

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Esther FARNÓS AMORÓS, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Carlos ORTEGA MELIÁN, Francisco Leopoldo SANTANA NAVARRO**

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

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. Vulneración del derecho al honor por inclusión en registros de morosos en supuestos de deudas dudosas.—Reiterando la doctrina contenida en sus anteriores SSTs de 5 de julio de 2004 y de 24 de abril de 2009, el Tribunal Supremo recuerda que la inclusión equivocada o errónea de datos de una persona en un registro de morosos reviste gran trascendencia por sus efectos y por las consecuencias negativas que de ello se pueden derivar hacia la misma, de modo que la conducta de quien maneja estos datos debe ser de la máxima diligencia para evitar posibles errores. Por tanto, la veracidad de la información publicada o divulgada es el parámetro que condiciona la existencia o no de una intromisión ilegítima en el derecho al honor, de manera que, de ser veraces los datos, se excluye toda alegación de vulneración de este derecho fundamental. A contrario, la inclusión en un registro de morosos, erróneamente, sin que concorra veracidad, es una intromisión ilegítima en el derecho al honor, por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que

lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación. En este sentido, resulta intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido, y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser una proyección pública, de manera que si, además, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como al negación de un préstamo hipotecario) o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de una línea de crédito) sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3 de la Ley de Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen. La Instrucción 1/1995 de la Agencia de Protección de Datos relativa a la Prestación de Servicios de Información sobre Solvencia Patrimonial y Crédito y la propia Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal descansan en principios de prudencia, ponderación y sobre todo de veracidad, lo que implica que los datos objeto de tratamiento deban ser auténticos, exactos, veraces y estar siempre actualizados, y por ello el interesado tiene derecho a ser informado de los mismos y a obtener la oportuna rectificación o cancelación en caso de error o inexactitud. En cuanto a las obligaciones dinerarias, la deuda debe ser además de vencida y exigible, cierta, en el sentido de inequívoca e indudable. Resulta asimismo necesario el previo requerimiento de pago. Por tanto, no cabe la inclusión de deudas inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio, bastando para ello que aparezca un principio de prueba documental que contradiga su existencia o certeza. En definitiva, la inclusión en los registros de morosos no puede ser utilizada por las grandes empresas para buscar obtener el cobro de las cantidades que estimen pertinentes, amparándose en el temor al descrédito personal y menoscabo de su prestigio profesional y a la denegación del acceso al sistema crediticio que supone aparecer en un fichero de morosos, evitando con tal práctica los gastos que conllevaría la iniciación del correspondiente procedimiento judicial, muchas veces superior al importe de las deudas que reclaman. Cuando la existencia y exigibilidad de las deudas es dudosa, la actuación de la entidad bancaria es abusiva y desproporcionada y supone una infracción del derecho al honor de la persona cuyo nombre se incluye en el registro de morosos. **(STS de 6 de marzo de 2013; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D.^a Luz y D. Imanol ejercitaron acción de protección del honor, la intimidad personal y la propia imagen frente a Caja de Ahorros B, derivada del hecho de que la entidad bancaria habría promovido la inclusión del nombre de los demandantes en dos registros de solvencia patrimonial de forma injustificada e indebida, ya que el cargo efectuado en la cuenta corriente de los actores era indebido, puesto que se habría cancelado anticipadamente el préstamo con garantía hipotecaria suscrito por subrogación del mismo a otra entidad financiera y dado orden de cancelación de los contratos vinculados a éste, esto es, el contrato de seguro de hogar y la cuenta corriente en la que figuraba el descubierto. Por ello, los demandantes entienden que la deuda que fue inscrita en los registros de morosos era inexistente o cuanto menos controvertida. Los actores consideraban que la inclusión en los citados registros les causó conside-

rables perjuicios económicos y morales, por lo que reclamaban la eliminación de sus datos y la indemnización por los daños y perjuicios causados, de 18.000 euros (9.000 euros para cada uno de ellos).

El Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Barcelona, en sentencia de 22 de julio de 2009, desestimó la demanda, por entender que no puede considerarse que la inclusión de esos datos se produjese por un crédito no debido o que la entidad bancaria incumpliese los requisitos exigidos por la ley previa cesión de los datos para tal publicación.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 16.^a) de 19 de enero de 2011 desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y confirmó la sentencia apelada. Entiende que la concertación de un préstamo hipotecario, la apertura de una cuenta corriente y la concertación de un seguro de hogar con una compañía perteneciente al mismo grupo empresarial que Caja de Ahorros B integran tres negocios jurídicos diferentes, vinculados entre sí, pero cuyas vicisitudes operan autónomamente, por lo que la extinción del crédito hipotecario de Caja de Ahorros B, por subrogación del mismo a favor del Banco S, no habría de ocasionar de modo automático la extinción de los dos productos asociados.

Contra esta sentencia sólo la demandante D.^a Luz interpone recurso de casación, reiterando los motivos alegados en las dos instancias anteriores. El Tribunal Supremo estima parcialmente dicho recurso, por lo que recova la sentencia dictada en primera instancia y estima parte de la demanda interpuesta. Entiende que los presupuestos de la certeza del descubierto y de la exigibilidad de la deuda son, cuanto menos, dudosos, al haberse probado la cancelación de la operación principal –el préstamo hipotecario– y existir, por ello, la duda de si debían considerarse subsistentes el resto de negocios jurídicos. Tras calificar la actuación de la demandada como abusiva y desproporcionada, el Tribunal Supremo aprecia la existencia de una vulneración del derecho al honor de la recurrente, condenando a la entidad a abonarle 9.000 euros, en concepto de indemnización por los daños morales causados, y a cesar inmediatamente en tal intromisión, realizando lo necesario para eliminar los datos referentes a los demandantes en los registros de morosos y notificando la cancelación a todas las personas a quienes se hubieren comunicado o cedido los mismos.

NOTA.–Resulta ciertamente interesante el uso que el Tribunal Supremo hace tanto de su STS, Sala 3.^a, de 15 de julio de 2010, sobre la interpretación de los requisitos exigidos por el artículo 38 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal como de la Instrucción 1/1995 de la Agencia de Protección de Datos, relativa a la Prestación de Servicios de Información sobre Solvencia Patrimonial y Crédito. Según la Norma primera de esta Instrucción, la inclusión de los datos de carácter personal en los ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias debe efectuarse solamente cuando concurren los siguientes requisitos: a) la existencia pre-

via de una deuda cierta, vencida y exigible, que haya resultado impagada; *b*) el requerimiento previo de pago a quien corresponda, en su caso, el cumplimiento de la obligación; *c*) la constatación de la concurrencia de estos requisitos por parte de acreedor o de quien actué por su cuenta antes de notificar al responsable del fichero de morosos los datos que vayan a ser incluidos en dicho fichero. A pesar de haberse adoptado bajo la vigencia de la LO 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, esta instrucción continúa en vigor y es frecuentemente citada en las numerosas sentencias dictadas en la materia. (*G. M. A.*)

