

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Gemma MINERO ALEJANDRE.**

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. Libertad de información, libertad de expresión y derecho a la intimidad personal y familiar.**–La libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo.

El reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona frente a la acción y al conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida, evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada.

**Limitación del derecho a la intimidad personal y familiar por la libertad de información: la técnica de la ponderación.**–El derecho a la intimidad personal y familiar se encuentra limitado por las libertades de

expresión e información. La limitación tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual deber ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante la subsunción en ella.

Cuando se trata de la libertad de información la técnica de ponderación exige valorar, en primer lugar, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión y, en segundo lugar, su peso relativo.

Desde el primer punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho a la intimidad personal por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático. La protección constitucional de la libertad de información alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa.

Desde el punto de vista del peso relativo, la ponderación debe tener en cuenta varias circunstancias: (a) si la información tiene relevancia pública o interés general, en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales; o se trata simplemente de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones. (b) El requisito de la veracidad resulta de menor trascendencia cuando se afecta al derecho a la intimidad personal que cuando el derecho afectado es el del honor. (c) Cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no sólo al personaje público sino también a terceras personas debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a estas está justificada por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje público al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona como personaje público. (d) La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de esta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión. (e) La ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permitan entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico. (STS de 23 de enero de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La actora formuló demanda en defensa de su derecho al honor y a la intimidad personal por la manifestaciones que uno de los demandados realizó sobre algunos aspectos de su vida en común, tales como las relaciones sexuales o determinados rasgos de su carácter que, en su opinión, le hacen parecer una persona

histórica, maniática y tirana y que fueron publicadas por Ediciones Z, bajo la dirección de D. Mateo, ambos también demandados.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda: declaró que los demandados habían vulnerado el derecho a la intimidad personal de la demandante y les condenó a abonar solidariamente la cantidad de 18.000 euros en concepto de daños morales, así como a la publicación de la sentencia en la misma revista en que habían sido publicadas las declaraciones mencionadas.

La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandante, aumentando la cuantía de la indemnización, así como el interpuesto por Ediciones Z y D. Mateo en el sentido de condenar tan solo a la publicación del fallo de la sentencia.

NOTA.—En el artículo «Decadencia del derecho a la intimidad», publicado en el Diario La Ley, núm. 7885, de 21 de junio de 2012, Almagro Nosete recoge una serie de sentencias en las que el Tribunal Supremo, al contrario de lo que sucede en el presente caso, consideró que el titular del derecho a la intimidad había «levantado el velo de la intimidad». (B.G.F.)

**2. Eficacia de los actos jurídicos según la ley vigente en el momento de su realización. Calificación de la transmisión de la posesión de título nobiliario por cesión expresa siguiendo el principio de varonía como situación no agotada o consolidada. Retroactividad impropia de ley posterior que establece el principio de primogenitura.**— El Tribunal Supremo recuerda la jurisprudencia consolidada que deriva del artículo 2.3 CC y del artículo 9.3 CE el principio de que los actos realizados y derechos adquiridos de conformidad con la ley vigente que les es de aplicación no sufren alteración a consecuencia de una modificación legislativa, salvo que se dispusiera expresamente lo contrario (entre otras, SSTS de 3 de junio de 1995, 16 de mayo de 1996, 24 de octubre de 1997 y 3 de noviembre de 1997). Pues bien, atendiendo a los efectos de la retroactividad, solamente podemos hablar de retroactividad verdadera cuando ésta se refiere a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley, y ya consumadas, mientras que la retroactividad impropia incide sobre situaciones o relaciones actuales aún no concluidas y su licitud o ilicitud resulta de la ponderaciones de bienes en cada caso concreto. En relación con la justificación retroactiva de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios, la STS de 3 de abril de 2008 clarificó que este tipo de bienes eran, por un lado, la seguridad jurídica y, por otro lado, el imperativo que condujo a la modificación del ordenamiento jurídico, así como otras circunstancias del caso. Pues bien, el Tribunal Supremo reitera la doctrina contenida en la sentencia citada en último lugar, en el sentido de afirmar que la cesión de títulos nobiliarios efectuada con arreglo a la legislación vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 33/2006, en la que regía el principio de varonía, se encuentra en el ámbito objetivo de aplicación retroactiva de la DT única, apartado 3 de la citada Ley. Y ello porque entiende que la transmisión de la posesión del título producida por la cesión no es una situación definitivamente agotada o consolidada que impidiese la aplicación retroactiva de esta norma, puesto que la posesión de un título

nobiliario no constituye, por su naturaleza, un derecho incorporado al patrimonio de la persona, sino sólo el reconocimiento de su condición de poseedor, que se desvuelve sin perjuicio de la concurrencia de tercero de mejor derecho. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal Supremo se apoya en las siguientes reflexiones: (i) el acto de cesión implica una posesión interina del título, que solamente puede consolidarse mediante la usucapión; y (ii) la cesión no altera el orden de sucesión legal y no crea una nueva cabeza de línea. Son estos dos puntos los que distinguen la cesión de la distribución y convierten a este segundo acto –y no así al primero– en una situación consolidada. El acto de distribución se agota con su ejercicio, como manifiesta la voluntad última del testador, por lo que se abren nuevas líneas al margen de sucesión regular de los títulos y se altera el orden sucesorio vincular, de manera que no puede ser sustituida por otra distribución distinta de la dada por el titular. Sin embargo, en la cesión no hay un acto personalísimo que modifique la línea regular de sucesión, sino una situación de atribución anticipada de la posesión del título que puede ser discutida por otros sujetos con mejor derecho en tanto no opere la usucapión. (STS de 16 de enero de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.–Doña Felisa ejercita una acción contra su hermano menor, varón, D. Miguel Ángel pretendiendo que se declare la nulidad de la cesión del título nobiliario de Marques de A efectuada por la madre de ambos litigantes –anterior poseedora de este título– al demandado, otorgada en escritura pública en 1998. La actora alega que es aplicable la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios y, como consecuencia de ello, la demandante tiene mejor y preferente derecho a la sucesión del título por aplicación del principio de primogenitura. De ahí que la demandante entienda que la cesión de su madre, realizada en base al principio de varonía vigente con anterioridad es nula.

En su contestación a la demanda, el demandado alega que la cesión sí fue consentida por la demandante, ya que ésta no recurrió la resolución del Ministerio de Justicia. Además, entiende que la Ley 33/2006 no es aplicable retroactivamente al supuesto enjuiciado.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 72 de Madrid, en sentencia de 2 de noviembre de 2007, desestima la demanda, declarando que la demandante no tenía mejor derecho al título pues no se opuso a la cesión realizada por su madre, sin que pueda entenderse aplicable la Ley 33/2006.

La sentencia de primera instancia fue apelada por la demandante. En su sentencia de 23 de mayo de 2008, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19.<sup>a</sup>, desestima el recurso.

Contra esta última sentencia, se interpone por la actora recurso de casación, que es admitido por el Tribunal Supremo, por lo que casa la sentencia recurrida y estima la demanda interpuesta por D.<sup>a</sup> Felisa. Con ello, declara la nulidad de la cesión administrativa del título de Marqués efectuada por la madre de los litigantes en favor de su hermano menor y declara el mejor y preferente derecho de D.<sup>a</sup> Felisa a poseer el título nobiliario.

NOTA.–Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios establece en su artículo 1.<sup>o</sup> que el hombre y la mujer tienen igual derecho a suce-

der en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamiento. En este sentido, su artículo 2.º declara que dejarán de surtir efectos jurídicos aquellas previsiones de la Real Carta de Concesión del título que excluyan a la mujer de los llamamientos o que prefieran al varón en igualdad de línea y grado o que contradigan de cualquier modo el igual derecho a suceder del hombre y de la mujer. En jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo ya se había reconocido la aplicación de esta ley a aquellos procesos judiciales abiertos antes de la entrada en vigor de esta norma, siempre y cuando no hubiese recaído sentencia firme. Sin embargo, la especialidad del caso que se comenta es que éste tiene su origen en una situación jurídica distinta a los supuestos examinados con anterioridad por el Tribunal Supremo y es que media una cesión del título nobiliario controvertido, hecha por la última poseedora de éste con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 33/2006. Acerca del régimen transitorio introducido por la Ley 33/2006 se aconseja la lectura de E. SERRANO GÓMEZ, «Régimen jurídico de la sucesión en los títulos nobiliarios. Aplicación retroactiva de la Disposición Transitoria Única de la Ley 33/2006 sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2008», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, M. YZQUIERDO TOLSADA (coord.), 2009, Vol. 2, Dykinson, pp. 143-195; L. RUEDA ESTEBAN, «Los títulos nobiliarios tras la Ley 33/2006», en *Homenaje a D. Juan Francisco Delgado de Miguel*, V. M. GARRIDO DE PALMA (coord.), 2007, Aranzadi, pp. 497-528; E. ARNALDO ALCUBILLA, «Régimen transitorio de la Ley 33/2006 sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios», *Diario La Ley*, núm. 4, 2007, pp. 1353-1357; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Les grandeurs de L'Espagne», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2007, parte Tribuna; pp. 1825-1826; y M. D. CERVILLA GARZÓN, «De nuevo sobre la sucesión en los títulos nobiliarios (¿el punto y final a una absurda polémica?)», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 59/2006, parte Estudios Doctrinales, pp. 201-222. (G.M.A.)

**3. Títulos nobiliarios. Principio de propinquidad.**—Dicho principio constituye un régimen de sucesión extraordinario para el caso de que se haya agotado las líneas regulares de sucesión.

Este caso excepcional no se da cuando se prueba la existencia de descendientes pertenecientes al orden regular de suceder vinculado al concesionario o al último poseedor conocido y el adquirente por usucapión o uno de sus sucesores directos, pertenecientes a la línea que goza de preferencia en virtud de la usucapión, carezca de descendencia directa. No puede afirmarse que el fallecimiento sin descendientes del poseedor que ha adquirido el título mediante usucapión o de alguno de sus descendientes signifique, por sí misma, la imposibilidad de aplicar las reglas inherentes al orden regular de sucesión, que es la razón histórica y lógica que determina la aplicación del principio de propinquidad. Dado el carácter extraordinario del régimen de propinquidad, agotadas las líneas a las que la usucapión concede preferencia, resulta más acorde con los principios que rigen la sucesión de los títulos nobiliarios reintegrar el título a la línea regular de sucesión sin aplicar el

principio de propincuidad. (STS de 10 de enero de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La cuestión que se plantea en el presente litigio es si ganada la posesión de un título nobiliario por usucapión, la sucesión del título, una vez fallecido sin descendencia directa el poseedor legítimo en virtud de la usucapión, pero subsistiendo descendientes en línea directa del fundador o concesionario, debe seguir la línea regular de sucesión a partir de éste o resolverse con arreglo al principio de propincuidad o proximidad parental al fallecido sin descendencia, poseedor legítimo en virtud de la usucapión.

El demandante, sobrino de la última poseedora legítima del título nobiliario, que lo vino poseyendo durante más de cuarenta años y que murió sin descendencia, solicita el reconocimiento de su mejor derecho a poseer el título frente al demandado, sobrino nieto de la última poseedora, y a quien le había sido cedido por su padre, sobrino también de la última poseedora, pero menor que el demandante.

La aplicación del principio de propincuidad otorgaría mejor derecho al demandante. El Tribunal Supremo, sin embargo, considera que no debe aplicarse el citado principio.

NOTA.—En el presente litigio se plantea una situación idéntica a la examinada por la STS de 19 de noviembre de 2009 (recurso núm. 1885/2003), a la que se remite ampliamente la sentencia aquí analizada. (B.G.F.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**4. Arras. Funciones.**—La STS de 27 de octubre de 2010 (núm. 643) distingue las tres funciones que las arras pueden cumplir: «como señal de la celebración de un contrato, en que la cantidad entregada es anticipo o parte del precio (arras confirmatorias), como garantía del cumplimiento o arras penales, que se pierden si el contrato se incumple, pero que no permiten desligarse del mismo; y como arras penitenciales, que son las únicas que permiten resolver o desistir del contrato [...]».

La sentencia de 29 de junio de 2009 distingue las arras penales de las penitenciales: la diferencia reside en que las arras penales se pactan como simple garantía del cumplimiento del contrato mediante su pérdida o devolución doblada, pero no al objeto de que las partes puedan desistir lícitamente del contrato con tal proceder. Ello es posible únicamente mediante el pacto de arras penitenciales.

**Interpretación de los contratos: criterios preferentes conforme al artículo 1281 CC.**—Dicho precepto contiene los criterios de interpretación preferentes, que son: la intención de los contratantes y la literalidad de las cláusulas. (STS de 22 de febrero de 2012; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El origen del litigio se sitúa en un contrato de compraventa de local de negocio. La parte demandante es la

sociedad compradora, junto a su sociedad matriz; reclaman la resolución del contrato por incumplimiento y la indemnización de daños.

En primera instancia se desestima la demanda; en apelación se confirma este pronunciamiento. La parte demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que es desestimado, y recurso de casación, que el Tribunal Supremo estima. Dicha estimación conduce al Alto Tribunal a conocer del fondo del asunto.

El núcleo del litigio está constituido por la interpretación del contrato, en particular de la cláusula en la que las partes pactaron las arras, cuya calificación se discute y que literalmente reza como sigue: «[...] en el caso de que la compraventa no llegare a consumarse por causas imputables a la parte vendedora, la compradora podrá exigir la devolución del duplo de la cantidad entregada en concepto de arras. Si por el contrario la compraventa no llegara a consumarse por causas imputables a la parte compradora, la parte vendedora quedará libre de transmitir las fincas objeto del contrato y hará suya la cantidad entregada en concepto de arras». En el FD.º Primero 2) encontramos información adicional respecto de la cláusula controvertida: (a) parece que las partes califican las arras de «penitenciales»; (b) se pacta que en caso de que se consumara la venta la cantidad entregada formaría parte del precio pactado. Este último pacto conduce a la Audiencia a la conclusión de que no se trata de arras penales. Para el Tribunal Supremo esta interpretación difiere de la verdadera intención de las partes en relación con la literalidad de la cláusula; en palabras del Alto Tribunal, «[C]laramente se desprende del texto que no se trata de unas arras meramente confirmatorias, aunque en caso de cumplimiento hubiera de imputarse su cuantía al pago del precio, sino de unas arras de carácter penal, similares a la cláusula de tal carácter contemplada en el artículo 1152 del Código Civil, pues lo que prevén es la indemnización que ha de satisfacer la parte incumplidora del contrato a la que ha cumplido cuando esta última interese la resolución [...]» (FD.º Quinto).

Constatada la infracción del artículo 1281 CC por la Audiencia y casada, por tanto, la sentencia recurrida, el Tribunal Supremo resuelve sobre el fondo de la cuestión planteada. Como se ha indicado al comienzo, la demanda interesaba la resolución del contrato por incumplimiento de la vendedora y la correspondiente indemnización de daños. Pues bien, considera el Alto Tribunal que la vendedora incumplió, pues vendió el inmueble libre de cargas cuando esto no era así, pues la propiedad del mismo se discutía en un proceso distinto que culminó con la declaración de que la vendedora no era verdadera propietaria del inmueble.

El Tribunal Supremo declara procedente la resolución del contrato, cuyos efectos indemnizatorios son los previstos por la cláusula que contempla las arras, previamente calificadas de penales: la compradora debe, pues, devolver duplicada la cantidad recibida en dicho concepto. (B. G. F.)

**5. Prohibición del pacto comisorio.**—El pacto comisorio es aquel por el cual si no se devuelve una cantidad determinada (del verdadero préstamo), el contratante (prestamista) hace suya la propiedad de una cosa también determinada. Tal pacto incurre en nulidad *ipso iure* conforme al artículo 1859 CC. Un caso típico es la llamada «venta a carta de gracia». Se trata de una compraventa simulada (disimula el préstamo), donde una persona (el supuesto vendedor, realmente prestatario) vende la cosa al comprador (realmente, el prestamista) con un pacto de retro: si en tal plazo no ejercita el retracto (realmente, no devuelve el dinero que se fijó como precio) el comprador (prestamista) adquiere la propiedad de la cosa. Se trata de un pacto comisorio: el prestamista, que aparece como comprador, adquiere la cosa si no se le devuelve, mediante el retracto, la cantidad prestada. Tal pacto comisorio es nulo: el vendedor (prestatario) devolverá el dinero, pero el comprador (prestamista) no adquirirá la cosa. Son muchas las SSTs que declaran la nulidad absoluta del pacto comisorio (de 25 de septiembre de 1986, de 29 de enero de 1996, de 18 de febrero de 1997, de 15 de junio de 1999, de 16 de mayo de 2000, de 10 de febrero de 2005, de 20 de diciembre de 2007, de 26 de abril y de 5 de diciembre de 2001, entre otras).

