hechos probados demuestran que esta obligación se incumplió parcialmente.

NOTA.—Véase el comentario a esta sentencia elaborado por María Teresa Álvarez Moreno publicado en *CCJC*, núm. 92, mayo-agosto 2013, pp. 115 a 138. (*B. G. F.*)

10. Acción rescisoria por fraude de acreedores. Evolución jurisprudencial.—La jurisprudencia ha evolucionado a una concepción mas objetiva del fraude de acreedores y mas funcional y flexible en su caracterización y requisitos de ejercicio, centrada ya en la protección patrimonial del derecho de crédito, como objeto de la tutela dispensada y conexas, tanto materialmente como teleológicamente, con el entramado orgánico de la propia relación obligatoria, así como con las reglas y principios básicos de nuestra organización económica, particularmente de la efectividad de la responsabilidad patrimonial como fundamento primario de la acción rescisoria.

Acción rescisoria por fraude de acreedores: objetivización.—El artículo 1111 CC contiene una firme respuesta a las necesarias garantías que deben ser inherentes a las obligaciones, expresando un principio de justicia para la efectividad de su funcionalidad no sólo económica sino también decididamente social, que ha llevado, no obstante no darse la exigencia de *animus nocendi* o de perjudicar a los acreedores, a proyectar el requisito subjetivo del *consolium fraudis*, bien entendido como actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de causarlo llegando a alcanzar cotas de cuasi objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación. En este sentido, el acto o contrato que permite el ejercicio de la acción pauliana o rescisoria debe perjudicar al acreedor, minorando la solvencia del deudor, de modo que aquél no pueda cobrar lo que éste le debe; en definitiva consiste en la frustración del derecho de crédito.

Acción rescisoria por fraude de acreedores: noción de fraude.—La moderna configuración de la acción conlleva la determinación de su concepto en la articulación de la acción ya no responde a una aplicación autónoma y directa en el terreno subjetivo de la culpabilidad de los comportamientos implicados, particularmente de las conductas dolosas, ni tan siquiera a la heterogeneidad derivada del recurso auxiliar a otras fuentes de integración tales como su referencia a un abstracto principio de justicia, o a la aplicación interpretativa del criterio de equidad, sino que su concreción se realiza desde los principales deberes que sustentan la efectividad del derecho de crédito y su respectiva incidencia en el marco de la constatación del resultado lesivo inferido al acreedor.

Acción de rescisión por fraude de acreedores. Relación insolvencia y daño.—La relación lógico-jurídica entre la insolvencia y el *eventus damni* ha sido plenamente aceptada por la jurisprudencia, en donde tanto el requisito de la subsidiariedad de la acción como, en su caso, la demostración o realidad del perjuicio pauliano, vienen confirmados en orden a la situación de insolvencia patrimonial en la que incurre el deudor.

Insolvencia y lesión del derecho de crédito. Tutela: alcance.—La tutela desplegada con base a la tipicidad de la insolvencia comprende todo tipo de obligación, con independencia del contenido de su correspondiente objeto. Además, la tutela derivada de la insolvencia como lesión del derecho de cré-

dito también se proyecta con independencia de la condición civil o mercantil del deudor.

La determinación de la insolvencia como presupuesto material de la lesión del derecho de crédito: requisitos.—La insolvencia del deudor para que pueda ser considerada como presupuesto material de la lesión patrimonial del derecho de crédito debe reunir los siguientes requisitos: por un lado, el carácter sobrevenido de la insolvencia lo que supone que la proyección del daño o perjuicio derivado de la insolvencia no alcanza a los acreedores posteriores al acto o negocio de disposición, que la insolvencia debe representar una alteración del estado patrimonial del deudor consistente en una significativa merma o disminución de su garantía patrimonial en relación con el importe derivado de la reclamación de las deudas, así como que dicha merma o disminución significativa de la garantía patrimonial debe perdurar en el momento en que se ejerciten las correspondientes medidas de protección o tutela del derecho de crédito. Por otro, la idoneidad del acto o negocio causante de la lesión, en este sentido, la jurisprudencia mantiene una reiterada doctrina en favor del carácter abierto de la naturaleza o tipología de actos o negocios jurídicos impugnables por medio de la acción rescisoria.

Acción rescisoria por fraude de acreedores. Carácter subsidiario.—La configuración técnica de la acción rescisoria por fraude de acreedores, particularmente en la conexión existente entre el *eventus damni* y la juridicidad de la insolvencia, ha permitido adecuar y flexibilizar la nota de subsidiariedad como caracterización del ejercicio de la acción, pues no en vano dicha nota revela, en esencia, la situación de indefensión en la que se encuentra el acreedor al tiempo de producirse el perjuicio patrimonial de su derecho de crédito. De ahí, entre otros extremos, que no sea necesario la acreditación de la insolvencia del deudor en un juicio previo y se permita su prueba en el mismo proceso en donde se pretende la rescisión del acto o negocio fraudulento. Por ello, la jurisprudencia ha declarado que la prueba o realidad de la insolvencia no ha de producirse de una forma absoluta, sino que es suficiente con la acreditación de la existencia de una notable disminución patrimonial que impida o haga sumamente difícil la percepción o cobro del crédito, e igualmente, resulta innecesario la demostración de la carencia absoluta de bienes del deudor, siendo suficiente con acreditar haber llevado a cabo la persecución de los bienes que le sean debidamente conocidos según las circunstancias del caso. **(STS de 7 de septiembre de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La representación procesal de don J. A. contra don A. y la mercantil C., S.L., solicitando que se resuelva contrato de compraventa sobre un inmueble y se declare la rescisión, por haberse celebrado en fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Vinaroz dictó sentencia estimando la demanda y declaró resuelto el contrato de compraventa celebrado sobre la finca objeto del litigio al mismo tiempo desestimó la interpuesta contra la mercantil C., S.L. Recurrida en apelación, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana estimó el recurso en el sentido de estimar la demanda contra ambos demandados. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (*N.D.L.*)

11. Delegación de deuda perfecta o expromisión. Liberación del antiguo deudor necesidad de que conste expresamente. Efectos de la falta de pago por el deudor delegado.—La ausencia en nuestro Código de regulación expresa y sistemática de la delegación de deuda, no es obstáculo para la admisión de la novación modificativa por sucesión particular en el débito, admitida a estos efectos por el artículo 1203 CC. Por lo que es perfectamente admisible la delegación perfecta o expromisoria de la deuda o negocio plurilateral por el que el delegatario o acreedor, además de aceptar la delegación o pacto entre deudores por el que uno de ellos asume como propia la obligación del otro, se aquieta a liberar al delegante y sustituirlo por el nuevo deudor delegado (STS de 10 de enero de 1983). Si bien, para ello es necesario el acuerdo expreso; de manera que la mera delegación en la que sólo se acuerda el pago por el tercero, no libera al deudor (STS de 21 de diciembre de 2010). Y sin que esta liberación del antiguo deudor equivalga a tener por ejecutada la prestación por él prometida, ya que el incumplimiento por el delegado repercute en la imposibilidad de exigir la prestación recíproca asumida por el acreedor delegatario. (STS de 7 de mayo de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—Mediante una compleja operación, en un primer contrato la sociedad AZM vendió un conjunto de bienes y derechos a la sociedad INT. En la misma fecha se suscribió un segundo contrato en el que la sociedad URM vendió a la sociedad IBZ el 56% de las acciones que poseía en el capital social de AZM, disponiéndose que la parte del precio pendiente de pago fuera entregada por la compradora a la misma sociedad AZM, cuyas acciones eran objeto de venta, para liquidar precisamente la deuda que la sociedad INT (participada al 100% por URM) había adquirido con AZM como consecuencia del primer contrato de compraventa de bienes y derechos. De manera que esta última operación de adquisición de bienes y derechos se financiaba mediante el otro contrato de venta de acciones. La falta de pago del precio y la de entrega de los bienes determinó que URM y otros demandara la resolución de los contratos, que entendían vinculados, de compraventa de acciones y de compraventa de bienes y derechos. La Audiencia Provincial de Madrid, confirmando la sentencia de instancia, consideró que los actores no llegaron a liberarse de su obligación de pago, por lo que estimó parcialmente la demanda y condenó sólo a la resolución del contrato de venta de acciones. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de los actores. (L.A.G.D.)

12. Doble venta de inmuebles: Incongruencia: Cambio de *causa petendi*: Estimación.—La LEC se expresa con claridad en el párrafo 2.º del número 1, del artículo 218, permitiendo al Tribunal resolver conforme a las normas aplicables al caso aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes, si bien prohíbe *apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer*. Y esto es lo ocurrido en el presente caso, por lo que debe estimarse el motivo y, con él, el recurso por infracción procesal, ya que la sentencia impugnada prescinde del fundamento jurídico de la acción, que consistía en la afirmación del demandante de ser propietario de los

inmuebles en virtud de contrato, para negándole tal condición, estimar finalmente la demanda por una razón distinta, cual es la de considerar que el segundo contrato de compraventa era nulo por concurrir en el mismo causa ilícita; fundamento que incluso es distinto del de la afirmación de inexistencia de buena fe en el segundo comprador y que, acogido por la Audiencia Provincial sin previa alegación por la parte demandante, significa para la demandada indefensión en cuanto no pudo contradecirlo en la fase alegatoria.

La Disposición Final 16.^a de la LEC, regla 7.^a, lleva a que, tras la estimación del recurso por infracción procesal y la anulación de la sentencia recurrida conforme al artículo 476.2 de la citada Ley, se dicte por esta Sala nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación que, en este punto, se fundamenta en el mantenimiento de la buena fe del recurrente en su adquisición y la consiguiente aplicación a su favor del artículo 1473 CC que, para el caso de doble venta de inmueble, dispone que la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro de la Propiedad, exigiéndose la buena fe de dicho adquirente, según reiterada jurisprudencia (recogida en STS de 11 de junio de 2004).

Primera venta en documento privado: Tradición efectuada al primer comprador: Venta en escritura pública al segundo comprador e inscripción registral: Condena al vendedor como autor de estafa impropia con reserva de acciones civiles: Prejudicialidad penal hasta dictarse sentencia estimatoria.—Después de abonar parte del precio, el primer comprador, introdujo a su costa algunas modificaciones en la vivienda, y la entidad vendedora hubo de reformar el proyecto de construcción, pedir nueva licencia y modificar la escritura de declaración de obra nueva, y una vez obtenido el certificado de obra nueva requirió a los vendedores para acudir a la notaría y firmar las correspondientes escrituras, no acudiendo el primer comprador por discrepancias sobre el precio, interponiendo luego demanda interesando la condena a la promotora de otorgar la escritura de venta, aunque posteriormente desistió del proceso. Al no existir acuerdo, la promotora vendió los inmuebles a un segundo comprador, el cual inscribió la venta en el Registro, y notificándose al primero le requirió que se abstuviera de realizar actos de dominio sobre los mismos. Cuatro años más tarde recae sentencia penal contra la vendedora, como autora de un delito de estafa impropia con la atenuante de reparación parcial del daño y la analógica de confesión del hecho. Ejercitada la acción civil reservada por el primer comprador, el Juzgado de Primera Instancia desestima su demanda, pero la Audiencia Provincial estima el recurso con alteración de la *causa petendi*. El segundo comprador recurre también en casación, además de recurrir por infracción procesal, recurso que le ha sido estimado.

Interpretación del artículo 1473 CC: Doble venta de inmuebles: Evolución de la jurisprudencia de la Sala Primera.—En nuestro sistema de transmisión de propiedad se requiere tanto la existencia de título (en este caso, el contrato de compraventa) como el modo o *traditio* de la cosa que constituye objeto del contrato (art. 609 CC). La entrega comporta un traspaso posesorio y en este sentido el artículo 1462 CC dice que se entiende entregada la cosa vendida *cuando se ponga en poder y posesión del comprador*, lo que podrá producirse en cualquiera de las formas de adquisición posesoria a que se refiere el artículo 438 CC. De aquí que la *traditio* se entiende cumplida si el *accipiens* ocupa materialmente la cosa con el consentimiento del transferente, si la cosa queda sujeta a la acción de la voluntad de aquél o si se cumplen los actos propios o las formalidades legales establecidas para adqui-

rir tal derecho. En este sentido se ha de admitir que la entrega se ha producido cuando el comprador actúa sobre la cosa como verdadero dueño, con el consentimiento del vendedor, y como efectivo poseedor, modificándola para establecer determinadas mejoras cuyo importe asume directamente.

A partir de la consideración de que el demandante llegó a ser propietario de los inmuebles adquiridos, por haber sido entregados al mismo, resulta necesario plantear los efectos de la posterior venta y presunta entrega *ex artículo 1462* del CC al hoy recurrente –el segundo comprador–, que procedió a inscribir en el Registro de la propiedad su adquisición. Sobre esta cuestión hemos de partir de la doctrina sentada por el Pleno de esta Sala 1.^a en su sentencia núm. 928/2007, de 7 de septiembre, la cual pone de manifiesto en su fundamentación jurídica dos grandes periodos en la jurisprudencia en relación con la apreciación de supuestos de doble venta o de venta de cosa ajena. A) Hasta los años noventa del siglo XX, se consideró que el artículo 1473 CC resultaba aplicable tanto a los supuestos de doble venta estricta, cuanto a los casos de doble venta que a su vez dan lugar a supuestos de cosa ajena, por lo que no se exigía una cierta coetaneidad cronológica entre ambas ventas para su aplicación (SSTS de 6 de diciembre de 1962, 13 de abril de 1988, 23 de enero de 1989, 24 de enero de 1990 y 10 de abril de 1991); B) A partir de los años noventa, sin embargo, comienzan a excluirse del ámbito de aplicación del artículo 1473 aquellas ventas múltiples que originasen supuestos de venta de cosa ajena, exigiéndose en consecuencia una cierta coetaneidad cronológica entre ambas ventas para la aplicación de dicha norma (SSTS de 8 de marzo de 1993, 25 de marzo de 1994, 6 de mayo y 24 de junio de 2004, y 30 de diciembre de 2005). Es decir, la jurisprudencia a partir de los años noventa introduce un criterio de preferencia de orden cronológico pues parece que la lejanía en el tiempo entre dos ventas constituye un indicio concluyente de la consumación de la primera, y consiguiente venta de cosa ajena. La STS de 7 de septiembre de 2007 ha venido a unificar la doctrina sobre la materia, abandonando la última postura al considerar que el artículo 1473 CC no exige necesariamente el requisito de «una cierta coetaneidad cronológica» entre dos o más ventas en conflicto, incluyendo así en su ámbito de aplicación a las ventas múltiples que a su vez originen una venta de cosa ajena, como consecuencia de la consumación de la primera de las ventas. Esto es, se afirma que la doble venta y la venta de cosa ajena son figuras complementarias y no excluyentes que entran bajo el ámbito de aplicación del artículo 1473 CC.

Doble venta: El requisito de la buena fe del adquirente de inmuebles.—Como dice la STS de 11 de febrero de 2011, podría parecer que el Código Civil no exige la concurrencia de buena fe cuando se trata de bienes inmuebles, pero no es así. Tal como expresa la STS de 13 de noviembre de 2009, su exigencia se deduce de los principios generales del derecho –ejercicio de los mismos de buena fe–, y de relacionar esta norma con el artículo 34 LH, lo cual ha sido mantenido por constante jurisprudencia, desde las antiguas sentencias de 13 de mayo de 1908, 29 de noviembre de 1928 y 31 de octubre de 1929, hasta las recientes de 1 de junio y 24 de julio de 2000, y 11 de junio de 2004, pasando por las de 30 de junio de 1986, 29 de julio de 1991 y 24 de noviembre de 1995. En definitiva, la cuestión viene a desembocar en la apreciación de la situación de conocimiento del demandado respecto de la venta anterior realizada al demandante por la misma empresa vendedora sobre el mismo inmueble, en cuanto ello determinará la existencia o no de buena fe por su parte y poder beneficiarse de lo dispuesto en el artículo 1473 CC, partiendo de que *no resulta necesario un conocimiento acabado y*

preciso de la transmisión anterior, sino que basta un estado de duda sobre ello que el propio interesado no intenta resolver con el fin de aprovecharse de tal preferencia, no bastando ni siquiera el error cuando este ha de considerarse como inexcusable, ya que no cabría premiar un comportamiento de grave negligencia. De la prueba practicada se deducen dos circunstancias que ponen de relieve la mala fe del segundo comprador: en primer lugar el conocimiento de la situación que venía dada por la ausencia del primer comprador en la notaría para otorgar la escritura por discrepancias con la entidad vendedora, y en segundo lugar, el precio de la compraventa notablemente inferior al de compra por el primer adquirente, que ponía de manifiesto la urgencia de la vendedora que no podía cobrar el precio pendiente por las discrepancias con el primer comprador (se admite una disminución de unos doce mil euros, que no era acorde con el incremento de precio que se notaba notablemente en el año 2003).

En consecuencia, al resolver sobre el fondo, procede la estimación de la demanda presentada por el primer comprador, si bien parcialmente porque no procede declarar la nulidad de la segunda venta, por cuanto subsiste la relación obligacional entre ambas partes y, en todo caso, la misma no afecta al demandante en cuanto se declara que la propiedad se transfirió efectivamente a su favor por la *traditio*. (STS de 27 de junio de 2012; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

NOTA.—Supuesto de hecho, en cierto modo, típico de la doble venta regulada por el artículo 1473 CC, acompañado de un significativo episodio penal intermedio, con una confesión del vendedor que, en cierto modo, preanunciaba el resultado final. Una promotora que entrega a los adquirentes las llaves cuando todavía la obra no está rematada, y firma el documento privado de compraventa recibiendo un adelanto del precio. Conflicto con el (primer) adquirente a la hora de elevarlo a escritura pública, y su sustitución apresurada al negarse a asistir aquél a la notaría, por un segundo comprador, en mejores condiciones económicas, quien firma aquélla y lo inscribe en el RP, conociendo las circunstancias concurrentes, por lo que no puede alegar buena fe, y declaración judicial de validez de la primera venta; fallo que es de aprobar. En general, sobre el tema, vid. mi *Com. al artículo 1473*, en «Com. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart», t. XIX, 2.ª ed., (Madrid 1991), pp. 260-274, esp. pp. 270 ss. Con doctrina y jurisprudencia ulterior, Martínez de Aguirre, *Curso* (II), 2.ª ed. (Madrid 2008) p. 554-556. (G.G.C.)

13. Contratos. Libertad contractual: relación negocial compleja.—El principio general de la libertad contractual, que establece el artículo 1255 CC, permite la posibilidad de que las partes puedan configurar una relación negocial compleja sin la necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos por la ley y, a la vez, la posibilidad de modificar o sustituir la disciplina correspondiente a un determinado tipo de contrato; todo ello de conformidad con los concretos intereses negociales que, en cada caso, las partes traten de articular por medio de su relación negocial.

Contratos. Novación extintiva: requisito.—En orden a determinar el alcance extintivo de la novación, es necesario que conste con claridad la

voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación o, en su caso, la razón de la plena incompatibilidad de las respectivas obligaciones.