2. Derecho a la intimidad personal y a la propia imagen de menores de edad y libertad de información.—El Tribunal Supremo reitera la jurisprudencia constitucional que para la captación y difusión de fotografías de menores de edad en medios de comunicación social exige una protección especial, en beneficio de su interés superior. Así, ni existe un interés público en la captación o difusión de fotografías que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a su propia imagen, pues este derecho fundamental del menor «viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el artículo 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz» (SSTC de 24 de mayo de 1999 y 30 de junio de 2003). La prevalencia del derecho a la libre información (art. 20.1, letra *d* CE), que en caso de fotografías tomadas a mayores de edad llevaría al examen de las circunstancias concretas del caso para examinar su primacía frente al derecho a la propia imagen del afectado (art. 18.1 CE), no puede defenderse, sin embargo, respecto de menores de edad. En consecuencia, ni la proyección pública de los demandantes, ni el interés informativo suscitado por su persona o por los hechos, ni el carácter público del lugar en que se tomaron las fotografías, son datos que deban ser valorados para la aplicación de la excepción del apartado *b*) del artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, puesto que la intromisión ilegítima se produce en virtud del artículo 4 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, además, no existe consentimiento que la legitime (art. 2, apartados 2 y 3, LO 1/1982). El pixelado parcial de los rostros de los menores tampoco excluye el carácter ilegítimo de la intromisión cuando la técnica se aplica de manera ineficaz e insuficiente para hacer irreconocibles sus rasgos. Por lo que respecta a la cuantía de la indemnización, la Sala reitera la doctrina jurisprudencial según la cual la fijación de la cuantía no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, solo susceptible de revisión, por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una clara desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación del *quantum* (entre otras, las SSTS de 19 de octubre de 1990, 15 de diciembre de 1994, 23 de noviembre de 1999, 3 de febrero de 2004 y 21 de diciembre de 2006). (**STS de 18 de febrero de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—José Carlos, en su propio nombre y en el de sus hijos menores de edad Custodia y Narciso, demandó a H. F., S. A. por intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen suyos y de sus hijos, solicitando una indemnización de 150.000 euros. La vulneración de tales derechos habría estado causada por la publicación, el 16 de enero de 2008, en la portada y en el interior del número 2.943 de una revista propiedad de la demandada, de unas fotografías del actor y sus dos hijos en una playa de Kenia, tomadas con teleobjetivo poco tiempo después de la separación del actor y la madre de los menores.

En su sentencia de 8 de mayo de 2009, el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid desestima la demanda interpuesta por José Carlos en su propio nombre y estima en parte la interpuesta en nombre y representación de sus hijos, por lo que condena a la demandada al pago de 20.000 euros. La actora, únicamente en lo relativo al importe de la indemnización, y la demandada interponen sendos recursos de apelación que son desestimados por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.^a, por sentencia de 23 de diciembre de 2010.

Actor y demandada interponen sendos recursos de casación que el Tribunal Supremo desestima, confirmando íntegramente la sentencia recurrida. El actor se basa en la inexistencia, en la resolución recurrida, de un equilibrio lógico entre la lesión producida y la indemnización concedida, existiendo a su entender una grave desproporción, por cuanto afecta a menores de edad. La demandada alega, en primer lugar, que los menores pertenecen a una familia conocida en España, que habían sido presentados en sociedad desde su nacimiento de forma voluntariamente consentida por el actor y que se encontraban en un lugar público cuando se tomaron las fotografías, por lo que debía primar el derecho a la información. En segundo lugar, argumenta que no puede existir intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de los menores si, como sucedió, su imagen se publicó pixelada, otros medios de comunicación habían publicado con anterioridad imágenes similares de los mismos y las imágenes no reflejaban un momento especialmente íntimo sino familiar que, además, no había sido reservado con anterioridad a la prensa. El Tribunal Supremo desestima cada uno de los motivos invocados por las partes y, en aplicación de la doctrina constitucional, considera que la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información no puede mantenerse cuando los derechos vulnerados afectan a menores de edad, lo que hace innecesario recurrir al examen de las circunstancias concretas del caso. La primacía del interés superior del menor convierte en irrelevante el posible interés público de las imágenes captadas, sin que resulte excluyente que éstas fueran parcialmente pixeladas, puesto que la técnica se aplicó de manera ineficaz e insuficiente y los rostros de los menores resultaban reconocibles. Respecto de la indemnización, el Tribunal Supremo mantiene la valoración confirmada por la sentencia recurrida puesto que la Audiencia ya había tenido en cuenta la ausencia de datos sobre la difusión del medio y sobre el beneficio obtenido por el causante de la lesión, la ausencia de otro parámetro cuantificable para deducir otra cantidad y la falta de gravedad de la lesión.

NOTA.—Sobre la protección especial del derecho a la propia imagen de menores ya se habían pronunciado, entre otras, la STC de 29 de junio de 2009 (RTC 2009\158) y las SSTs de 19 de noviembre de 2008 (RJ 2008\6055), 17 de junio de 2009 (RJ 2009\3403), 31 de mayo de 2010 (RJ 2010\213420) y 26 de marzo de 2012 (RJ 2012\8850), esta última reseñada por Andrea Macía Morillo, en el LXVI-IV (octubre 2013) del ADC. La STS de 25 de febrero de 2009 (RJ 2009\2788), que reitera esta misma línea, aclara que la condición de personaje público de los progenitores no se extiende sistemáticamente a sus hijos menores de edad. Más recientemente la STS de 17 de diciembre de 2013 (RJ 2013\8055) reitera la misma doctrina en relación con el reportaje sobre un menor, de 17 años de edad, que se acompañaba de una imagen del mismo recuperándose en el gimnasio de un hospital de lesiones medulares sufridas tras un accidente automovilístico. Según el Tribunal Supremo, la emisión de la imagen del menor era innecesaria dentro de la información facilitada a través del referido reportaje, que pudo emitirse perfectamente sin ella o pixelando su rostro e impidiendo su identificación. Una lectura crítica de esta línea jurisprudencial puede encontrarse en P. Salvador Coderch, A. Rubí Puig, P. Ramírez Silva, «Imágenes veladas. Libertad de información, derecho a la propia imagen y autocensura de los medios», *InDret* núm. 1/2011. Acerca de este tema también pueden consultarse los trabajos de E. Torres-Dulce Lifante, «Imágenes de menores y libertad de información», *La Ley* núm. 7241/2009; M. I. De La Iglesia Monje, «Los menores y el derecho a la imagen», *RCDI* núm. 723/2011; J. R. De Verda y Beaumont, E. Soriano Martínez, «La protección del derecho a la imagen de menores e incapaces», en *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, J. R. De Verda y Beaumont, 2011, Thomson-Reuters; A. Paños Pérez, «El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor (1)», *Actualidad Civil* núm. 8/2012; y P. Chaparro Matamoros, «El derecho a la propia imagen. Especial referencia a los menores de edad», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10/2014 (BIB 2013\2445). (*E. F. A.*)

3. Ámbito de aplicación de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE).—La citada Ley viene de la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva 2000/31/CE. Según el artículo 2 LSSICE, la norma se aplicará a los servicios establecidos en España. El establecimiento se hace coincidir con la residencia o domicilio social en España, cuando en éste se encuentra la gestión y dirección de su actividad. Sin embargo, la Ley también es de aplicación para los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado, con establecimiento permanente en territorio español, definiendo éste como la disposición en España, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad.

Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.—El artículo 13.1 LSSICE establece que los prestadores de servicios estarán sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esa Ley, determinándose la responsabilidad por el ejercicio de actividades

de intermediación por los artículos siguientes. El Anexo de esa norma señala que *«son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros, y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet»*.

No obstante, en los artículos 15 y siguientes LSSICE se recogen los requisitos necesarios para exonerar de responsabilidad a los prestadores de servicios que realicen copia temporal de datos, alojamiento o almacenamiento de los mismos o faciliten enlaces. Entre ellos se encuentra el «conocimiento efectivo», que se define en los artículos 16 y 17 LSSICE. Un prestador de servicios quedará exento de responsabilidad cuando tenga conocimiento efectivo de la ilicitud de los datos a los que enlaza o que tiene almacenados. Dicho conocimiento se tiene *«cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse»*. Ahora bien, el Tribunal Supremo ha declarado que tal requisito se cumple no sólo en el supuesto anterior, incluido en el artículo 16 LSSICE, sino que se incluyen también otros medios de conocimiento efectivo (por ejemplo: el conocimiento obtenido por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para obtener, mediatamente o por inferencias lógicas, una aprehensión efectiva de la realidad de que se trate o hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito).

El TJUE ha exigido, además, para que el prestador de un servicio de referenciación en Internet sea considerado responsable, que desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados (STJUE de 23 de marzo de 2010). Si tuviera un papel pasivo (por ejemplo: almacenando datos a petición de un anunciante), no será responsable, salvo que, tras llegar a su conocimiento la ilicitud de esos datos o de las actividades del anunciante, no actúe con prontitud para retirarlos o no impida el acceso a los mismos.

Por otro lado, no cabe exigir a un prestador de servicios de alojamiento de datos que establezca sistemas de filtrado para bloquear la transmisión de archivos, incluso aunque éstos vulneren los derechos de autor. En la medida en que tales sistemas no pueden distinguir entre contenidos lícitos e ilícitos, su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito. Lo contrario vulneraría la libertad de información y sería contrario a la normativa comunitaria, tal como ha declarado el TJUE en una sentencia de 16 de febrero de 2012. (**STS de 4 de marzo de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—B interpuso demanda de protección de su honor contra *Google Inc.* y contra su director ejecutivo. La conducta que se les imputa era el permitir el enlace a las páginas web de T5, PRN y LPI, que contenían artículos en los que se hacía referencia a B como implicado en la denominada «Operación Malaya». B se dirigió en diversas ocasiones a la demandada solicitando la retirada de determinados contenidos por su falsedad. En un determinado

momento, se les informa de la existencia de un procedimiento judicial en marcha y, posteriormente, se remite por fax una carta dirigida a la directora de *Google Spain*, comunicándole que una resolución judicial había determinado que la información de PRN era falsa y que su autor había sido condenado a pagar una indemnización y a rectificar.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda aplicando el artículo 17 LSSICE. Consideró que los demandados no eran responsables porque no existía resolución de órgano competente que declarara la ilicitud de la información y, por tanto, no tenía conocimiento efectivo de la misma, por lo que no le era exigible a *Google* ninguna diligencia de retirar la información.

La Audiencia Provincial confirmó la resolución anterior, desestimando el recurso de apelación. Declaró aplicable la LSSICE desde la perspectiva territorial, al operar la demandada en España a través de una oficina permanente. Aplicó también la exoneración de responsabilidad del artículo 17 LSSICE, basándose en los siguientes motivos: 1) *Google* se limitaba a ser un prestador de servicios en una red de comunicaciones; 2) no había actuado de forma negligente al no retirar los contenidos, ante las comunicaciones remitidas por el demandante, pues no se le había remitido copia de la resolución judicial señalada.

El actor plantea recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Alega, en primer lugar, la no aplicación subjetiva de la LSSICE a *Google Inc.*, por tener su domicilio en Estados Unidos. El Alto Tribunal desestima este motivo al entender que la aplicación de la LSSICE es correcta, en la medida en que *Google Inc.* dispone, conforme al artículo 2 LSSICE, de una oficina de ventas en España, es decir, dispone aquí de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realiza toda o parte de su actividad.

En segundo lugar, alega el recurrente la indebida aplicación del artículo 17 LSSICE, pues la demandada tuvo conocimiento efectivo de la ilicitud de la información y no actuó con la diligencia debida. El Tribunal Supremo afirma que de los hechos acreditados no puede inferirse de forma lógica que la información era falsa ni tampoco que se revelara de su contenido su carácter ilícito. No es suficiente, a estos efectos, para entender responsable a *Google*: 1) que la persona ofendida se haya dirigido a ella solicitando la retirada de la información; 2) que se pusiera en conocimiento de la demandada el inicio de acciones civiles ni la carta comunicando la existencia de una resolución judicial, pues no se remitía copia de la misma. Además, los términos de la carta remitida a la demandada no eran ciertos, pues esa resolución judicial no determinó la falsedad de la información, ni condenó a pagar ni a rectificar al demandado, al consistir en un auto de homologación. En definitiva, el Tribunal Supremo no aprecia vulneración del artículo 17 LSSICE.

Finalmente, el recurrente alegó la infracción del artículo 7.7 de la LO 1/1982, que establece, como intromisiones ilegítimas, la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que, de cualquier modo, lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. El Tribunal Supremo desestima igualmente este

motivo con la misma argumentación del motivo anterior, dada la falta de conocimiento efectivo de la ilicitud de la información.

NOTA.—Poco más de un año después de la sentencia aquí reseñada nos encontramos con la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014 sobre el llamado «derecho al olvido». Se trataba de un supuesto similar. Un señor presenta una reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos contra *La Vanguardia*, *Google Spain* y *Google Inc.*, porque cuando introducía su nombre en el motor de búsqueda de *Google*, aparecían enlaces que llevaban a sendas páginas del periódico señalado, de 19 de enero y 9 de marzo de 1998, donde figuraba un anuncio de una subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas con la Seguridad Social, que mencionaba el nombre del reclamante. Se solicitaba la eliminación de la información de las citadas páginas web y que eliminaran sus datos personales para que dejaran de incluirse en sus resultados de búsqueda y dejaran de estar ligados a los enlaces, en la medida en que el embargo estaba resuelto desde hacía años y carecía de relevancia en ese momento. La AEPD estimó la reclamación contra *Google* y ésta interpone recurso ante la Audiencia Nacional, que es la que plantea la cuestión prejudicial ante el TJUE. Éste señaló lo siguiente: *a)* la actividad del buscador, consistente en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla automáticamente y ponerla a disposición de los internautas debe calificarse de tratamiento de datos personales, conforme al artículo 2.b) de la Directiva 95/46/CE, por lo que el buscador es responsable de dicho tratamiento; *b)* el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, enlaces a páginas web publicadas por terceros y que contengan información de esa persona, incluso aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita [arts. 12.b y 14.1.ªa) de la Directiva 95/46/CE]; *c)* el derecho del afectado a que su información personal no aparezca vinculada a su nombre en una lista de resultados prevalece sobre el interés económico del motor de búsqueda y sobre el interés del público en acceder a dicha información, salvo que el derecho de acceso a la misma del público prevalezca y quede justificada la injerencia en sus derechos fundamentales por desempeñar el interesado un papel importante en la vida pública. Tras esta sentencia, *Google* ha puesto a disposición de sus usuarios un formulario para solicitar la eliminación de sus datos personales en el motor de búsqueda. (*S. L. M.*)