**Doctrina de la simulación relativa.**—En los supuestos de simulación relativa, existe una causa expresada que no existe (ej., la del contrato oneroso de compraventa) y otra que se oculta, disimula (ej., la del contrato de préstamo). El negocio aparente no existirá y será válido el disimulado, siempre que reúna los elementos que le son propios (SSTs de 11 de febrero de 2005, de 22 de febrero de 2007 y de 18 de marzo de 2008). (**STS de 27 de enero de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

**HECHOS.**—La Residencial R transmitió unas fincas en contrato de compraventa de 14 de enero de 1993 al primer codemandado C. En dicho contrato se añade un pacto de retro (*«La parte vendedora se reserva el derecho de retraer las fincas vendidas durante el plazo de un año a contar desde hoy y la parte compradora se obliga a retrovenderlas a la indicada parte vendedora, o a quien su derecho represente, si en el término expresado le abona el precio de los cincuenta millones de pesetas, en el que están incluidos todos los gastos»*). La Residencial R interpone demanda suplicando la declaración de nulidad de dicho contrato, por razón de simulación relativa que disimula el verdadero contrato de préstamo con pacto comisorio.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, por entender que concurren todos los elementos del contrato. Según el Juez, nos encontramos ante una auténtica escritura de compraventa con pacto de retro, aunque reconoce que el comprador adquiere la propiedad de la cosa vendida si no se le paga la deuda.

La Audiencia Provincial estimó la demanda en el sentido de declarar la nulidad de la compraventa y del pacto de retro, y la validez de la transmisión formal de la propiedad de las fincas en garantía de la devolución del préstamo. Además de fijar el quantum de la deuda garantizada, declaró que los demandados fueron terceros de buena fe protegidos por la fe pública registral, absolviéndoles de la demanda. Finalmente, declara acreditado que la compraventa de 14 de enero de 1993 era un contrato simulado que encubría un préstamo con pacto comisorio y declaró que no había ningún indicio de mala fe en los demandados.

La sociedad demandante interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo señala que declarar nulo el contrato de compraventa y el pacto de retroventa y válida la transmisión de la propiedad, es un contrasentido. Mantiene la simulación relativa del contrato de compraventa que no es tal, sino un contrato de préstamo y la declaración de nulidad del pacto comisorio que se encubre bajo el supuesto pacto de retroventa. Aquel préstamo es válido y la entidad prestamista (demandante) debe devolver la cantidad que le fue prestada, sin que sea válida la transmisión del derecho de propiedad por razón del pacto comisorio. Ahora bien, esta transmisión, objeto del pacto comisorio, debe ser mantenida en virtud del principio de fe pública registral que proclama el artículo 34 LH respecto a los subadquirentes. En consecuencia, al no poderse restituir las fincas objeto del pacto comisorio, procede dar lugar a la petición subsidiaria del suplico de la demanda: el abono del valor de las mismas, que se computará al tiempo en que se haga efectiva. Por tanto, el Tribunal Supremo condena al contratante que hizo suyas indebidamente tales fincas, en virtud del pacto comisorio (primer adquirente, no los subadquirentes).

NOTA.—Mediante el *ius distrahendi*, el titular de un derecho real de garantía puede solicitar la realización del valor del objeto gravado, utilizando la cantidad obtenida para extinguir la deuda garantizada incumplida. Una vez vencida la obligación principal, las cosas gravadas podrán ser enajenadas (art. 1558 CC). Esto implica que el acreedor no puede apropiarse directamente de las cosas entregadas en garantía, incluso aunque así se haya acordado por las partes, pues dicho pacto es nulo por ser contrario a la prohibición del pacto comisorio (art. 1859 CC). Lo contrario supondría que el acreedor pudiera quedarse con la cosa entregada en garantía incluso aunque su valor fuera superior a lo adeudado, perjudicando no sólo al propio deudor sino también a otros acreedores de éste. No obstante, la prohibición del pacto comisorio se suele eludir celebrando distintos negocios con función de garantía (ej.: el reconocimiento, a favor del acreedor, de una opción de compra sobre bienes del deudor por el importe de la deuda, la celebración simulada de una venta con pacto de retro). En este último caso, el vendedor le debe una cantidad de dinero al comprador, normalmente en concepto de préstamo, y en garantía del pago le transmite la propiedad de un bien por un precio equivalente a la cantidad adeudada. El pacto de retro permitirá al vendedor recuperar el bien, reembolsando el precio por él recibido más los intereses. Esta compraventa sería nula por vulnerar la prohibición del pacto comisorio, si bien la jurisprudencia admite que bajo esta apariencia quepa encontrar un negocio fiduciario válido de transmisión de un bien en garantía. Por otro lado, cabe destacar que lo prohibido son sólo los negocios previos al impago de la deuda que puedan llevar a la apropiación del bien entregado en garantía por el acreedor, vulnerándose las reglas sobre ejecución de garantías reales. Pero sí serían válidas las daciones en pago convenidas para remediar la falta de cumplimiento exacto de la obligación, aunque podrán ser rescindidas si se realizan en fraude de acreedores (art. 1291.3.º CC). (*S.L.M.*)

**6. Infracción, por el arrendatario retrayente, de la prohibición de enajenar durante dos años (LAU/1964). Adquisición por tercero hipotecario. Responsabilidad solidaria del Registrador.**—El Registrador de la propiedad debe dejar constancia del ejercicio del derecho de retracto por el arrendatario que adquiere la vivienda haciendo uso del derecho que le reconoce el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (aprobado por el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre), pues, de otro modo, el tercero no puede tener conocimiento de la limitación que afecta al poder de disponer del bien de dicho arrendatario retrayente durante dos años, conforme a lo dispuesto en el artículo citado. Por consiguiente, corresponde al Registrador de la propiedad que tuvo conocimiento (por la escritura pública de venta) que se adquiriría en ejercicio de un derecho de retracto y, sin embargo, no dejó constancia de ello en el Registro, indemnizar solidariamente con el arrendatario retrayente al demandante perjudicado, cuando sea imposible lograr el pleno efecto resolutorio de las ventas efectuadas debido a la presencia de un tercero hipotecario (art. 296 LH).

**Legitimación del comprador inicial para el ejercicio de la acción resolutoria de las ventas celebradas cuando el arrendatario retrayente ha infringido la prohibición de no vender en dos años.**—El hecho de que la prohibición prevista en el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 se dirija a evitar la especulación, no supone un obstáculo para considerar al comprador inicial legitimado para resolver, conforme a lo dispuesto en dicho artículo, la compra del arrendatario retrayente y la posterior venta a un tercero (considerando comprador inicial a aquél cuya compra quedó frustrada por el ejercicio del derecho de retracto). Dicha impugnación corresponde, conforme a la ley, a la «parte perjudicada», y no existen obstáculos para considerar como tal, no sólo al arrendador, sino también al potencial comprador cuyo derecho de adquisición quedó frustrado como consecuencia del ejercicio del retracto. (STS de 11 de enero de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Habiendo sido ejercitada la acción resolutoria de dos contratos consecutivos de compraventa de un inmueble, por infracción de la prohibición de enajenar en los dos años siguientes a la compra, impuesta al arrendatario que ejercitó el derecho de retracto sobre el bien (conforme a lo dispuesto en el art. 51 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964), se solicitó, subsidiariamente, el pago de una indemnización a la parte demandante. En Primera Instancia se desestimó la demanda. Sin embargo, la Audiencia Provincial, revocando parcialmente la anterior, estimó la petición subsidiaria y condenó a la indemnización. La Audiencia corrige la doctrina de Primera Instancia: De un lado, estima la condición de «perjudicado» que había sido negada al demandante (con la consiguiente denegación de la legitimación para el ejercicio de la acción, conforme al citado art. 51); De otra parte, considera no probado que el arrendatario que ejercitó el derecho de retracto «hubiere venido a peor fortuna» y, consiguientemente, declara que no existe eximente de la prohibición y que procedería declarar la resolución de las compraventas efectuadas. No obstante, esta solución no es posible porque el segundo comprador tiene la condición de tercero hipotecario y, la Sala estima, subsidiariamente, la pretensión indemnizatoria a favor de la parte demandante y apelante. Dicha pretensión

indemnizatoria se dirigía, no sólo frente al arrendatario comprador y luego vendedor del inmueble, sino, solidariamente, frente al Registrador de la propiedad, puesto que no dejó constancia de que se había ejercitado el derecho de tanteo y, como consecuencia de dicha omisión, el tercero no tuvo conocimiento de la limitación que afectaba al poder de disponer del transmitente (art. 296 LH). La condena a la indemnización fue solidaria para los codemandados. El Registrador de la propiedad interpuso recurso de casación, que fue desestimado.

NOTA.—La ley aplicable al contrato de arrendamiento origen del litigio (celebrado en abril de 1964) es el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (aprobado por el Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre), conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria 1.ª de dicha Ley (se aplicará a los contratos anteriores) y a la Disposición Transitoria 2.ª de la actual Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (los contratos anteriores al 9 de mayo de 1985 continuarán bajo la Ley de 1964). La LAU de 1994, aunque mantiene el derecho de adquisición preferente a favor del arrendatario (art. 25), no impone la prohibición de disponer durante dos años que encontramos en el artículo 51 de la LAU de 1964. (C.J.D.)

**7. Enriquecimiento injustificado: *condictio por intromisión*.**—La doctrina más moderna ha distinguido diversos tipos de enriquecimiento injustificado y pretensiones de enriquecimiento que, en buena parte, han sido admitidos por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.

Cuando el enriquecimiento tiene como supuesto el ejercicio de la facultad de disposición de un bien por quien no es su titular, nos hallamos ante la denominada *condictio por intromisión*: en estos casos la disposición es eficaz en virtud de las reglas de protección del adquirente de buena fe y el disponente *non dominus* debe al *verus dominus* el valor obtenido con la disposición.

**Acción de enriquecimiento: requisitos.**—Para que pueda interponerse con éxito la acción de enriquecimiento deben concurrir los siguientes requisitos: (a) un aumento del patrimonio del demandado; (b) un correlativo empobrecimiento del demandante; (c) la falta de causa que justifique el enriquecimiento; (d) la inexistencia de un precepto legal que obligue al demandante a tener que soportar el empobrecimiento. Todos ellos concurren en el supuesto resuelto por el Alto Tribunal en la presente sentencia ya que: (a) los vendedores obtuvieron el precio que comprendía más metros cuadrados de los que en realidad eran titulares, ya que cobraron la cantidad correspondiente a la parcela que había sido expropiada; (b) RENFE, al no poder disponer de esos metros cuadrados, no pudo participar en la Junta de Compensación del Proyecto de Compensación; (c) el enriquecimiento de los demandados se produjo por la venta de una cosa ajena en parte; (d) no existe ningún precepto legal que obligue a RENFE a tener que soportar el empobrecimiento.

Un ulterior requisito, cuya exigencia es discutible, es el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento. También en este caso concurre ya que la parcela ha salido definitivamente de quien ha sufrido el empobrecimiento (RENFE), sin posible reivindicación y la única acción que le queda al perjudicado para recuperarla es la de enriquecimiento. No es óbice a lo anterior la estimación parcial del recurso contencioso administrativo interpuesto por RENFE, pues sus consecuencias no van a producir un cambio de titularidad

de los terrenos que son irreivindicables. (STS de 9 de febrero de 2012; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En el presente litigio se trata de determinar si los vendedores de una finca, una parte de la cual había sido expropiada por RENFE, deben indemnizar a ésta por haber dispuesto de la totalidad de la finca como si aún fueran titulares de la parcela expropiada, a favor de tercero que adquiere protegido por el artículo 34 LH, y por tanto, es mantenido en su adquisición frente al propietario real, RENFE, que en consecuencia pierde sus derechos a formar parte de la Junta de Compensación.

RENFE interpone acción de enriquecimiento injusto frente a los vendedores.

Son de importancia los siguientes datos de hechos: (1) el expediente de expropiación no accedió al Registro de la Propiedad; (2) la parcela expropiada se desafectó parcialmente como bien de dominio público. En concreto, la desafección comprendió dos partes: una parcela de 27 metros cuadrados; la parcela de 196 metros cuadrados se desafectó en una capa de suelo de 0,5 metros, pero por debajo de ese espesor seguía manteniendo la calidad de bien de dominio público; (3) RENFE había interpuesto recurso contencioso administrativo contra el acuerdo del Ayuntamiento que aprobó el Proyecto de Compensación pidiendo que se declarara nulo y sin efecto y que se reconociera a RENFE el derecho a integrarse en la Junta de compensación y se le atribuyeran los aprovechamientos urbanísticos correspondientes a la superficie que debía aportar. La Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid estimó parcialmente el recurso declarando que el Proyecto de Compensación debía ser rectificado en el sentido de declarar y reconocer como de titularidad dudosa los terrenos adquiridos por RENFE, mediante expropiación.

NOTA.—Una de las obras de referencia en el tema del que se ocupa la presente sentencia es: Basozabal Arrue, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, 1998. (B. G. F.)

**8. Accidente laboral: Lesiones por inhalación de tricloroetileno: Jurisdicción competente: Defecto hecho valer en el proceso.**—Como cuestión previa a cualquier otra, debe resolverse la del orden jurisdiccional competente para conocer de lo materialmente planteado en el litigio, pues el artículo 9.6 LOPJ establece que la jurisdicción es improrrogable; este mismo precepto impone la apreciación de oficio de la falta de jurisdicción, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal; idéntica solución se establece para los tribunales civiles en el artículo 38 Lec; y, en fin, esto mismo resulta del pár. 2.º, del apart. 2.º de su artículo 416. Conforme a la doctrina unificadora de la sentencia del Pleno de los Magistrados de esta Sala de 15 de enero de 2008, seguida por otras muchas posteriores (SSTS de 19 de febrero, 16 de abril, 19 de mayo, 4 de junio, 17 de noviembre, y 15 de diciembre de 2008; y 30 de junio de 2009), en el presente caso procede abstenerse de conocer del asunto por corresponder su conocimiento al orden jurisdiccional social, ya que la demanda, dirigida única y exclusivamente contra la empresa empleadora del trabajador lesionado, y causado el daño con ocasión de un accidente en el

trabajo, y vigente el contrato laboral, y discutiéndose la falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Doctrina jurisprudencial que no ha sido derogada por la Sentencia de Pleno de 11 septiembre 2009, cuya recta interpretación se refiere a los supuestos en que en ninguna instancia ha sido alegada la posible incompetencia de la jurisdicción civil, supuesto de hecho de la presente, en el que no se alegó la falta de competencia en ningún momento (igual que en la STS de 25 de marzo de 2011), siendo contrario al que ahora se trata, pues la falta de competencia fue alegada por la demandada-recurrente, ya desde la contestación a la demanda, y también en la audiencia previa del juicio ordinario (lo que también ocurrió en el caso resuelto por STS de 25 febrero 2010, con solución idéntica). (STS de 27 de febrero de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Hay que reconocer que, pese a lo rotundo de la normas competenciales en vigor, sigue habiendo cierta renuencia por parte de los Tribunales civiles a admitir plenamente la jurisdicción laboral en materia de reclamación de indemnizaciones por causa de accidentes de trabajo, y ello con variedad de argumentos. La extractada no deja, sin embargo, lugar a dudas, como tampoco la sentencia del Pleno de 15 de febrero de 2008, pronto moderada por otra sentencia del Pleno de 11 de septiembre de 2009, cuya significación («recta interpretación») trata de explicarse en la presente. Quizás la más convincente sea la excepción representada por una diversidad de partes demandadas (junto a varios posibles causantes del daño figuran sus aseguradoras). No deja de tener fuerza la antigüedad del proceso por diversidad de causas, que en perjuicio del actor originaría un peregrinaje de jurisdicciones (STS de 15 de octubre de 2009, extr. en ADC, 2011, p. 438 ss.). Menos explicación tiene hablar de «dilaciones indebidas» (así STS de 9 de marzo de 2010, en ADC, 2011, p. 843 ss.; y STS 11 de abril de 2011, en ADC, 2012, p. 912 s.), y ninguna, a mi juicio que ninguna de las partes haya opuesto la excepción de incompetencia en el proceso (STS 16 de octubre de 2009) si se comienza proclamando que la jurisdicción es improrrogable y puede apreciarse de oficio. Este último argumento priva de eficacia a la frecuente alegación de que el proceso se inició cuando prevalecía un diferente criterio. En resumen, un pronunciamiento claro avalado por una argumentación débil. (G.G.C.)