Cesión de créditos. Saneamiento por evicción: delimitación.—La jurisprudencia considera que se delimita el saneamiento en la cesión del crédito en atención a dos obligaciones que incumben al cedente: por una parte, con una clara similitud en relación vicio o defecto del derecho transmitido en la responsabilidad por evicción en la compraventa (*propter vitium in jure auctoris*), el cedente se obliga a la llamada *veritas nominis* del crédito cedido, haciéndose responsable de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta. Por la otra parte, ya configurándose como una extensión de la obligación del vendedor acerca del: *praestare ut habere licere* o bien, como una aplicación análoga con base a la finalidad del saneamiento por vicios ocultos, el cedente viene obligado a la garantía de la *bonitas nominis* del crédito cedido, haciéndose responsable de la bondad del crédito transmitido, esto es de su inicial efectividad o valor de realización en cuanto exponente de un contenido patrimonial.

Cesión de créditos. Garantía de solvencia: aspectos.—La garantía alude a dos aspectos claramente diferenciados en el primero de ellos, conforme a su incidencia en el contexto operativo del término *periculum*, la solvencia del deudor cedido se inserta en el contenido natural de la cesión configurándose como un riesgo normalmente derivado del negocio celebrado, de suerte que la transmisión del crédito determina la transferencia del riesgo de la solvencia del deudor. En el segundo, la llamada garantía de la *bonitas nominis*, conforme a su incidencia en el contexto operativo del término *damnum*, responde a la tipicidad central de la insolvencia como hecho o causa legal que refiere la lesión del derecho de crédito, dando lugar a la correspondiente medida de protección o tutela.

Cesión de créditos. Obligación ex lege de garantía: límites.—La obligación *ex lege* de garantía también presupone una determinada «función negocial». En este sentido, el Código contempla dicha garantía en un negocio de cesión de créditos que tiene su causa en la compra-venta del crédito, conforme a la caracterización de los contratos traslativos de orden oneroso y conmutativo. Por eso, la obligación de garantía no suele tener lugar cuando la cesión tiene su origen en una causa diversa. Así, por ejemplo, cuando la cesión ha sido gratuita debe entenderse aplicable el artículo 638 CC, de suerte que el donante no viene obligado al saneamiento de las cosas donadas, a no ser que la donación comprenda también una cierta onerosidad (donación modal), en cuyo caso el donante responde por la *bonitas nominis* del crédito hasta la concurrencia del gravamen. Tampoco parece que juegue dicha garantía cuando se modifica la anterior función negocial, caso de las cesiones con función solutoria. En este sentido, en la cesión *pro soluto* la garantía de la solvencia del deudor tampoco viene contemplada en principio, a menos que se estipule expresamente. También al igual que acontece en sede de saneamiento, la responsabilidad del ceder por el incumplimiento de esta obligación de garantía va a ser ponderada de acuerdo con el criterio de la «buena fe» del cedente.

Cesión de créditos. Obligación de garantía: naturaleza jurídica.—La jurisprudencia ha declarado que no debe haber inconveniente en admitir que la naturaleza de esta obligación de garantía, conforme a su inserción en el esquema contractual de la cesión, viene configurada técnicamente dentro del cuadro típico del instituto del saneamiento, quedando articulada como una de las obligaciones que el Código impone al cedente en aras a lo que se ha denominado «idoneidad» del crédito cedido.

Cesión de créditos. Obligación de garantía: fases.—La jurisprudencia distingue un primer momento (pendiente el evento lesivo) en donde la garantía por la *bonitas nominis* viene configurada como una obligación «natural» del negocio de cesión de créditos. El segundo momento en el desenvolvimiento de la garantía por la *bonitas nominis* corresponde a la «consumación» del evento lesivo, esto es, a la prueba o realidad de la insolvencia anterior del deudor del crédito cedido. En este momento la acción del cesionario se proyecta sobre un contenido indemnizatorio propio de una fase de responsabilidad contractual. El artículo 1529 CC no distingue expresamente las citadas fases, quedando comprendidas dentro del alcance general del saneamiento del crédito cedido.

Cesión de créditos. Interpretación del artículo 1529 CC.—En primer lugar, hay que tener en cuenta que este régimen de responsabilidad, de acuerdo con los antecedentes en la materia, responde en gran parte a una configuración objetiva, conclusión claramente constatable en orden a la pretensión restitutoria del cesionario (párrafo 2.º del art. 1529, en relación a los gastos expresados en el núm. primero del art. 1518 CC). En segundo lugar, respecto al supuesto de responsabilidad agravada (párrafo 3.º del art. 1529 CC), el resarcimiento de los daños y perjuicios no sigue el sistema tradicional de la responsabilidad por culpa, sino que queda restringida en el marco de la mala fe del cedente. Por último, en tercer lugar, conviene recordar que dicho régimen de responsabilidad, en concordancia con el contenido obligacional, atiende a la esfera valorativa del comportamiento cedente, sin adentrarse en la posible responsabilidad del cesionario; consecuencia, por lo de más, que cuadra perfectamente con el régimen general de los supuestos relativos a la lesión del crédito con base a la tipicidad de la insolvencia

Cesión de créditos. Régimen de responsabilidad del cedente: delimitación.—Supuesta su buena fe y a falta de estipulación expresa respecto de su exclusión la insolvencia anterior del deudor del crédito cedido, acompañada de su carácter público, determina una presunción de *iuris et de iure* de responsabilidad que sirve de fundamento a la pretensión restitutoria del cesionario en los términos previstos por el núm. 1 del artículo 1518 CC. El carácter «anterior de la insolvencia» colorea el presupuesto material de la lesión del crédito, mientras que la nota de «publicidad» configura de modo objetivo el régimen de responsabilidad derivado. En el supuesto de mala fe del cedente, el resarcimiento de daños y perjuicios, ya sea la insolvencia pública o no, requiere de un presupuesto subjetivo no presunto que viene determinado por la responsabilidad del cedente en cuanto tuvo conocimiento real de la situación de insolvencia del deudor, por lo que el cesionario deberá probar la *scientia* del cedente en este punto

Cesión de créditos. Responsabilidad del cedente: supuestos excluidos.—La jurisprudencia considera que un primer caso lo obtenemos a través del cauce de la voluntad negocial, cuando las partes libremente manifiesten de forma expresa su acuerdo acerca de la no inclusión de esta obligación ex lege de garantía. La validez de dicho pacto viene respaldada por el carácter dispositivo de esta obligación, que no se integra en los elementos esenciales del negocio de cesión de créditos. Otro caso, siguiendo el modelo del saneamiento por evicción, se infiere de un modo presunto cuando el posible perjuicio derivado de la *bonitas nominis* del crédito cedido ha sido estimado por las partes, repercutiendo en el precio resultante por la transmisión del crédito. Por último, otra excepción a la aplicación de esta obligación de garantía se reduce cuando se modifica el carácter conmutativo de la cesión configurán-

dose la bondad del crédito como un evento aleatorio (*spes*), de modo que el negocio celebrado se entienda realizado a «pleno riesgo».

Cesión de créditos. Pretensión del cesionario: límites.—La pretensión de resarcimiento del cesionario queda delimitada en dos órdenes, claramente diferenciados, en el supuesto de buena fe del cedente (párrafo 2.º del art. 1529 CC), la obligación de garantía funciona de un modo análogo a una pretensión restitutoria, concretándose en el reembolso de los gastos previstos en el número primero del artículo 1518 CC: «Los gastos del contrato realizado y cualquier otro pago legítimo hecho para la celebración del negocio»; en el supuesto de mala fe del cedente, la obligación de garantía acentúa su vocación indemnizatoria concretándose: «en el pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios derivados» (párrafo 3.º del art. 1529). (STS de 10 de julio de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La representación procesal de la mercantil U., S.L., interpuso demanda contra B. de S., S.A., solicitando la declaración de nulidad de ciertas escrituras notariales y su constancia en el Registro de la Propiedad. El Juzgado de Primera Instancia número 14 de Málaga, dictó sentencia desestimando la demanda. Recurrida en apelación, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación instada. (N.D.L.)

14. Responsabilidad decenal por defectos constructivos. La reparación de los daños y perjuicios del artículo 1591 CC.—La clara dicción del artículo 1591 («responder de los daños y perjuicios»), no debería plantear problemas de interpretación sobre lo que debe ser el resultado de la obligación incumplida, ni justifica la incertidumbre que tanto ha preocupado a la doctrina y la jurisprudencia en relación a si estamos ante una obligación de hacer o simplemente indemnizatoria, cuyo importe se adecue al coste de las reparaciones que hayan de efectuarse para remediar los males constructivos, puesto que caben las dos soluciones, ya que lo que se pretende realmente es que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización o reparación y a costa del responsable del daño, en situación igual o al menos equivalente, a la que tenía antes de haber sufrido el daño.

Distintas soluciones para la reparación de los daños y perjuicios del artículo 1591 CC.—a) obras de subsanación y reparación in natura; b) reclamación de reintegro de las cantidades realmente invertidas por la comunidad de propietarios; y, c) solicitar que se fije cantidad determinada para que la comunidad de propietarios pueda afrontar por sí misma y atender al costo de los trabajos y actividades necesarias para la consolidación, refuerzo y reparaciones en general en las zonas afectadas por la situación de ruina que se denuncia (SSTS de 10 de marzo de 2004 y 15 de febrero de 2011).

Mayor efectividad de la solución indemnizatoria, pero constituye la excepción.—Posiblemente la solución indemnizatoria sea más efectiva que la reparación a costa del responsable del daño, en atención a las complicaciones, dilaciones y conflictos que se pueden plantear en el trámite ejecutivo a resultados de una condena de hacer a costa de quien causó el daño. Pero, como señala la STS de 13 de julio de 2005, el pago constituye una excepción a la regla general del artículo 1098 CC (si el obligado a hacer una cosa no lo

hiciera, se mandará hacer a su costa...) y para ello se precisa, entre otras cosas, una serie de circunstancias (requerimiento desatendido por los agentes responsables para ejecutar las obras de reparación de los desperfectos existentes). Esta solución fue la aceptada por las SSTS de 10 de marzo de 2004 y 15 de febrero de 2011. (**STS de 11 de mayo de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios demandó por incumplimiento contractual y por responsabilidad decenal por defectos constructivos a la entidad constructora y al director de la obra, por la construcción de un aparcamiento. La parte demandada se opuso y formuló reconvencción donde solicitaba la declaración de obra nueva y ejercitaba una acción de reclamación de cantidad.

El juzgado estimó en parte la demanda al condenar a los demandados solidariamente a realizar en el garaje las obras de reparación determinadas por el perito judicial y, en su defecto, a entregar a la actora una cantidad de dinero determinada para ello. Asimismo, estimó en parte la reconvencción y condenó a la actora a otorgar escritura pública de las plazas de garaje que son propiedad de los demandados, así como a entregarles una cantidad en dinero. Recurrieron en apelación la parte actora y la constructora. La audiencia estimó parcialmente ambos recursos en el sentido siguiente: 1. La comunidad debía abonar a la constructora una cantidad algo inferior a la de primera instancia; 2. Suprimió la condena a la actora de otorgar escritura pública de las plazas de garaje y en su lugar se le condenó a otorgar escritura pública de declaración de obra nueva del aparcamiento; y, 3. La constructora tendría que facilitar a la comunidad la documentación del garaje necesaria para la obtención de la licencia de actividad, así como abonarle la cantidad que resulte de alquilar las plazas de garaje durante la realización de las obras. El Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida por la comunidad, al condenar además a la constructora a abonar a la comunidad la cláusula penal contenida en el contrato de obra.

NOTA.—En la actualidad, la LOE, de forma expresa, en su artículo 19.6, permite al asegurador optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños o por la reparación de los mismo. Véase, en este sentido, la STS de 21 de diciembre de 2010. (*I. D.-L.*)

15. Responsabilidad civil del abogado: Muerte de tres obreros subcontratados por empresa de Astilleros: Ejercicio de acciones penales, civiles y laborales por familiares que se declaran prescritos: Relación contractual entre Abogado y cliente: Negligencia profesional: Doctrina general.—a) La relación contractual entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato (últimamente SSTS de 26 de febrero y 18 de octubre de 2007, y 22 de octubre de 2008). En esta relación, si el abogado incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual. El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la

lex artis, esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado, a título de ejemplo: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el cumplimiento del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos.

b) La jurisprudencia ha precisado que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS 14 de julio de 2005 y 21 de junio de 2007). El juicio de imputabilidad exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino de medios, ya que lograr una resolución favorable dependerá, entre otros factores, de haber logrado la convicción del juzgador (entre otras, SSTS de 30 de marzo de 2006 y 26 de febrero de 2007). Este criterio impone examinar si como consecuencia del incumplimiento de las reglas de oficio, se ha producido una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficientes para ser configuradas como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva y por ello un daño resarcible en el marco que consagra el artículo 1101 CC (STS de 23 de julio de 2008).

c) Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina, en un contexto valorativo, que el daño debe calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción que debió intentarse, pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, el cual no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. Así la STS de 27 de julio de 2006 declara que la responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. No puede apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, cuando la producción del resultado desfavorable debe entenderse razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal, y no atribuible directamente a una omisión objetiva y cierta al abogado. Es menester, en suma, que exista una relación de certeza objetiva entre el incumplimiento de su obligación por parte del profesional jurídico y la inadmisión o desestimación de las pretensiones formuladas en defensa de su cliente, como ocurre en los supuestos de falta de presentación de escritos en los plazos establecidos o de omisión de trámites exigidos por la ley como carga para hacer valer las respectivas pretensiones, o la omisión de algún concepto indemnizable cuando se solicita una indemnización de daños y perjuicios, según jurisprudencia consolidada como es el caso del daño moral o del lucro cesante (STS de 14 de diciembre de 2005).

Prescripción de la acción: *Dies a quo*.—Es constante la jurisprudencia en declarar que la determinación del *dies a quo* es función que corresponde a la Sala de instancia, y que su decisión no es revisable en casación, salvo

cuando se halla en juego la correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables. La prescripción debe ser interpretada restrictivamente (STS de 14 de marzo de 2007), al no estar basada en principios de estricta justicia, sino de seguridad jurídica y de presunción de abandono del ejercicio del derecho (STS de 6 de mayo de 2009). El *dies a quo* para el ejercicio de la acción es aquel en que puede ejercitarse, según el principio *actio non nata non praescribitur*, el cual exige que la parte disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar. En el presente caso la conducta del abogado demandado es susceptible de ser calificada como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional pues la demanda de responsabilidad civil se presentó cuando había transcurrido más de un año desde la notificación al procurador del auto de la Audiencia Provincial que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el auto del Juzgado de Instrucción que declaró la prescripción de la falta con expresa reserva de acciones civiles, y la inactividad del abogado determinó que el procedimiento iniciado no pudiera cumplir su fin de reconocimiento de la responsabilidad civil. En consecuencia, el daño consistió en frustración de la acción judicial.

Viabilidad de la acción.—En cuanto a la pérdida de oportunidades, la sentencia de apelación sigue los criterios de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que la pretensión de resarcimiento de las familias de los trabajadores tenía posibilidades de éxito, lo que acepta esta Sala pues el accidente que provocó la muerte de los tres trabajadores no fue debido a su imprudencia sino al hecho de que no se adoptaron medidas de seguridad, pues aquellos se encontraban en el interior de la canastilla de la grúa móvil, sin ningún tipo de sujeción.

Fijación de la cuantía de la indemnización.—Es doctrina reiterada que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales, como en el presente caso, no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia, salvo por error notorio o arbitrariedad, cuando exista una notoria desproporción, o se cometa una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del *quantum*. La valoración de la sentencia de apelación se funda en las circunstancias del caso y resuelve según sus expectativas, fijando una cantidad intermedia entre la suma inicialmente pedida por cada familia (que oscila entre 180.000 y 150.000 euros), y la concedida por el Juzgado de Primera Instancia (que oscila entre 12.000 y 6.000 euros), fijando 60.000 euros para cada viuda y 15.000 euros para cada hijo. Cantidades que deben ser confirmadas pues no se advierte una notoria desproporción entre el daño patrimonial sufrido por los recurridos y la indemnización fijada conforme a las circunstancias del caso, integradas, entre otros extremos, por las posibilidades de éxito de las actuaciones frustradas por la negligencia del abogado. **(STS de 28 de junio de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Los hechos luctuosos originarios ocurrieron el 31 de octubre de 1986 (fallecimiento de tres obreros que trabajan en una empresa subcontratista de limpieza de buques en los astilleros de Cádiz). Aparte las prestaciones ordinarias percibidas por los familiares, la única en que intervino con éxito el letrado demandado ocurrió en 1999 y consistió en declarar la responsabilidad solidaria de los Astilleros una vez que la empresa subcontratista fue declara-

da insolvente. En efecto, el abogado demandado acumuló sentencias desfavorables ante la jurisdicción penal, civil y laboral, por una única y misma causa, a saber la de haber prescrito la acción ejercitada; acción civil que el Tribunal Supremo declara viable, a estos efectos. Pasados 26 años desde la muerte de los trabajadores, los familiares ven parcialmente satisfecho su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Los hechos se comentan por sí solos (G.G.C.)

16. Precario y comodato en relación con la vivienda: Distinción.—Es jurisprudencia reiterada la que considera que, en los supuestos de cesión gratuita de una vivienda (normalmente entre familiares), sólo debe apreciarse la existencia de comodato cuando pueda probarse la celebración de un contrato entre las partes conforme al cual se cede el uso gratuito del bien durante un tiempo determinado o para un uso concreto. Fuera de estos casos, se considera que el uso de la vivienda por los familiares del propietario es meramente tolerado por éste, quien, por consiguiente, está legitimado para recuperar la posesión al tratarse de una situación jurídica de precario. (STS de 11 de junio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Al casarse la hija de la demandante, ésta cedió el uso de una vivienda contigua a la suya al nuevo matrimonio. Con el tiempo, tuvieron lugar adversidades entre madre e hija, que fueron objeto de reproche penal (sin llegar a fijarse una distancia mínima de alejamiento entre las partes). En tales circunstancias, la demandante interpuso una demanda de desahucio por precario, a fin de recuperar la posesión. Por su parte, el matrimonio demandado alegó en su defensa que la situación jurídica no podía calificarse como precario sino que podía apreciarse la adquisición de la propiedad por donación o por usucapión, o bien la existencia de un comodato. No se presentaron pruebas de la donación ni pudo apreciarse la concurrencia de los presupuestos de la usucapión; pero el Juez de Primera Instancia apreció, sin embargo, la existencia del comodato y, al declarar que no concurría causa suficiente para la extinción del mismo (en tanto no variasen las circunstancias de la familia que la habitaba, al haber sido cedida la vivienda para el uso familiar), denegó el lanzamiento pretendido por la demandante. La Audiencia Provincial, revocando la anterior, consideró que los demandados ocupaban en precario la vivienda, por no existir indicio alguno de pacto o contrato que les legitimara para conservar la posesión en contra de la voluntad de la propietaria, y los condenó al abandono de la misma. En casación, no hubo lugar.

NOTA.—Aun cuando —como hizo el Juez de Primera Instancia— se hubiera apreciado la existencia de un contrato de comodato (que lógicamente no lo hubo, como lo prueba el hecho de que las partes aleguen, en primer lugar la donación o la usucapión), pudiera estimarse la extinción del mismo por voluntad de la demandante por causa de ingratitud de la parte demandada, en caso de haberse apreciado la existencia de delito en el litigio penal que medió entre las partes, siendo aplicable por analogía al contrato de comodato la

regla que admite la revocación de donaciones por ingratitud del donatario (art. 648 CC), dada la naturaleza gratuita del comodato (arts. 1740.II y 1741 *in fine* CC). (C.J.D.)