4. Protección del derecho al honor e intimidad personal. Pluralidad de responsables. Obligación solidaria. La obligación *in solidum* no permite obtener diferentes reparaciones a cargo de los distintos responsables, sino una sola cuya satisfacción puede exigir a cualquiera de ellos.—En materia de derechos fundamentales, la obligación de responder por los daños causados por más de un agente, debe ser calificada como obligación solidaria o *in solidum* (STS de 31 de mayo de 2011). Esta clase de obligaciones solo pueden ejecutarse una sola vez. En este sentido, el principio

indemnizatorio se opone a que una persona que ha recibido la reparación íntegra de su perjuicio pueda, por segunda vez, obtener una nueva reparación. Ya que la concurrencia de dos o más autores en la producción del daño, o de dos o más personas en el deber de atendimiento de su reparación, naturalmente no conlleva una multiplicación de reparaciones o un acrecentamiento del cuántum realmente satisfactorio, sino que lo único que sucede es que se multiplican o acrecientan las posibilidades del lesionado de cara a su íntegra satisfacción. En el caso en cuestión, la demandante perjudicada pudo entablar un nuevo pleito y dirigirse contra otro de los sujetos causantes de la lesión, pero sólo para pedir que se declarase a este otro demandado responsable solidario respecto de la condena ya dictada, y no para solicitar una nueva y distinta indemnización, ya que en otro caso se multiplicaría indebidamente la indemnización por los mismos hechos. (**STS de 7 de marzo de 2013**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Doña J. promovió demanda de protección del derecho al honor e intimidad contra las mercantiles GT, S. A. y AE, S. L. por las declaraciones y comentarios que se hicieron sobre ella y su vida privada durante varios días en un programa de máxima audiencia nacional, al contener informaciones falsas y revelándose datos íntimos de su vida personal, transmitiendo una visión injustamente denigrante y negativa de la misma. En dicho proceso se reservó acción para demandar a uno de sus contertulios en un nuevo juicio. Seguidos por sus trámites, se estimó parcialmente la demanda y se condenó solidariamente a los demandados al abono de 24.000 €. Doña J. promovió asimismo igual acción en otro procedimiento contra don B. (respecto del que se había reservado el ejercicio de la acción civil), reclamando el abono de una nueva indemnización. Tanto el Juzgado como la Audiencia de Madrid estimaron parcialmente esta otra demanda y condenaron a don B. al pago de 9.000 €. El Tribunal Supremo acogió el recurso de casación interpuesto por el demandado al estimar que los hechos y la causa petendi en ambos procesos era idéntica, aunque fueran distintos los demandados, quienes estaban ligados por un vínculo de solidaridad. (*F. L. S. N.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

5. Compraventa de viviendas: Los elementos comunes que constan en el folleto publicitario forman parte del contrato.—La publicidad sobre un objeto, sobre todo si es un objeto aún no existente, forma parte esencial de la oferta, como se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el artículo 8 de la LGDCU de 1984, y origina responsabilidad del oferente. En este sentido, artículos 1096, 1101, 1256 y 1258 CC (STS de 3 de julio de 1993. En sentido análogo, STS de 8 de noviembre de 1993).

La STS de 15 de marzo de 2010, en estos términos, impone a quienes ofertan, promocionan o publicitan con fines de venta de viviendas el cumplimiento de determinadas obligaciones en orden a clarificar y concretar los términos de su prestación a fin de que el comprador tenga una representación cabal de lo que va a adquirir, lo que se obtiene del documento contractual y de otros que, fuera de él, debe entenderse que lo completan, integrando todo

ello el contenido negocial en los términos establecidos en el artículo 1285 CC. Es el caso de los planos, descripciones constructivas e incluso folletos publicitarios, indicando que a esta finalidad respondió el RD 515/1989 sobre Protección de los Consumidores, en concreto los artículos 3 y 4, y la LGDCU de 1984, artículo 13.2.

Los datos, características y condiciones que se incluyan en la publicidad serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado.—Así el artículo 3.2 del RD 515/1989, de 21 abril, sobre protección de los consumidores, en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamientos de viviendas. Norma que es coincidente con la LGDCU, tanto la de 1984, como la del Texto Refundido de 2007. Y es concordante con las normas del Código civil sobre autonomía de la voluntad y eficacia de los contratos, ya que disponen la obligatoriedad de lo pactado contractualmente (*pacta sunt servanda*, art. 1091 CC) y lo que aquí se valora es que el contrato —lo pactado en él— no sólo en su texto, sino lo que se ha ofrecido en la publicidad. (STS 28 de febrero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Los propietarios de varias Comunidades demandaron a la entidad mercantil a la que habían comprado sus respectivas viviendas exigiendo la indemnización del perjuicio causado, al ser de cuenta de la vendedora la ejecución de la urbanización de la que forman parte cada una de las viviendas. El planeamiento urbanístico de la zona expresamente impedía que el lugar donde el folleto publicitario colocaba la piscina, pista de pádel y club deportivo fueran de titularidad privada. Sin embargo, en el folleto publicitario de la promoción constaba expresamente que los adquirentes recibirían dentro de los elementos comunes la piscina, pista de pádel y club deportivo. Estos elementos no se entregaron en propiedad, lo que motivó la demanda de los actores.

El Juzgado estimó la demanda aunque moderó la indemnización. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia apreciando íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la demandada. (F. L. S. N.)