**9. Responsabilidad civil derivada de delito: Delitos de estafa y falsedad documental cometidos por director general de IVEX: Compatibilidad entre situaciones de responsabilidad civil subsidiaria y perjudicado por el delito.**—Es necesario establecer las siguientes precisiones previas: (I) La responsabilidad civil subsidiaria se genera por la existencia de responsabilidad penal por parte del acusado, de tal forma que no puede exigirse sin la previa declaración de la existencia de un hecho punible por los Tribunales de la jurisdicción penal. La STS de la Sala 1.<sup>a</sup> del de 13 de diciembre de 1996 señala lo siguiente: «la responsabilidad *ex delicto* nace directamente del delito, y queda concretamente definida y consumada su existencia por el solo hecho de la condena penal, sin necesidad de ninguna justificación o prueba, y

este nacimiento se produce aunque después conozca de la misma el Juez Civil, por no haberse sustanciado en el proceso penal; o dicho de otro modo, es una consecuencia obligada nacida directamente de delito». (II) Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se rigen por las disposiciones del Cp. (III) Cuando en el proceso penal el perjudicado no se halla reservado la acción civil para ejercitarla en un proceso civil posterior, o resuelto por la sentencia penal condenatoria, en cuanto a la responsabilidad derivada de delito, según jurisprudencia reiterada es vinculante (cosa juzgada) para la jurisdicción de este orden, al haber quedado ya agotada o consumida ante la jurisdicción penal la acción civil correspondiente. Los posibles defectos de la sentencia penal no pueden ser corregidos en la vía civil, ni, menos aún, las omisiones o defectos de planteamiento de la parte acusadora luego demandante, especialmente si quien se considera perjudicado «tuvo ocasión de hacerlo en el procedimiento penal y, sin embargo, no lo hizo (SSTS de 25 de septiembre de 2000, 13 de mayo de 2004 y 24 de julio de 2008). (IV) Los conceptos de responsable civil subsidiario y tercero perjudicado son compatibles entre sí, de suerte que pueden recaer a un tiempo de una misma persona o entidad. El fundamento de esta compatibilidad se encuentra en la necesidad de que no se celebren varios procesos que puedan originar sentencias contradictorias, lo que constituiría un grave atentado contra la seguridad jurídica. Los diferentes problemas de un mismo acontecimiento o de acontecimientos no separables han de ser objeto del mismo procedimiento para evitar que su tramitación separada de lugar a resoluciones diferentes que pudieran ser contradictorias (SSTS, Sala 2.ª, de 1 de noviembre de 1980, 6 de mayo de 1993 y 31 de marzo de 2006).

**Calificación de la acción civil ejercitada: No es la derivada de delito.—**

En el presente caso, la sentencia dictada en el proceso penal tiene como base la condena de quien fue director general del avalista de las letras descontadas, IVEX, pero no pertenece a las que, según la doctrina de esta Sala puede vincular a los tribunales de la jurisdicción ordinaria civil en lo que aquí se enjuicia. Es cierto que en el proceso penal previo la demandante no ejercitó ninguna de las acciones que en este pleito formula puesto que fue separada del mismo al haber ejercitado sus acciones en un juicio ejecutivo en el que cobró el importe de las cambiales. Ocurre, sin embargo, que el TC decretó la nulidad de la sentencia en virtud de la cual se había producido el pago y la nueva sentencia dictada en el juicio ejecutivo posterior desestimó la acción ejecutiva formulada por la actora de este proceso, con lo que tuvo que devolver todo lo que había recibido en la ejecución provisional. Es decir, dicha entidad recuperó la condición de perjudicada pero sin tiempo ni ocasión procesal para ejercitar sus derechos en el proceso penal en el que se había personado, en el que tampoco nadie de los que se había personado había ejercitado contra el IVEX como responsable civil subsidiario, lo que le permite hacerlo en este juicio; lo contrario violaría el artículo 24.1 CE. Nada hay que impida, en casos como el presente, a quien no ha cobrado por causas ajenas a su actuación procesal, poder ejercitar las oportunas acciones civiles contra quienes fueron causa del perjuicio económico experimentado, pues contra el IVEX no hubo petición ni consiguientemente pronunciamiento de responsabilidad civil subsidiaria. Lo único que se exige es que se den los requisitos que la ley impone en estos casos contra quien contribuyó a la producción de un resultado económicamente lesivo, lo que propiamente no nace del delito, sino de los hechos que lo constituyen, con el efecto de poder hacerle responsable de la restitución de la cosa y el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originario (art. 116 CP).

**Requisitos de la acción civil ejercitada: Artículo 122 CP: Falta de prueba.**—La aplicación del artículo 122 CP sobre el que se sustenta la primera de las acciones ejercitadas, exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1.º) que exista una persona, física o jurídica que hubiere participado en los efectos de un delito o falta, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios o susceptibles de esta calificación jurídica; 2.º) el adquirente debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del *crimen receptionis*, en concepto de autor, cómplice y encubridor; 3.º) la valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y su reivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico, y la determinación del resarcimiento se realizará por la cuantía de la participación (STS, Sala 2.ª, de 30 de marzo de 2000, 26 de enero de 2010 y 15 de julio de 2011, entre otras). La atribución a la recurrente de responsabilidad civil por su participación en los efectos del delito a título lucrativo mediante el descuento de letras utilizado para reducir la deuda contraída con ARAB BANK, y por el dinero obtenido por FORD por la compra de productos para obtener derechos de compensación en Túnez pagados con las letras de cambio, encuentran las dificultades propias del ámbito en que se desenvuelven, como es el recurso de casación, puesto que de los hechos probados de la sentencia no se desprende el enriquecimiento que le hayan ocasionado tales operaciones en mérito al cual se postula la condena de la mercantil demandada.

**Responsabilidad civil ex delicto: Acción todavía vigente contra el IVEX: Quantum indemnizatorio.**—Admitiendo, como se ha demostrado, que esta opción procesal era posible, dispone el artículo 120.4 CP que son también responsables civiles, en defecto de los que lo sean criminalmente «las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios». Reiterada jurisprudencia de la Sala 2.ª del TS precisa lo siguiente: «Se regula, con su incorporación al CP, un régimen de responsabilidad subsidiaria personal y objetiva, en tanto en cuanto, y a diferencia de lo que sucede en el apart. 1.º del precepto en relación con la responsabilidad de los padres o tutores, respecto de los delitos cometidos por los mayores de 18 años en las circunstancias en él expresadas, no se exige que haya habido por parte del empresario culpa o negligencia» (SSTS de 17 de marzo de 2010, 3 de marzo de 2011).

El hecho de excederse de las atribuciones o funciones de la entidad de que era su director general, en contra, incluso, de una prohibición expresa, no puede excluir la responsabilidad del IVEX. Lo que la ley requiere es que, en aquellos supuestos en los que se da una relación de dependencia o servicio en cuyo desarrollo se produce una infracción penal —dolosa o culposa— responda el ente para el cual actuaban los responsables directos, sin otra exigencia que la dependencia, entendida en un sentido amplio y muy general, esté o no presente una negligencia de la institución o una deficiencia estructural de la misma. Se trata de una efectiva realización del principio de seguridad jurídica incorporado al Derecho penal, pero con criterios jurídico-privatísticos (STS, Sala Penal, 23 de abril de 1990), que pone a disposición de las víctimas de un delito un doble patrimonio: el del autor del delito —principal—, en situación de rebeldía en este caso, y el de quien le emplea, como en este caso por

la cobertura y la garantía que representa para terceros una empresa vinculada a la Comunidad Valenciana, sin la cual posiblemente no se hubiera cometido. Las consecuencias económicas de las que deberá responder subsidiariamente la entidad demandada, son aquellas a las que había sido condenado su director general, en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, ratificado por la Audiencia Provincial, a partir de una estimación ponderada y objetiva de los daños y perjuicios que ha ocasionado en su ilícito proceder, cuyo contenido se determina en atención a los mismos criterios que se tuvieron en cuenta en la sentencia penal firme para indemnizar a las demás entidades asimismo perjudicadas que intervinieron en el proceso penal. (STS de 3 de febrero de 2012; ha lugar.) (Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.)

NOTA.—Supuesto de hecho de cierta complejidad debido a la incidental intervención del TC en una cuestión lateral, aunque directamente vinculada al proceso, así como a la doble cualidad de una entidad pública autonómica, como responsable civil subsidiario *ex* artículo 119-2.<sup>a</sup> CP, y como perjudicado. La solución estimatoria del recurso parece razonable pues permite el resarcimiento de una entidad, por un lado, directamente perjudicada por la actuación ilegal del director general del IVEX (condenado por sentencia penal firme por delitos de estafa y falsificación documental), y por otro, indirectamente lesionada por una sentencia del TC sin cuyo pronunciamiento hubiera sido innecesario este proceso. La cuantía se aproxima los 350 millones de las antiguas pts. Como telón de fondo, queda recordar esa denostada regulación normativa de la responsabilidad civil *ex* delito, en cuya crítica se ha singularizado IZQUIERDO TOLSADA, La responsabilidad civil en el proceso penal, en el vol. de VVAA (coord. por Reglero Campos), «Tratado de responsabilidad civil» (Cizur Menor, 2002), pp. 445 ss, esp. pp. 465 ss. (G.G.C.)

**10. Intervención quirúrgica con secuelas graves: Falta de información al paciente.**—El 3 de febrero de 2005, D. Pedro Enrique, de 48 años de edad, fue intervenido quirúrgicamente por el Dr. Adriano para efectuar una disectomía cervical, quedando afectado de una tetraplejía con paresia severa de ambas extremidades inferiores, tronco y parte de las extremidades superiores, falta de control voluntario sobre esfínter rectal, siendo dependiente para sedestación y desplazamiento en silla de ruedas, con necesidad de ayuda para las actividades de la vida diaria. El enfermo y su familia demandaron al médico, a su compañía de seguros, y a ARESA, compañía aseguradora de salud. Reclamaron 1.387.519 euros de indemnización, más el importe de las mensualidades de la residencia asistencial en que se encontraba ingresado, así como 57.518,94 euros para sus hijos y esposa en concepto de perjuicios morales a familiares por las secuelas postoperatorias sufridas. En el recurso, no se discute la eventual existencia de mala praxis, que no se acreditó en diligencias penales previas, sino si la falta de información ha producido al paciente algún perjuicio; si esta falta de información es o no equiparable a la negligencia y si debe asumir el facultativo la totalidad de los perjuicios que se han irrogado al demandante en un acto médico realizado conforme a la *lex artis*. El problema se plantea, en suma, sobre el proceso de identificación y determinación del daño, teniendo en cuenta que la Audiencia Provincial revocó en parte la del Juzgado de Primera Instancia, que había desvinculado

la responsabilidad por deficiente información de las consecuencias materiales resultantes de la intervención quirúrgica, indemnizando exclusivamente un daño moral estimado en 118.253,79 euros y en 10.000 euros a los familiares, para indemnizarle en fase de apelación la totalidad de los daños sufridos mediante la aplicación del baremo de accidentes de circulación, cifrando el importe de la condena en 509.954,99 euros a favor de D. Pedro Enrique, y en 19.172,98 euros, respectivamente, a la esposa y dos hijos.

**Consentimiento informado.**—Son hechos probados que, entre el paciente y su médico, existió una relación de larga duración; y también la hubo con otros parientes del demandante, clientes del mismo facultativo. A la intervención precedió un tratamiento conservador que no había surtido efecto, por lo que la intervención era clínicamente aconsejable; pero lo cierto es que no había necesidad vital ni hay prueba bastante en autos para pensar que el demandante se había decidido en todo caso por la intervención, asumiendo el riesgo de quedar como ha quedado. El documento de «consentimiento informado» que se proporcionó al paciente está sin firmar y además resulta insuficiente, pues no menciona siquiera la grave consecuencia de la intervención que ha constituido el motivo de la demanda, resaltando la omisión en el mismo de la indicación de diagnóstico, del tipo de intervención y, sobre todo, de los riesgos específicos. La suficiencia de la información verbal no ha podido ser confirmada. La complicación surgida es de escasa incidencia estadística (entre el 0,2 y el 0,4), pero el riesgo de resultados, como el enjuiciado en una operación vertebral es lo suficientemente importante como para no haber sido omitido.

**Efectos de la falta de información: Doctrina general.**—Los efectos que origina la falta de información, dice la STS de 4 de marzo de 2011, están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa. Tienen, además, que ver con distintos factores: riesgos previsibles, independientemente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención; padecimiento y condiciones personales del paciente; complicaciones y condiciones personales del paciente; complicaciones o resultados adversos previsibles y frecuentes que se pueden producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio; alternativas terapéuticas significativas; contraindicaciones; características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma; necesidad de la intervención, con especialidades muy concretas en los supuestos de diagnóstico prenatal.

**Identificación del daño y cuantificación de la indemnización.**—Todas estas circunstancias plantean un doble problema: en primer lugar de identificación del daño, corporal, moral y patrimonial; en segundo, de cuantificación de la suma indemnizatoria, que puede hacerse de la forma siguiente: (I) Por los totales perjuicios causados, conforme a los criterios generales, teniendo en cuenta el aseguramiento del resultado, más vinculado a la medicina necesaria que a la curativa, pero sin excluir ésta; la falta de información y la probabilidad de que el paciente, de haber conocido las consecuencias resultantes no se hubiera sometido a un determinado tratamiento o intervención. (II) Con el alcance propio del daño moral, en razón a la gravedad de la intervención,

sus riesgos y las circunstancias del paciente, así como del patrimonial sufrido por la lesión del derecho de autodeterminación, integridad física y psíquica, y dignidad. (III) Por la pérdida de oportunidades o de expectativas, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre sobre el resultado causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquéllas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada; posibilidades de fracaso).

La sentencia de la Audiencia Provincial hace coincidir el daño que indemniza con las graves secuelas que resultaron de la intervención a que fue sometido el demandante, como si las hubiera causado directamente el médico por una deficiente actuación médico-quirúrgica. Es cierto que existió una intervención quirúrgica y que en términos de causalidad física esta es la causa del daño sufrido, porque las secuelas se generaron como consecuencia de la misma y sin ésta no se habría producido. Ahora bien, el daño resarcible no es el que resulta de una intervención defectuosa, ni de una intervención en la que pueda valorarse como relevante la privación al paciente de tomar las decisiones más convenientes a su interés. El daño que fundamenta la responsabilidad no es un daño moral resarcible con independencia del daño corporal por lesión del derecho de autodeterminación, sino el que resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo, y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente. La negligencia médica ha comportado una pérdida de oportunidades para el paciente que debe valorarse en razón a la probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probables o típicos, hubiera decidido continuar en la situación en que se encontraba o se hubiera sometido razonablemente a una intervención que garantizaba en un alto porcentaje la posibilidad de recuperación, pues si bien no había necesidad vital para llevarla a efecto, sí era clínicamente aconsejable en razón a una patología previa y al fracaso del tratamiento conservador instaurado durante algún tiempo.

**Incertidumbre causal: Régimen especial de imputación.**—Existe una evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente, en base a lo cual es posible hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística que permite reparar en parte el daño, como es la pérdida de la oportunidad, que toma como referencia, de un lado, el daño a la salud sufrido a resultados de la intervención, y, de otro, la capacidad de revisión de un paciente razonable que valora su situación personal y decide libremente sustraerse o no a la intervención quirúrgica, sin el beneficio de conocer las consecuencias para su salud una vez que éstas ya se han producido. Todo ello, y a tenor de la circunstancias concurrentes, permiten reducir al 50% las indemnizaciones otorgadas por la Audiencia Provincial.

**Seguro de prestación de seguro sanitario: Responsabilidad por la actuación del facultativo a su servicio.**—En el caso enjuiciado la posición de la compañía aseguradora no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio médico contratado, a los efectos de la diligencia exigible en los ámbitos de la culpa contractual y extracontractual, llegándose a la condena por la vía del artículo 1903 CC a partir de la existencia de una relación de dependencia entre la sociedad de seguros y el médico demandado, dándose la necesaria relación de dependencia entre uno y otra, bien sea por vínculos

laborales, bien razón de contrato de arrendamiento de servicios profesionales que pone a disposición de su asegurado-cliente.

Al asegurado se le garantiza la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que proceda, en los términos que autoriza la LCS y lo convenido en el contrato, y esta relación que se establece entre uno y otra parte, garantiza al asegurado, entre otras cosas, las prestaciones sanitarias incluidas en la póliza por medio de un cuadro médico que viene a actuar como auxiliares contractuales para la realización de las prestaciones, a partir de lo cual es posible responsabilizarla por los daños ocasionados, ya sea por concurrir culpa *in eligendo* o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero.