17. Crédito al consumo. Gratuidad: interpretación.—La concesión por parte de una de una entidad financiera de un crédito para el consumo con un interés de tipo 0, no supone, sin más, la obtención de un préstamo gratuito. En este sentido, la jurisprudencia, ha sostenido que basta con que el prestamista convenga con el proveedor de los servicios una retribución a cargo de este, para que la gratuidad respecto del consumidor, pese a estar expresamente pactada en la financiación, deba considerarse excluida en el conjunto de la operación, dada la aptitud potencial del oneroso contrato conexo como instrumento para provocar una repercusión en la contraprestación pactada en el otro contrato. (STS de 20 de julio de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La asociación de consumidores y usuarios A. D. I. de B. y C. de A. de E. interpuso demanda contra la mercantil CES., S.L., y las entidades financieras BSCH, C de M. y M. de P de M., PSFE de F. S.A, y BBVA F. B. de C S.A., solicitando la resolución de los contratos de enseñanza concertados por los consumidores a que representaba con la academia de enseñanza de idiomas, al haber dejado de prestar los servicios concertados y los contratos suscritos con las entidades bancarias que habían concedido préstamos a los consumidores con los que estos habían financiado los cursos de enseñanza. El Juzgado de Primera Instancia número 27 de Barcelona estimó parcialmente la demanda declarando la resolución de los contratos de enseñanza suscritos. Recurrida en apelación, la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso en el sentido de añadir a la resolución de los contratos de enseñanza, la invalidación de los contratos de financiación vinculados a ellos concertados. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación instada (N.D.L.)

18. Concurrencia de la normativa sobre usura y sobre protección de consumidores.—El Tribunal Supremo declara que es una práctica habitual la invocación conjunta de ambas normativas y que ello no plantea ninguna cuestión de incompatibilidad, ni conceptual ni material, ya que se trata de controles de distinta configuración y alcance con ámbitos de aplicación propios y diferenciables.

Distinción entre la normativa sobre la usura y la normativa sobre protección de los consumidores.—Las diferencias se fijan en tres aspectos. Así, en primer lugar, axiológicamente, mientras que la Ley de Usura se refiere a un caso particular, la normativa de consumo responde a una finalidad de práctica legislativa definida programáticamente en el texto constitucional, que incorpora, además del reforzamiento del principio de libertad contractual, unas claras finalidades de la Unión Europea en orden a fomentar el consumo y la competencia dentro del mercado único. Correspondientemente, la sanción que deriva de la usura queda concretada a un ámbito subjetivo concreto, sin más finalidad de abstracción o generalidad; pero la normativa de

consumo tiene una marcada función de configurar el ámbito contractual y, con ello, de incidir en el tráfico patrimonial. Por otra parte, en segundo lugar, mientras que en el caso de la usura, el control se realiza como sanción a un abuso inmoral especialmente grave o reprochable que explota una determinada situación subjetiva de la contratación –siendo, por tanto, proyección del límite general del artículo 1255 CC–, en el caso de la protección de los consumidores, la cláusula de buena fe solamente toma en consideración el ámbito objetivo del desequilibrio resultante, sin presuponer ninguna intención o finalidad reprobable. Finalmente, en cuanto a la sanción que imponen ambas normas, la usura comporta la nulidad del contrato realizado, con la correspondiente obligación restitutoria (entre otras, SSTS de 5 de julio de 1982 y 31 de enero de 2008); la normativa sobre consumidores, en cambio, no determina directamente la nulidad del contrato o su ineficacia total, siempre que no afecte a los elementos esenciales del mismo.

Ausencia de control sobre el precio a través de la normativa sobre usura y sobre protección de consumidores.—Ninguna de estas normativas realiza un control sobre el precio. En primer lugar, en el caso de la usura, la Ley se encuadra en el esquema liberal, que se fundamenta en el libre intercambio de bienes y servicios y en la determinación de su respectivo precio o remuneración, que ordena la autonomía privada de las partes contratantes. La libertad de precios, por tanto, se impone como una pieza maestra de la doctrina liberal (SSTS de 8 de abril de 1947, 26 de octubre de 1965, 29 de diciembre de 1971 y 20 de julio de 1993). En segundo lugar, en el caso de la normativa sobre protección de consumidores, tampoco se da un control de precios, ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho, ya que es transposición de la Directiva 93/13/CEE, que excluye expresamente del control de contenido de las cláusulas abusivas tanto la definición del objeto principal del contrato, como la adecuación con el precio pactado. No obstante, estos elementos esenciales del contrato pueden ser objeto de control por la vía de la inclusión y de la transparencia; ello persigue que el cliente pueda conocer la carga económica que, en conjunto, supone para él el contrato y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte.

Determinación del interés usurario.—El control realizado por la normativa sobre la usura se proyecta en dos planos: objetivo y subjetivo. Por lo que respecta al primero, señala el Tribunal Supremo que la mera alegación de un interés elevado, o su concurrencia con una garantía hipotecaria, no determina por sí solo el carácter usurario del préstamo, sino que es necesario acreditar que resulte manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. Respecto al plano subjetivo, que valora la validez del consentimiento prestado, considera el Tribunal Supremo que, por ejemplo, la mera alegación de la existencia de embargos preventivos que recaen sobre la vivienda de los actores no sería causa suficiente por sí sola para acreditar, conforme exige la Ley de Usura, una «situación angustiosa» que determina la aceptación de las condiciones del préstamo, sino que es necesario, para apreciar el vicio del consentimiento, acreditar las circunstancias que puedan tenerse como reveladoras de dicha situación de angustia en el caso concreto (STS de 23 de noviembre de 2009); así, por ejemplo, el pleno conocimiento de la trascendencia económica y patrimonial del préstamo proyectado.

Concepto de consumidor en la normativa sobre consumidores.—La normativa española no acoge la referencia amplia contenida en la normativa europea, que se remite a cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, sino que combina un elemento positivo, de consu-

midor como «destinatario final», con un elemento negativo, que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios «para integrarlos en procesos relacionados con el mercado». A la hora de interpretar este concepto, nuestra jurisprudencia, siguiendo la línea de la europea, considera que la remisión al destinatario final tiene sentido restrictivo, referido al consumo familiar y doméstico o al mero uso personal o particular (SSTS de 18 de julio de 1999, 16 de octubre de 2000 y 15 de diciembre de 2005).

Compatibilidad de los criterios de interpretación de la normativa sobre protección de consumidores con los criterios generales de interpretación del Código civil. Aplicación del criterio de interpretación literal. Los criterios para determinar la abusividad de una determinada cláusula no son distintos ni incompatibles respecto de los criterios generales de interpretación establecidos en el Código Civil. De hecho, el propio artículo 6.3 LCGC remite supletoriamente a las disposiciones sobre interpretación de los contratos recogidas en el Código. En concreto, en relación al criterio de la interpretación literal, el Tribunal Supremo tiene declarado (STS de 18 de mayo de 2012) que, en el ámbito de interpretación de los contratos, la interpretación gramatical referida al «sentido literal» que dispone el artículo 1281 CC no constituye un fin en sí misma, sino que debe integrarse en la prevalencia de la voluntad realmente querida por las partes contratantes. Su relevancia, por tanto, hay que observarla fuera de esta determinación o dialéctica, y dentro de la unidad del fenómeno interpretativo en su conjunto. (STS de 18 de junio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Un matrimonio suscribió el 11 de julio de 2006 una escritura de préstamo hipotecario por una elevada cantidad con una entidad bancaria. Con anterioridad a ello, el matrimonio había comparado y contrastado las condiciones del préstamo con otras entidades bancarias y había suscrito, previamente a la formalización en escritura pública del préstamo convenido, una serie de documentos explicativos de la entidad financiera, donde se les informaba de las condiciones concretas de la operación a realizar. En concreto, el plazo de duración del préstamo quedó establecido hasta el día 1 de agosto de 2007, fecha en que debía procederse a la amortización de capital. Los intereses ordinarios se pactaron a un interés nominal anual del 20,50 %, con devengo mensual a partir del 1 de junio de 2007, acordándose junto a ello unos intereses por amortización anticipada al 5 %. Como garantía, se constituyó hipoteca sobre una finca urbana sobre la que pesaban ya algunas otras cargas y gravámenes.

Amparándose en la redacción de las condiciones del préstamo recogidas en la escritura pública —y en el equívoco uso del término «devengo» en las mismas, referido tanto al capital, como a los intereses—, el matrimonio hizo entrega del capital con antelación a la fecha del primer devengo mensual, aplicándole únicamente los intereses del 5 %. Ante la negativa de la entidad bancaria de recibir el pago, el matrimonio interpuso demanda solicitando la declaración de que el tipo de interés aplicable era el calculado por ellos, y no el del 20,50 %, así como la nulidad de la cláusula del contrato en la que se fijaba el interés anual, por considerarla nula. Ambas pretensiones fueron desestimadas, tanto en primera instancia, como en

apelación, sobre varios argumentos: que la confusión en la redacción de la escritura era un mero error gramatical sin trascendencia sobre la validez del consentimiento prestado, que era dudoso el carácter de consumidores del matrimonio y el carácter no negociado de la cláusula y que los intereses pactados, aunque elevados, no eran abusivos, en consideración al riesgo de la operación acordada. El matrimonio interpuso entonces recurso de casación, fundamentado en el incumplimiento de la normativa sobre la usura, así como, subsidiariamente, sobre cláusulas abusivas.

NOTA.—Las referencias realizadas a la normativa de consumidores y usuarios que contiene la sentencia se remiten a la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 19 de junio de 1984, así como a la Ley de Condiciones Generales de 13 de abril de 1998. Es, por tanto, anterior al actual Texto refundido de 16 de noviembre de 2007, hoy vigente. (A. M. M.)

19. Responsabilidad civil por actividad contaminante realizada sobre terrenos enajenados: Legislación administrativa estatal y autonómica: Artículo 1902 CC: Jurisprudencia contradictoria del Tribunal Supremo.

—Pese al extraordinario volumen de las actuaciones procesales, el problema jurídico del litigio es uno sólo y de planteamiento relativamente sencillo. Se trata de saber si una sociedad mercantil constituida por entes públicos para la regeneración y consiguiente explotación de un puerto deportivo-pesquero y su zona residencial contigua puede repercutir retrospectivamente los costes de descontaminación a la sociedad mercantil que en tiempos contaminó la zona, y ello pese a haber tenido que cesar esta en su actividad industrial y haber vendido en su día los terrenos a bajo precio debido precisamente a su contaminación, conocida por todas las entidades que sucesivamente fueron adquiriendo derechos sobre dichos terrenos. Y esta decisión se somete por la actora-recurrente a la jurisdicción civil con base en el CC pero invocando el principio de *quien contamina paga*, presente en diversas normas administrativas de protección medioambiental que se consideran aplicables al caso. Cabe adelantar desde ahora mismo que esa repercusión retrospectiva no tiene amparo legal, ni en los artículos 33, 43 y 45 CE, ni en el artículo 1902 CC, ni en los artículos 1210 y 1158 del mismo cuerpo legal, ya que el principio *quien contamina paga*, por una parte, no deja de ser una manifestación concreta en materia medioambiental del principio de que cada uno debe responder de sus propios actos y, por otra, ha de ser conciliado, cuando los terrenos contaminados hayan sido objeto de sucesivos contratos privados, con el principio de que los contratos deben ser cumplidos (art. 1258 CC).

Esta Sala se ha pronunciado contradictoriamente sobre dos casos de gran similitud con el presente, ya que en ambos la demandada era también Ercros y ésta había vendido los terrenos contaminados en los que había desarrollado su actividad industrial. En la STS de 29 de octubre de 2008, sobre un recurso de Ercros contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 30 octubre 2003, que la había condenado a indemnizar a la Inmobiliaria CSA, adquirente en subasta pública de los terrenos vendidos por Ercros, a la compañía mercantil PISA, y esta Sala resolvió, en líneas generales, de acuerdo con las tesis de la aquí actora-recurrente, es decir responsabilidad extracontractual de la vendedora e improcedencia de apreciar prescripción de la acción por considerar que la acción era imprescriptible. Sin embargo en la STS de 22 de

diciembre de 2008, sobre un recurso igualmente de Ercros contra la sentencia que le había condenado a retirar los residuos enterrados en un solar que había sido de su propiedad, estimando así la demanda de Resinar, S.L., última propietaria después de una cadena de transmisiones, casó la sentencia impugnada y desestimó la demanda. Declara también que las normas administrativas que prohíben la realización de actividades de vertido gravemente perjudiciales para la comunidad imponen a las Administraciones públicas la obligación de impedir y de sancionar esas conductas, en el caso de que se produzcan, y de exigir las consiguientes responsabilidades por los daños causados a los intereses públicos, generales o colectivos; pero el instituto de la responsabilidad civil extracontractual no puede ser utilizado para transformar la obligación de indemnizar a la comunidad por daños originados en general a los bienes colectivos en una obligación de reparación concebida particularmente en beneficio del comprador de un inmueble que pudo haber tenido en cuenta, al pactar las condiciones de la compraventa, el deficiente estado del solar y en ese caso resultaría después beneficiado de manera injusta por la reparación de unos daños cuyo sujeto pasivo es la comunidad.

Entre los dos referidos criterios opuestos de decisión, esta Sala considera que debe reiterar el de la sentencia de 22 de diciembre de 2008 por corresponderse con el dato de que la conocida contaminación de los terrenos ocupados por la demandada desde el primer tercio del siglo XIX y en los que desarrolló una actividad industrial de fabricación de productos químicos, hasta verse obligada a cesar en la misma por decisión de la Administración, se computó no sólo en el precio por el que en 1987 vendió la mayor parte de la terrenos a la Corporación Metropolitana de Barcelona, sino también en la aportación que esta, ya como Consell Comarcal del Barcelonés, hizo a la demandante, del mismo modo que asimismo se computó en la venta del resto de los terrenos que el ICO hizo en 2002 a aquella.

Así las cosas, no cabe indemnización alguna con base en el artículo 1902 CC por las razones expresadas en la Sentencia de 22 de diciembre de 2008, cuyo criterio de decisión se reitera aquí plenamente, ni en su caso cabría considerar no prescrita la acción, pues no sólo la calificación de los daños como permanentes y no continuados por la sentencia recurrida se ajusta por completo a lo resuelto por la sentencia de 28 de octubre de 2009, sobre contaminación de un acuífero, sino que además los hechos probados demuestran tanto la notoriedad de la contaminación como la probabilidad más que alta, conocida por todos los interesados e igualmente notoria a la vista de los productos que fabricaba la demandada, de que se extendiera más allá de lo que podía manifestarse en superficie.

Procede, en consecuencia, desestimar el motivo 5.º por infracción procesal y los motivos 3.º y 4.º de casación, todos ellos orientados, desde una u otra perspectiva, a que se declare la responsabilidad civil extracontractual de Ercros y no prescrita la acción; debiendo, no obstante, puntualizarse que lo denunciado como infracción procesal es formalmente la incongruencia y falta de motivación de la sentencia recurrida, con vulneración de los artículos 218 LEC y 24 CE, pero lo materialmente planteado no tiene nada que ver con la incongruencia ni con la falta de motivación, pues consiste en la desconformidad de la recurrente con la calificación del daño como permanente y no como continuado, alegando dicha parte que por los fenómenos atmosféricos los residuos y sus elementos contaminantes se extendían por el subsuelo y hasta el acuífero, algo que tanto al transmitirse los terrenos por Ercros como

al decidirse dedicar la zona a puerto y uso residencial tenía que resultar más que sabido dado el tipo de industria a que se había dedicado la demandada.

Acciones de subrogación, repetición o reembolso: No hay cosa juzgada.—Tampoco pueden ser estimados los recursos desde su otra perspectiva, la de las acciones de subrogación, repetición o reembolso fundadas en que la actora cumplió frente a la Administración un obligación que incumbía a Ercros.

Aparte de ser el presente caso una clara manifestación de huida del Derecho administrativo mediante la constitución de una compañía mercantil por entidades públicas para invocar, según convenga, el Derecho privado o el Derecho público, fenómenos sobre el que esta Sala ha llamado la atención en la STS de 10 de junio de 2011, lo cierto es que ni la STSJ de 28 de abril de 2004 produjo efecto positivo de cosa juzgada en el presente litigio civil ni los gastos de descontaminación soportados por la actora para destinar la zona contaminada al uso decidido por la Administración y cuyos beneficios iban a aprovechar a la propia actora, pueden considerarse una obligación civil de Ercros íntegramente cumplida por aquella, porque desde la perspectiva del Derecho privado esos gastos ya se computaron tanto en el precio de la venta de los terrenos como en la aportación de estos por la Corporación Metropolitana de Barcelona a la propia actora. Bien puede considerarse que el principio *quien contamina paga* se cumplió en el presente caso, pues Ercros no sólo se vio obligada a cesar en su actividad de gran industria sino que además recibió por sus terrenos un precio muy inferior al de mercado. Por otra parte el STSJ no se pronunció sobre los acuerdos privados o de alcance urbanístico que acompañaron a la transmisión de los terrenos, siendo así que en un litigio civil lo decisivo serían precisamente esos acuerdos privados. No hubo ninguna declaración de que Ercros estuviera obligada frente a la Administración a descontaminar sus antiguos terrenos para dejarlos en condiciones aptas para un uso portuario-residencial, y de haberse producido un fallo de la jurisdicción contencioso-administrativa en este sentido tampoco habría podido impedir que en un ulterior litigio civil se atendiera a la relevancia de los acuerdos privados no valorados por dicha jurisdicción.

Descartada la cosa juzgada, tampoco puede acogerse el planteamiento subsidiario del recurso fundado en la obligación legal de descontaminar que supuestamente imponen a Ercros la Ley 42/1975, de 19 noviembre, sobre desechos y residuos sólidos urbanos, la Ley 20/1986, Básica de residuos tóxicos y peligrosos, o la Ley catalana 6/1993, de 15 julio, reguladora de los residuos, porque sobre la polémica entre las partes acerca de su ámbito temporal y material de aplicación, debe prevalecer el hecho de que, desde el punto de vista civil, Ercros soportó su obligación de descontaminar por vía contractual, mediante una muy notable disminución del precio cuando vendió los terrenos, al tiempo que la hoy recurrente compensaba el coste de la descontaminación realizada por ella al comprar a bajo precio la otra parte de los terrenos al ICO y al computar ese costo en la valoración de la aportación no dineraria hecha por el Consell Comarcal del Barcelonés.