6. Arrendamiento financiero o *leasing* y nacimiento de obligaciones recíprocas. Calificación de los créditos derivados de las cuotas devengadas tras la declaración de concurso.—El Tribunal Supremo declara en esta sentencia que para que el crédito contractual contra el concursado pueda ser calificado como crédito contra la masa en los términos del artículo 84.2.6.º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, es necesario, conforme a su artículo 61.2, que derive de un contrato con obligaciones recíprocas que estén pendientes de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso. En consecuencia, se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes cumplió su prestación antes de aquella declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal. La razón de ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las que por su estructura original no eran recíprocas. Por lo que respecta al contrato de arrendamiento financiero en particular, éste genera obligaciones recíprocas aunque el valor de las prestaciones no sea equivalente, pues en la renta se

incluyen conceptos ajenos al uso. El cesionario del uso de la cosa ostenta un derecho de crédito contra la entidad financiera que le faculta a usar y que tiene como correlato la obligación de ésta de prestarle ese uso, más allá de la mera entrega y durante el tiempo de vigencia de esa relación. Para determinar si la relación jurídica nacida del contrato de arrendamiento financiero sigue funcionando como sinalagmática después de declarado el concurso, por estar pendientes de cumplimiento obligaciones recíprocas a cargo de las dos partes, habrá que atender a lo válidamente pactado y en defecto de pacto al contenido natural del contrato. **(STS de 12 de febrero de 2013;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En 2006 la entidad mercantil B, S. L. suscribió dos contratos de arrendamiento financiero con el Banco A, S. A. El 20 de octubre de 2009, vigentes los contratos, B, S. L. fue declarada en concurso voluntario de acreedores. Su administración concursal atribuyó a los importes de las cuotas vencidas e impagadas antes y después de la declaración de concurso la condición de créditos concursales con privilegio especial y no incluyó las cuotas correspondientes a vencimientos posteriores al concurso en la relación de créditos contra la masa. El Banco A, S. A. promovió incidente concursal contra B, S. L. y su administración concursal, al entender que el crédito de que era titular no estaba incluido entre los créditos contra la masa.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, en sentencia de 22 de junio de 2010, desestima la demanda al entender que el artículo 90.1.4.º LC contiene una norma de calificación de los créditos de arrendamiento financiero que no distingue entre las cuotas anteriores y las posteriores a la declaración del concurso. La Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15.ª, en su sentencia de 26 de abril de 2011, desestima el recurso interpuesto por el Banco A, S. A. y confirma la sentencia recurrida, al considerar que una vez perfeccionado el contrato mediante la puesta a disposición del bien, por parte del banco, a favor de la compañía arrendataria B, S. L., tan sólo estaban pendiente de cumplimiento las obligaciones de pago de las cuotas convenidas por parte de esta última.

El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el Banco A, S. A. y confirma la sentencia de la Audiencia. Respecto del recurso de casación, que es el que presenta un mayor interés para el fondo del asunto, el Tribunal Supremo reitera la doctrina de la Sala según la cual la reciprocidad de obligaciones exige que cada una de las partes sea simultáneamente acreedora y deudora de la otra y que cada una de las obligaciones sea contrapartida, contravalor o contraprestación por depender la una de la otra, aunque no exista equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Ahora bien, en el caso del arrendamiento financiero la realidad demuestra que es frecuente que la finalidad práctica perseguida por la arrendataria se centre en los aspectos financieros y en las ventajas tributarias que para ella supone acudir al mismo como fórmula para optar a la adquisición de los bienes arrendados. Al primar su interés en la adquisición del bien

mediante el ejercicio del derecho de opción por un precio residual, sobre el de la utilización por el tiempo pactado, la arrendadora puede en ocasiones desvincularse de las obligaciones clásicas que le impone el Código civil. En consecuencia, y dado que las partes convinieron que el Banco A, S. A. ya había cumplido todas sus obligaciones, salvo la de entrega de la titularidad del bien en caso de ejercicio de la opción de compra por la compañía B, S. L., una vez perfeccionado el contrato tan sólo estaban pendiente de cumplimiento las obligaciones de pago del arrendatario, esencialmente de las cuotas en las que se convino el fraccionamiento de pago.

NOTA.—Sobre la imposibilidad de calificar de créditos contra la masa los posteriores a la declaración de concurso cuando sólo el arrendador financiero ha cumplido íntegramente la prestación, dada la pérdida de reciprocidad de la obligación, se han pronunciado también las SSTs de 19 de febrero de 2013 (RJ 2013\2568), 11 de julio de 2013 (RJ 2013\5198), 11 de febrero de 2014 (RJ 2014\1087) y 24 de marzo de 2014 (RJ 2014\1756). La primera de ellas establece, además, que la existencia de cláusulas contractuales que liberan a la entidad arrendadora del saneamiento por evicción y vicios ocultos, así como de la obligación de hacer reparaciones, no impiden calificar el crédito como de concursal una vez declarado el concurso, dado que la obligación de abstenerse de perturbar la posesión no constituye más que un deber de conducta general, implícito en el *pacta sunt servanda* una vez cumplida la entrada e insuficiente, por sí solo, para atribuir al crédito de la arrendadora el tratamiento de crédito privilegiado. (E. F. A.)

7. Acción pauliana y concurso de acreedores: Legitimación de la Sindicatura.—La Sindicatura de un concurso de acreedores iniciado antes de la vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal está legitimada para el ejercicio de la acción pauliana, si atendemos a que la vigente legislación da como pauta de actuación a los jueces y tribunales la de poner las normas derogadas «en relación con las del concurso regulado por ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad» (disposición adicional primera LC). (STS de 18 de abril de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Habiéndose realizado un acuerdo transaccional entre las codemandadas (una empresa y una particular que actuaba en interés de otra empresa), la sindicatura del concurso de acreedores de la particular mencionada y su marido solicitó la rescisión de dicho acuerdo por haber sido realizado en fraude de acreedores. Las codemandadas alegaron la falta de legitimación activa de la demandante. En Primera Instancia se estimó la excepción formulada, sin entrar en el fondo del asunto, por entender que la acción pauliana sólo puede ser ejercitada por el acreedor individual afectado y en nombre propio, no pudiendo hacerlo los síndicos. La Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso interpuesto por la sindicatura del concurso, alegando que la jurisprudencia distingue entre las acciones revocatorias ordinarias y las acciones revocatorias concursales, y que sólo estas últimas pueden ser ejerci-

tadas por los síndicos. En casación, la Sindicatura alegó un único motivo, la infracción de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 1218 LEC 1881) en relación con el artículo 1111 CC. El concurso había sido instado antes de la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El Tribunal Supremo casó la sentencia y declaró que la Sindicatura está legitimada para el ejercicio de la acción.

NOTA.—El Tribunal Supremo hace una interpretación de la legislación derogada conforme a los criterios de la vigente legislación concursal y admite la legitimación para el ejercicio de la acción pauliana por parte de la Sindicatura alegando que en la antigua legislación nada se decía al respecto mientras que en la vigente no sólo se regula la revocatoria concursal, sino que expresamente se dice que es compatible con el ejercicio de otras acciones de impugnación de los actos del deudor (entre las que se considera que se encuentra la acción pauliana al no existir razón para excluirla) y que la legitimación en este caso corresponderá a la administración concursal salvo cuando los acreedores insten por escrito el ejercicio de la acción a la Sindicatura del concurso y ésta no lo hiciere en el plazo de dos meses desde dicho requerimiento (art. 72 LC). (C. J. D.)

8. Contrato de obra. Novación extintiva: no se presume.—El efecto novatorio, en sentido propio o extintivo, depende de la voluntad de los contratantes, esto es, de la concurrencia de un *animus novandi* (SSTS de 27 de diciembre de 1980, 26 de mayo de 1981, 7 de junio de 1982 y de 14 de noviembre de 1990, entre otras), que puede exteriorizarse de modo expreso o tácito (STS de 4 de abril de 2011). En todo caso, la voluntad de novar no se presume (SSTS de 4 de abril y 8 de julio de 2011), sino que ha de ser comprobada por medio de la interpretación (SSTS de 6 de febrero y 14 de diciembre de 2006).