Además la obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, sino que va más allá, en atención a la garantía de la calidad de los servicios que afectan al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela. El médico no es elegido por el paciente sino que viene impuesto por la aseguradora dentro de los que pone a su disposición, y desde esta relación puede ser condenada por la actuación de quien presta el servicio en las condiciones previstas en la póliza, en razón de la existencia o no de responsabilidad médica o sanitaria. Las prestaciones del contrato de asistencia se dirigen a facilitar los servicios sanitarios incluidos en la póliza a través de facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas, conforme resulta del artículo 105 LCS, con criterios de selección que se desconocen, más allá de lo que exige la condición profesional y asistencial que permite hacerlo efectivo. Aunque posiblemente sería necesaria una mejor delimitación de los arts. 105 y 106 LCS, la redacción actual no permite otros criterios de aplicación que los que resultan de una reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre el contenido y alcance de las normas y la responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela, bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad.

**Solidaridad de los responsables.**—La estimación parcial de dos de los recursos interpuestos comporta que la cifra indemnizatoria se haga efectiva solidariamente por todos los condenados, incluido por el médico, cuyo recurso ha sido inadmitido. A estos efectos esta Sala tiene declarado que los codemandados condenados que se hallen en la misma posición que los recurrentes se benefician de la actividad procesal de éstos cuando existe una comunidad de actuación y se hallan en idéntica situación sustantiva y procesal, al entrar en juego la doctrina de la extensión de los efectos de la sentencia a las partes ligadas por idénticos vínculos de responsabilidad, al así exigirlo las más elementales reglas de la lógica (**STS de 16 de enero de 2012**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—La decisión de reducir a la mitad la cuantía de las indemnizaciones concedidas por la Audiencia Provincial permiten concluir que —en relación con la responsabilidad del médico operador—, se trata de una sentencia de equidad más que de estricta justicia, lo que ha obligado al Tribunal Supremo a elaborar un discutible concepto de incertidumbre causal que permite proponer un régimen especial de imputabilidad probabilística, cuya aplicación me parece estar erizada de dificultades (un caso similar de secuelas tras inter-

vencción quirúrgica fue el resuelto por STS de 13 de julio de 2010, en el que se habla también de la probabilidad cualificada de la imputación, extractada en ADC 2011, pp. 1936 s. ). Resulta más convincente, en este punto, la doctrina de la Audiencia Provincial sobre los efectos de la falta de información. Obsérvese que, en definitiva, la indemnización principal otorgada apenas representa el 20% de la solicitada, en tanto que los daños causados por consecuencia de la intervención quirúrgica cuestionada resultan ciertos y muy cuantiosos (G.G.C.)

**11. Responsabilidad civil por incendio de remolque con carga: Doctrina jurisprudencial sobre el hecho de la circulación.**—Reclamándose los daños y perjuicios causados por causa de vehículo parado como hecho de la circulación, hay que recordar la STS de 2 de diciembre de 2008, dictada en un intento de fijar doctrina uniforme ante la casuística existente en la materia, que estableció que si la regla general es considerar como tal las situaciones en las que el vehículo se encuentra en movimiento, ningún obstáculo legal ni jurisprudencial existe para calificar como hechos de la circulación los siniestros que acontezcan durante paradas ocasionales en la ruta seguido por el vehículo, ya sea por exigencias del propio trayecto, ya sea por exigencias legales para facilitar el descanso del conductor, ni para considerarlos incluidos en el ámbito del seguro obligatorio de responsabilidad civil, tal como acontecería de haberse producido con el vehículo en marcha y circulando.

Según esta interpretación, no cabe deducir automáticamente la inexistencia de riesgo derivado de su conducción de la simple constatación de que el vehículo se encuentre parado. Este razonamiento se explica por el propio espíritu y finalidad protectora de la víctima o perjudicado, del artículo 1 LCSCVM 1995 —en vigor al ocurrir el accidente—, según el cual «el conductor de vehículos de motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción del mismo, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación», en la medida en que la eficacia del precepto se hace depender de que los daños personales o materiales se ocasionen «con motivo de la circulación», en el sentido, no de que se produzcan estando el vehículo a motor en movimiento —«aun cuando esto sea lo más común»—, sino incluso cuando no lo esté, por ser suficiente con que tales daños o lesiones deriven del riesgo creado con su conducción, situación que también comprende la del vehículo estacionado al constituir el aparcamiento o la simple parada una maniobra más de la conducción. En esta misma línea interpretativa se encuentra la circunstancia, puesta de manifiesto por algunas Audiencias Provinciales, de que, aunque la reforma del RD de 1968 llevada a efecto por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, eliminó de su denominación el término *Uso*, sin embargo se mantuvo el espíritu de protección global de la víctima frente a los riesgos derivados tanto de la conducción en sentido estricto como del uso de los vehículos a motor. Las disposiciones reglamentarias definitivas por remisión legal (art. 1.4 LRCSCVM) de los conceptos de vehículo de motor y hecho de la circulación, deben interpretarse en consonancia con la perspectiva expuesta.

De ahí que la jurisprudencia existente en sentido contrario no constituya un precedente, merezca ser objeto de una interpretación muy restrictiva y resulte inhábil para resolver correctamente supuestos distintos de los enjuiciados, caracterizados, como común denominador, por contemplar a un vehículo que se hallaba fuera de la circulación (así STS de 10 de

octubre de 2000, vehículo estacionado de forma permanente; y SSTs de 4 de julio de 2002 y 29 de noviembre de 2007, vehículos usados de forma distinta a lo que ha de considerarse el uso normal de un vehículo).

En aplicación de esta doctrina, no existen razones para no calificar como hecho de la circulación el incendio que afectó al semirremolque asegurado de responsabilidad civil obligatoria y suplementaria en Mapfre, entidad que sí se encuentra pasivamente legitimada frente a la reclamación efectuada de contrario. Cuestión distinta es la de determinar si concurren los presupuestos necesarios para declararla civilmente responsable de los daños causados por el siniestro, como consecuencia de declararse la de su asegurado.

**Responsabilidad del dueño del remolque y de su aseguradora.**—El causante de los daños por los que se reclama es un semirremolque, mencionado expresamente como vehículo a motor en el artículo 2.1 del RRCSCVM; dicho vehículo no se encuentra comprendido en la exclusión del artículo 3.3 de aquél, y el incendio sobrevino cuando se encontraba estacionado en el lugar destinado a la realización de operaciones de carga y descarga del mismo, consustanciales a su condición de vehículo de transporte de mercancías, situación en la que habría de mantenerse, no con vocación de permanencia, sino tan solo por el tiempo necesario para su finalización (lo que da cuenta de una situación de *tránsito* que se produce durante la continuidad entre el hecho indudable de la circulación que representa la conducción del vehículo hasta ese lugar y el constituido por el abandono del mismo hasta la entrega de la mercancía).

**Incendio del remolque por deficiente funcionamiento del sistema de refrigeración: Responsabilidad del dueño.**—Sentado que se trató de un hecho de la circulación, la responsabilidad del propietario o poseedor debe enjuiciarse desde la óptica del singular riesgo creado por la conducción de un vehículo a motor, que, contrariamente a lo señalado por la Audiencia Provincial, sí se trata de una situación de especial riesgo, que comporta una presunción de culpa que corresponde destruir al agente, por encontrarse cercano a la fuente de peligro, y que hace que el problema se contraiga en este caso a valorar, desde el punto de vista de la causalidad, su relevancia causal, es decir, si su actuación negligente pudo ser causalmente determinante del resultado dañoso, entendida esta relación de causalidad, no sólo desde el plano fenomenológico (causalidad física), sino también desde el plano jurídico, como posibilidad de que se le pueda imputar objetivamente (causalidad jurídica). Y aunque la Audiencia Provincial descarta ambas, lo hace desde la consideración de que el uso de un vehículo no es una actividad de riesgo, lo que aquí se descarta, de manera que al propietario y al conductor sí les correspondía velar por la seguridad del mismo, incluyendo la de todos sus mecanismos, y, entre ellos, el sistema de refrigeración, en cuanto estaba íntimamente relacionado con la actividad a la que estaba principalmente destinado el vehículo. No cabe, como hace la Audiencia Provincial, desvincular la causa física del incendio (cortocircuito en el grupo frigorífico) con los deberes exigibles de adecuado mantenimiento y conservación del vehículo, pues, por más que este hubiera sido cedido escasamente cinco meses antes y dispusiera de certificado oficial sobre su aptitud para ser usado para la finalidad con que estaba siéndolo en el momento del siniestro, su uso continuado durante este tiempo situaba al agente en una situación de control de la fuente de peligro que le obligaba a extremar su diligencia a fin de detectar posibles incidencias, averías o defectuosos funcionamientos, con objeto de prevenir

daños como los ocasionados. **(STS de 6 de febrero de 2012;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El 1 de julio de 2004, mientras una plataforma remolque frigorífico se encontraba realizando labores de carga en un establecimiento mercantil de Mercamadrid, se declaró un incendio por cortocircuito en el compresor frigorífico, que afectó, tanto a la mercancía como al edificio e instalaciones del supermercado. La demanda se plantea por las aseguradoras respectivas que indemnizaron previamente los daños causados a los perjudicados, ejercitando la acción de regreso contra el conductor y el propietario del remolque frigorífico. El tema básico debatido en casación es resolver si el hecho dañoso ocurrido constituía o no un hecho de la circulación. La Audiencia Provincial optó por la negativa, por lo cual, la aseguradora Mapfre quedaba al margen de las acciones de regreso. El Tribunal Supremo decide en sentido contrario, la considera pasivamente legítimada en el proceso, y la hace responder solidariamente con los demás corresponsables. Precisamente el Voto Particular discrepa de esta apreciación, con la consecuencia de excluir a la aseguradora del círculo de responsables. En el FD 3.º dice: «La responsabilidad cubierta por el seguro es la del conductor del vehículo derivada del riesgo que crea mediante la conducción del mismo, y no la de otras personas como pueden ser «el propietario o el poseedor», pues la que pudiera ser imputada a estos últimos, en un caso como el presente de incendio de un remolque frigorífico por causas absolutamente ajenas a su conducción y a la circulación, es una responsabilidad de carácter general que tiene su propio régimen de exigencia y de aseguramiento, distinto del propio de los vehículos de motor». Dada la gran variedad de situaciones fácticas en que pueden encontrarse los vehículos, no cabe duda de que el tema no está cerrado, aunque el caso aquí tratado puede —en cierto modo— considerarse emblemático.

NOTA.—Hay un Voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. (G.G.C.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**12. División de la cosa común cuando está hipotecada.**—La única excepción oponible a la división de la cosa común es el pacto de indivisión de los copropietarios, siendo la indivisión esencialmente transitoria (art. 400 CC). El artículo 401 CC señala excepciones a la división material, que darán lugar a la venta en pública subasta para reparto del precio, pero no son obstáculos a la acción de división. Tampoco el artículo 666 LEC supone un obstáculo a la división, toda vez que dicha norma está regulando el embargo dirigido a la satisfacción de las deudas del propietario y no tiene aplicación en la subasta resultante de la acción de división. **(STS de 22 de febrero de 2012;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El origen del pleito tuvo lugar cuando uno de los cónyuges copropietarios de un inmueble hipotecado ejercitó la acción de división de la cosa común, solicitando la venta en pública subasta para el reparto del precio entre los comuneros en caso de no

llegar éstos a un acuerdo sobre la adjudicación de la misma a uno de ellos. El cónyuge demandado opuso dos obstáculos a la venta en pública subasta, derivados del hecho de estar el inmueble hipotecado: De un lado, el desmerecimiento económico del bien (invocando el art. 401 CC); de otro lado, la inferioridad del valor del bien en relación con el valor de la hipoteca (invocando el art. 666 LEC). En ambas Instancias se estimó la demanda. No hubo lugar a la casación de la sentencia. (C.J.D.)

**13. Límites a la actuación de los propietarios de locales comerciales que altere la configuración exterior del edificio. Exigencia de autorización de la comunidad de propietarios por acuerdo unánime.**—Haciendo referencia a las SSTs de 22 de octubre de 2008, de 15 de diciembre de 2008 y de 17 de febrero de 2010, el Tribunal Supremo interpreta los artículos 7, 9, 11, 12 y 16 de la LPH en el sentido de que el respeto de todo propietario de un piso o local por los elementos comunes del edificio se traduce en la necesidad de obtener el acuerdo unánime de la junta de propietarios para poder realizar obras que impliquen la modificación de dichos elementos, por constituir ésta una modificación del título constitutivo de la propiedad y, en todo caso, en la necesidad de no perjudicar los derechos de otro propietario ni menoscabar o alterar la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores. Sobre la regla referida a la unanimidad de la decisión de la junta de propietarios en relación a acuerdos que impliquen una modificación de los elementos comunes, el Tribunal Supremo matiza que las exigencias normativas sobre mayorías deben interpretarse de modo flexible cuando se trata de locales comerciales situados en edificios en régimen de propiedad horizontal, con el fin de evitar que la aplicación rigurosa de la LPH impida a los propietarios y arrendatarios de locales de negocio explotar su empresa. En este sentido, declara que la posibilidad de realización de obras, tratándose de locales comerciales, debe ser más amplia, dado que la finalidad comercial de los locales hace necesaria una determinada configuración exterior de éstos, adecuada a su carácter, que facilite el conocimiento de su existencia y haga atractiva su actividad para los clientes. Eso sí, en todo caso, los propietarios y arrendatarios de locales de negocio están sujetos a los límites recogidos en el artículo 7.1 LPH, de manera que las obras no podrán alterar o menoscabar la seguridad del edificio o su estructura general, ni perjudicar los derechos de otro propietario. Además, cuando la afectación de la configuración externa del edificio no pueda encuadrarse dentro de un uso normal o razonable de los elementos comunes por parte de los copropietarios, precisará de la autorización de la Junta adoptada mediante acuerdo unánime, incluso cuando las instalaciones estuvieran autorizadas por los estatutos. (STS de 17 de enero de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El propietario de un local situado en la planta baja de un edificio pretende ubicar un aparato de aire acondicionado, así como una chimenea, para la ventilación y evacuación de gases y humos procedentes de la actividad comercial, desde su local hasta la cubierta del edificio, generando el menor perjuicio posible para la comunidad de propietarios. Para ello indicaba o proponía dos tipos de trazado (uno por el patio interior y otro por el muro poste-

rior del edificio). La comunidad de propietarios se oponía a autorizar la colocación de los mismos, por afectar a la estructura del edificio y a la configuración de un elemento común, como es la fachada.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Pamplona dictó sentencia de 17 de marzo de 2006, por la que desestimaba la demanda ejercitada por el propietario del local. Entiende el Juzgado que la instalación, en cualquier de los dos trazados propuestos, perjudicaría a los restantes propietarios porque implicaría la modificación de los tendedores ya existentes e incluso de las conducciones de gas y electricidad, de la caja de derivación y del cuarto de contadores de gas. Asimismo, considera que ello produciría un impacto visual, modificando la configuración externa de la fachada. Constatada la alteración de elementos comunes, el Juzgado consideró que la negativa de la comunidad a autorizar las obras no podría ser calificada como abuso de derecho o actuación de mala fe.

Dicha sentencia es recurrida en apelación por el demandante originario. La Audiencia Provincial de Navarra, sección 1.<sup>a</sup>, en su sentencia de 14 de marzo de 2007, desestima este recurso de apelación.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el propietario del local. Partiendo de la valoración de la realidad fáctica contenida en la sentencia recurrida, el Tribunal Supremo aplica las consideraciones expuestas acerca de la exigencia del acuerdo de la comunidad de propietarios. Entiende, por ello, que si bien las obras no afectan a la estructura y seguridad del edificio, sí alteran la configuración exterior de éste, produciendo un perjuicio estético que no puede encuadrarse dentro del uso normal o razonable de los elementos comunes por parte de los copropietarios y requiere, por tanto, de la autorización de la comunidad de propietarios.

NOTA.—En el caso resuelto por la STS de 22 de diciembre de 2010, la parte recurrente, titular asimismo de un local comercial situado en la planta baja del edificio, había abierto huecos en la fachada del edificio, amparada esta vez por la autorización que le ofrecían los estatutos de la comunidad, sin haber obtenido el consentimiento unánime de la junta de propietarios. Para un comentario a esta sentencia, Vid. G. MINERO ALEJANDRE, «Comentario a la STS de 22 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1562)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2012, Núm. 88, pp. 147-167. Sobre la afectación del estado exterior del edificio por la apertura de huecos en la pared externa de un local, considerada elemento común, Vid. A. DÍAZ MARTÍN, *Propiedad horizontal. El Título Constitutivo y su impugnación judicial*, Pamplona, 1996, p. 372; y G. BERCOVITZ ÁLVAREZ, «Comentario al artículo 7.1», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 194. Sobre la necesidad o no de exigir la unanimidad de la junta de propietarios en supuestos de afectación de elementos comunes y sobre la flexibilización de esta regla, Vid. A. CARRASCO PERERA, E. CORDERO LOBATO y C. GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, Dilez, Madrid, 2008, p. 828; y A. CARRASCO PERERA, «Comentario

al artículo 17», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (COORD.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 623. (G.M.A.)