De ahí que la sentencia recurrida, acertadamente, resolviera el litigio desde el punto de vista contractual de las sucesivas transmisiones y de las aportaciones a la sociedad anónima hoy recurrente, punto de vista que coincide con el de la STS de esta Sala de 22 de diciembre de 2008, y que la parte recurrente elude prácticamente por completo. La realidad es que, habiéndose producido diversas transmisiones de unos terrenos altamente contaminados por una actividad industrial centenaria, y conocida esa alta contaminación,

aunque no su alcance exacto, por los sucesivos adquirentes, incluida la sociedad anónima hoy recurrente, la repercusión a la demandada de los costes de descontaminar aquellos mismos terrenos para adecuarlos a un uso portuario y residencial sólo podía intentarse ante la jurisdicción civil con fundamento en los propios contratos privados determinantes de las sucesivas transmisiones o aportaciones sociales, no con base en el artículo 1902 CC ni con base en el cumplimiento por la hoy recurrente de una obligación que las leyes administrativas medioambientales pudieran imponer a Ercros. En suma, el cómputo de la gran contaminación de la zona en el precio de las compraventas y en la valoración de la aportación a la sociedad recurrente implicaba que los contratos asignaban al contratante adquirente el riesgo que la contaminación pudiera suponer para los futuros usos de la zona, esto es, el coste de la descontaminación necesaria para estos usos (**STS de 11 de junio de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Importante sentencia (merecería, incluso, haber sido dictada por el Pleno), no tanto por la cuantía de la indemnización solicitada (que excede los 25 millones de euros) sino porque, ante dos fallos contradictorios de la misma Sala en fecha reciente (STS de 29 de octubre de 2008 y STS de 22 de diciembre de 2008), sobre casos análogos con identidad, incluso, de una de las partes litigantes, opta resueltamente por el criterio de la segunda, razonando cumplidamente la orientación ahora adoptada, acomodándose así puntualmente a la doctrina del TC sobre jurisprudencia divergente. En la argumentación hace una serena defensa de la jurisdicción civil frente a la contencioso-administrativa, al tiempo que desenmascara ciertas prácticas habituales que, —a mi juicio—, semejan al empleo del uso alternativo del derecho, y, además, traduce civilmente el eslogan del socorrido principio *quien contamina paga* (= cada uno es responsable de sus propios actos). Frente a una inflación que ha experimentado la responsabilidad extracontractual con base en el artículo 1902 CC, hace valer la preferencia de la responsabilidad *ex contractu*. Frente a tópicos demasiado extendidos la sentencia extractada efectúa una necesaria clarificación: en el ámbito civil prima el contrato, y no es adecuado utilizar el artículo 1902 CC para fines exclusivamente iuspublicistas.

Al margen de las anteriores consideraciones, el Tribunal Supremo se ve obligado a recordar la larga historia de la empresa demandada, que con su importante actividad contribuyó, indudablemente a la prosperidad de la zona en que se instaló inicialmente, manteniendo por más de un siglo una fábrica de productos químicos, de gran importancia cuantitativa y cualitativamente en el orden económico, pero de efectos muy contaminantes para el medio ambiente. Probablemente se considerarían los hechos a la sazón como un episodio de la era de la industrialización, y nadie denunció otros futuros perjuicios que inevitablemente habrían de producirse para otros sectores de la sociedad. Adviene la era del estado del bienestar, y se asigna a los terrenos, por quien tiene potestad de hacerlo, una finalidad distinta y opuesta; así, en vez de industrial se dedicará el terreno a una finalidad portuario-residencial. La Administración adopta las decisiones oportunas, que se llevan puntualmente a efecto. La centenaria empresa de productos químicos se ve forzada a cerrar, y trasla-

darse a otro lugar, y a malvender sus terrenos. Hay actuaciones muy complejas que la sentencia describe minuciosamente. La empresa de carácter público que va a llevar a la práctica los nuevos planes administrativos, asume una parte importante de la tarea descontaminadora, y pretende reembolsarse de los gastos demandando a Ercros, la empresa reconocida por todos como principal contaminadora. Probablemente cabe imaginar con verosimilitud que cuando esta empresa inició su actividad, la Administración de la época apoyara y favoreciera su funcionamiento, acaso hasta con subvenciones. Puede suponerse que también emitiera alguna autorización o licencia; ¿se le podría demandar ahora, por no haber previsto, hace muchos años, la contaminación futura? Otra Administración posterior y distinta modifica legalmente el destino de los terrenos, y obliga a realizar costosos trabajos de descontaminación. Surgen interrogantes: ¿se le podría demandar ahora, o en el futuro, por imponer cargas exorbitantes a la empresa concesionaria? Finalmente: ¿hemos aprendido alguna lección del pasado? ¿hubiera sido más práctico esperar a que la propia naturaleza culminara, sin costo, su proceso de descontaminación antes de reutilizar esos terrenos? (*G.G.C.*)

20. Responsabilidad médica y sanitaria: Incongruencia.—No concurre incongruencia alguna en la sentencia recurrida, ya que lo que realmente declara y acoge es que hubo una deficiente organización por el centro sanitario del sistema de guardias, que facilitó la producción del resultado, a saber, graves secuelas en el nacido de un parto de riesgo. Todo ello, en clara respuesta al suplico de la demanda y a las argumentaciones que la contienen en la que, al amparo de las acciones ejercitadas de responsabilidad y legal derivada de los derechos de los consumidores y usuarios, se recogen los reproches fácticos que se formulan a la recurrente, entre otros, la falta de medios humanos y materiales adecuados y el de una inadecuada organización de los servicios.

Falta de motivación de la sentencia.—La motivación de la sentencia de la Audiencia Provincial es ciertamente pobre, fragmentaria o deficiente, pero resulta suficiente a los efectos de los artículos 24 y 120 CE y 209 y 218 LEC. La devolución de actuaciones por esta Sala al juzgado para dar cumplimiento efectivo al deber constitucional de motivación, desde la idea de que se ha privado de una instancia a la recurrente, solo se produce en los casos de nulidades de actos procesales, o del procedimiento, que deban acarrear tal consecuencia. En otro caso debe prevalecer el denominado efecto positivo de jurisdicción que da lugar a la asunción de la instancia, que es el sistema judicial que resulta del artículo 465 LEC, apartados 2 y 3 LEC, y que siempre mantuvo la jurisprudencia de esta Sala, como recuerda la STS de 14 de febrero de 2011.

Servicio deficiente prestado por la clínica: Responsabilidad médica y sanitaria: Culpa concurrente: Probabilidad cualificada.—La clínica, a partir de una política de racionalización de recursos, siempre reprochable cuando está en juego el derecho constitucional a la salud de las personas, no debió autorizar la situación que se produjo. Obligación suya era organizar la dinámica del centro y las guardias de los profesionales de otra forma, impidiendo que en un parto de riesgo se tuviera que ausentar el médico para atender de forma teóricamente simultánea una emergencia, por más que fuera la paciente quien contratara el servicio pues, en definitiva, proporcionó un servicio deficiente a

la usuaria de la que resultaron unos daños y perjuicios de indudable gravedad, del que debe responder bien por la específica responsabilidad legal que dimana de la LGDCU, bien a partir de la concurrencia de los requisitos del artículo 1902 CC. La exigencia de responsabilidad tanto de los médicos o del personal sanitario como de la institución o entidad sanitaria se funda en la falta de una actuación diligente o de medidas de prevención o de precaución, independientemente de que la omisión pueda residenciarse también en un sujeto determinado, y no tiene carácter objetivo, mientras que la causalidad se establece entre la actuación del servicio hospitalario y el daño producido, y que, sin que pueda fundarse en simples conjeturas o posibilidades, admite lo que esta Sala ha calificado reiteradamente de *probabilidad cualificada* (SSTS de 5 de enero de 2007 y 20 de julio de 2009).

Aplicación LGDCU.—La responsabilidad que se imputa a la clínica se concreta en la existencia de un daño ocasionado al menor bajo su control causalmente vinculado al sistema del organizativo de las guardias establecidas en la misma. Como dice la STS de 20 de julio de 2009, esta Sala ha venido admitiendo la vinculación de la LGDCU por el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios, si bien advierte que los criterios de imputación de la expresada ley deben proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario, sin imputar los daños imputables directamente a los actos médicos. Como precisa la STS de 5 de enero de 2007, el principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el Código Civil, no se opone a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse insita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando éste se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto o concurren circunstancias exógenas aptas para destruir este criterio de imputación, anteponiendo las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la servicio del empresario.

Interpretación del contrato de asistencia médica.—En el caso, los hechos probados de la sentencia, a partir de los cuales se debe calificar la naturaleza jurídica del contrato, ponen de relieve que entre la actora y la recurrente existía una relación jurídica de contrato de seguro, no de reembolso con modalidad de pago directo, sino mixto de reembolso y asistencia sanitaria, y que los actos médicos fueron ofertados por la mutua, contratados por la usuaria y abonados por la aseguradora bajo la segunda modalidad en la que se incluía un servicio médico complejo y completo a través de una entidad previamente contratada, cuya negligencia no solo ha quedado determinada sino que ha sido causa de los daños y perjuicios que se han ocasionado a la actora.

Intereses moratorios impuestos a la aseguradora.—Se formula este recurso con base en la infracción del artículo 20 LCS, al estimar que no procede el abono de los intereses moratorios desde la fecha de la interpelación judicial, sino desde la fecha de la sentencia, ya que ha sido necesario el pleito para determinar el alcance de la responsabilidad de asegurado, de forma que la aseguradora consignó las cantidades una vez que se dicta sentencia condenatoria en primera instancia. El motivo debe desestimarse por inexistencia de razones que permitan reputar justificada la negativa de la aseguradora a cumplir su deber de satisfacer la prestación en plazo. Como expresa la sentencia recurrida, no estamos ante una reclamación, globalmente considerada, desproporcionada, ni visto el resultado del recurso, se puede fundamentar en

ninguna duda seriamente relevante de hecho o de derecho en cuanto al éxito de la acción, la reticencia a ofrecer una suma aceptable, vistos los enormes daños y perjuicios ocasionados (**STS de 24 de mayo de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Se trata de la responsabilidad extracontractual y legal derivada de un parto con riesgo ocurrido el 7 de marzo de 2001, respecto del cuarto alumbramiento de una madre de 33 años, con la consecuencias de importantes secuelas, no discutidas en el proceso (grave parálisis cerebral, tetraparexia mixta, equivalente a oligofrenia grave, que ha originado la declaración de discapacidad del 75% del hijo nacido, con incapacidad laboral absoluta), recayendo condena a elevada indemnización coincidente en ambas instancias (1.627.213,55 euros), aunque absolviendo en apelación al anestesista y comadrona y sus aseguradoras, pero manteniendo la condena del médico ginecólogo, la clínica y sus respectivas aseguradoras, al apreciar que existe relación causa-efecto entre la negligencia médica y el resultado, así como entre el sistema de guardias establecido por el centro sanitario y el daño causado. Parece que empieza a corregirse, con cierta lentitud, el retraso endémico de nuestros tribunales: fallo del Juzgado de Primera Instancia, 2007; resolución de la apelación, 2009; y sentencia del Tribunal Supremo, en 2012. La desestimación de los recursos extraordinarios y de casación, deja incólume la resolución de la Audiencia Provincial, plenamente convincente (*G.G.C.*)

21. Responsabilidad médica. No aplicación del sistema de responsabilidad de la legislación de consumidores a los actos médicos en sí, sino tan solo a los aspectos organizativos de la prestación del servicio.—Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 5 de febrero de 2001, de 26 de marzo de 2004 y de 5 de enero de 2007). (**STS de 18 de mayo de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La actora se sometió a una intervención de cirugía plástica, tras lo cual sufrió un ictus cerebral que le dejó graves secuelas permanentes de infarto en zona cerebral derecha y hemiplejía izquierda. La sentencia de instancia consideró que la causa de la lesión se debía a la retirada de una medicación anticoagulante que venía tomando la paciente, sin que se adoptara por el cirujano ninguna otra pauta farmacológica y sin control posterior alguno; por lo que estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación del demandado y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la actora. (*I.D.-L.*)

22. Responsabilidad por productos: Medicamento para la menopausia: Efectos secundarios: Valoración de la prueba.—Lo que se pretende realmente es que la Sala tenga en cuenta el criterio de los peritos del recurrente y que prive de valor a los medios probatorios que han servido a la Audiencia Provincial para sentar su propia convicción sobre los hechos debatidos, lo que no es admisible. La emisión de varios dictámenes o el contraste de algunos de ellos con las demás pruebas, posibilita que la autoridad de un juicio pericial se vea puesta en duda por la del juicio opuesto o por otras pruebas, y que, con toda lógica, los Jueces y Tribunales, siendo la prueba pericial de apreciación libre y no tasada acepten el criterio más próximo a su convicción, motivándolo de forma suficiente y adecuada, como ocurre en este caso mediante la referencia expresa a aquellos elementos que se han tomado como base de las declaraciones efectuadas, lo que excluye la arbitrariedad. Tampoco son ilógicas ni contrarias a las reglas de la razón las consideraciones sobre los efectos secundarios del medicamento imputados al laboratorio, atendido el contenido de las pruebas.

Cuando la ciencia aun no ha demostrado algo relativo al consumo de un fármaco y se pone de manifiesto un efecto contrario a la salud funciona un sistema de control que, en el caso del medicamento *Agreal*, supuso la suspensión de la comercialización del mismo acordada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS), en 20 de mayo de 2005 (efectiva el 15 de junio de 2005), alertada por el Sistema Español de Farmacovigilancia, tras recibir diversas notificaciones de reacciones psiquiátricas adversas y reevaluar el balance beneficio-riesgo del fármaco Veraliprida en sus indicaciones autorizadas, para analizar toda la información disponible tanto acerca de las reacciones adversas como de la eficacia del mismo.

Agreal es un medicamento de composición Veralipride, como fármaco antagonista dopaminérgico, empleado para atenuar los síntomas vasculares y vegetativos de la menopausia, que produce efectos adversos relacionados con indicación de sistemas extrapiramidales (SEP): temor, distonias, rigidez o acatisia, parkinsonismo y también, discinesia tardía. Ninguna de dichas reacciones adversas consta recogidas en el prospecto analizado y comercializado desde 1983, sin que el Laboratorio farmacéutico solicitase nueva ficha técnica hasta el 19 de abril de 2002; ficha técnica y prospecto que no resultaron aprobados, tras la evaluación del beneficio-riesgo por parte de la AEMPS, iniciado en el año 2004, y dictado en fecha 20 de mayo de 2005, mediante resolución revocando la autorización de la comercialización una vez que el Comité de Seguridad de Medicamentos de Uso Humano de la AEMPS concluyera que el balance entre los beneficios terapéuticos y los riesgos que entrañaba resultaba desfavorable en las indicaciones autorizadas, dictándose Comunicación Informativa de 7 de septiembre de 2005 sobre recomendaciones para la retirada del tratamiento con *Agreal*, dejado de comercializar por el Laboratorio farmacéutico a partir del 15 de junio de 2005, y a partir del 15 de septiembre de 2006 de poder ser dispensado en las oficinas de farmacia.

Dice el laboratorio recurrente que «el derecho no puede suplantar a la ciencia, ni los jueces pueden imponer normas que una acreditada y usual práctica clínica determina como universal de utilización de fármacos». Dichas afirmaciones carecen de fundamento en orden a acreditar la existencia de error en la valoración de la prueba, dado que el objeto del proceso no es fijar un hecho científico ni una técnica universal, sino determinar algo tan simple como si se ha acreditado la existencia de efectos secundarios del fár-

maco no descritos en el prospecto y, si con arreglo a la normativa aplicable, debían figurar en él.

La valoración de la prueba, como función soberana y exclusiva del tribunal de instancia, no es revisable en el recurso extraordinario, al amparo del artículo 469.1.2.º, LEC que se refiere a las normas procesales reguladoras de la sentencia, entre las cuales no figuran los preceptos enunciados en el motivo. Únicamente a través del artículo 469.1.4.º, LEC por ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial consagrado en el artículo 24 CE, lo que no ocurre en este caso, como tampoco ocurrió en las resoluciones que han antecedido a ésta, en el que tales documentos han sido emitidos por médicos que, junto a los laboratorios, tienen un conocimiento directo de los efectos del medicamento que prescriben para el tratamiento de sus pacientes, y han sido recogidos en un informe pericial para su valoración conjunta.

Derecho a la información del consumidor en el ámbito sanitario.—La función del recurso de casación no es la revisión de los hechos sino el control de la aplicación del derecho al hecho probado declarado en la instancia. Tampoco es posible reconducir el debate casacional a un contexto «del débil contra el fuerte», anclada en «tópicos» construidos alrededor de una normativa sobre medicamentos, o a una interpretación rigorista sobre la protección del consumidor, como se argumenta en el recurso.

Señalaron las SSTs de 1 de junio de 2011 y 28 de mayo de 2012, que «junto al etiquetado, la ficha técnica y el prospecto constituyen vertientes fundamentales del derecho a la información en ámbito del derecho sanitario»; y es lo cierto que en el prospecto de *Agreal* no se hallaban descritos suficientemente los efectos adversos del medicamento «para un uso adecuado y seguro del fármaco . y el conocimiento por parte del paciente del fármaco que se le ha pautado deviene esencial para la mejor ponderación del beneficio/riesgo que es en definitiva la balanza sobre la que debe decidirse la utilización o no del producto», como también precisa la sentencia recurrida con cita del artículo 8 del RD 2236/1993, de 17 diciembre, por el que se regula el etiquetado y el prospecto de los medicamentos de uso humano, norma que se reitera en el artículo 29.1, del RD 1345/2007, de 11 diciembre, que deroga el anterior («El etiquetado y el prospecto garantizarán la inequívoca identificación del medicamento, proporcionando la información necesaria para su correcta administración y uso por los pacientes o usuarios y, en su caso, por los profesionales sanitarios»).

Se indica también que la duración del tratamiento no viene especificada en el prospecto con el cual era comercializado, puesto que sólo se dice que las curas de 20 días pueden retomarse tras 10 días de descanso, transmitiendo, como argumenta la sentencia recurrida «una información equívoca e incompleta pues hace pensar que no se han detectado problemas derivados de un tratamiento prolongado, lo que no parece sostenible, a la vista de la información suministrada por los peritos».

Tampoco estaban en ficha técnica todas las reacciones adversas científicamente comprobadas, al menos las que no ofrecen discusión, por más de que exista el intento de que se deduzcan de extremos tales como la composición, las propiedades, las indicaciones, la posología, las observaciones o la intoxicación su tratamiento. El laboratorio es quien comercializa el medicamento y quien infringía sistemáticamente todas las normas respecto a la información suministrada a médicos y pacientes y si no había ficha técnica destinada a informar a los médicos de las características del fármaco en los

términos del artículo 19.5 de la Ley del medicamento, difícilmente podían médicos y farmacéuticos informar a los pacientes respecto de los efectos adversos o pautas terapéuticas salvo desde un criterio puramente voluntarista o de simple oficio con evidente riesgo para todas ellas, alguno materializado. (STS de 6 de junio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Sobre defectos en prótesis mamarias, STS de 9 de diciembre de 2010, extractada en ADC, 2012, p. 491-495, similar al aquí resuelto pues la empresa comercializadora no había realizado estudios previos sobre eventual toxicidad del material utilizado, aunque *a posteriori* se prueba que el producto no era tóxico (G.G.C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

23. Prescripción adquisitiva o usucapión. Inversión del título posesorio. No basta la mera voluntad del poseedor. Necesidad de actos inequívocos que acrediten dicho cambio.—Es jurisprudencia constante la de que la inversión o interversión del concepto o título posesorio no puede operar por el mero «animus» o unilateral voluntad del tenedor, sin una conducta que exteriorice, mediante actos inequívocos, de forma clara y manifiesta dicho cambio o inversión frente al resto de la sociedad (así, SSTs de 17 de mayo de 2002, de 25 de octubre de 1995, de 16 de mayo de 1983 y de 6 de octubre de 1975). No cabe, pues, que la demandada por su propia voluntad, convierta su posesión en algo distinto y tampoco que se pretenda que la situación de dueño quede configurada por la mera asunción de determinados gastos que, vendrían mínimamente a compensar los beneficios derivados del disfrute de la vivienda. (STS de 11 de junio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Los actores interpusieron demanda contra su hermana para pedir la disolución del condominio existente sobre un piso que los tres habían adquirido conjuntamente. La demandada se opuso a la acción de división y reconvino pidiendo se declarara su condición de propietaria única por estimar que había adquirido por usucapión extraordinaria al poseer el piso, en el que residía, por más de treinta años, durante los que se había hecho cargo del pago de los gastos de comunidad y de la contribución urbana. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial acogieron la demanda y desestimaron la reconvenición. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la demandada. (I.D.-L.)