Cláusula penal: cuándo no se permite su moderación.—No se permite moderar la cláusula penal cuando está expresamente prevista para el incumplimiento parcial o para el cumplimiento deficiente o retardado (STS de 17 de enero de 2012).

La previsión contenida en el artículo 1154 CC descarta el uso de la potestad judicial moderadora de la pena convencional si tal incumplimiento parcial o defectuoso hubiera sido el pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, ya que entonces se debe estar a lo acordado por las partes (SSTS de 1 de junio de 2009, 1 de octubre de 2010 y 17 de enero de 2012). (STS 19 de febrero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Con fecha 18 de septiembre de 1997 se suscribió un contrato de obra para la construcción de un edificio entre una promotora y una constructora, con suministro de materiales y con precios de obra fijos y cerrados que formaron parte del contrato. El plazo de ejecución se estableció en 18 meses. Quedó probado que se desarrollaron trabajos superiores a los previstos inicialmente en el proyecto, excesos que en parte fueron imputables a la constructora por apartarse del proyecto, y también a los técnicos de la promo-

tora por su escasa vigilancia en las tareas que en este apartado se estaban ejecutando deficientemente.

El Juzgado estimó parcialmente la acción de la constructora al entender que la demandada había incumplido su obligación de pago de la obra realmente ejecutada. Igualmente estimó parcialmente la reconvenición al considerar que se habían producido 117 días naturales de retraso, de acuerdo con una cláusula penal que recogía el contrato. La Audiencia apreció parcialmente los recursos de apelación interpuestos por las partes, al rebajar la cantidad a pagar por la promotora y ampliar los días de retraso de la constructora. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la constructora.

NOTA.—El elemento esencial de la novación es el *animus novandi*. Las partes son libres para construir un caso concreto en la forma que consideren conveniente. La clave para determinar si se ha querido extinguir o no está por tanto en el *animus novandi* probado, o en el *animus novandi* presumido de la incompatibilidad entre las obligaciones.

El artículo 1154 CC no permite reducir o moderar una pena convencional porque sea excesiva, ya que éste es tema que pertenece a la autonomía de la voluntad de las partes. Sólo la modera cuando, prevenida para el incumplimiento total, el incumplimiento es parcial o irregular [vid. Díez-Picazo L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* II (Madrid 2008) p. 468]. (I. D.-L.)

9. Contrato de compraventa. Plazo de entrega: basta su determinabilidad para la validez del contrato.—Nuestro Código civil, artículos 1.261 en relación con los artículos 1.271, 1.272 y 1.273, establece la determinación del objeto del contrato como un presupuesto de la validez del mismo. Pero también, y en esta misma línea, la interpretación de los citados preceptos permite concluir que dicho presupuesto se considera cumplido tanto si el objeto se encuentra absolutamente determinado en todos sus extremos, como si su concreción se produce conforme a criterios de determinabilidad que operan dicho resultado sin necesidad de subsanación o de un nuevo convenio.

Condiciones generales de la contratación: control de transparencia, definición y alcance.—El control de transparencia, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

El aval en garantía de la Ley 57/1968, de 27 de julio: imbricación en la estructura contractual y régimen de aplicación.—Los avals o garantías de las cantidades entregadas a cuenta, ley 57/1968, de 27 julio, están configurados una obligación legal, de carácter esencial, que atañe o compete al vendedor de la vivienda en proyecto o en construcción. Su tipicidad, conforme a la naturaleza del contrato de compraventa, se imbrica en el funcionamiento de la reciprocidad obligacional tendente a garantizar el cumplimiento del contrato;

construcción de la vivienda y pago de la misma. En el plano de su régimen de aplicación, por mor de la tipicidad expuesta, cabe diferenciar dos supuestos. En la fase de pendencia de la obra proyectada, o en su construcción, el aval opera como una propia obligación bilateral, de forma que el futuro adquirente puede tanto oponer una excepción a la entrega de la cantidad anticipada, si éste no se otorga, como proceder a la resolución del contrato si entregada o dispuesta dicha cantidad el vendedor se niega a otorgar el preceptivo aval. En este sentido, el aval viene a constituir la causa de la obligación de entregar de la cantidad y viceversa (art. 1274 CC). Todo ello, conforme al principio de buena fe contractual y su proyección con la doctrina de los actos propios. En la fase de realización de la prestación, construcción terminada de la vivienda, si la obligación del aval no ha resultado exigida por el adquirente su constitución carece de sentido pues con la entrega o puesta a disposición de la vivienda su función se reconduce al ámbito propio del cumplimiento o incumplimiento contractual.

Supuestos en los que el retraso en el cumplimiento de entrega de la cosa no justifica la resolución del contrato.—El mero retraso puede considerarse no resolutorio cuando el término no fue configurado como esencial, no se frustra la finalidad del contrato y el cumplimiento tardío sigue siendo útil e idóneo para la satisfacción de los intereses.

La excepción de contrato no cumplido no puede fundamentar la pretensión de resolución del contrato.—La aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, como derecho o facultad dispuesto para poder rechazar el cumplimiento de una obligación que no se ajusta la ejecución del programa de la prestación previsto, no se extiende o ampara aquellas pretensiones cuya causa de pedir gravita en el incumplimiento propiamente dicho de la obligación, cuestión que ocurre cuando se pretende que el término esencial del plazo comporte el incumplimiento resolutorio del contrato. (STS de 11 de abril de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—El litigio trae causa de un contrato privado de compraventa de dos viviendas en construcción. Las cuestiones, principales del pleito versan sobre la determinabilidad del plazo de entrega de las viviendas compradas como requisito objetivo del contrato y, en su caso, su carácter esencial en orden a fundar el incumplimiento del vendedor; todo ello apoyado, además, en legislación autonómica y sectorial: Ley 8/2004, de 20 octubre, de la Generalitat Valenciana, de la Vivienda, Real Decreto 515/1989, de 21 abril, sobre protección de los consumidores en la compraventa de viviendas, así como la Ley 57/1968, de 27 julio, sobre garantías de las cantidades entregadas a cuenta. En ese contexto, la parte compradora instó la condena de la vendedora al reintegro y pago de las cantidades entregadas a cuenta y subsidiariamente la rescisión del contrato. La vendedora a su vez solicitó el cumplimiento del contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda de los compradores y estimó parcialmente la demanda a instancia de la entidad mercantil acogiendo todas sus pretensiones salvo las relativas al pago de las modificaciones de obra realizadas en cada una de las viviendas. Recurrida en apelación por los compradores la sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso considerando, en suma, que efectivamente la parte vendedora se

retrasó en el plazo de entrega de las viviendas, pero sin embargo no es un incumplimiento esencial que justifique la resolución del contrato. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto. (*C. O. M.*)