**14. Doctrina sobre la doble inmatriculación.**—La doble inmatriculación se produce cuando una misma finca consta inmatriculada dos veces en folios diferentes y con distinto número (SSTS de 6 de mayo de 2008 y 13 de mayo de 2011). Según el Tribunal Supremo, al tratarse de una situación irregular por ser contraria a la exigencia de folio único para cada finca, hay que proceder a la neutralización de cualquier efecto positivo de publicidad registral. A ello se refiere el artículo 313 RH. A falta de acuerdo, los titulares registrales contradictorios dispondrán de las acciones sobre declaración de mejor derecho al inmueble, que podrán ejercitar en el juicio declarativo correspondiente. Conforme a la STS de 23 de septiembre de 2011, el conflicto se resolverá de acuerdo con las reglas del Derecho Civil, aplicándose la preferencia a favor de la parte que ha poseído con las condiciones y durante el tiempo suficiente para adquirir el dominio por prescripción.

**Transmisión de bienes embargados no pertenecientes al ejecutado.**—Según el artículo 594 LEC, el embargo de un bien que no forma parte del patrimonio del ejecutado no afecta, en principio, a su eficacia. En estos casos se desplaza hacia el verdadero titular la carga de impugnar la traba mediante la tercería de dominio una vez que el embargo se ha producido. Si no lo hace, el procedimiento de ejecución sigue adelante y puede terminar con la adjudicación de los bienes. Tal adjudicación no podrá ser impugnada si el adjudicatario los hubiera adquirido de modo irreivindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva, sin perjuicio de las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la ejecución. Ahora bien, entiende el Tribunal Supremo que la protección otorgada por el artículo 594 LEC al adjudicatario en subasta de la finca embargada al deudor se refiere a la titularidad de la misma, que efectivamente adquiere, pero no sana el defecto en la inscripción, ni decide inexorablemente a su favor la situación de doble inmatriculación. (STS de 25 de enero de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—C y M, casados en régimen de sociedad de gananciales, adquirieron de B por medio de escritura pública de fecha de 26 de julio de 1968, entre otras, una finca rústica, que luego por contrato recogido en documento privado de 28 de julio de 1981 vendieron a V por un millón de pesetas que confesaron recibido. A su vez, V vendió con pacto de retro a S por escritura pública de 15 de febrero de 1982, el cual volvió a transmitírsela por escritura pública el 3 de junio de 1982, acudiendo entonces V al medio previsto en el artículo 205 LH y logrando así la inmatriculación de la finca e inscripción a su nombre el 9 de marzo de 1983. Dicha finca fue embargada y subastada el 14 de mayo de 2005, siendo adjudicada por auto de 13 de julio de 2005 a favor de N, que la inscribió a su nombre el 11 de agosto de 2005. Paralelamente a lo anterior, fallecidos C y M, sus herederos inscribieron el 8 de mayo de 1987 la finca antes referida, también al amparo del artículo 205 LH, que adquirieron por indivisas partes y que vendieron por medio de sendas escrituras públicas fechadas los días 17 de marzo y 4 de diciem-

bre de 1992 a G, que la inscribió a su nombre el 30 de abril de 1993, y que, a su vez, vendió el 7 de abril de 1999 a R y a A, que también procedieron a la inscripción de su título de dominio con efectos de 16 de abril de 1999.

R y A interpusieron demanda frente a N, adquirente de la finca en el citado proceso de ejecución judicial, afirmando la identidad de ambas fincas inscritas y su mejor derecho de propiedad derivado de los títulos o, en su caso, la adquisición de tal derecho por usucapión. El demandado opuso la eficacia de la venta a su favor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 594 LEC, alegando que los demandantes no habían promovido oportunamente tercería de dominio, así como su mejor derecho en atención a haber sido adquirida la finca de quien efectivamente era su legítimo propietario al haberla comprado éste a los finados C y M. El Juzgado de Primera Instancia: *a)* declaró la existencia de una doble inmatriculación de la finca; *b)* declaró que la finca doblemente inmatriculada es de pleno dominio de R y A; *c)* ordenó cancelar en el Registro de la Propiedad la inscripción de dominio practicada a favor de N; *d)* condenó al demandado a entregar la finca reivindicada a los actores en el mismo estado en que se encontraba el 23 de noviembre de 2005, fecha en la que el demandado tomó posesión de la finca.

El demandado recurrió en apelación, dictando sentencia la Audiencia Provincial en la que estimó en parte el recurso a los solos efectos de dejar sin efecto la condena en costas al demandado. La Audiencia considera que los demandantes han adquirido el terreno litigioso por usucapión.

En casación, se alega, en primer lugar, la infracción del artículo 594 LEC. Sin embargo, entiende el Tribunal Supremo que la situación contemplada por tal norma no es la que aquí se plantea. Este precepto se refiere al supuesto de embargo de un bien como de titularidad del deudor cuando no lo es, exigiéndose entonces al verdadero titular una conducta activa. Sin embargo, en los casos de doble inmatriculación, como el presente, lo realmente embargado es la finca registral litigiosa, inscrita a nombre del deudor, y no la inscrita a nombre de los demandantes, con independencia de la coincidencia física entre una y otra, por lo que no podían éstos ejercer acción de tercería de dominio aunque hubieran conocido la traba ni podía el Juzgado adoptar previsión alguna según lo establecido por el artículo 593 LEC. En segundo lugar se alega la infracción de lo dispuesto en los artículos 1949 CC y 36 LH. Sostiene el recurrente que la aplicación de este último precepto impide apreciar que los demandantes hayan podido adquirir por usucapión la finca. Pero nuevamente incide en reclamar la aplicación a favor de su derecho de las normas hipotecarias en un supuesto de doble inmatriculación, olvidando que tal aplicación, de ser procedente, llevaría también a que los demandantes, como titulares registrales, pudieran valerse de lo dispuesto en el artículo 35 LH. Por tanto, el Alto Tribunal acaba desestimando el recurso de casación.

NOTA.—La inmatriculación es el acceso que tiene una finca al Registro de la Propiedad. La doble inmatriculación se produce cuando una misma finca aparece inscrita dos o más veces en Registro

en folios diferentes. Son varias las causas por las cuales se puede producir esta situación: la falta de diligencia del registrador, una descripción errónea de los linderos, la falsificación de los títulos... Se pueden producir tres situaciones. La primera, que la persona que figura como titular registral de las fincas sea la misma, en cuyo caso el interesado podrá solicitar al registrador el traslado de las inscripciones o asientos al folio más antiguo, conforme al artículo 313.1.º RH. La segunda, que se trate de personas distintas pero que hubieran llegado a un acuerdo en relación al folio que debe cancelarse. En este supuesto, el registrador trasladará toda la información registral al folio subsistente (art. 313.2.º RH). La tercera, que se trate de personas distintas y que no hayan alcanzado ningún acuerdo. En este caso tendrán que reclamar judicialmente su dominio mediante un procedimiento declarativo. En él no se aplicarán las normas hipotecarias, sino el régimen correspondiente del CC (por ejemplo, las normas sobre doble venta). Hay que apuntar que la doble inmatriculación neutraliza los efectos asociados a la apariencia registral, pues quien adquirió de buena fe una finca inscrita, confiando en la titularidad registral de su transmitente, merece igual protección que la persona que adquirió ese mismo inmueble de otro titular registral. (*S.L.M.*)

**15. Legitimación del registrador de la propiedad para impugnar resoluciones dictadas por la DGRN.**—El Tribunal Supremo reitera como doctrina jurisprudencial la ya declarada en la STS de 20 de septiembre de 2011, entendiéndose que el registrador de la propiedad está legitimado activamente para impugnar una resolución dictada por la DGRN cuando acredite o justifique su derecho por el anuncio de apertura de expediente disciplinario o cuando se le exija responsabilidad civil relacionada con la función calificadora registral tras una revocación por la DGRN de su 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 Dirección General de los Registros y del Notariado 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 2 de enero de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Tras haberse practicado en el Registro de la Propiedad de Massamagrell inscripción de compraventa a favor de la compañía RR, sin constancia de la referencia catastral de la finca, la registradora suspendió la incorporación de estos datos por apreciar dudas fundadas en cuanto a la identidad de los mismos y la realidad de la finca, mediante nota de calificación de fecha de 27 de noviembre de 2006. La entidad RR interpuso recurso gubernativo

contra esta calificación negativa, solicitando su revocación y la práctica de la inscripción de la referencia catastral de la finca.

Con fecha de 29 de junio de 2007, la DGRN dictó resolución estimatoria del recurso, revocando la nota de calificación de la registradora.

La registradora de la propiedad formuló demanda de juicio verbal en la que solicitaba la nulidad de la resolución dictada por la DGRN por no haber inadmitido el recurso gubernativo pese a que el mismo se presentó cuando había transcurrido ya el plazo legal de un mes y porque la resolución se dictó transcurrido el plazo de tres meses establecido en el artículo 327 LH. Asimismo, la demandante insta la revocación de la resolución por existir dudas en cuanto a la identidad de los datos de la referencia catastral y la realidad de la finca. Dicha demanda fue estimada por sentencia de 6 de febrero de 2008 del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valencia.

El recurso de apelación interpuesto por la DGRN es desestimado por la Audiencia Provincial, que confirma íntegramente la sentencia recurrida.

La DGRN formula recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y casa la sentencia de la Audiencia Provincial de 1 de octubre de 2008. En su lugar, estima el recurso de apelación interpuesto por la DGRN contra la sentencia de primera instancia, con desestimación de la demanda interpuesta por la registradora de la propiedad y, ante la falta de legitimación activa de ésta, no entra a decidir sobre la validez o no de la resolución dictada por la DGRN con fecha de 29 de junio de 2007.

NOTA.—En la sentencia que se comenta, el Tribunal Supremo reitera la interpretación del artículo 328 LH que ya se contenía en la STS de 20 de septiembre de 2011. El carácter excepcional de esta norma ya había sido puesto de manifiesto por anteriores resoluciones, entre las que podemos destacar, por su carácter clarificador, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 19 de diciembre de 2006, que afirma: «no puede entenderse que el interés del Sr. Registrador a que se hace referencia en el texto legal pueda considerarse satisfecho con la genérica mención a su función de velar por la legalidad y por los terceros directa o indirectamente afectados por la inscripción, porque de ser esto así no tendría sentido alguno la inclusión de la excepción en la norma, ya que siempre concurriría ese genérico interés del registrador calificante» (FJ 3.º). 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 el artículo 328 LH debe interpretarse restrictivamente, al ser una norma extraordinaria de legitimación, y exige de la concurrencia acumulativa de dos requisitos: 1) la DGRN, mediante resolución expresa, debe haber revocado la calificación negativa del registrador que pretende combatir esa resolución; y 2) la resolución en cuestión debe afectar a un derecho o interés del que sea titular este registrador. Entiende este segundo requisito como la atribución al

registrador por la resolución de la DGRN que pretenda impugnarse de la comisión de defectos manifiestos en el ejercicio de la función calificadora, determinantes, de manera real, y no meramente hipotética, de su responsabilidad civil o bien la imputación de la realización de una conducta tipificada como infracción en los artículos 296 y ss. LH, en los que se establece su régimen disciplinario. (G.M.A.)

**16. Legitimación del registrador de la propiedad para impugnar resoluciones dictadas por la DGRN.**—El Tribunal Supremo reproduce parte de STS de 20 de septiembre de 2011, para reiterar la interpretación del concepto de «derecho o interés de que sean titulares», como requisito exigido por el artículo 328 LH para el nacimiento de la legitimación de la acción del registrador contra la resolución de la DGRN por la que se revoca expresamente la nota de calificación dictada por ese registrador. Entiende el Tribunal Supremo que dicho interés legítimo existe siempre que la resolución de la DGRN que se pretende impugnar pueda afectar de modo efectivo y acreditado a la esfera jurídica del registrador. Tal repercusión no se identifica con la defensa objetiva o abstracta de la legalidad, ni con intereses particulares que le puedan impedir calificar el título. Por el contrario, el interés legítimo se da únicamente cuando pueda surgir una responsabilidad civil o disciplinaria del registrador relacionada con la función calificadora registral.

**Doctrina sobre los efectos del transcurso del plazo para resolver por la DGRN. Interpretación del artículo 327, párrafo noveno, LH.**—El Tribunal Supremo, en cita de la STS de 3 de enero de 2011, declara que el transcurso del plazo impuesto a la DGRN por el párrafo noveno del artículo 327 LH para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador determina, por un lado, que se entienda desestimado el recurso y, por otro lado, la nulidad de una resolución del recurso que pudiera recaer con posterioridad. (STS de 10 de febrero de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

**HECHOS.**—Tras otorgarse escritura pública de compraventa, se pretende su inscripción en el Registro de la Propiedad. La registradora de la propiedad competente para calificar la inscripción decide suspender esta inscripción al entender que no se había acreditado la inscripción en el Registro Mercantil del representante de la entidad que pretendía la inscripción.

Frente a esta calificación negativa, el notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo ante la DGRN el 11 de mayo de 2007. La DGRN dictó resolución el 13 de noviembre de 2007 estimando el recurso.

La registradora de la propiedad formuló demanda de juicio verbal contra la DGRN, alegando que la resolución había sido dictada transcurridos los tres meses indicados en el artículo 327 LH y solicitando que se dejase sin efectos esta resolución y se confirmase la nota de calificación negativa, así como la suspensión de la inscripción. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Segovia dictó sentencia de 25 de julio de 2008 en la que se estimaba la demanda, se dejaba sin efecto la resolución de la DGRN y se confirmaba la decisión de suspensión de la calificación efectuada por la registradora.

El notario autorizante de la escritura y la DGRN recurren en apelación. La Audiencia Provincial de Segovia, en sentencia de 30 de diciembre de 2008, estima ambos recursos y revoca la sentencia recurrida por falta de legitimación de la parte demandante, al entender que no existía en ésta el interés legítimo exigido en el artículo 328 LH para impugnar la resolución de la DGRN.

Frente a esta sentencia, la registradora demandante formula recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo estima ambos recursos, casa la sentencia recurrida y desestima el recurso de apelación, confirmando la sentencia de primera instancia. Por un lado, declara la legitimación de la registradora de la propiedad, pues la resolución de la DGRN impugnada por ésta contenía un apercibimiento de apertura de expediente disciplinario para el supuesto de que la registradora emitiese nuevamente una calificación negativa, luego se entienden cumplidas las exigencias del artículo 328 LH. En segundo lugar, se declara la nulidad de la resolución de la DGRN y la desestimación del recurso gubernativo resuelto por ésta, por haber transcurrido el plazo de tres meses impuesto a la DGRN en el párrafo noveno del artículo 327 LH para resolver y notificar el recurso interpuesto contra la calificación negativa del registrador. Efectivamente, el recurso gubernativo se interpuso el 11 de mayo de 2007 y la DGRN no resolvió expresamente en el plazo de tres meses, sino que lo hizo el 13 de noviembre de 2007.

NOTA.—La importancia de esta doctrina jurisprudencial, que reitera la interpretación prevista en las SSTs de 20 de septiembre de 2011 y de 2 de enero de 2012, radica en la necesidad de aclarar cuál deba ser la interpretación de una norma nada clara en cuanto a su contenido y alcance: el artículo 328 LH, en su redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, para el impulso de la productividad. Hasta la fecha de estas resoluciones no existía una uniformidad interpretativa en las Audiencias Provinciales. El origen de esta falta de consenso es el hecho de que, con anterioridad a la reforma de 2005, la legitimación era general y, en todo caso, el registrador que hubiera visto revocada su calificación por resolución de la DGRN podía recurrir en vía judicial. Sin embargo, la norma de 2005 ha reducido esta legitimación, al requerir que la resolución de la DGRN afecte a un derecho o interés del que es titular el concreto registrador. De ahí que deba entenderse que el derecho o interés al que hace referencia el artículo 328 LH debe ser algo cualitativamente diferente a las circunstancias que, antes de la reforma legal, permitían al registrador el recurso, como eran la defensa de la legalidad registral y la discrepancia con la calificación realizada. Acerca de las consecuencias de la extemporaneidad de las resoluciones de la DGRN, se recomienda encarecidamente la lectura de la obra de M. J. PÉREZ GARCÍA, «Las resoluciones extemporáneas de la Dirección General de los Registros y del Notariado: ¿Validez o nulidad?», *Estudios a propósito de sentencias judiciales dictadas en recursos contra la calificación del Registrador*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2010. (G.M.A.)