24. Comunidad de bienes. Consideración.—La jurisprudencia sostiene que con arreglo a nuestro Código Civil (arts. 392 y siguientes), puede afirmarse que la institución de la comunidad de bienes denota una fuerza expansiva que va más allá de la mera titularidad plural de un derecho real para comprender, entre otros, fenómenos como la copropiedad, la titularidad plural de un derecho en cosa ajena, el crédito mancomunado que no origina

su fragmentación o los patrimonios y masas patrimoniales de titularidad colectiva.

Comunidad de bienes. Régimen supletorio para las sociedades irregulares o sin ánimo de lucro: alcance.—La institución de la comunidad de bienes se proyecta sobre las sociedades irregulares o sin personalidad jurídica, en donde el artículo 1669 CC dispone que se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. Aunque debe advertirse que esta remisión no supone, por ella sola, ni una automática conversión de la sociedad, ni tampoco una absoluta equiparación de sus reglas de organización y funcionamiento con las de la comunidad; no obstante, tampoco le resta valor informador a la perspectiva enunciada, de forma que en aquellos supuestos en donde suelen confundirse ambas figuras, por carecer su formación de una clara voluntad de las partes o de actos y hechos concluyentes al respecto, el sentido de la interpretación vendría reforzado en la línea de la *vis atractiva* de la comunidad, esto es, del género, frente a la mayor concreción o determinación que requeriría la aplicación de las reglas de la sociedad civil, como suerte o especie de la comunidad.

Comunidad de bienes. Diferencias sociedad civil: postura jurisprudencial.—La jurisprudencia sostiene que cuando la formación de la situación jurídica de comunidad o sociedad civil resulte dudosa, generalmente por carecer de un negocio jurídico de creación o desenvolvimiento de la misma, el proceso de interpretación debe seguir las siguientes pautas: Por un lado, la valoración del título que originó la situación de indivisión, conforme a los criterios hermenéuticos generales, y de acuerdo a la naturaleza *mortis-causa* o *intervivos* de la misma, con especial aplicación a este último caso, si diere lugar, a la valoración de las conductas de las partes como medio interpretativo y a los usos de los negocios o del tráfico (arts. 1284 y 1287 CC). Por otro, de acuerdo con el criterio diferencial señalado con anterioridad, el examen del tipo o modo de explotación de los bienes puestos en común, de forma que, como criterio de interpretación general, la explotación conjunta con criterios y organización de empresa debería entenderse como una situación de sociedad, mientras que su mera utilización y aprovechamiento consorcial debería entenderse como situación de comunidad. Igualmente, la aplicación, en su caso, de las doctrinas de los actos concluyentes y de los propios actos. También, respecto a la incidencia de la voluntad de las partes en el desenvolvimiento de la situación, y particularmente en relación con la denominada «*affetio societatis*», como criterio diferencial, debe señalarse que su aplicación como criterio interpretativo va más allá de la constatación del mero ánimo o disposición de estar en una situación de sociedad, requiriéndose a los partícipes la realización de actos de configuración potestativa que inequívocamente tiendan a la creación de una situación real y efectiva de sociedad civil. Y por último, si la aplicación de los anteriores criterios no resuelven las dudas acerca de la calificación que merezca la situación objeto de estudio entonces se deberá aplicar el criterio «*pro-communio*» que se deriva de la mayor fuerza expansiva y sistemática que implícitamente viene en la generalidad del concepto de comunidad.

Comunidad de bienes. Derecho a la división de la cosa común.—Este reconocimiento tan explícito de la acción de división, más allá del posible disfavor con el que nuestro Código acoge la regulación de las situaciones de comunidad, se presenta como una aplicación de uno de los principios rectores que informan a la comunidad de bienes conforme a su clara orientación romana: la preferencia de la libertad individual que cada comunero conserva

pese al estado de indivisión, de forma que se erige en una significativa facultad del comunero de naturaleza imprescriptible (art. 1965 CC), calificada, además, como irrenunciable.

Comunidad de bienes. Derecho a la división de la cosa común: principios de proporcionalidad e igualdad.—El principio de proporcionalidad que se deriva de la cuota, debe reconocerse como criterio rector para resolver el concurso de los partícipes (art. 393 CC), así como el principio de igualdad que, con relación al principio de proporcionalidad, debe presidir la correspondiente adjudicación de bienes a los partícipes que ponga fin al estado de indivisión (arts. 393, párrafo segundo, 1061 y 406 CC). (STS de 17 de julio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La representación procesal de don A., don A. J. y doña N. Interpuso demanda contra el resto de comuneros solicitando su derecho a cesar en la indivisión, decretando la disolución de la copropiedad o condominio constituido sobre la finca y, de forma subsidiaria, si ello no fuere posible por cualquier causa, se declare la procedencia de su división económica mediante su realización en pública subasta con admisión de licitadores extraños, repartiendo su precio entre los comuneros en proporción a sus respectivas cuotas o participaciones. El Juzgado de primera instancia de Piedrahíta desestimó la demanda. Recurrída en apelación, la Sección primera de la Audiencia Provincial de Ávila estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada. (N.D.L.)

25. Propiedad horizontal: la cubierta y el forjado de la terraza un edificio son elementos comunes por naturaleza.—Las terrazas, son unos de los denominados elementos comunes por destino y por tanto pueden ser objeto de desafectación, pero ello no significa que la parte de ellas que configura la cubierta y el forjado del edificio, que son elementos comunes por naturaleza, pueda convertirse en elemento de naturaleza privativa (STS de 8 de abril de 2011). (STS de 18 de junio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La propietaria de una vivienda situada en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, demandó a la comunidad de propietarios para que realizase las obras de reparación necesarias a efectos de evitar que se siguiesen ocasionando daños en su vivienda como consecuencia de las filtraciones de agua que provenían de las terrazas que estaban encima de su inmueble, así como para que reparase los daños ya ocasionados.

El juzgado desestimó la demanda al entender que el origen de los daños se encontraba en las filtraciones de una terraza que tenía naturaleza privativa. La audiencia estimó íntegramente el recurso de apelación al considerar que el origen de las filtraciones estaba en el forjado del edificio, elemento común por naturaleza, que no puede quedar desafectado ni por el título constitutivo, ni por el acuerdo unánime de la comunidad de propietarios. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la demandada.

NOTA.—Los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal se componen por elementos comunes y privativos. Dentro de los denominados elementos comunes, algunos tienen tal consideración por su propia naturaleza y otros por destino. La diferencia estriba en que los primeros no pueden quedar desafectados, por resultar imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diferentes pisos o locales que configuran el edificio, mientras que los denominados elementos comunes por destino, a través del título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, o por acuerdo unánime de la comunidad de propietarios, podrían ser objeto de desafectación. (*I. D.-L.*)

26. El título constitutivo de la propiedad horizontal.—El título constitutivo, los estatutos y la cuota de participación son elementos esenciales para conocer los datos del inmueble y las reglas de su funcionamiento, sin perjuicio de su modificación con el quórum necesario que expresa el artículo 17.1 LPH. La cuota identifica y clasifica cada piso o local. Si no existieran cuotas, la Comunidad podría reivindicar como elemento común aquella parte del inmueble no clasificada como independiente y con asignación de coeficiente, salvo los casos de utilización privativa de un elemento común. La redacción y el otorgamiento de la escritura de división horizontal, donde se precisa el coeficiente de cada piso, local, estancia o finca independiente del edificio, se efectúa, como regla general, por el promotor o propietario único al iniciar su venta. Las reglas contenidas en el título constitutivo pueden abarcar aspectos relacionados con el uso o destino del edificio y sus diferentes pisos o locales, instalaciones, servicios, gastos, administración y gobierno, entre otros. Su modificación está sujeta a los mismos requisitos para su constitución.

Desafectación de elementos comunes.—Aunque los desvanes se consideran elementos comunes, cabe darles un uso privativo. Una forma de hacerlo es en el propio título constitutivo elaborado por el único dueño del edificio, concediendo la reserva antes indicada a los propietarios, conforme a los límites y las reglas establecidas en el artículo 5 LPH. (**STS de 28 de mayo de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios demanda a B, mediante el ejercicio de acción reivindicatoria, con la petición de que los trasteros o buhardillas, ubicados bajo cubierta del edificio y ocupados por la demandada, son elementos comunes y deben ser restituidos a la actora con la declaración de la titularidad dominical de ésta sobre los mismos. La demandada contesta suplicando que se declare su dominio privativo sobre dichas estancias, por ostentar tal condición en virtud de escritura de venta.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda, al entender que B era la propietaria de los trasteros, sentencia que fue revocada en apelación. La Audiencia entiende que la reserva del uso privativo por la demandada de los trasteros, determinada en el título constitutivo con la posibilidad de su cesión a un tercero ajeno a la comunidad, supondría que éste podría adquirir la condición de comunero, pero sin constancia en el título de su cuota participativa en la vida comunal, y como se ha repartido el total en dicho docu-

mento, se necesitaría aumentar el tope legal de las cien centésimas, con vulneración del artículo 3.b LPH.

La demandada interpone recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 5 y 17.1 LPH. El Tribunal Supremo se plantea la validez o no de la reserva en el título constitutivo del uso privativo de un elemento común y, en concreto, si ello supone una contravención o no del régimen de propiedad horizontal. Apunta el Alto Tribunal que en el título constitutivo, después de la descripción del inmueble y su sometimiento al régimen de la LPH, se hace la asignación de cuotas y, entre otras disposiciones, se recoge la de reservar a los propietarios el uso de los desvanes, pudiendo cederlos a terceros. Por tanto, la cláusula de reserva, a juicio del Tribunal Supremo, es válida y no atenta contra precepto alguno. De ahí que termine estimando el recurso planteado por la demandada.

NOTA.—La desafección de elementos comunes o la concesión privativa de derechos sobre un elemento común debe adoptarse a través un acuerdo que requiere la unanimidad. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en muchas ocasiones (SSTS de 23 de julio de 1990, de 22 de diciembre de 1994 y de 29 de julio de 1995, entre otras). Ahora bien, cuando esa posibilidad aparece como reserva en el propio título constitutivo será válida, siempre que esté establecida por el único propietario del inmueble antes de verificar su venta por espacios independientes (SSTS de 23 de mayo de 1984, de 5 de mayo de 1986, de 31 de diciembre de 1993, de 9 de mayo de 1994 y de 19 de mayo de 2006, entre otras). Cabe, por tanto, dar un uso privativo a un elemento común. La libertad de contratación y la obligatoriedad de los pactos, siempre que sean acordes con el artículo 1255 CC, son principios que tienen plena aplicación en estos casos. (S.L.M.)

27. Planteamiento de cuestiones inconstitucionalidad.—La cuestión de inconstitucionalidad no tiene como fin la depuración abstracta del ordenamiento jurídico, sino que representa un instrumento procesal puesto a disposición de los órganos jurisdiccionales para conciliar la doble obligación de su sometimiento a la Ley y a la Constitución.

Eficacia de los acuerdos entre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y las asociaciones de interesados.—La eficacia, que al amparo del artículo 1091 CC, tienen los acuerdos a los que llegan las entidades de gestión y otros interesados queda circunscrita a quienes sean parte, sin que puedan tener efectos sobre terceros ajenos a la relación (art. 1257 CC). Así, en caso de discrepancia entre las partes, no es la decisión de quienes alcanzan el acuerdo la que vincula a los discrepantes.

En este sentido, las entidades de gestión están obligadas a establecer tarifas generales por el uso de su repertorio y a alcanzar acuerdos con los interesados sobre las mismas. Para ello, deben comunicar al Ministerio de Cultura tales tarifas generales, conforme al artículo 159.3 LPI. Sin embargo, el Ministerio no tiene facultades de aprobación de las tarifas, sino únicamente una facultad de recepción de la comunicación y de vigilancia del cumplimiento de las obligaciones y requisitos establecidos en la LPI, la cual implica un grado de tutela muy leve e insuficiente. De ahí que la jurisdicción conten-

cioso-administrativa no sea la más idónea para entrar a valorar la equidad de las tarifas.

Constitucionalidad de la compensación equitativa por copia privada.—El artículo 33 CE reconoce el Derecho a la propiedad privada y atribuye a la ley la delimitación de su contenido de acuerdo con la función social. En la medida en que los derechos de autor y afines son auténticos derechos de propiedad, no tiene sentido plantear una cuestión de constitucionalidad cuyo punto de partida sea hacer tabla rasa de derechos de propiedad intelectual, máxime si tenemos en cuenta su alto nivel de protección, a fin de asegurar la creación y la producción cultural.

Reconocimiento de la compensación equitativa por copia privada.—El artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29, sobre derechos de autor en la sociedad de la información (DDASI) permite a los Estados miembros decidir si introducen o no en sus ordenamientos jurídicos el límite de copia privada. Ahora bien, de este precepto y de su Considerando 36 se desprende que si lo prevén, deberán establecer el abono de una compensación equitativa a favor de los titulares de derechos de propiedad intelectual que se vean perjudicados por la copia privada. No obstante, los Estados tienen libertad para determinar, dentro de los límites del Derecho de la UE, la forma, las modalidades de financiación y de percepción, y la cuantía de dicha compensación. A esta exigencia se adapta el Derecho nacional, ya que en el artículo 31.2 LPI se hizo uso de la facultad de establecer el límite de copia privada, sin perjuicio de la compensación del artículo 25.1 LPI.

El artículo 25, en la redacción anterior a la Ley 23/3006 de reforma de la LPI, disponía que la remuneración se debía determinar para cada modalidad de equipos y soportes materiales idóneos para realizar copias privadas, lo debe entenderse como una cláusula abierta, sin perjuicio del listado de bienes que estaban gravados con la compensación. El legislador, dentro de la expresión «materiales» incluye los soportes digitales. La citada Ley los incluía expresamente, con una redacción prácticamente idéntica a la del apartado 2 del artículo 25 LPI.

Respecto a esta cuestión, destaca la sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010. El Tribunal Europeo señaló que la compensación equitativa debe calcularse necesariamente sobre la base del criterio del perjuicio causado a los autores de obras protegidas como consecuencia del establecimiento del límite de copia privada. Se ajusta a los requisitos del justo equilibrio la previsión de que las personas que disponen de equipos y soportes de reproducción digital y que ponen tales bienes a disposición de usuarios privados o les prestan un servicio de reproducción, sean deudores de la compensación equitativa, en la medida en que dichas personas tienen la posibilidad de repercutir la carga real de tal financiación sobre los usuarios privados. Además, debe existir una vinculación entre la aplicación de la compensación y el presumible uso de los equipos y soportes para hacer copias privadas. En consecuencia, entiende el TJUE que la aplicación indiscriminada de la compensación, en particular en relación con equipos y soportes digitales que no hayan sido puestos a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos de la realización de copias privadas, no resulta conforme a la DDASI.

Planteamiento de cuestiones prejudiciales.—La obligación de los Estados miembros derivada de una Directiva de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se impone

a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas las autoridades judiciales. Cuando una disposición de Derecho de la UE no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance, deberá ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme.

Los órganos jurisdiccionales nacionales tienen una amplia facultad para acudir al Tribunal de Justicia si consideran que un asunto pendiente ante ellos plantea cuestiones que versan sobre la interpretación o la apreciación de validez de las disposiciones de Derecho comunitario que precisan de una decisión por su parte. Corresponde al Tribunal nacional apreciar si la interpretación de una regla del Derecho de la Unión es necesaria para poder resolver el litigio pendiente ante él. No basta que una parte mantenga que el litigio suscita una cuestión de interpretación del Derecho comunitario para que el órgano jurisdiccional que conoce del mismo esté obligado a estimar que existe una cuestión en el sentido del artículo 234 TUE. En este sentido, no es procedente el planteamiento de cuestión prejudicial: a) cuando no se justifica la utilización del tal mecanismo porque no existe duda sobre la interpretación razonable de la norma si el Tribunal, además, llega a la conclusión de que los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros y el propio TJUE coincidirán en tal interpretación; b) si el acto ha sido aclarado, por haber sido resuelta otra cuestión prejudicial en un asunto análogo.

Inexistencia de monopolio en la actuación de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.—Los contratos celebrados por las entidades de gestión con los titulares de derechos de propiedad intelectual, constituyen contratos impuestos por la ley para cumplir con la finalidad de facilitar la difusión en condiciones razonables y mediante retribución de los derechos (art. 152 LPI). Las entidades de gestión no pueden imponer restricciones contrarias al principio de libre competencia o imponer condiciones discriminatorias a unos u otros usuarios fundándose en la posición privilegiada que se deduce en su favor de la exclusividad de la gestión en los respectivos ámbitos de actuación, sin ni siquiera acreditar cuáles son los concretos titulares de derechos que les han confiado la gestión (art. 150 LPI). **(STS de 22 de junio de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—Durante el ejercicio 2004, una compañía adquirió y comercializó diversos componentes informáticos y electrónicos susceptibles de múltiples usos, entre los que se hallaban discos versátiles digitales regrabables. En ninguna de las facturas emitidas aparece repercutida al cliente final, ni se menciona que esté incluida en el precio, cantidad alguna en concepto de compensación equitativa por copia privada. EGEDA, entidad de gestión que recauda los derechos de los productores audiovisuales, reclama a la compañía el pago de la compensación al amparo del artículo 25 LPI, en su redacción anterior a la Ley 23/2006. Entendía que se trata de materiales aptos para la copia privada audiovisual. Por su parte, la demandada se opuso señalando que los discos regrabables no eran legalmente materiales de reproducción visual o audiovisual aptos para generar la compensación, ya que podían almacenar cualquier tipo de información, fueran o no obras protegidas. Cuestionó la constitucionalidad de la compensación y afirmó pro-

ducida la violación de los principios de la UE, en la medida en que podía afectar a la libre circulación de mercancías.

El Juzgado de Primera Instancia entendió que los formatos digitales de los discos estaban incluidos entre los soportes aptos para la copia privada y que el artículo 25 LPI reconocía el derecho a obtener la compensación por la comercialización de tales soportes, con independencia de que luego fueran utilizados para efectuar copias privadas de obras protegidas por la propiedad intelectual. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia, exclusivamente en relación con la cuantía de la compensación, que fijó en la mitad del importe reclamado.