10. Contratos. Contratación de menores para la práctica del fútbol profesional. La tutela del interés superior del menor determina la nulidad del precontrato suscrito y de la cláusula penal que lo garantiza, cuando los mismos se celebran por los representantes legales del menor con infracción del derecho al desarrollo de su libre personalidad.—La presencia del interés superior del menor exige que la posible validez de la relación negocial sea contrastada con los límites a la autonomía de la voluntad así como los que se derivan de la representación de los hijos, la cual nace de la ley y se ejerce en interés del menor. En este sentido, debe reconocerse que la tutela del interés superior del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada por la celebración de un complejo negocial dirigido a establecer una vinculación laboral por diez años, lo que supone una duración que sobrepasa, con creces, el derecho de decidir el menor por él mismo sobre un aspecto tan esencial como es su futuro profesional. En tales casos, deben entenderse de aplicación las restricciones contenidas en el artículo 166 CC, y exigirse la necesaria autorización judicial como presupuesto previo de validez de dichos contratos. Por ello, no cumpliéndose tales condiciones debe declararse la nulidad del precontrato y de la cláusula penal vinculada al incumplimiento del mismo. (**STS de 5 de febrero de 2013**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Los padres del menor suscribieron en un mismo acto sendos contratos en representación de su hijo, en lo que era una práctica de contratación típica en el ámbito futbolístico, a favor de un determinado club de Primera División. Así, se suscribió un contrato para la formación del menor que duraría hasta cumplir la mayoría de edad, y un precontrato de trabajo de prestación de servicio profesional como futbolista que debería hacerse efectivo una vez tuviera dieciocho años. Para asegurar la firma del posterior contrato de trabajo se estableció una cláusula penal por importe de tres millones de euros, a pagar por el interesado en caso de no querer formalizar su contrato de trabajo como futbolista profesional. Sin embargo, al cumplir la mayoría de edad el joven decidió no formalizar el contrato de trabajo y desvincularse de la disciplina del club con el que estaba ligado para fichar por otra entidad. El club deportivo afectado demandó al jugador por el incumplimiento del precontrato y solicitó el abono de los tres millones de euros pactados en la cláusula penal. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y moderó la cantidad a abonar en concepto de indemnización. La Audiencia Provincial de Barcelona acogió el recurso de apelación de la actora y condenó al demandado al pago íntegro de los tres millones reclamados. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de apelación de la parte demandada. (*L. A. G. D.*)

NOTA.—La decisión del Alto Tribunal en este caso resulta ciertamente novedosa. No es la primera vez que se hace eco de un asunto

similar. Sin embargo, hasta ahora se había mantenido la validez de la cláusula penal y, por consiguiente, el derecho del club afectado a cobrar el importe de la misma cuando el precontrato suscrito no se materializaba, por voluntad del futbolista, en un posterior contrato de trabajo. Así, puede verse, entre otras, en SSTs de 15 de febrero de 1994 y de 28 de noviembre de 2001. El recurso al interés superior del menor y la necesidad de contar con autorización judicial previa implican un significativo cambio de criterio en la doctrina mantenida hasta ahora. (*L. A. G. D.*)

11. Compraventa de inmuebles en construcción. Resolución por incumplimiento del vendedor. Doctrina jurisprudencial sobre los criterios a aplicar para determinar si la falta de otorgamiento de la licencia de primera ocupación es causa de resolución del contrato.—En relación con el contenido de la obligación de entrega de la cosa vendida, la STS de 10 de septiembre de 2012 reitera que quien construye para vender no puede desconocer este deber, siendo a dicha parte a la que incumbe cumplir el compromiso administrativo de gestionar la licencia de primera ocupación, y de entregar la cosa en condiciones de ser utilizada para el uso o destino previsto. Al examinar las consecuencias del incumplimiento de esa obligación, la sentencia del Pleno referida fija doctrina general sobre los efectos resolutorios, por incumplimiento contractual del vendedor, de la falta de licencia de primera ocupación, con base en los siguientes criterios:

(i) La falta de cumplimiento del deber de obtención de la licencia de primera ocupación por parte del promotor-vendedor no tiene, en principio, carácter esencial, salvo si se ha pactado como tal en el contrato o lleva consigo un incumplimiento esencial de la obligación de entrega del inmueble, según las condiciones pactadas en el contrato.

(ii) Debe valorarse como esencial la falta de obtención de licencia de primera ocupación en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible la contravención de la legislación y/o planificación urbanística, ya que en ese caso se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente.

(iii) De conformidad con las reglas sobre distribución de la carga de la prueba y el principio de facilidad probatoria, corresponde a la parte contra la que se formula la alegación de incumplimiento, es decir, a la parte vendedora (obligada, en calidad de agente de la edificación, a obtener la licencia de primera ocupación), probar el carácter meramente accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, demostrando que el retraso en su obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado.

La obligación de entregar la licencia de primera ocupación es un deber que incumbe al promotor-vendedor y su incumplimiento puede tener carácter esencial según las circunstancias concretas del caso.—La doctrina de esta Sala, fijada en la STS del Pleno de 10 de septiembre de 2012, viene mostrándose a favor de la tesis según la cual la obligación de entregar la licencia de primera ocupación es un deber que incumbe al promotor vendedor al amparo del artículo 1258 CC y cuyo carácter esencial, en caso de no tenerse contractualmente como tal, también puede derivar de las concretas circunstancias del caso.

La no concesión de la licencia de primera ocupación por infracción de la normativa urbanística: consecuencias.—Lo verdaderamente relevante para reputar el incumplimiento de esencial es la probada existencia de iniciativas de la Administración tendentes a poner de manifiesto el incumplimiento de normas urbanísticas, que dieron lugar a un procedimiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa, aun pendiente de resolución, sin que, por el contrario, la parte promotora acreditara en su momento —como era su deber en atención a las reglas que disciplinan la carga probatoria y el principio de facilidad probatoria— que la falta de licencia obedeciera a una simple demora, y no a la ausencia de los presupuestos fácticos y jurídicos en que se funda su otorgamiento.

El incumplimiento debe valorarse con arreglo a la situación preexistente a la interposición de la demanda.—El incumplimiento de la vendedora debe valorarse con arreglo a la situación preexistente a la interposición de la demanda, de tal forma que la circunstancia de que los compradores no se vean definitivamente privados de sus derechos de ocupación y uso del inmueble adquirido no palió los efectos del previo incumplimiento de la vendedora, determinante de que los compradores hayan permanecido durante más de 7 años —más allá de lo exigible— en una situación de incertidumbre y de razonable frustración de las legítimas expectativas que tenían al contratar —las cuales no pasaban por soportar una espera de tantos años—. **(STS de 20 de marzo de 2013; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En octubre de 2003 el matrimonio formado por E y F suscribió con la sociedad mercantil X un contrato privado de compraventa de inmuebles en construcción. En las estipulaciones del contrato se acordó que la entrega de la vivienda tuviera lugar una vez finalizada su construcción y antes del 1 de julio de 2005, pero aceptando ambas partes que la vendedora pudiera prorrogar esta fecha hasta el 31 de octubre de 2005 como máximo. A tal efecto se estipuló que los inmuebles se tendrían por finalizados para su entrega cuando la dirección técnica expidiese el correspondiente certificado final de obras. Expedido dicho certificado la parte compradora manifiesta su voluntad de resolver el contrato por falta de entrega efectiva de la vivienda, en cuanto que no se ha obtenido el otorgamiento de la licencia de primera ocupación. La vendedora se opone argumentando que contractualmente la entrega efectiva no dependía de la obtención de la licencia de primera ocupación sino únicamente de la obtención del certificado de final de obra. Es un hecho probado que la entidad mercantil solicitó al Ayuntamiento la licencia de primera ocupación y no recibió respuesta en los tres meses siguientes. La vendedora admitió que estaba pendiente de resolver el procedimiento contencioso-administrativo seguido a instancias de la Administración en relación con la posible irregularidad, por contravención de normativa urbanística, de la licencia de obras para la construcción de la promoción de las viviendas. La parte compradora instó judicialmente la resolución del contrato y la devolución de las cantidades abonadas más los intereses. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. *(C. O. M.)*