## DERECHO DE FAMILIA

**17. Divorcio: Guarda compartida: El interés del menor.**—La revisión en casación de los casos de guarda y custodia sólo pueden realizarse si el Juez ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, pues el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste. El recurso de casación interpuesto debe ser desestimado por las siguientes razones: *a)* El recurrente no alega en ningún caso la vulneración del principio del interés del menor por la sentencia recurrida. Del planteamiento del recurso puede deducirse que la parte recurrente considera que el interés del menor se protegería más eficazmente con el régimen de guarda y custodia compartida por los beneficios de este sistema. Este planteamiento hubiera hecho necesario por el recurrente un examen de las circunstancias concretas del caso que permitieran afirmar que el interés del menor resultaba mejor protegido con este sistema. Sin embargo, el recurrente cuestiona los razonamientos de la sentencia recurrida, oponiendo sus propios argumentos sobre la primacía y la conveniencia general de la guarda y custodia compartida, pero no contiene ninguna referencia concreta al interés de la menor. Las únicas referencias que realiza, en relación al posible padecimiento del síndrome de alineación parental de la menor, contradicen el resultado de la prueba pericial practicada; *b)* Se destacan de modo genérico las virtudes del sistema de guarda y custodia compartida considerando que este sistema ha de prevalecer sobre cualquier otro. Sin embargo, hay que precisar que todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes y que la primacía del sistema de custodia compartida no es tal, pues lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no el interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda. Todo ello sin perjuicio de que vuelva a plantearse un procedimiento de modificación de las medidas si concurren circunstancias para ello (**STS de 10 de enero de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Tema que puede considerarse de moda, tratado anteriormente en mis anotaciones a STS de 1 de octubre de 2010 (extracto en ADC, 2011, pp. 1952 s.), y 7 abril 2011 (extracto en ADC, 2012, pp. 952-955). Resolución, la presente, que merece ser aprobada dado que, en el supuesto del litigio hay un previo convenio regulador atribuyendo la guarda a la madre, existiendo carencia casi absoluta de prueba de los requisitos que la jurisprudencia exige para concederla, y más bien informes periciales en contra (conflictividad interparental que desaconseja la guarda conjunta). Habitualmente se exige: *a)* disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a los hijos; *b)* aseguramiento de la estabilidad del menor en relación con la situación precedente, procurando la estabilidad del entorno, las relaciones con la familia amplia, el colegio, los amigos o la ciudad o barrio; *c)* la ponderación de cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro se desarrolle con normalidad; *d)* el rol de dedicación a los hijos de

uno y otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; e) la garantía del equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores; y f) la precaución de que quede deslindada la idoneidad de la custodia, con el afán por la obtención de réditos materiales indirectos, no confesados, como el uso de la vivienda o la percepción de pensiones [así M.<sup>a</sup> Elvira AFONSO RODRÍGUEZ, «Comentario al art. 92», en *VVAA Código civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso et alri), I (Cizur Menor, 2011) p. 503]. Bien entendido de que se trata de criterios generales y aproximativos, que deben adaptarse al caso concreto. En todo caso, se trata de un tema de creciente actualidad en nuestros tribunales debido a la amplia divulgación social de la reforma, en este punto, de 2005 y a las sucesivas reformas legislativas en la legislación de algunos territorios (G.G.C.)

**18. Divorcio: Atribución del uso de la vivienda común al marido: Acción de división.**—Dos son las cuestiones que se plantean en el presente recurso de casación: a) la referida a la acción de división, a la que el marido demandado no se opone; y b) la relativa al mantenimiento del derecho de uso al marido, por ser su interés el más digno de protección, según las sentencias de separación y divorcio.

a) El artículo 400 CC recoge la vieja regla romana de acuerdo con la que nadie está obligado a permanecer en la comunidad. El derecho a obtener la división de la cosa que se ostenta en copropiedad no tiene otra excepción en aquel precepto que el pacto entre los condóminos, y aun así, con las limitaciones que el propio artículo establece. Cada comunero puede salir de la comunidad, y el Código Civil permite imponer a los demás la división, porque el régimen de comunidad tiene una naturaleza transitoria e incidental. Y por ello la acción es imprescriptible e irrenunciable. Y por ello debe aceptarse la acción de división ejercitada por la recurrente. Ambos cónyuges están de acuerdo en la división y por ello debe procederse a dividir.

b) Sin embargo, no puede admitirse que la acción de división extinga el derecho de uso atribuido al marido copropietario, cuyo interés se ha considerado el más digno de protección y por ello se le atribuyó el uso en su momento, sin que se hayan producido circunstancias modificativas que ahora obliguen a reconsiderar su mantenimiento.

**Doctrina casacional sobre la naturaleza del derecho de uso.**—En las sentencias de 14 y 18 de enero de 2010, esta Sala ha mantenido la doctrina de que el derecho de uso entre los cónyuges no constituye un derecho real, sino que se trata de una limitación de la facultad de disponer del propietario, que el titular puede oponer a terceros. En concreto, la primera formula la siguiente doctrina casacional: *De la ubicación sistemática de este precepto y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la Res. de la DGRN de 14 de mayo de 2009). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la*

*limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (Res. de la DGRN de 10 de octubre de 2008).* Doctrina que confirma la STS de 18 de enero de 2010. Es cierto que las dos sentencias citadas se refieren a la atribución de la vivienda a los hijos, pero están de acuerdo con otras decisiones de esta Sala que declaran que el derecho del cónyuge a ocupar la vivienda familiar que le ha sido atribuida por sentencia es oponible a terceros. En consecuencia, la acción de división del piso mantendrá el derecho del ex marido, titular de su uso, porque no han desaparecido las razones que motivaron su atribución en la sentencia de divorcio y su derecho es oponible a tercero. **(STS de 27 de febrero de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G.G.C.)

**19. Divorcio: Extinción de la pensión compensatoria establecida en juicio de separación: Enfermera en situación de excedencia voluntaria que no solicita reingreso: Desaparición del desequilibrio.**—Con base en la doctrina jurisprudencial de la Sala 1.<sup>a</sup> debe confirmarse la sentencia de la Audiencia Provincial que declara extinguida la pensión compensatoria a favor de la esposa fijada en el juicio de separación, con fundamento en las siguientes razones: (I) El reconocimiento del derecho a pensión en juicio anterior de separación no constituía óbice para declarar su extinción en el posterior pleito de divorcio, de considerarse acreditado —como así ha ocurrido— el supuesto normativo a que se refiere el artículo 101 CC, a saber, la desaparición o cese del desequilibrio que lo motivó; (II) La recurrente sustenta su recurso en una contemplación de la pensión compensatoria que resulta ajena a su concepción legal y jurisprudencial, pues su finalidad no es perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquélla, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo conyugal en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial. Para este fin es razonable entender que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia, de manera que carece de interés a tal efecto el desequilibrio cuyo origen no se encuentra en esa mayor dedicación, inversamente proporcional a la disponibilidad para estudiar y desarrollar una actividad profesional, sino en la diferente aptitud, formación o cualificación profesional de cada uno de los miembros de la pareja al margen de aquélla; (III) Consecuencia de lo anterior es que, pese a haberse apreciado una situación inicial de desequilibrio, que generó derecho a pensión, pueda también apreciarse después que el tiempo transcurrido entre la separación y el divorcio ha sido suficiente para que la esposa, dadas las circunstancias, se reincorpore a su puesto de trabajo fijo como enfermera, y con ello subvenir por sí misma a sus necesidades. La sentencia recurrida no aprecia ningún impedimento o incapacidad física o psíquica de la recurrente para trabajar como enfermera, al disponer de puesto fijo como personal estatutario en la clínica Puerta de

Hierro de Madrid, lo que implica que la superación del desequilibrio estaba a partir de entonces en su mano y no dependía del éxito en la búsqueda del empleo. A estos efectos resulta irrelevante que el ex-marido, pese a haber sufrido un infarto, haya mantenido la cuantía de sus ingresos como cirujano, y, por consiguiente, su nivel de vida. (STS de 23 de enero de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Pese a no poderse considerar cerrado el debate sobre la última ratio de la prestación compensatoria —así bautizada en la reforma de 2005 por el legislador—, parece razonable la decisión judicial que la declara extinguida cuando la beneficiaria, al cabo de cierto tiempo de decretarse el divorcio, adopta una actitud absolutamente pasiva en relación con la posibilidad de reingresar en su antiguo trabajo de enfermera, en el que pidió la excedencia al contraer matrimonio. Para que se conceda la prestación, la situación de desequilibrio ha de producirse en el momento de la ruptura legal, y no cabe argumentar luego con la mejora de ingresos que el marido experimenta posteriormente con la clínica que regenta (pese a haber sufrido un infarto), pues ello obedece a su actividad y preparación profesional, ajeno totalmente a la situación matrimonial que había tenido. Es claro que esta prestación compensatoria no tiene la naturaleza jurídica de una pensión de alimentos, pero, aunque lo fuera, la conducta pasiva por parte del alimentista sería, en todo caso, una causa de extinción de aquella. Pedir el reingreso en la clínica no puede equipararse al hecho de lograr actualmente un puesto de trabajo en el INEM. (G.G.C.)

**20. Divorcio: Extinción de la pensión compensatoria por mantenimiento de vida marital: Su significado.**—Desde la entrada en vigor de la Ley de 7 de julio de 1981, se ha intentado interpretar la disposición contenida en el artículo 101.1 CC, que ahora resulta cuestionada en este litigio. En la doctrina se han mantenido dos posturas: la de quienes entienden que el Código Civil utiliza la expresión «vivir maritalmente» como equivalente a convivencia matrimonial, y la de quienes entienden que cualquier tipo de convivencia estable de pareja lleva a la extinción de la pensión y que no quedan incluidas las convivencias ocasionales o esporádicas. Esta misma discrepancia se ha reproducido en las sentencias de las Audiencias Provinciales.

Para darle sentido a dicha regla, deben utilizarse dos cánones interpretativos: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada de acuerdo con el primero, la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente sólo como causa de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor. El Código Civil Catalán también incluye esta causa de extinción, tal como lo había recogido el Código de Familia Catalán.

Utilizando el segundo canon interpretativo, debe señalarse asimismo que la calificación de la expresión «vida marital con otra persona» puede hacerse desde dos puntos de vista distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asumen un compromi-

so serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, *more uxorio*, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina «vida marital» son complementarios, no se excluyen y el carácter no indisoluble del matrimonio en la actualidad no permite un acercamiento entre las dos instituciones sobre la base de criterios puramente objetivos distintos de la existencia de forma, porque es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio.

De acuerdo con lo anterior, podemos entender que la convivencia de la ex-esposa con una tercera persona durante año y medio, que la propia implicada reconoció haberse producido y que la sentencia recurrida tiene por cierta, tuvo el carácter de «vida marital» a efectos de la extinción de la pensión compensatoria, por las siguientes razones: 1.<sup>a</sup>) La valoración de la prueba efectuada por la sentencia recurrida admite que se produjo una relación sentimental de un año y medio de duración, que no se había ocultado, siendo conocida por amigos y familiares, siendo pública en actos sociales; 2.<sup>a</sup>) Aunque al parecer no se produjo una convivencia continuada bajo el mismo techo, se habían producido continuas permanencias y/o visitas de uno en el domicilio del otro, encuentros de manera pública en el vehículo del varón y en diversos establecimientos hoteleros de la ciudad y sus alrededores; 3.<sup>a</sup>) Estas relaciones tuvieron las características de permanencia: duraron un año y medio; fueron exclusivas mientras duraron, y dieron a entender en el entorno social de los convivientes que se trataba de relaciones sentimentales con una cierta estabilidad; 4.<sup>a</sup>) Los hechos probados permiten aplicar la anterior interpretación de lo que debe entenderse por «vida marital» del artículo 101 Cc; 5.<sup>a</sup>) La extinción de la pensión no puede considerarse una sanción, sino simplemente el cese de la obligación de mantener una prestación a cargo de una persona que, no debe olvidarse, ya no tiene ningún deber de socorro para con su ex-cónyuge, y que mantiene la obligación de la pensión únicamente si el divorcio ha producido un desequilibrio (**STS de 9 de febrero de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—En la doctrina más reciente se coincide en fijar su finalidad «para evitar situaciones fraudulentas consistentes en no contraer nuevo matrimonio para no perder el derecho a la pensión derivado de un matrimonio anterior», siendo necesario «una convivencia o cohabitación de carácter permanente y estable, con la creación de una apariencia matrimonial o de un status paramatrimonial o de posesión de estado familiar *de facto*, no siendo suficiente la convivencia esporádica, episódica u ocasional ni tampoco la simple relación amorosa o afectiva sin convivencia, sin que por ello tenga que ser definitiva en el tiempo» [NAVARRO MIRANDA, «Comentario al artículo 101», en *VVAA Código civil comentado* (dir. Ana Cañizares Laso et altri), I (Cizur Menor 2011), pp. 546 s.]. En el presente caso la prueba se facilitó por la admisión de los hechos por parte de la interesada, y parece que la vida marital sólo tuvo una duración de año y medio, lo que parece suficiente para integrar el supuesto de hecho codicial (*G.G.C.*)

**21. Adopción: Requisitos: Menor abandonado: Tardío reconocimiento paterno: Acogimiento preadoptivo: Derecho del padre a ser oído, pero no a prestar asentimiento.**—Se declara probado que: *a)* De las relaciones entre D.<sup>a</sup> Rosario y Don Anselmo nació un niño, Román, el 19 de octubre de 2006, cuya filiación paterna no se inscribió, y cuya madre manifestó su voluntad de dejar al niño bajo la tutela de la Comunidad de Madrid para su posterior adopción. La Comisión de Tutela del menor declaró el desamparo y asumió la tutela. *b)* Don Anselmo había sido condenado el 6 de junio de 2006, como autor de un delito de maltrato con atenuante de drogadicción, cometido en la persona de D.<sup>a</sup> Rosario, al conocer el embarazo; *c)* Después del nacimiento del niño Don Anselmo reclamó la paternidad, que le fue concedida por sentencia 4 de junio de 2007, pero no llegó a tener contacto con su hijo; *d)* La Comisión de Tutela de la Comunidad de Madrid dio el niño en acogimiento familiar preadoptivo e inició los trámites de la adopción. El padre solicitó la suspensión del procedimiento y que se tramitara el incidente regulado en el artículo 781 Lec, a los efectos de prestar su asentimiento para la adopción, según el artículo 177.2 CC. A ello se opuso la Comisión considerando que el padre se hallaba incurso en causa de privación de la patria potestad, por lo que no podía prestar tal asentimiento según el artículo 177 CC; *e)* El Juzgado de Primera Instancia núm. 80 de Madrid, en sentencia de 31 de julio de 2008 desestimó la petición del padre considerando que el niño había estado desprotegido desde el nacimiento hasta la declaración de la filiación, porque el padre no había cumplido sus obligaciones de protección y por ello estaba incurso en causa de privación de la potestad y no debía concurrir prestando el asentimiento para la adopción; *f)* La sentencia de la Audiencia Provincial, sección 22, de Madrid, de 22 de enero de 2010, estimó el recurso de apelación formulado por el padre, entendiendo: que debe atenderse prioritariamente al interés del menor y que de la conducta del apelante se desprende que estuvo imposibilitado para asumir las obligaciones inherentes a la patria potestad, pues legalmente no era el padre y existía un obstáculo legal al haber sido declarado el menor en desamparo. Pero después del nacimiento del menor inicia una intensa actividad tendente a determinar la filiación y a asumir sus obligaciones como padre, por lo que no se le puede considerar incurso en causa legal de privación de la patria potestad. Por ello no puede atenderse a la doctrina tradicional que mantiene que el momento concreto es el decretarse el desamparo, sino que debe examinarse el contexto en que se produce. Finalmente, la condena por una agresión a la madre no puede determinar que el padre tenga una conducta agresiva permanente, ni que tuviera intención de hacer daño al feto.

**Significado de «estar incluso en causa legal de privación de la patria potestad».**—Resulta difícil establecer reglas concretas sobre los temas que presenta el artículo 177. 1 CC, en relación con el artículo 170, es decir, cómo y cuándo debe concurrir una causa de privación de la patria potestad que hará innecesario que el progenitor preste su asentimiento para la adopción. De entrada, debe recordarse el artículo 9.2 de la Convención de las Naciones Unidas de 1989, sobre los Derechos del Niño, que establece que en todo procedimiento relacionado con la separación del menor de sus padres «se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones». A este respecto resulta significativo el razonamiento de la STC 58/2008, de 28 de abril, según el cual no puede perderse de vista que la decisión a adoptar, precisamente por la flexibilidad con la que el legislador regula este tipo de procesos, ha de atender esencialmente a las circunstancias concretas del caso y a la relación que los distintos procedimientos guardan entre sí por referirse a un mismo menor y, con frecuencia, a sus progenitores

biológicos y a los adoptantes o posibles adoptantes. En consecuencia, la interpretación que debe darse a la expresión del artículo 177, 2, 2.º CC pasa por dar contenido a la frase «incurso en causa legal para tal privación».