La compañía demandada interpuso recurso de casación, interesando el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE y de inconstitucionalidad ante el TC, además de reiterar las alegaciones de su contestación a la demanda. El Tribunal Supremo declara la improcedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pues con ello el recurrente pretende la revisión del régimen de la compensación y del sistema de funcionamiento interno de las entidades de gestión. El Alto Tribunal rechaza igualmente el planteamiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE, en la medida en que la recurrente no ha concretado cuáles son las normas europeas de aplicación al caso. En cuanto al régimen de la compensación equitativa propiamente dicho, el debate se centra en la sujeción o no de los soportes digitales a la compensación, dado que en el 2004, fecha en que se desarrollaron los hechos, el artículo 25 LPI no hacía mención expresa a ellos. Apunta el Tribunal Supremo que el artículo 25 LPI utilizaba el criterio de la idoneidad para permitir las copias privadas a la hora de gravar los equipos y soportes, aptitud que se cumple con los DVDs. Así, aunque no estuvieran expresamente mencionados en la LPI, la aplicación de este criterio debe llevar a considerarlos gravados. No se trata de una aplicación retroactiva de la Ley de 2006, sino de una interpretación aclaratoria. Por tanto, el TS acaba desestimando el recurso de casación, pues la demandada no ha probado que haya suministrado esos DVDs a destinatarios que les vayan a dar un uso distinto a la copia privada.

NOTA.—El tema de la compensación equitativa por copia privada es un tema complejo y discutido, a poco que veamos las últimas reformas sobre la materia. El artículo 31.2 LPI reconoce el límite de copia privada, es decir, la posibilidad de hacer reproducciones para uso privado de obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual, sin necesidad de solicitar la autorización de los titulares de derechos, pero siempre que se cumplan los requisitos que en ese precepto se establecen. Como contrapartida, y al objeto de mitigar los perjuicios ocasionados con ese límite, el legislador reconoce la compensación equitativa. El sistema de compensación ha cambiado radicalmente del año pasado a esta parte. Con anterioridad a 2012, la compensación se pagaba con cargo en los equipos y soportes idóneos para realizar o almacenar copias privadas. Cada vez que un usuario acudía a un establecimiento para adquirir, por ejemplo, un disco virgen, un *pendrive* o una grabadora de CDs, una parte del precio iba destinada a compensar a los titulares de derechos de propiedad intelectual. Posteriormente, la DA 10.^a RDL 20/2011, de 30

de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, modificó el régimen, pasando a pagarse con cargo en los Presupuestos Generales del Estado. Se le da un carácter marcadamente tributario, pasando a pagar todos los ciudadanos, y no sólo aquel que acude a comprar un equipo o soporte al que antes me referí. Pues bien, centrándome en la cuestión planteada en la sentencia aquí reseñada, resulta que los equipos y soportes digitales estaban gravados ya con anterioridad a la Ley 23/2006. Muestra de ello es el acuerdo firmado entre ASIMELEC (Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones) y cinco entidades de gestión (SGAE, AISGE, EGEDA, AIE y DAMA) el 30 de julio de 2003. Incluso anteriormente a este acuerdo, la forma tan amplia en que el artículo 25 LPI definía los equipos y soportes gravados permitía entender que estaban incluidos los de carácter digital. Además, el principio de idoneidad objetiva jugaba como una cláusula de cierre de los listados incluidos en las normas sobre bienes gravados con la compensación. Todo lo que fuera idóneo para hacer o almacenar copias privadas debía estar gravado, y los equipos y soportes digitales no lo son menos que los analógicos. Finalmente, la sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2010, citada aquí por el Tribunal Supremo, ha sido objeto de una interpretación bastante equivocada y errónea por parte de la AP de Barcelona, en su sentencia de 2 de marzo de 2011, resolviendo el caso *Padawan*, y por parte del legislador español. El sistema anterior de compensación equitativa no era contrario a la UE, como parece entender el legislador. El TJUE entendió que únicamente era contrario el hecho de gravar indiscriminadamente a personas físicas y personas jurídicas por la adquisición de equipos y soportes, cuando éstas últimas no pueden hacer copias privadas a tenor del artículo 31.2 LPI. Para adaptar el sistema español a la doctrina del TJUE no era necesario cambiar de manera tan radical el artículo 25 LPI, sino únicamente excluir a modo de excepción a las personas jurídicas. (*S.L.M.*)

28. Doble inmatriculación en el Registro de la Propiedad. Acción reivindicatoria.—El Tribunal Supremo entiende que la cuestión de la doble inmatriculación de un mismo terreno, inscrito como perteneciente a dos fincas distintas a favor de dos personas o grupos de personas distintas, parte de una situación en la que ambas partes quedan en igualdad desde el punto de vista registral y ha de ser resuelta a favor de una parte o de otra por aplicación de las normas de derecho civil, con la consecuencia necesaria de que la parte perjudicada por esa resolución queda privada de la finca, pero sin que ello suponga una infracción del artículo 33.3 CE ni de la validez puramente obligacional del título de adquisición (arts. 348, 349 y 609 CC). Cuando nos referimos a los elementos comunes de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal hablamos de una comunidad de bienes en el sentido del artículo 392 CC. El Tribunal Supremo extiende al régimen de la propiedad horizontal una regla consolidada en el terreno de la comunidad de bienes: cualquier comunero puede actuar en juicio en beneficio de la comunidad (SSTS de 21 de junio de 1989, 28 de octubre de 1991, 8 de abril de 1992, 3 de marzo de 1998 y 18 de noviembre de 2000, entre otras). En el régimen

de propiedad horizontal, se entiende que cuando el presidente de la comunidad actúa lo hacen todos los comuneros, por lo que la sentencia que se obtenga produce sus efectos a favor o en contra de todos los comuneros actuales o futuros, los cuales son indeterminados en la fecha de presentación de la demanda. Por último, siguiendo las SSTs de 28 de enero de 1997, 18 de diciembre de 2000, 11 de octubre de 2004 y 12 de diciembre de 2005, el Tribunal Supremo advierte que en aquellos supuestos en los que una misma porción de terreno aparece incorporada a dos fincas distintas inscritas en el Registro de la Propiedad, la cuestión no puede resolverse mediante la aplicación de las normas hipotecarias, es decir, mediante la prevalencia del derecho del tercero hipotecario, sino en aplicación de las normas de Derecho civil puro. Y ello porque la fe pública registral se refiere únicamente a la titularidad de las fincas, pero no a sus datos físicos, y la protección que el artículo 34 LH confiere al tercero hipotecario no se extiende a datos de hecho ni le confiere un derecho frente a la doble inmatriculación. **(STS de 18 de mayo de 2012;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios demandante promueve juicio ordinario en ejercicio, por un lado, de acción reivindicatoria sobre un trozo de terreno contra la mercantil I, S.A., inicial propietaria del terreno en cuanto promotora de la edificación, y contra los posteriores adquirentes de dicho terreno, y, por otro lado, en ejercicio de una acción de nulidad del título de compraventa que se celebró entre los citados adquirentes y la mercantil I, S.A., y de una acción de cancelación de la inscripción registral a la que dio lugar esa compraventa.

En su sentencia de 1 de septiembre de 2006, el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Móstoles desestimó la demanda. El recurso de apelación interpuesto por la comunidad de propietarios contra la citada sentencia es estimado por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 21.^a). En su sentencia de 24 de marzo de 2009, la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia y estima parcialmente la demanda condenando a los demandados adquirentes del terreno a entregar a la parte actora la parcela objeto de la acción reivindicatoria y ordenando la cancelación de las inscripciones a las que se refería la demanda. La Audiencia Provincial entiende que la parcela litigiosa pertenece a la comunidad de propietarios demandante como elemento común, pues formaba parte de la finca registral sobre la que se constituyó el régimen de propiedad horizontal, siendo la codemandada I, S.A., quien sin título legítimo provocó la doble inmatriculación de ésta.

Los demandados interponen recurso de casación sobre esta última sentencia, que es desestimado por el Tribunal Supremo, que confirma el contenido de la sentencia de instancia.

NOTA.—Al hilo del contenido del recurso de casación planteado por los demandados podemos destacar la existencia de una corriente doctrinal iniciada por M. CLEMENTE MEORO y apoyada por varias SSTs (entre ellas, la de 15 de marzo de 1958, 28 de enero de 1961, 1 de julio de 1967, 12 de noviembre de 1970, 26 de marzo de 1991 y 4 de octubre de 1993), que defiende que se puede dar respuesta a la cuestión de la doble inmatriculación por la vía de la aplicación del artículo 34 LH cuando sólo uno de los titulares

registrales ostenta la condición de tercero hipotecario (M. CLEMENTE MEORO, *Doble inmatriculación de Fincas en el Registro de la Propiedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 48-54). En este sentido parecen pronunciarse también A. PAU PEDRÓN, *Manual de Derecho registral inmobiliario*, FUFAP, Madrid, 2001, p. 97; y C. LASARTE ÁLVAREZ, *Derechos reales y Derecho hipotecario*, 4.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 315. A nuestro modo de ver, esta solución plantea problemas si partimos de la base de que nuestro sistema registral consagra la inscripción declarativa, y no constitutiva, de manera que los derechos reales nacen y se transmiten fuera del registro. Por ello, el hecho de que una inscripción registral sea anterior a otra no implica necesariamente que la segunda presente el error constitutivo de la doble inmatriculación. Cuando existe doble inmatriculación *a priori* no sabemos cuál es la inscripción equivocada, es decir, la que no se corresponde con la realidad extrarregistral. Por ello, coincidimos con la STS reseñada en la afirmación de que la única solución posible ha de venir de la mano de las normas civiles puras, esto es del Código civil, por tratarse de un problema de titularidad dominical, que habrá de resolverse a través de un proceso ordinario, tras el ejercicio de la correspondiente acción reivindicatoria, en el que se determine qué titular registral tienen el mejor título de adquisición, tal y como sucede con fincas no inmatriculadas. *Vid.* P. SABORIDO SÁNCHEZ, *Reflexiones sobre el tercero hipotecario*, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2009; y L. J. ARRIETA SEVILLA, «Fe pública registral, doble inmatriculación y usucapión: comentario a la STSJ Navarra de 28 de abril de 2008 (RAJ 2009/306)», *Revista Jurídica de Navarra*, N.º 47, 2009, pp. 183-201. (G.M.A.)

29. Registro de la Propiedad. Eficacia registral de la escritura pública otorgada por notario de un país miembro de la UE. La necesidad de intervención de un notario español significaría la imposición de una limitación a la libre transmisión de bienes y una innecesaria duplicidad de exigencias formales.—En el estado actual de los ordenamientos comunitario y español, la necesidad de intervención, en todo caso, de un notario español supone un cuestionamiento del principio de libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea y la imposición de una limitación a la libre transmisión de bienes que no resulta justificada. Amén de la necesidad de evitar la duplicidad en la exigencia de requisitos de carácter predominantemente formal cuando ya se han cumplido las formas o condiciones necesarias en otro Estado miembro según una finalidad idéntica o similar a la requerida en el Estado en que el acto o negocio ha de producir efecto. Duplicidad que quedaría establecida si, otorgada escritura de compraventa ante notario en un país miembro, se negara su total equiparación a la otorgada ante notario del país en que hubiera de surtir efectos, lo que en la práctica exigiría el otorgamiento de otra ante este último.

Las solemnidades precisas para el otorgamiento de una escritura se rigen por la ley del país donde el contrato se otorga, como dispone el artículo 11 CC.—La remisión que el artículo 36 RH realiza a las normas de derecho internacional privado conduce directamente a la aplicación del artículo 11 CC, conforme al cual las formas y solemnidades de los contra-

tos se regirán por la ley del país en que se otorguen; norma que prácticamente quedaría vacía de contenido si, cumplida en sus propios términos, no pudiera desplazar su natural eficacia el contrato de que se trate.

La escritura pública extranjera equivale a la entrega mediante tradición instrumental en virtud del artículo 1462 CC.—La propiedad del bien, objeto de la venta, se transmite por su entrega o «traditio»; y tal entrega se entiende producida, salvo excepciones previstas en la ley, por el otorgamiento de la escritura pública. La escritura de compraventa autorizada por un notario comunitario queda integrada en el concepto de «escritura pública» a que se refiere el artículo 1.462 CC, por lo que han de aplicarse los efectos que a la misma reconoce dicho precepto respecto de la entrega de la cosa que constituye su objeto. (STS de 19 de junio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La cuestión que se discute es la negativa del Registrador de la Propiedad de Puerto de la Cruz y de la DGRN a practicar la inscripción de una escritura de compraventa de un inmueble radicado en España, otorgada ante notario alemán por dos extranjeros residentes en Alemania. La solicitud de inscripción se realiza presentando copia, debidamente apostillada, del documento notarial alemán. La compradora presentó demanda contra la resolución de la DGRN. Tanto el Juzgado como la Audiencia dan la razón a la compradora. La Abogacía del Estado recurrió en casación por dos motivos: a) las funciones del notario alemán y del español no son equivalentes, lo que hace que la escritura extranjera no se haya otorgado con las solemnidades mínimas exigidas por la legislación notarial española; y b) la escritura extranjera no es un título válido para la transmisión de la propiedad. El Tribunal Supremo lo desestima.

NOTA.—La sentencia contiene un voto particular sobre la interpretación que la mayoría ha dado al artículo 1.462 CC. En este sentido, el voto discrepante sostiene que la excepción del propio artículo 1.462 CC, en relación a cuándo no se tiene por entregada la cosa, era aplicable al caso en cuestión, ya que, la escritura no mencionaba la voluntad de las partes de transmitir la posesión de la finca y, en atención al derecho y la práctica en Alemania, debe entenderse que no tuvieron intención de efectuarla, pues allí el otorgamiento de la escritura de compraventa no equivale a la tradición salvo que se indique expresamente. (C.O.M.)

30. Calificación negativa del registrador de la propiedad. Legitimación activa del registrador para interponer recurso ante la DGRN contra resolución dictada por este órgano.—El Tribunal Supremo reitera como doctrina jurisprudencial la ya declarada en las SSTs de 20 de septiembre de 2011 y de 2 de enero de 2012, entendiéndose que el registrador de la propiedad está legitimado activamente para impugnar una resolución dictada por la DGRN siempre y cuando exista un interés legítimo suficiente. Interés que habrá de acreditarse suficientemente en la demanda y que normalmente se vincula a una eventual responsabilidad civil o disciplinaria del registrador relacionada con la función calificadora registral tras la revocación expresa por la DGRN de la nota de calificación. Del artículo 328 LH, así como de lo

expuesto en la Exposición de Motivos de la reforma de 2005 de esta ley, se infiere, por un lado, la vinculación de todos los registradores a las resoluciones de la DGNR cuando resuelve recursos frente a la calificación y, con ello, la imposibilidad del registrador de recurrir la decisión de su superior jerárquico cuando revoca su calificación; y, por otro lado, la excepción a esta regla general en aquel supuesto en el que la resolución de la DGRN pueda repercutir de modo efectivo en la esfera jurídica del registrador, como sucede cuando media amenaza de responsabilidad disciplinaria contra el concreto registrador. Por tanto, no existe legitimación activa del registrador en favor de la defensa objetiva y abstracta de la legalidad o de la disconformidad con la decisión del superior jerárquico. **(STS de 28 de junio de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Registrador de la Propiedad de la localidad de Olmedo-Valladolid emitió calificación negativa respecto de la prórroga por un plazo de cuatro años de una anotación preventiva de suspensión de embargo. Frente a dicha calificación la entidad Banca CG, S.A., interpuso recurso gubernativo ante la DGRN. La DGRN dictó resolución de 24 de abril de 2007 estimando el recurso.

Frente a dicha resolución el Registrador formuló demanda de juicio verbal ante la propia DGRN, habiendo interesado la nulidad de la resolución dictada por dicho órgano. La demanda es desestimada por sentencia de 24 de noviembre de 2008 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Valladolid, al entenderse que el registrador demandante carecía de legitimación activa al no haber acreditado en el procedimiento que fuese titular de derecho o interés directo en la reclamación.

En su sentencia de 26 de mayo de 2009, la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, desestima el recurso de apelación interpuesto por el registrador demandante. Mantiene la falta de legitimación activa del recurrente al considerar que éste no ostenta ningún interés legítimo para impugnar la resolución de la DGRN, ya que en el procedimiento no se está juzgando la hipotética responsabilidad de este registrador, y cualquiera que sea su resolución, tanto favorable como desfavorable, existirá siempre la posibilidad de que cualquier afectado le exija responsabilidad.

La parte demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, cuyos motivos son prácticamente idénticos y se resumen en la errónea aplicación del artículo 328, párrafo cuarto, de la LH, en la redacción dada por la Ley 24/2005. Ambos recursos son desestimados. El Tribunal Supremo entiende que el Registrador de la Propiedad no ha justificado a través de su demanda que sea titular de un interés legítimo que pudiera derivarse de un anuncio o amenaza de responsabilidad disciplinaria o civil, luego no ostenta legitimación activa para ejercitar la acción que dio lugar al inicio del procedimiento.

NOTA.—Acerca de la legitimación de los registradores frente a la DGRN resulta aconsejable la lectura de L. PRATS ALBENTOSA, «Legitimación en el proceso verbal de revisión de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 825/2011, parte Comentario. Este

autor señala que el artículo 328 LH debe interpretarse restrictivamente, al ser una norma extraordinaria de legitimación. Ello implica la necesaria existencia acumulativa de dos condiciones: 1) la DGRN, mediante resolución expresa, debe haber revocado la calificación negativa del registrador que pretende combatir esa resolución; y 2) esta resolución debe afectar a un derecho o interés del que sea titular este registrador en el sentido de atribuir a dicho registrador defectos manifiestos en el ejercicio de la función calificadora, determinantes, de manera real, y no meramente hipotética, de su responsabilidad civil o disciplinaria. (G.M.A.)

DERECHO DE FAMILIA

31. Divorcio: Guarda compartida: Infracción procesal: Doctrina jurisprudencial sobre falta de motivación de las sentencias.—La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 CE. El deber de motivar 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 (STS de 14 de abril de 1999). La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber y entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 CC), lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el artículo 117.1 CE. 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, pero 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, 69/1998, 39/1997 y 109/1992, entre otras muchas). Esta Sala ha aplicado esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS 5 de noviembre de 1992, 20 de febrero de 1993, 26 de julio de 2002 y 18 de noviembre de 2003, entre otras muchas). La obligación de motivación de las sentencias está recogida en el artículo 218 LEC, cuyo párrafo 2 establece que «las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho», y todo ello «ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón». La falta de motivación de la sentencia constituye un motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con el artículo 469.1.2 Lec, y su concurrencia da lugar a la nulidad, con la consiguiente aplicación de la DF 16 LEC.

La motivación contenida en la sentencia recurrida no tiene en cuenta más que de forma retórica, el interés del menor, por lo que no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida pedida únicamente por el padre, y ello por las siguientes razones: a) se invo-

ca a los simples efectos introductorios, el criterio del interés del menor, que se identifica en los textos que se citan y que según la sentencia recurrida constituyen *cita obligada*, pero no se aplica ningún criterio integrador del interés para acordar el sistema de guarda exclusiva; b) porque no expresa de forma clara cuáles son las circunstancias que llevan a negar la adopción de esta medida para los dos hijos de la pareja; c) al tratarse de una guarda y custodia pedida únicamente por uno de los progenitores, la Audiencia Provincial razona correctamente sobre los requisitos que deben cumplirse de acuerdo con el artículo 92.8 CC, pero no valora los informes psicosociales que habían ya aconsejado la guarda y custodia compartida, y se apoya solo en un informe negativo del Ministerio Fiscal, que se opone a la estimación del recurso y pide la confirmación de la sentencia recurrida «por ser correcta y ajustada a Derecho por sus propios fundamentos», en un informe puramente formal, en el que no se razona ni se dice nada sobre la medida discutida. De acuerdo ahora con el informe del Ministerio Fiscal que apoya el recurso extraordinario por infracción procesal, esta Sala concluye que falta la motivación suficiente para considerar cumplido el deber constitucional de motivación, al fundarse la sentencia recurrida únicamente en forma nominal en el interés del menor, que después no aplica para resolver el recurso de apelación.

Al apreciarse la falta de motivación de la sentencia recurrida, al estimarse el único motivo del recurso extraordinario produce la anulación de la sentencia, procediendo, conforme a la DF 16, 7.^a, LEC, dictar nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado en el recurso de casación.

Doctrina sustantiva sobre el interés del menor.—Alegándose infracción del artículo 92.6 y 8, CC, por ser contraria a la doctrina de las SSTs de 28 de septiembre de 2009, 10 y 11 de marzo y 8 de octubre de 2010, partiendo del carácter de orden público que tiene el interés del menor, conviene reiterar que esta Sala ha venido ya recogiendo una serie de criterios relativos a la interpretación de lo que significa aquél, que deben tenerse en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida, y que ha sido reiterada posteriormente. La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren algunos de los criterios jurisprudenciales aludidos, no permitiendo la redacción de dicho precepto la conclusión de que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, debería considerarse la más normal porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto y cuanto lo sea. La STS de 22 de julio de 2011 ha interpretado la expresión *excepcional* contenida en el artículo 92.8 CC en el sentido de que viene referida a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la guarda compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.

En el caso concreto, son circunstancias favorables a la custodia compartida: 1.º Por las condiciones laborales del padre y de la madre, la disponibilidad horaria de ambos resulta semejante y no produce ningún inconveniente para la protección del interés de los hijos. 2.º El informe psicosocial del Equipo del Juzgado de Familia llega a la conclusión de que puede ser beneficioso para los niños este tipo de guarda. 3.º En su contestación al presente recurso el Ministerio Fiscal, en su calidad de defensor y representante de los menores, que le atribuye el artículo 3 de su Estatuto orgánico, ha dicho que «está de acuerdo con la adopción de la medida de la guarda y custodia com-

partida, en base al informe que en su día formuló el referido Equipo Psicotécnico del Juzgado de Familia.

Al carecer esta Sala de conocimientos sobre las circunstancias fácticas de este caso que pueden haber cambiado después de la presentación de la demanda, se deja a la ejecución de esta sentencia la determinación de los periodos de estancia, convivencia y alimentos de los menores con cada uno de los progenitores, si bien se establecen las siguientes Bases: 1.^a Se procurará que la convivencia con cada progenitor sea lo menos distorsionadora posible en relación a la escolarización de los niños. 2.^a El progenitor que no tenga consigo a los hijos y durante el periodo de convivencia con el otro progenitor, gozará de un amplio derecho de visitas. 3.^a No se podrá separar a los hermanos. 4.^a se establecerá la contribución de cada de cada progenitor a los alimentos de los menores, en que deberá computarse la atribución del uso del domicilio que fue conyugal y la dedicación personal de cada progenitor a la atención y cuidado de los hijos. y 5.^a Estas medidas se tomarán previa audiencia de los progenitores y del Ministerio Fiscal. (STS de 25 de mayo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Al dictarse la sentencia extractada los menores tienen, respectivamente, 10 y 7 años, y mayoritariamente han estado sometidos al régimen de guarda materna después de una inicial separación judicial que acordó la compartida. Curiosamente ha sido el marido, solicitante posterior del divorcio, quien ha introducido el tema debatido que, finalmente, ha sido acogido por el Tribunal Supremo en la notable sentencia extractada que debe aprobarse plenamente. Parece prudente encomendar a la fase de ejecución la tarea de completar el régimen de la —todavía, en nuestro ordenamiento— *novedosa guarda compartida* (oportunamente despojada del calificativo codicial de *excepcional*) debido al lento proceso judicial familiar que padecemos, aunque dictando la Sala 1.^a del Tribunal Supremo unas razonables bases que deberán observarse a la hora de su cumplimiento. La llegada a la adolescencia de los hijos del matrimonio, sin iniciar la práctica de la guarda compartida, en mi opinión podría malograrla (*G.G.C.*)

32. Divorcio: Pensión compensatoria: Se confirma la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Pleno) de 19 de enero de 2010.—La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres

cuestiones: a) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; b) cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia, y c) si la pensión debe ser definitiva o temporal.

En lo relativo a la temporalidad de la pensión, la nueva redacción dada al artículo 97 CC por la reforma de 2005, recogió la doctrina de esta Sala en sentencia de 10 de febrero de 2005, ratificada en otras posteriores (SSTS de 9 y 15 de octubre y 21 de noviembre de 2008).

En el presente caso la Audiencia Provincial se ha ajustado a la doctrina contenida en la sentencia de 19 de enero de 2010, por lo que debe desestimarse el recurso de casación (**STS de 27 de junio de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Matrimonio celebrado en 1987, en el que nacieron tres hijas que son mayores de edad al dictarse sentencia. En 1995 pactan el régimen de separación y disuelven el de gananciales. Consta que la esposa ha trabajado como maestra, que tiene idoneidad eclesiástica para impartir clases de religión, y acredita una actividad de restauración de obras de arte. El marido es abogado. En 2008 se separaron y el marido presentó demanda de divorcio. El Juzgado de Primera Instancia en 2009 atribuyó a la esposa una pensión de 2500 euros, por trece años contados a partir de la sentencia. La Audiencia Provincial en 2010 la rebajó a 1500, a pagar por un año, con base en las siguientes razones: a) La edad de la esposa (50 años) y la duración del matrimonio (20 años), así como la edad de las hijas y especialmente su cualificación profesional, profesora de EGB, con declaración de idoneidad eclesiástica para impartir clases de religión lo que ya hizo antes de la separación matrimonial, y también tiene acreditada una actividad de restauración de obras de arte, de la que no se conoce exactamente el alcance, pero sí que se ejerce, lo que no se niega, si bien se alega que no percibe emolumentos; b) en un futuro próximo podrá ejercer cualquiera de estas actividades profesionalmente o, al menos, está en aptitud de obtener sus propios ingresos e independencia económica; c) la pensión no es de automática concesión a la separación o divorcio, ni ilimitado o absoluto, ni integra un mecanismo igualatorio de economías dispares, bien al contrario cumple la finalidad que origine a uno de los consortes una situación de desequilibrio que se reputa injusto; y d) se atribuye por el plazo de un año, que se reputa correcto por haber transcurrido ya un periodo de tiempo suficiente para adecuarse a la nueva situación familiar en la que sin duda tendrá que hacer frente por sus propios medios y aptitudes a sus necesidades.

La Ponente de esta sentencia es autora de un comentario al artículo 97 CC (*Código Civil comentado*, I, dir. por Ana Cañizares *et altri*, coords. De Pablo y Rosario Valpuesta, Cizur Menor, 2011, pp. 526-533) en la que resume y sintetiza estudios anteriores sobre el tema, ocupándose de la naturaleza del derecho a la pensión, sus caracteres (derecho personal, de naturaleza compensatoria, voluntaria, puede ser temporal), el desequilibrio como presupuesto único de aquella, la forma de determinar el desequilibrio, los diferentes criterios legales, y la actualización. Advierte que la jurisprudencia ha huido siempre de la tentación de atribuir una naturaleza jurídica concreta a la pensión compensatoria, aunque se ha inclinado por

considerar que al no ser un derecho de alimentos, tiene naturaleza reequilibradora. A propósito de la STS de 19 de enero de 2010 se interroga sobre si la actual redacción del artículo 97 CC sigue admitiendo este tipo de interpretación, ya que en su segundo párrafo alude claramente a unos determinados criterios que deben servir al juez para fijar el importe de la pensión. Concluye, sin embargo, que la respuesta debe seguir siendo la misma contenida en la sentencia del Pleno.

Personalmente no creo que el tema esté definitivamente cerrado, pese a la mencionada sentencia del Pleno de la Sala 1.^a Basta consultar la pluralidad de enfoques y las divergencias doctrinales que todavía subsisten (pueden verse en LACRUZ *et alri*, *Elementos*, IV, ed. a cargo de Rams Albesa, Madrid 2005, p. 103-107; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso*, IV, 3.^a ed., Madrid 2011, pp. 184-190, ambos con cita de abundante bibliografía monográfica) (G.G.C.)

33. Alimentos entre cónyuges. Atribución del uso y disfrute del domicilio familiar al hijo incapacitado y a la madre titular de la patria potestad rehabilitada.—La Sala Primera del Tribunal Supremo aborda en su Sentencia dos cuestiones diferentes: Por un lado, la relativa a la valoración del derecho de alimentos entre cónyuges (*ex* arts.142 y siguientes CC) como algo diferente a la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 CC; por otro el derecho al uso y disfrute de la vivienda familiar por el hijo incapacitado y su madre, titular de la patria potestad rehabilitada, entendiendo que los hijos incapacitados han de ser asimilados a los menores, a los efectos previstos en el artículo 96.1 CC.

En relación con el derecho de alimentos entre cónyuges, el Tribunal Supremo puntualiza que los alimentos constituyen un derecho de carácter asistencial de la persona que los reclama, tal como se deduce de lo establecido en los artículos 142 y 148 CC, centrandó este último la obligación de prestarlos en la necesidad para subsistir de la persona que tenga derecho a percibirlos, y es por ello que cuando acaba la necesidad, se extingue dicha obligación (art. 152 CC). En este sentido, subsistiendo el matrimonio a pesar de la separación, los cónyuges tienen la cualidad de tales y por tanto puede existir esta obligación según dispone el artículo 143, 1.º CC, al establecer que éstos tienen obligación recíproca de prestarse alimentos. Partiendo de esta calificación, que está de acuerdo con lo acordado en la sentencia que decretó la separación, debe mantenerse la sentencia recurrida, que dejó sin efectos la pensión de alimentos a favor de la esposa, al haber quedado acreditado que no existe necesidad de la recurrente.

Por lo que se refiere a la atribución del uso de la vivienda familiar al hijo incapacitado y a la madre titular de la patria potestad rehabilitada, el Tribunal Supremo estima que concurre interés casacional por existir doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales. Conforme al artículo 96.1 CC, el uso de la vivienda se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta Sala ha interpretado esta disposición en el sentido que protege el interés de los menores, que resulta ser el más necesitado de protección en el procedimiento matrimonial (SSTS 659/2011, de 10 octubre; 451/2011, de 21 junio; 236/2011, de 14 abril; y 861/2011, de 18 enero, entre otras). Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el artículo 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados.

tados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación. (**STS de 30 de mayo de 2012**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm.a. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—D. Jesús María y D.^a Aurora contrajeron matrimonio en 1959. Tuvieron dos hijos, Soledad y Eusebio. La separación judicial de los cónyuges se produjo en 1987 pero no llegaron a divorciarse. La sentencia de separación, dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 3.^a, de 9 abril 1987, atribuyó el domicilio conyugal a la esposa mientras durara la convivencia con el hijo y acordó también alimentos a favor de la esposa y del hijo común menor de edad. Posteriormente, el marido solicitó modificación de las medidas acordadas en el proceso de separación, sobre lo que resolvió la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 22 de Madrid, de 10 febrero 1997, decretando la supresión de los alimentos del hijo, ya mayor de edad y mantuvo los de la esposa y el uso del domicilio familiar.

Durante la tramitación del actual procedimiento el hijo, D. Eusebio, fue incapacitado en 2010, por sufrir una enfermedad mental; la sentencia del Juzgado de 1.^a instancia núm. 95 de Madrid, de 3 diciembre 2010, declaró la incapacidad plena y rehabilitó la patria potestad de la madre. El marido, D. Jesús María, fue también incapacitado de forma parcial en 2011, imponiéndole una curatela para actos de disposición y administración. Antes de ser sometido a curatela, D. Jesús María demandó a D.^a Aurora, pidiendo que se dejaran sin efecto los alimentos acordados a la esposa en la sentencia de separación y la atribución del uso del domicilio, porque la vivienda era de su propiedad exclusiva, la esposa había comprado una casa en propiedad fuera de Madrid, como consecuencia de haber adquirido una herencia y el marido estaba jubilado. D.^a Aurora se opuso a la demanda y alegó, entre otros extremos, la incapacidad del hijo y formuló reconvencción, pidiendo que se acordase una pensión de alimentos para el hijo y que se aumentase su pensión compensatoria.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 22, de Madrid, de 13 enero 2010, estimó la demanda y extinguió el uso de la vivienda y la que denominó pensión compensatoria y no estimó la reconvencción. Respecto a la pensión de la esposa, entendió que se habían modificado las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de dictarse las sentencias de separación y la primera de modificación de medidas, teniendo una solvencia que no tenía, por lo que debía dejarse sin efecto; que no se podía mantener el uso de la vivienda porque la esposa tenía capacidad económica suficiente y porque el interés del hijo no era el más necesitado de protección, ya que «su minusvalía, que no incapacidad legal, no puede

conllevar por sí sola y sine día, preferencia jurídica alguna sobre el uso del inmueble frente al derecho de propiedad que ostenta en exclusiva el demandante» y respecto a la petición de alimentos para el hijo realizada en la reconvenición, no puede pedirse ahora por la madre, ya que debía hacerlo el propio interesado.

La citada sentencia fue recurrida por la esposa, que no obstante confirmada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, de 22 de marzo de 2011, con apoyo en los siguientes argumentos: por un lado en el hecho de que la pensión concedida a la esposa, de carácter alimenticio y no compensatorio, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 152.3 CC debía extinguirse, como igualmente se habría extinguido de haberse considerado como pensión compensatoria al tener la recurrente sus propios ingresos, lo que implicaba la superación del desequilibrio económico que pudo condicionar la inicial sanción judicial del derecho. Por otro lado, en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar la Audiencia estimó que el derecho de uso de la vivienda no tiene carácter vitalicio, encontrándose, por el contrario, sometido a un necesario condicionante temporal, máxime en supuestos, cual en el caso acaecía, en que la titularidad de dicho bien corresponde exclusivamente al cónyuge no beneficiario del uso, no obstante seguir viviendo el hijo incapacitado en el mismo en compañía de la esposa. Para la Audiencia, debía ponderarse que el derecho de uso sancionado en su momento en favor de ambos se prolongaba ya durante más de veinticinco años, disponiendo ahora la citada progenitora, no sólo de medios económicos propios de los que anteriormente carecía, o eran de escasa cuantía y continuidad, sino también de una vivienda de su titularidad, apta para cubrir, de modo digno, las necesidades cotidianas de alojamiento de madre e hijo.

La esposa formuló el correspondiente recurso de casación que fue admitido parcialmente por el Tribunal Supremo en cuanto al mantenimiento del derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar por el hijo incapacitado y la esposa demandante (*P.B.M.*)

34. Ruptura de pareja de hecho. No procede la atribución al hijo y la madre del uso y disfrute de vivienda propiedad del padre que no constituyó el domicilio familiar.—La Sala Primera del Tribunal Supremo sigue en esta sentencia la doctrinal mantenida en Sentencia 248/2012, de 9 de mayo, conforme a la cual en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse, al amparo del artículo 96 CC, viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar. En el presente recurso, los litigantes no habían contraído matrimonio, por lo que la aplicación de esta doctrina exige una argumentación complementaria: La aplicación del artículo 96 CC a las rupturas de convivencias de hecho con hijos exige que se cumplan los mismos requisitos exigidos en la propia disposición, es decir, que constituyan la residencia habitual de la unidad familiar, en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código Civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el artículo 70 CC, en relación al domicilio de los cónyuges. Cuando se trata de una

pareja que convive sin haber contraído matrimonio, la atribución del domicilio familiar se rige por las mismas reglas que en la ruptura matrimonial. Por ello, el juez no puede atribuir a los hijos o a un cónyuge o conviviente un inmueble al que los convivientes no hayan reconocido como domicilio familiar, circunstancia ésta que se daba precisamente en el caso debatido, donde los convivientes habían manifestado que el inmueble sobre el cual se pretendía la atribución del uso y disfrute en ningún momento tuvo tal condición.

Se concluye igualmente que las necesidades de habitación del hijo menor, incluidas en el derecho de alimentos, no necesariamente deben ser satisfechas mediante la atribución de la posesión de un inmueble propiedad del padre, ya que la regulación del derecho de alimentos no exige una solución de este tipo. Consecuencia de lo cual, **(STS de 31 de mayo de 2012; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—D.^a Ofelia y D. Fermín mantuvieron una relación sentimental, con convivencia, desde septiembre de 2006 hasta noviembre de 2008. De esta relación nació su hijo el 1 diciembre de 2007. La pareja estaba domiciliada en Mallorca, donde D. Fermín prestaba sus servicios como profesional del fútbol, hasta que fue contratado por un club turco, en cuyo momento trasladó su domicilio a Estambul, sin que le acompañara D.^a Ofelia. Tras el traslado del recurrente a Turquía, y una vez producida la ruptura de la pareja, D.^a Ofelia y el hijo de ambos pasó a residir en un inmueble propiedad de D. Fermín, en una localidad cercana a Madrid, que nunca llegó a constituir el hogar familiar aunque fue ocupado por la recurrente y su hijo debido a la tolerancia de su propietario D. Fermín.

D.^a Ofelia demandó a D. Fermín, ejercitando acción de reclamación de la guarda y custodia, alimentos y atribución del uso y disfrute del domicilio familiar. En lo relativo a la vivienda, única cuestión que es objeto del recurso de casación, pidió que se le atribuyera el uso y disfrute del inmueble situado en Boadilla del Monte. D. Fermín se opuso alegando que nunca habían convivido en esta vivienda y que su intención al comprarla fue la inversión. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Palma de Mallorca, de 18 de mayo de 2010, estimó en parte la demanda. Atribuyó a D.^a Ofelia la guarda y custodia del hijo de la pareja, estableció un derecho de comunicación y estancias del hijo con su padre; fijó la cuantía de los alimentos y no atribuyó la vivienda porque con independencia de la ocupación posterior a la ruptura no había quedado acreditado que tuviera el carácter de residencia permanente e intencionada que exige el Tribunal Supremo. Por lo tanto, se entendió que no procedía la atribución ex artículo 96.1 CC, al considerarse que la vivienda de Madrid tenía por objetivo cumplir una función ajena a la de propio y verdadero domicilio. D.^a Ofelia apeló la sentencia, que fue revocada por la SAP de Baleares, sección 4.^a, de 17 de febrero de 2011, al entender que la vivienda de Boadilla estaba destinada a constituir domicilio familiar cuando los litigantes y su hijo se establecieran en España, pese a que no llegaron a consolidar dicha voluntad, como consecuencia de la residencia del padre fuera de España y la ruptura de la pareja, considerando igualmente que el interés del menor era que la guarda y custodia la ejerciese la madre y que al residir ésta en España, concretamente

en Madrid, donde también residía su familia era oportuna la atribución del uso de la vivienda citada. Por ello, atendiendo al interés del menor, la Audiencia consideró aplicable la doctrina que considera que se trataría de vivienda familiar, «por estar adscrita al servicio del conjunto familiar satisfaciendo del mejor modo el interés del menor».

D. Fermín presentó recurso de casación, que fue admitido por el Auto del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2011 por entender que la vivienda cuyo uso se discutía, no había sido nunca domicilio familiar. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante frente a la Sentencia, de fecha 17 de febrero de 2011, dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Baleares.