Esta Sala ha dicho que la cláusula general sobre el significado del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que esta disposición ha de ser interpretada de acuerdo con las circunstancias del caso, sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho; hay privación cuando el padre solo había pagado algunas mensualidades de pensión, y ello por la reclamación de la madre; o cuando el padre entregó su hija a la Administración por no poder atenderla, o bien cuando el padre había cometido un delito de parricidio contra la madre.

En cuanto al momento en que debe concurrir, y ello a los solos efectos de la prestación del asentimiento, según exige el artículo 172.2 CC, hay que tener en cuenta que la declaración de desamparo se produce precisamente por el incumplimiento por su padre de sus deberes; y mientras se mantenga el incumplimiento, se mantendrá la declaración de desamparo, con las medidas complementarias. De aquí que cuando el menor esté protegido por medio de la declaración de desamparo, se está produciendo un incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad y corresponderá demostrar lo contrario a quien lo niegue. Finalmente, hay que señalar que es indiferente que la causa del incumplimiento sea subjetiva u objetiva, aunque las circunstancias de cada caso deberán llevar a las correctas conclusiones en aplicación de la regla de la protección del menor.

En el presente caso se consideran las siguientes circunstancias concurrentes: 1.º) Resulta probada la desatención al niño. Efectivamente, aparte del hecho del tardío reconocimiento efectuado mediante una declaración judicial en el ejercicio de una acción de filiación por parte del padre, éste no se ocupó del niño desde el momento del nacimiento, en que fue declarado en situación de desamparo, ni consta que después de la inscripción de la filiación en virtud de la sentencia tomara ninguna medida para hacerse cargo del hijo. 2.º) Los antecedentes del padre en relación al episodio de violencia con la madre embarazada propiciaban que debiera extremarse la protección del menor. Por todo ello, de acuerdo con la doctrina de la STS de 31 de julio de 2009, procede concluir que el progenitor estaba incurso en causa de privación de la patria potestad y por tanto no se requiere su asentimiento a la adopción proyectada. **(STS de 6 de febrero de 2012; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—He aquí otro supuesto de adopción de menores abandonados en el que la resolución del Tribunal Supremo revoca la de la Audiencia Provincial basada en argumentos similares, a los de la dictada en el caso de la STS de 31 de julio de 2009. Todavía la situación fáctica de aquélla se extrema en el supuesto actual dado que el menor no ha llegado a tener, de hecho, ningún hogar biológico, por lo cual el único que ha conocido el niño Román —que cumplirá seis años al fallar el Tribunal Supremo— ha sido el de los adoptantes. Si a ello se une la conducta, nada ejemplar, del padre durante el embarazo con la madre, la solución no parece ofrecer duda sobre quien recibirá las simpatías del lector. Con todo hay algunas lagunas en el relato de hechos probados: ¿convivían los

padres al nacer? ¿conoció el padre la declaración de desamparo que hizo la madre? Pero lo cierto es que antes de transcurrir un año desde el nacimiento, toma una decisión que va a comprometerle jurídicamente en el futuro, ejercitando la acción de reclamación de paternidad, y ello le permite comparecer a tiempo en el procedimiento adoptcional, instando el incidente. Es la primera actuación ante los tribunales y su voluntad no ofrece dudas: quiere hacerse cargo de la guarda de la menor con la finalidad de ofrecerle un hogar. Ningún dato se ofrece sobre su circunstancia laboral y social al tiempo de pleitear, pero una condena penal anterior por maltrato no parece ser obstáculo para creer que pudo haberse curado de la drogadicción. Sin duda, en su respecto se ha cumplido la exigencia del Convenio de 1989 de poder manifestar su parecer, pero ¿se volvió a preguntar a la madre sobre el tema, ya que podía haberse arrependido de su voluntad de abandono?

En el caso resuelto por la STS de 21 de febrero de 2011 (extratada y anotada en ADC, 2012, pp. 969-972), de idéntico ponente, el fallo, que califique *en cierto modo contracorriente*, atribuye la guarda al padre, ex-drogadicto, con minusvalía del 67% y que había protagonizado episodios de violencia contra la madre. Declara asimismo que las situaciones que exigen la protección del menor no se limitan a la declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la Administración pública, sino que la protección del interés del menor autoriza la adopción de otras *medidas menos radicales* (énfasis añadido). ¿Hubieran podido aplicarse en el caso aquí contemplado?

Por otra parte, no cabe duda que el supuesto contemplado en el artículo 172.2.2.º CC pertenece a un «Derecho sancionador civil», escasamente perfilado por la jurisprudencia y la doctrina. Un estricto concepto de la tipicidad de la conducta consistente en «estar incurso en causa legal para la privación de la patria potestad» nos haría dudar, incluso, de su constitucionalidad. En todo caso, no cabe duda que en la regulación civil del procedimiento adoptcional, la Administración *juega con ventaja*. (G.G.C.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**22. Sucesión testamentaria: Nombramiento de albacea contador-partidor: Extinción del cargo por realización de las funciones.**—Se desestima el recurso con base en los siguientes argumentos:

1.º) El testador puede encomendar la facultad de efectuar la partición a un contador-partidor o a un albacea. En este caso, se especifican unas concretas facultades del albacea que de acuerdo con lo que dispone el artículo 901 CC, quedan incluidas de forma expresa en las funciones que el testador les ha atribuido. Como afirma la ya antigua STS de 5 de julio de 1947, cuando a los albaceas universales, como es el recurrente, está conferida por el testador la facultad de hacer la partición, no por ello ostentan dos cargos, sino solamente el de albacea, en el que caben, con arreglo al artículo 901 CC, cuantas facultades conducen al cumplimiento de las disposiciones testamentarias que no

sean contrarias a las leyes. En consecuencia, no puede haberse infringido el artículo 1057 CC, que reconoce simplemente la facultad de encargar a un tercero, que no es necesario que sea albacea, la facultad de contar y partir los bienes hereditarios.

2.º) Es una regla interpretativa general que una vez otorgado el correspondiente cuaderno particional, cesan en su función los ejecutores testamentarios a quienes se haya otorgado dicha facultad. La jurisprudencia que el recurrente alega a su favor no contiene exactamente la doctrina que se le atribuye. Así la STS de 8 de octubre de 1932 desestimó el motivo relacionado con la interpretación errónea del artículo 910 CC por cuanto la declaración del Tribunal *a quo* de haber terminado el albaceazgo fundada en haberse hecho la adjudicación de los bienes inventariados a los herederos en el año 1927, se halla conforme con el citado precepto legal y la jurisprudencia invocada que unánime sienta la doctrina de que cuando el heredero está en posesión de los bienes de la herencia por entrega formal que le hizo el albacea, queda terminada la testamentaria y el albaceazgo, a lo que se opone la omisión de algunos bienes en el inventario y subsiguiente adjudicación que pueden ser objeto de una nueva operación a realizar por los herederos, mas no por los albaceas que, por haber cumplido su encargo, ha terminado la función que les fue encomendada. Y la STS de 14 de febrero de 1952, dice que la aprobación por los interesados de las operaciones particionales y la incorporación a su patrimonio de los bienes de la herencia, ponen término a la testamentaria y al albaceazgo, y al cesar los Albaceas, por este modo normal, en su cargo, quedan desprovistos de la personalidad que durante el mismo tenían para accionar con aquel carácter, sin que les sea lícito practicar nuevas operaciones que modifiquen o sustituyan las ya aprobadas, aunque hayan incurrido en estas en errores de valoración, omisiones de bienes o adjudicación indebida, cuya enmienda, como el ejercicio de las acciones que de ella se deriven, corresponde a los herederos. Esta doctrina ha sido mantenida por la Sala en decisiones posteriores, así en SSTS de 11 de junio de 1955 y 13 de abril de 1992. Y aunque no menciona la ley la extinción del albaceazgo por realización del encargo, ha sido admitida por la jurisprudencia casacional (SSTS 3 de enero y 9 de junio de 1962, 22 de abril de 1967 y 25 de enero de 1971). De este modo, se entiende acabado el albaceazgo cuando haya terminado la partición y se haya hecho entrega de los bienes a los herederos.

De aquí se deduce que los albaceas contadores partidores nombrados en el testamento que rigió la sucesión del causante del causante acabaron su función en el momento en que entregaron el cuaderno particional e hicieron entrega a las herederas de los bienes relictos. El desacuerdo entre las herederas y la legitimaria no resucita la función de los albaceas, por lo que la demanda debía ser desestimada en relación a ellos, como así ocurrió, al haber acabado ya su función (**STS de 5 de enero de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G.G.C.)

## DERECHO MERCANTIL

**23. El abuso de posición dominante en el artículo 82 TCE.**—Según el TJUE, la negativa por parte de una empresa que ocupa una posición dominante en el mercado de un producto determinado a atender los pedidos realizados por un cliente anterior constituye una explotación abusiva de dicha

posición dominante en el sentido del artículo 82 TCE cuando, sin ninguna justificación objetiva, esa conducta pueda dar lugar a la eliminación de la competencia de una empresa con la que se mantienen relaciones comerciales (STJUE de 16 de septiembre de 2008). A este respecto, el TJUE ha declarado que la circunstancia de que una sociedad filial tenga personalidad jurídica separada no basta para excluir que su comportamiento se impute a la sociedad matriz, en particular, cuando aquella no determina de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte ésta (STJUE de 16 de noviembre de 2000). En nuestro ordenamiento, se considera que los grupos de sociedades se caracterizan por la sumisión a la dirección económica ejercida por la dominante, lo que se presume, entre otras situaciones, cuando la matriz posea la mayoría de los derechos de voto o tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración de la filial.

**La acción de resolución y su relación con el Derecho de la competencia.**—El artículo 1124 CC reconoce al contratante perjudicado la facultad de resolver el vínculo cuando la otra parte hubiera incumplido la obligación a su cargo. La jurisprudencia ha entendido que este precepto permite el ejercicio de la facultad resolutoria mediante declaración extrajudicial dirigida a la parte incumplidora, si bien a reserva de que ésta, si no está conforme, acuda a los tribunales para negar el incumplimiento resolutorio o rechazar la oportunidad de hacerlo valer como causa de extinción sobrevenida de la resolución contractual (SSTS de 15 de junio de 1993 y de 20 de mayo de 2005, entre otras).

No todo incumplimiento es suficiente para resolver un vínculo obligacional sinalagmático. Para que el incumplimiento tenga fuerza resolutoria es necesario que sea esencial y además: *a*) que se tenga por haber sido esa la voluntad, expresada o implícita, de las partes contratantes; *b*) que sea intencional y haga pensar a la otra parte que no puede esperar razonablemente un cumplimiento futuro; *c*) que el contratante cumplidor se vea privado sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato, siendo ello previsible para el incumplidor. Incluso concurriendo un incumplimiento de entidad resolutoria, la jurisprudencia exige que quien ejercite la acción prevista en el artículo 1124 CC no esté también en situación incumplidora, salvo que sea como consecuencia del previo incumplimiento del otro contratante (SSTS de 21 de octubre de 1994 y de 7 de junio de 1995). Además, hay que tener en cuenta que esta facultad resolutoria del artículo 1124 CC también puede ser ejercitada con abuso de derecho, en cuyo caso la regla *qui suo iure utitur neminem laedit* no puede impedir su desamparo (art. 7.2 CC).

Estas reglas tienen que ponerse en relación con el Derecho de la competencia. Conforme al Alto Tribunal, éste exige de las empresas en posición dominante un comportamiento impecable en la defensa de sus intereses, a fin de que armonicen su voluntad de ser competitivas con las consecuencias restrictivas que su actuación pueda producir en el mercado. Así, puede ocurrir que comportamientos que serían lícitos para otras empresas, puedan no serlo para las que ocupan una posición de dominio —normalmente, por haber utilizado medios desproporcionados en su actuación defensiva—. Cuando una empresa ocupa una posición dominante debe, en su caso, adaptar su comportamiento para no obstaculizar la competencia efectiva en el mercado (STJUE de 15 de febrero de 2005). Ahora bien, la existencia de una posición dominante no puede privar a una empresa que se encuentra en dicha posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos son ataca-

dos, por lo que se le debe reconocer, en una medida razonable, la facultad de realizar los actos que juzgue adecuados para protegerlos –pero no son admisibles tales conductas cuando su finalidad sea, precisamente, reforzar esta posición dominante y abusar de ella–. (STS de 14 de febrero de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.– EK es una operadora de telecomunicaciones y de televisión de pago con licencia para prestar servicios de telecomunicaciones por cable en el País Vasco. SC es una sociedad que explota un canal de televisión por concesión administrativa, en abierto y su filial CSD explota una plataforma de televisión digital por el que emite un conjunto de programas generales o temáticos, con tecnología digital y vía satélite y, en particular, uno por el sistema pago por visión. AS no operaba ningún canal o plataforma de televisión, sino que se dedica a intervenir en el mercado de derechos audiovisuales, comprando, revendiendo o licenciando, habiéndose especializado en derechos audiovisuales deportivos y, en particular, en los relativos a los partidos de liga de la primera y segunda división y de la Copa del Rey, salvo, en cuanto a ésta, la final del campeonato. AS era titular de esos derechos como usufructuaria, en la modalidad ppv, hasta la temporada de 2005 y 2006, siendo la nuda propietaria CSD. Así, AS ostentaba en España una cuota del 100% del mercado de la adquisición de derechos de retransmisión sobre tales acontecimientos deportivos. El alto coste de adquisición de estos derechos determinaba que sólo pudieran pujar por ella los grandes grupos de televisión, con la expectativa de recuperar la inversión con las prestaciones de sus abonados, mediante el sistema *pay per view* o pago por visión (ppv).

EK había celebrado dos contratos, uno con CSD y otro con AS. Una de las cláusulas de este último contrato regulaba la contraprestación que debía pagar, estableciendo unos mínimos garantizados, los cuales se calculaban por la otra parte contratante de forma conjunta para todos los operadores de la Asociación de Operados por Cable. Como las estimaciones carecían de equidad, EK solicitó la adaptación de los mínimos a un criterio consistente en las ventas realizadas. Al no obtener satisfacción a sus reclamaciones, interesó la intervención arbitral de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, siendo partes en el procedimiento ella y SC. La Comisión emitió un laudo por el que impuso a SC la obligación de negociar con EK la adaptación del sistema de mínimos garantizados sobre las ventas reales, dando por supuesto que quedaba sin efecto la cláusula citada del contrato. AS se negó a negociar y seguía considerando vigente tal cláusula, pese al contenido del laudo. EK procede a pagar no lo resultante de la cláusula, sino las cantidades debidas conforme a los consumos de sus abonados. Por tal motivo, AS decidió dar por resuelta la relación contractual por una carta.

EK interpone demanda alegando: 1) que resultaba esencial contar con determinados contenidos de programación para obtener suscripciones de sus clientes: las películas y el fútbol; 2) que AS forma parte del grupo de empresas de SC, la cual ostenta la mayoría de los derechos de voto de aquélla; 3) que SC y AS ostentan una posición de dominio en los mercados de la televi-

sión de pago y de adquisición y venta mayorista de derechos sobre el fútbol, contrario al artículo 82 TCE. Solicita que se declare que la resolución del contrato resulta injustificada e improcedente, y la vigencia del contrato. En el escrito de contestación, AS alegó que ostentaba una identidad empresarial y jurídica distinta respecto de SC y que, además, no era una sociedad controlada por ella, particularmente en lo relativo a los derechos televisivos sobre los partidos de fútbol. En relación con el contrato celebrado con EK, afirmó: *a)* que los mínimos que establecía la cláusula controvertida fueron cuestionados por EK ante un Juzgado de Primera Instancia y su demanda fue desestimada en las dos instancias, con posterioridad a los compromisos ante la Comisión y al acuerdo del Consejo de Ministros; *b)* que ella no había sido parte en el procedimiento arbitral; *c)* que EK había incumplido el contrato, al negarse a pagar lo establecido en la cláusula del contrato y que, como causa en tal incumplimiento, decidió resolver el mismo; *d)* niega el abuso de posición dominante, afirmando la falta de afectación al comercio entre los Estados miembros. Por su parte, SC reitera las alegaciones de AS. El Juzgado de Primera Instancia declaró que AS incurrió en abuso de posición dominante, prohibido por el artículo 82 del Tratado de Ámsterdam, al resolver mediante misiva el contrato que le vincula con EK. Además, declara la vigencia de éste, sin perjuicio de la obligación de EK de satisfacer la remuneración que le incumbe en los términos del contrato. Desestimó las restantes pretensiones deducidas contra AS así como todas las ejercitadas frente a SC.

En apelación, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso interpuesto por EK y desestima plenamente el recurso interpuesto por AS. Declara que tanto SC como AS incurrieron en abuso de posición dominante. El abuso de posición dominante en el mercado de las retransmisiones televisivas de partidos de fútbol mediante el sistema de pago por visión, se afirma por el hecho de haber resuelto AS la relación contractual que le vinculaba con la demandante.

SC y AS interponen recurso de casación, alegando la infracción del artículo 82 TCE y de los artículos 1101 y 1124 CC. Las recurrentes sostienen que la justificación de la resolución contractual excluyó toda posibilidad de abuso de posición dominante, por lo que se trata de averiguar si ello es así. El Tribunal Supremo se plantea si la resolución extrajudicial por parte de AS respetó las normas reguladoras de las relaciones contractuales recíprocas, y si se acomodó a las que sancionan la interdicción del abuso de posición dominante. El Alto Tribunal declara acertada la conclusión de la AP en este sentido. La decisión de AS de resolver el contrato no estuvo justificada desde el punto de vista del derecho de la competencia, particularmente, el contenido del laudo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Es cierto que dicho laudo fue anulado por una sentencia firme. Sin embargo, ello no eliminó el efecto admonitorio de su contenido, por razón de haber sido emitido en expresión del criterio de la autoridad nacional de regulación del sector de las telecomunicaciones en España, cuya función alcanza, además de la resolución de conflictos entre operadores, la supervi-

sión de las obligaciones específicas que deben cumplir los mismos y el fomento de la competencia. Además, la resolución del contrato favoreció a la empresa SC. Por otro lado, entiende el Tribunal Supremo que, aunque la actuación calificada como abusiva tuvo lugar en España, la posición de dominio de las demandadas en el mercado de referencia, la repercusión directa de aquella sobre el régimen de determinación de precios y sobre una efectiva obstaculización de la competencia, podría alterar la estructura del mercado y afectar a las corrientes de comercio entre los Estados miembros. Es más, en la sentencia recurrida se declaró probado que SC ejercía sobre AS una efectiva dirección unitaria, no sólo por ser titular del mayor número de sus participaciones y por haber nombrado casi a todos los miembros de su órgano de administración, sino también porque había asumido ante la Comisión Europea y el Consejo de Ministros de España, unos compromisos que debía cumplir AS. En definitiva, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y confirma la sentencia de la Audiencia Provincial.

NOTA.—El artículo 2.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia prohíbe expresamente el abuso de la posición dominante. Ésta hay que entenderla como aquella situación en la que una empresa tiene la posibilidad de desarrollar un comportamiento relativamente independiente que le permite actuar en el mercado sin tener en cuenta a los proveedores, clientes o competidores. Esa explotación abusiva puede darse por parte de una o varias empresas y en todo o en parte del mercado nacional. El apartado 2 del precepto indicado señala algunas situaciones en que puede consistir el abuso: *a)* la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos —como ocurre en el caso de la sentencia reseñada—; *b)* la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores; *c)* la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; *d)* la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; *e)* la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos. No obstante, hay que señalar que el ordenamiento español no prohíbe la mera posición dominante, puesto que ésta puede ser el resultado de una correcta actividad empresarial, sino que lo prohibido es el abuso que se pretenda hacer de la misma, restringiendo la libre competencia y debilitando a los competidores, obstaculizando así la entrada de otras empresas o aplicando condiciones injustas a clientes o proveedores. Por otro lado, el Tribunal Supremo también se refiere a la facultad de resolución del artículo 1124 CC. Respecto a la misma, cabe destacar varias notas esenciales. La primera, que tal precepto establece un régimen dispositivo, por lo que las partes pueden cambiarlo, agravándolo en contra del deudor. La segunda, que cabe el ejercicio extrajudicial de esta facultad, si bien los tribunales son los competentes para determinar su procedencia cuando es impugnada. La tercera, que la resolución es un remedio excepcional frente al

incumplimiento, pues ésta no se decretará cuando los intereses de las partes puedan quedar satisfechos concediendo un nuevo plazo para cumplir. La cuarta, que cabe ejercer también, junto con esta acción, la *exceptio non adimpleti contractus* frente a la reclamación de la otra parte, pues en las obligaciones recíprocas el cumplimiento debe ser simultáneo. Además, hay que tener en cuenta los requisitos para el ejercicio de la acción de resolución: *a)* que estemos ante una obligación sinalagmática; *b)* que el incumplimiento sea de la obligación principal; *c)* que el incumplimiento sea grave, es decir, que afecte a la totalidad de la obligación o a una parte importante de la misma. (S.L.M.)

**24. Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos lesivos para el interés social: requisitos.**—La jurisprudencia ha manifestado que para la viabilidad de la impugnación de los acuerdos sociales por lesivos es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: un acuerdo que lesione los intereses de la sociedad, que la aprobación de dicho acuerdo beneficie a uno o varios socios o un tercero; y un nexo causal entre la lesión y el beneficio.

**Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos lesivos al interés social: determinación del interés social.**—La jurisprudencia considera que el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, entendidos como intereses comunes de todos los socios. Ahora bien, la defensa de los participantes minoritarios hace que los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad.

**Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos lesivos al interés social: control judicial.**—Corresponde a los empresarios la adopción de las decisiones empresariales, acertadas o no, sin que el examen del acierto intrínseco en sus aspectos económicos pueda ser fiscalizado por los Tribunales, escapa por entero al control de la jurisdicción. Sin embargo, la trascendencia económica que en las sociedades capitalistas tiene el correcto desarrollo de la vida interna, justifica que dentro de ciertos límites el Estado se inmiscuya, lo que permite el control sobre la lesividad de los acuerdos de sus órganos colegiados, pero siempre con cautela y ponderación, para no interferir en la voluntad social y en la esfera de acción reservada por la Ley y los estatutos a los órganos sociales.

**Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos lesivos al interés social: la existencia de lesión.**—No es necesario que el daño o la lesión efectivamente se haya producido, y tenga constancia materializada, ya que es suficiente que exista peligro potencial de que se ocasione, pero es necesario que se aporten pruebas objetivas suficientes de las que pueda presumirse o deducirse, en un proceso lógico normal y con racionalidad media, que se ocasionará el resultado negativo advertido y denunciado, con la mayor carga de probabilidad, toda vez que la suposición se proyecta hacia hechos futuros, que precisan del necesario apoyo en actuales y concurrentes.

**Sociedades Anónimas. Impugnación de acuerdos lesivos al interés social: beneficio para socios o terceros.**—La impugnación de los acuerdos por esta causa exige que se constate la desviación del poder de decisión de la mayoría, de tal forma que se pueda identificar que el acuerdo lesivo para los

intereses de la sociedad lo es en beneficio de alguno o varios socios, es precisamente la discriminación entre los socios lo que constituye el supuesto legal de la impugnación, o de terceros, en el bien entendido de que el requisito del beneficio de uno o varios socios, no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional. El resultado lesivo debe probarse en cuanto afecten a la sociedad misma, no bastando su mera alegación. (STS de 17 de enero de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos.]

HECHOS.—Las demandantes, en su condición de accionistas minoritarias de T., SA, impugnaron el acuerdo del Consejo de Administración que aprobó el cambio de imagen efectuado por la compañía y que supone el uso, como signo distintivo de la propiedad industrial, de la denominación T. y del gráfico y denominación A., conjuntamente por entenderlo lesivo para la compañía, en beneficio de A., que es su accionista mayoritario. El Juzgado de lo Mercantil número Cinco de Madrid desestimó íntegramente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid estimó la existencia de lesión al interés de la sociedad en beneficio del socio mayoritario y, revocó la sentencia de la primera instancia y estimó la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (N.D.L.)

**25. Sociedades de Responsabilidad Limitada. Transmisión de participaciones sociales: forma.**—Nuestro ordenamiento consagra el criterio espiritualista con el que el Ordenamiento de Alcalá reaccionó ante el formalismo de las Partidas, artículo 1278 CC. En esta línea, en el ámbito de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, el artículo 20.1 de la Ley de 1953 disponía que la transmisión de participaciones sociales se formalizará en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil, y fue modificado por la Ley 19/1989, de 25 de julio, que suprimió la inscripción de la transmisión de participaciones en el Registro Mercantil y sustituyó la exigencia de «escritura pública» por la de «documento público», que mantiene el artículo 26.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, al disponer la transmisión de las participaciones sociales, así como la constitución del derecho real de prenda sobre las mismas, deberán constar en documento público. La referida exigencia formal ha sido entendida en el sentido de que no tiene carácter esencial, *ad substantiam* o *solemnitatem*, para la perfección de la transmisión, sólo cumple la función de medio de prueba, *ad probationem*, y de oponibilidad de la transmisión a los terceros, *ad exercitium* o *utilitatem*.

**Sociedades de Responsabilidad Limitada. Transmisión de participaciones sociales: donación.**—La donación de participaciones sociales, ante la ausencia de norma especial, es aplicable el régimen jurídico general de la donación, contenido en el Código Civil y, en concreto, el propio de la que tiene por objeto bienes muebles, artículos 333 y 335, en relación con el artículo 632, todos del Código Civil, no supone la supresión de requisitos formales, ya que alternativamente ha de hacerse necesariamente por escrito, aunque sea privado, y constar en la misma forma la aceptación» y si la donación fuera verbal, realizarse con la entrega simultánea de la cosa donada.

Además, si se hace por escrito, deben constar de forma expresa los consentimientos de donar y de aceptar, ya que, en otro caso, resultará de aplicación la doctrina sentada por la jurisprudencia para la donación de inmuebles. (**STS de 5 de enero de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

**HECHOS.**—Don H donó en documento privado a su hijo don L. C. un lote de participaciones sociales, de la sociedad de responsabilidad limitada M., S.L., posteriormente don H. aporta tales participaciones sociales a la sociedad de gananciales existente entre don H. y su esposa doña E. El donatario demandante interesó que se declarase la validez de la donación y su condición de titular de las participaciones donadas. El Juzgado de primera Instancia número Cuatro de Albacete declaró la existencia de la donación; su eficacia frente a la sociedad y el derecho del demandante a los rendimientos de lo donado y la nulidad de la aportación a la sociedad de gananciales de las participaciones previamente donadas. Recurrída en apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Albacete desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (*N.D.L.*)

**26. Prohibición de actuar contra los actos propios. Admisión. Vulneración del principio de buena fe.**—Nuestro Código Civil carece de norma específica que se refiera de forma expresa a la prohibición de actuar contra los propios actos, pero la doctrina y jurisprudencia coinciden que la *regla venire contra factum proprium non valet* (no es lícito actuar contra los propios actos), constituye una manifestación del principio de buena fe que, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, impone el artículo 7 CC.

**Prohibición de actuar contra los actos propios. Requisitos.**—La jurisprudencia considera que la prohibición de actuar contra los actos propios precisa: que exista una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias; que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior; y que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables.

**Contratos. Causa: concepto.**—El concepto de causa que utiliza el Código Civil es el de «causa objetiva» abstractamente considerada, salvo los casos excepcionales en que el móvil se integra en la función objetiva del negocio jurídico, caso del móvil causalizado, el móvil subjetivo es intrascendente para el derecho, de tal forma que el móvil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio.

**Contratos. Causa: ilícita.**—El contrato precisa para ser eficaz, que la causa, además de existir, sea lícita ya que, en otro caso, como señala el artículo 1275 CC no produciría efecto alguno.

**Sociedad de responsabilidad Limitada. Transmisión de participaciones sociales: restricciones.**—La transmisión de participaciones sociales, bien que sujeta a ciertas restricciones, está expresamente permitida por la norma, al extremo de que el artículo 30.1 LSRL, hoy artículo 108 de la Ley de Sociedades de Capital, dispone que serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos, por lo que la compraventa de participaciones sociales y su causa típica, la transmisión de su titularidad propiedad a cambio de un precio

en dinero, es lícita, sin perjuicio de que en el supuesto de que la transmisión vulnere la ley o los estatutos no produzca efectos frente a la sociedad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 34 de LSRL (hoy 112 de la Ley de Sociedades de Capital) y de que los socios cuyo derecho de adquisición preferente por vía de tanteo se ha visto burlado, puedan ejercitarlo por vía de retracto. (**STS de 15 de febrero de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—La demandante G., S.L., entabló demanda contra doña M. y don E. en la que, entre otros pedimentos, solicitaba, el estricto cumplimiento del compromiso suscrito entre las partes, mediante el otorgamiento de escritura pública de compraventa de las participaciones de A., S.L. con indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. Los demandados se opusieron a tal pretensión. El Juzgado de Primera Instancia número 48 de Madrid estimó íntegramente la demanda. Recurrida en apelación, la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso y declaró probada la simulación del precio de venta de las participaciones con finalidad de eludir el derecho de adquisición preferente de los socios de A., S.L. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (*N.D.L.*)

**27. Concurso de acreedores. Calificación de culpable.**—La jurisprudencia ha declarado que hay dos criterios para describir la causa de que el concurso se califique como culpable y que, conforme al segundo, previsto en el apartado 2 del artículo 164 LC, la calificación es ajena a la producción del resultado contemplado en el apartado 1 del mismo artículo, ya que está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma de modo que la ejecución de las conductas, positivas o negativas, que se describen en los seis ordinales de la norma, determina aquella calificación por sí sola, esto es, aunque no haya generado o agravado el estado de insolvencia, por lo que, recurriendo a los conceptos tradicionales, puede decirse que el legislador describió en esta norma unos tipos de simple actividad. Y el artículo 165 no contiene un tercer criterio respecto de los dos del artículo 164, apartados 1 y 2, sino que es una norma complementaria de la del artículo 164, apartado 1.

**Sociedades Mercantiles. Cuentas anuales: error e irregularidad.**—Hay que distinguir entre error e irregularidad en que, por razón de la intencionalidad, carece de significación para la comisión del comportamiento que se describe en la norma del ordinal primero del apartado 1 del artículo 164 de la Ley 22/2003, dado que la realización del tipo que en ella se describe no exige que el sujeto agente tenga consciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él.

**Sociedades Mercantiles. Cuentas anuales: regla de uniformidad.**—Aunque las cuentas anuales están referidas a momentos y periodos de tiempo distintos, la regla de uniformidad que garantiza la razonable continuidad de los registros contables, impone dar información bastante en ellas de la vigencia de una garantía comprometida con tercero en un ejercicio anterior, tanto más si era probable que se podía traducir en el cumplimiento efectivo de una

obligación. (**STS de 16 de enero de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—El Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid declaró culpable el concurso de E.P., S.A., la causa de tal calificación fue haber cometido la sociedad deudora en su contabilidad una irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. Dicha irregularidad consistió en no figurar, en el balance ni en la memoria correspondientes a varios ejercicios, una garantía personal que E.P., S.A. había constituido, en el año dos mil uno, en beneficio de la sociedad R.C, K.K. Recurrida en apelación, la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid desestimó en lo sustancial el recurso interpuesto por E.P., S.A. y de uno de los miembros de su consejo de administración, don J. M. y confirmó la calificación del concurso como culpable. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (*N.D.L.*)

**28. Cooperativas. Plazo de prescripción prevalencia de la normativa autonómica.**—Reconocida la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma, en este caso Andalucía, en materia de cooperativas. La norma aplicable será el artículo 73.5 Ley Sociedades Cooperativas Andaluzas y no el artículo 949 CCo, como el Tribunal Constitucional ha reconocido, la supletoriedad, en la relación Derecho estatal-Derecho autonómico, opera a favor de aquél y no de este último, de manera que no cabe la pretendida norma autonómica supletoria de la estatal, siendo inconstitucional la que así lo disponga. En definitiva, existiendo norma autonómica que establece un plazo de prescripción sin efectos más allá del ámbito interno de la cooperativa andaluza, no hay razón alguna para aplicar una ley estatal que a su vez se remite a la regulación de otra ley estatal no específica ya sobre cooperativas. (**STS de 18 de enero de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La actora la sociedad cooperativa A. V. V. R. Interpuso demanda contra don A., ex presidente de su consejo rector, en la que solicita, entre otras peticiones, se condene al demandando a rendir cuentas de su gestión al frente de la sociedad cooperativa, se declare que es responsable de los daños y perjuicios causados a la misma, por haber actuado contra la sociedad cooperativa y no haber desempeñado su cargo con la diligencia debida. El Juzgado de Primera Instancia número 9 y de lo Mercantil de Córdoba desestimó la demanda. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba desestimó el recurso interpuesto. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación instada (*N.D.L.*)