NOTA.—El Tribunal Supremo mantiene en el caso planteado la doctrina emanada de la Sentencia 248/2012, de 9 de mayo, a los efectos de unificar la de las Audiencias Provinciales en esta materia, conforme a la cual, en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar. El supuesto de hecho planteado por esta última Sentencia difería sensiblemente de la de 31 de mayo de 2013, en la medida en que en la misma se debatía sobre la atribución del uso y disfrute a la esposa, de profesión dentista, de un local propiedad del marido, donde aquella venía ejerciendo su profesión. Las razones expuestas en aquella sentencia para desestimar la atribución del uso solicitada se encontraban básicamente, dejando aparte la interpretación literal del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento en los siguientes argumentos: 1.ª La atribución de otras residencias de la familia o de otros locales debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico matrimonial que rijan las relaciones entre cónyuges; 2.ª La sentencia que decreta el divorcio o la separación, declara la disolución del régimen. Puede declarar también su liquidación, pero para ello debe seguirse el procedimiento del artículo 806 y siguientes LEC, en defecto de acuerdo previo; 3.ª Cuando los cónyuges se rijan por un régimen de separación de bienes, como ocurría en este caso, no se producen problemas de atribución de bienes, porque los patrimonios están claramente fijados. Por ello, el juez de familia no tiene competencia para atribuir el uso de bienes distintos de aquellos que constituyen la vivienda familiar. Un argumento a favor de esta conclusión la proporciona el artículo 103, 4.ª CC, que permite en medidas provisionales que pueden convertirse en definitivas, señalar qué bienes gananciales hayan de entregarse a cada cónyuge para su administración y disposición, previo inventario y con la obligación de rendir cuentas. Esta regla no es aplicable al régimen de separación de bienes.

En consecuencia, debe formularse la siguiente doctrina, a los efectos de unificar la de las Audiencias provinciales en esta materia: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

La doctrina expuesta resulta igualmente aplicable en los supuestos de ruptura de convivencias de hecho con hijos, a las que resulta

igualmente aplicable el artículo 96 CC, siempre que se cumplan los mismos requisitos exigidos por tal disposición. (P.B.M.)

35. Capitulaciones matrimoniales después de celebrado el matrimonio: Sustitución del de gananciales por el de separación: Falsedad de la afirmación de no haber bienes gananciales: Nulidad.—El presente litigio versa sobre la petición de declaración de nulidad de unas capitulaciones matrimoniales, estimada en ambas instancias, porque la manifestación de la inexistencia de bienes gananciales en el momento de su otorgamiento fue falsa, como se deduce de la prueba presentada, por lo que debería haberse liquidado el régimen antes de proceder a la separación de bienes. En realidad la sentencia recurrida está implícitamente reconociendo que este negocio fue simulado. Pero al no haberse alegado por la demandante, ahora recurrida, no ha declarado la nulidad por esta causa, sino por concurrencia de una causa falsa. Con esta explicación deben examinarse los motivos del recurso.

Causa en las capitulaciones.—Las capitulaciones matrimoniales son un contrato entre cónyuges relativo a bienes, celebrado sobre el supuesto de la existencia de una economía común del matrimonio. El contenido de los capítulos incluye la regulación total o parcial de esa economía. El matrimonio constituye la base del negocio jurídico de capitulaciones, pero no es su causa en sentido técnico; en definitiva, es un presupuesto de eficacia porque sin matrimonio, las capitulaciones no tienen sentido. Y ello porque los negocios de Derecho de familia tienen unas peculiaridades que no permiten utilizar el concepto general de causa en el sentido del artículo 1261 CC, aunque las capitulaciones deban considerarse como contratos, como lo demuestra el artículo 1335 CC.

Nulidad de las capitulaciones.—Debe confirmarse la sentencia recurrida que declaró nulas las capitulaciones matrimoniales celebradas entre los cónyuges por las siguientes razones: 1.º) Contendían una declaración que ha sido probada como falsa: la de que no existían bienes gananciales. La prueba llevada a cabo demostró que al menos había dos tipos de bienes gananciales, consistentes en unos depósitos bancarios y un inmueble. La disolución sin liquidación del régimen anterior vulnera una de las reglas básicas del cambio de régimen, porque los cónyuges falsearon la realidad, manteniendo de facto el régimen de gananciales. 2.º) Las capitulaciones en sí mismas y el negocio que incluyen relativo al cambio de régimen, no tienen causa onerosa o gratuita, en el sentido que los artículos 1261 y 1274 CC otorgan a la causa. Pero al darse la circunstancia, que se ha declarado probada, de la falsedad de la declaración en relación a la existencia de bienes en el régimen que se disolvía, se deduce la concurrencia de falsedad de la causa en el otorgamiento de las capitulaciones, puesto que se expresan unas razones para el pacto de separación de bienes —la no existencia de gananciales— que no coinciden con la realidad patrimonial de los cónyuges. 3.º) La falta de disolución de la sociedad de gananciales produjo el absurdo del mantenimiento de dos regímenes matrimoniales incompatibles.

Tipo de ineficacia.—En el motivo segundo se cuestiona el tipo de ineficacia que se debería haber aplicado y, como consecuencia, el plazo para el ejercicio de la acción. Se ejercitó la de nulidad y así se ha resuelto en la sentencia recurrida. El artículo 1335 CC establece que la invalidez de las capitulaciones se regirá por las reglas generales de los contratos, por lo que declarada la falta de causa, se produce un defecto estructural de dicho capítulo y el tipo de inefi-

caza que debe ser aplicado es la nulidad, de aquí que no pueda aplicarse el plazo de caducidad establecido en el artículo 1301 CC, para los casos de anulabilidad.

Los recurrentes reconstruyen la acción ejercitada y pretenden montar el argumento sobre la anulabilidad, que niegan porque existió consentimiento. Pero olvidan los argumentos de la sentencia recurrida e introducen una serie de argumentos artificiosos sobre una base falsa, lo que ocurre también con la cuestión relativa a los pretendidos actos de confirmación de las capitulaciones efectuados, a su entender por la esposa demandante, con lo que introducen una cuestión nueva, lo que está vedado en casación (STS 13 de marzo de 2012), y, además, no respetan el resultado de la prueba, por lo que están haciendo supuesto de la cuestión.

Inaplicación del artículo 1324 CC.—Según la doctrina más extendida, el artículo 1324 CC recoge la antigua doctrina sobre la confesión de la dote, de modo que, frente a la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC, se introduce un medio de destruir la presunción, permitiendo la confesión por parte de uno de los cónyuges de que los bienes son propiedad del otro. Pero nada de esto ocurrió en el actual litigio: 1.º) No hay ninguna confesión clara de reconocimiento de que determinados bienes sean propiedad de uno o de otro; la negación de la propia existencia de bienes gananciales no puede considerarse como una confesión, porque falta el elemento esencial, es decir, el reconocimiento de un cónyuge de que los bienes son del otro; 2.º) Lo que se declaró fue que no había bienes gananciales; y 3.º) La parte que sostiene que sí había gananciales estaba obligada a obtener la nulidad de los capítulos para poder pedir la liquidación, porque la apariencia creada solo podía destruirse con la declaración de nulidad y para ello no es definitiva la compleja argumentación sobre la confesión. (STS de 18 de junio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En fecha no determinada se contrae un matrimonio sin celebrar capitulaciones en el que el marido aporta dos hijos de un matrimonio anterior. El 11 de julio de 2000 otorgan capitulaciones, pactando el régimen de separación de bienes, y manifiestan literalmente: «II. Que la sociedad conyugal formada por los comparecientes no tiene en el día de hoy bienes de carácter ganancial. III. Y que al amparo de lo que dispone el artículo 1392.4 CC, los comparecientes han resuelto modificar el régimen económico de su consorcio matrimonial, para que en adelante quede sometido al régimen de absoluta separación de bienes». Consta que el mismo día, ante el mismo notario, y mediante escritura de número correlativo siguiente a la antes aludida, ambos cónyuges constituyen una sociedad limitada, aportando metálico en una cuenta que iba a ser de la sociedad. Los cónyuges se separaron en marzo de 2004 y el marido falleció intestado el 18 mayo del mismo año, siendo declarados herederos abintestato ambos hijos. Constan además diversas enajenaciones de bienes, presuntamente comunes, del padre a los hijos a partir del año 2000, cuya nulidad insta simultáneamente la viuda, acciones que el Juzgado de Primera Instancia declaró indebidamente acumuladas.

NOTA.—Conflicto habitual cuando el bínubo trata de beneficiar abiertamente con su patrimonio a los hijos del primer matrimonio, en detrimento de la segunda esposa. No parece que la modificación capitular de 2000 tuviera directa relación con la separación sobreve-

nida cuatro años más tarde, sino que existe más bien un plan —en apariencia, torpemente urdido— para eliminar *à tout prix* la presencia de bienes gananciales, en el que colabora, no sabemos si consciente o inconscientemente, la esposa perjudicada. Ocurre sin embargo que el Tribunal Supremo ha tenido que afrontar uno de los problemas más oscuros del régimen capitular codicial, obligando a la Sala a realizar afirmaciones un tanto contradictorias. Afirma LACRUZ (*Elementos*, IV, Madrid 2005, p. 136): «A lo que creo, en nuestro Derecho positivo no puede hablarse propiamente de causa de los capítulos, que son un *instrumentum* capaz de contener estipulaciones en cuanto *negotium*, radicalmente influidas por un matrimonio que es su presupuesto y base, pero no su causa. Sobre todo, en el actual régimen la posibilidad de capítulos postnupciales elimina cualquier papel protagonista de la boda». Más adelante, el propio autor, al tratar de los casos de invalidez de los capítulos, no incluye coherentemente la falta de causa (p. 146). Tampoco lo hace en concreto MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*Curso*, IV, Madrid 2011, p. 217) limitándose a afirmar genéricamente que las capitulaciones matrimoniales podrán ser nulas o anulables en los mismos casos y por las mismas causas que los contratos. La sentencia extractada en su 5.º FD reitera y ratifica la citada postura de Lacruz, aunque afirma la concurrencia de falsedad de la causa en el otorgamiento de las capitulaciones, puesto que se expresan unas razones para el pacto de separación de bienes que no coinciden con la realidad patrimonial de los cónyuges.

A mi juicio aquí hay un problema de interpretación negocial, y acaso podría defenderse que se trata de un motivo determinante de las capitulaciones elevado a condición suspensiva expresado en los siguientes términos: «Dado que no existen bienes gananciales pactamos la separación». El cambio de régimen no tiene que justificarse, ni siquiera explicarse, sino que corresponde a la autonomía negocial de los cónyuges; pero cabe someterlo a condición suspensiva. En sentido impropio podría hablarse de un «motivo causalizado» convertido en una determinación accesorio de la voluntad, y al no darse en la realidad produce la ineficacia del negocio. La sentencia invoca el principio de que un matrimonio no puede simultáneamente estar sujeto a dos regímenes económicos diversos, y por ello sugiere que hubiera sido más correcto técnicamente acudir al negocio simulado. La realidad demostró que la mujer había sido muy perjudicada económicamente por el cambio de capitulaciones, que, sin embargo, había consentido lisa y llanamente. La solución parece equitativa pero la argumentación no convence del todo (*G.G.C.*)

DERECHO MERCANTIL

36. Derecho de adquisición preferente en caso de fallecimiento de socio. La valoración del auditor.—A partir de los artículos 110 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 353.1 CCO, se desprende que el valor de las acciones y participaciones que debe tomarse en consideración en estos supuestos es el valor razonable y no el valor fijado por el auditor designado, coincida o no con el razonable.

El cumplimiento del procedimiento fijado en la ley para la designación del auditor garantiza la independencia del mismo y la titulación adecuada para la función que se le asigna, pero no prejuzga el acierto del informe.

El auditor es un arbitrador legal que, a diferencia del árbitro (encargado de dirimir una cuestión entre las partes), desempeña una función por encargo de las partes.

El auditor no tiene libertad para fijar el valor que considere procedente y con independencia de que fuere razonable o no, ya que la ley excluye el *mero arbitrium* e impone el deber de estar a lo razonable de acuerdo con las reglas de la ciencia exigibles en el desempeño del encargo. Lógica consecuencia de lo anterior es que la valoración efectuada por el auditor sea susceptible de impugnación ante los tribunales. (STS de 18 de mayo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En el caso concreto se constata el error en la fecha tenida en cuenta por el auditor nombrado para fijar el valor de las participaciones de un socio fallecido. La sentencia de instancia, en lugar de fijar el valor razonable de las participaciones en la fecha correcta, trata de deducir cuál sería el valor que habría fijado el auditor en el caso de que hubiese valorado las participaciones a dicha fecha y, dada la total ausencia de datos útiles a tal fin en el informe del citado auditor, extrapola los manejados en el dictamen emitido por el perito judicial, sin ponderar ni la racionalidad del método, ni la razonabilidad del resultado. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por los herederos del socio fallecido y asume la instancia. (B. G. F.)

37. Derecho concursal. Interpretación de las normas anteriores a la LC.—La LC respeta con carácter general la regla de la irretroactividad. Su disposición transitoria primera se refiere a los procedimientos seguidos conforme a la legislación derogada que estuvieran en trámite en el momento de la entrada en vigor de la Ley 22/2003 y establece que dichos procedimientos continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior. Sin embargo, ello no es óbice para que el Tribunal Supremo afirme, siguiendo su anterior STS de 16 de septiembre de 2010, que ambas normas, las que hacían referencia a los procedimientos concursales derogados y la LC vigente en la actualidad, deban interpretarse conjuntamente, de manera sistemática, para cumplir así una verdadera función normativa sobre la materia. Por tanto, no basta con aplicar la norma derogada, como impondría la regla general de la irretroactividad de la nueva, sino que la aplicación ha de dirigirse a la finalidad perseguida por la Ley 22/2003 y ha de respetar el espíritu en que se inspira la misma. (STS de 21 de mayo de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La mercantil I, como titular de crédito contra una sociedades quebradas, alegó en la demanda que éstas habían incumplido el convenio que habían alcanzado con sus acreedores en la tramitación del procedimiento de quiebra, en los términos aprobados judicialmente. Al hallarse en tramitación la quiebra cuando entró en vigor la Ley 22/2003, la demandante, con apoyo en la dis-

posición transitoria primera, apartado segundo de esta norma, solicita la resolución del convenio.

Tal pretensión fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Palma de Mallorca, en su sentencia de 9 de noviembre de 2007, y posteriormente, en resolución del recurso de apelación, por la sentencia de 8 de octubre de 2008 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 5.^a Ambos órganos entendieron que la regla específica pactada por las deudoras y acreedoras para el supuesto de que aquellas no pagasen las deudas en el plazo señalado debía cumplirse.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la actora contra la sentencia de segunda instancia. Entiende que dicha sentencia, al desestimar la pretensión de la recurrente de la apertura de la fase de liquidación conforme a las normas de la Ley 22/2003, no tuvo en cuenta la disposición adicional primera de la LC, que manda interpretar la legislación derogada a la luz del espíritu y finalidad de la vigente, y la disposición transitoria primera, apartado 2, que impone abrir de oficio la fase de liquidación, en los términos que la LC regula, una vez firme la resolución judicial que declare el incumplimiento del convenio. Por ello, el Tribunal Supremo estima el recurso de apelación interpuesto en su día por la mercantil I contra la sentencia de primera instancia, la cual se deja sin efecto, con estimación de la demanda, declarando resuelto por incumplimiento el convenio alcanzado entre las deudoras quebradas y sus acreedores en el procedimiento de quiebra.

NOTA.—Publicada en el BOE el 10 de julio de 2003, la Ley Concursal tuvo una *vacatio legis* superior al año. Salvo en relación a la modificación de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevista en la disposición final tercera (vigente desde el día siguiente al de su publicación en el BOE), la Ley entró en vigor el 1 de septiembre de 2004 (disposición final trigésimo quinta). El apartado segundo de la disposición transitoria primera, con el título «Procedimientos concursales en tramitación», declara «Los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra, quita y espera y suspensión de pagos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de esta ley continuarán rigiéndose hasta su conclusión por el derecho anterior, sin más excepciones que las siguientes (...) (2) La resolución judicial que declare el incumplimiento de un convenio aprobado en cualquiera de los procedimientos concursales a que se refiere esta disposición transitoria y gane firmeza después de la entrada en vigor de esta ley producirá la apertura de oficio del concurso del deudor a los solos efectos de tramitar la fase de liquidación regulada en ella. Conocerá de este concurso el mismo juzgado que hubiere tramitado el precedente procedimiento concursal». (G.M.A.)

38. Concurso de acreedores. Retroacción de la quiebra: inexigibilidad de fraude.—Ni el artículo 878.2.º CCO ni la jurisprudencia que lo aplica, ya sea utilizando criterios «rigoristas», ya «flexibles», exigen que los actos perjudiciales para la masa activa de la quiebra —o del concurso— tengan finalidad fraudulenta.

Transacción homologada judicialmente: naturaleza contractual.—La homologación judicial no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes, sea judicial o extrajudicial, por lo que sus efectos no pueden identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada. (STS de 5 de junio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En 1981 doña Tamara heredó el patrimonio de su difunto esposo, don Pedro. En 1989 se declara judicialmente que doña Apolonia era hija no matrimonial y heredera única abintestato del fallecido don Pedro. Asimismo se reconoce a favor de doña Tamara el usufructo de un tercio del caudal relicto; y se la condena judicialmente a rendir cuentas y a entregar a la heredera los bienes de la herencia. En diciembre de 1998 doña Tamara y doña Apolonia, alcanzaron un acuerdo transaccional por el que: a) la viuda y usufructuaria reconoció adeudar a la heredera 1.143.038.075 pesetas; b) ambas litigantes fijaban el valor del usufructo en 500.000.000 pesetas; c) para el pago de parte de la deuda la usufructuaria liquidó el usufructo sobre los bienes de la herencia, por lo que, hechas las oportunas compensaciones, la deuda quedó reducida a 643.038.075 pesetas; y d) se fijó a favor de doña Tamara y a cargo de doña Apolonia una pensión alimenticia por importe de 350.000 pesetas mensuales. En la misma fecha del acuerdo transaccional doña Tamara otorgó escritura de venta de varios inmuebles a favor de doña Apolonia cuyo precio fue pagado mediante compensación convencional de deudas entre las partes. Posteriormente, doña Tamara, sobre cuyos bienes desde 1992 pesaban varios embargos, fue declarada en quiebra necesaria por auto de 20 de junio de 2000. La retroacción se fijó a fecha 1 de junio de 1998. La masa pasiva de la quiebra ascendió a 1.234.206,51 euros mientras la masa activa quedó reducida a la pensión alimenticia pactada en la transacción. Ante esta situación la Sindicatura de la quiebra de doña Tamara, presenta demanda solicitando la nulidad del acuerdo transaccional y de las compraventas otorgadas por doña Tamara a favor de doña Apolonia. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia estiman parcialmente la demanda en lo relativo a las nulidades solicitadas. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—En el caso que nos ocupa el fundamento de la retroacción de la quiebra se halla en que la codemandada doña Tamara dispuso de todo su patrimonio (incluido su derecho de usufructo y todos los inmuebles de su propiedad) en favor de la otra codemandada, doña Apolonia, en cumplimiento de una sola obligación y en favor de un solo acreedor, desatendiendo los créditos de los demás acreedores, con evidente perjuicio del principio *par conditio creditorum*. (C.O.M.)