12. Contrato de obra: obligación de resultado.—La obligación de resultado se caracteriza por integrar en el contenido de la prestación el resultado buscado por las partes; de forma que la diligencia del deudor se proyecta en orden a la obtención del resultado querido, con relación a una peculiar distribución de los riesgos, caso de los artículos 1589 y 1590 CC. No obstante, lo que no puede inferirse de este contenido de la prestación calificado por el resultado es que, en sí mismo considerado, determine de un modo objetivo las perspectivas valorativas de la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor que también concurren en la dinámica del cumplimiento de la obligación, de un modo diferenciado.

Obligación de resultado y caso fortuito.—En el plano de la liberación del deudor la caracterización de la obligación de resultado no excluye la aplicación de la regla general de exoneración del deudor en el supuesto del caso fortuito, artículo 1105 CC. En estos casos, siguiendo la pauta de *la pérdida sin culpa*, de la imposibilidad fortuita en las obligaciones de entregar una cosa (arts. 1182 y 1184 CC), la imposibilidad sobrevenida que resulta liberatoria en el caso fortuito es aquella que precisamente no resulta imputable al deudor, conforme a los criterios de diligencias y previsión derivados del cumplimiento de la obligación. (STS de 26 de abril de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Una entidad mercantil demandó los daños y perjuicios sufridos por los vicios constructivos derivados de la realización de un muro. Los codemandados fueron dos sociedades mercantiles y dos personas físicas que participaron en su construcción. Quedó probado que el muro se realizó adecuadamente sin que fuesen achacables a vicios de ejecución los daños acontecidos en la obra.

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

NOTA.—El caso fortuito se caracteriza no sólo por la ausencia de culpa o negligencia, sino también por el hecho de que el impedimento de prestación derive de un suceso extraño al ámbito que pueda controlar el deudor.

Por otro lado, cuando se trata de contratos en los que el deudor garantiza el resultado el deber de pago sólo se produce al lograrse el resultado. En línea con este planteamiento, el artículo 1589 CC imputa al contratista el riesgo de la pérdida del material hasta el momento de la entrega de la obra, porque la obra constituye una prestación de resultado. El artículo 1590 CC responde a un criterio semejante: el contratista no puede reclamar el precio establecido cuando la obra se destruye antes de haber sido entregada al comitente. [Véase Cabanillas Sánchez A., *Las obligaciones de actividad y de resultado* (Barcelona 1993), p. 45.]. (I. D.-L.)

13. Contrato de obra. Acción directa ejercida por el subcontratista contra el dueño de la obra. Pago mediante crédito documentario configurado como irrevocable. Naturaleza *pro solvendo* del crédito documentario al estar condicionado al cumplimiento de determinados requisitos.—El eje del litigio pivota sobre la cuestión de si, al configurarse el crédito documentario como irrevocable, su emisión y entrega al banco pagador tenía efectos de pago desde el momento de su libramiento, o si era necesario esperar a la entrega del importe al beneficiario del crédito, para poder considerarlo satisfecho.

El hecho de que, no obstante su carácter irrevocable, se condicionara su efectividad a la presentación de determinados documentos indica a las claras que la emisión del crédito documentario no tuvo efectos «pro soluto», sino «pro solvendo»; quedando suspendidos los efectos del pago y, entre ellos, el principal de la liberación del dueño de la obra, hasta que la orden de pago se materializase. Más aún al considerarse que el banco no asume la posición contractual de la promotora en el contrato de obra, del que está absolutamente desvinculado, sino que se limita a participar en una operación de garantía y/o financiación del pago. (STS de 24 de abril de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La promotora BIONEX suscribió un contrato de obra con la contratista CMB, la cual a su vez subcontrató parte de las obras con la sociedad cooperativa TS, SCA. La dueña de la obra y la constructora pactaron el pago de ciertas cantidades, la última de las cuales se instrumentó a través de un crédito documentario irrevocable, que se haría efectivo contra la presentación de los documentos pactados y, en especial, el certificado de recepción provisional de la obra, que fue firmado dos años después. No obstante, debido a problemas financieros de la constructora CMB, el pago de la cantidad representada por el crédito documentario nunca llegó a efectuarse. TS, SCA ejerció la acción directa contra BIONEX, la cual opuso el cumplimiento de todas sus obligaciones y, en especial, la firma del certificado de recepción provisional que habilitaba a la acreedora para exigir el pago del crédito documentario al banco obligado. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Badajoz estimaron la demanda y condenaron al abono de la cantidad que CMB adeudaba a la empresa subcontratada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la demandada. (L. A. G. D.)

14. Valoración de la usura.—La Ley 1/2000 derogó el artículo 2 de la Ley de usura de 1908 (conocida como Ley Azcárate), sustituyendo su previsión por el artículo 319.3 de aquélla, que dispone que, «en materia de usura, los tribunales resolverán en cada caso formando libremente convicción». Son criterios válidos para determinar la existencia de usura tanto la referencia al interés normal del dinero como la atención a las especiales circunstancias del caso. Es manifiestamente desproporcionado y, por tanto, puede considerarse usurario un préstamo con intereses del cuádruple del interés normal del dinero, concedido al prestatario con un plazo muy breve de vencimiento (en el caso, seis meses) inhabitual en préstamos de naturaleza elevada.

Efectos de la nulidad del préstamo.—Son efectos de la nulidad de un préstamo hipotecario tanto la restitución al prestamista de la cantidad prestada, sin deuda de intereses (art. 3 de la Ley Azcárate), como la nulidad de la hipoteca. El carácter accesorio de la hipoteca justifica su nulidad, una vez que se declara la nulidad del préstamo. (STS de 22 de febrero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Se interpuso demanda solicitando se declarase nulo por usurario un contrato de préstamo hipotecario, con la consiguiente cancelación registral, así como la nulidad de un contrato de opción de compra con la correspondiente cancelación registral. En

Primera Instancia se desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo, revocando parcialmente la anterior, declaró la nulidad del préstamo y de la hipoteca, por usura, y ordenó la cancelación del asiento registral correspondiente, pero declaró válido el contrato de opción de compra. La parte demandante (prestataria) no interpuso recurso de casación; Sí lo hizo, sin embargo, el prestamista, pero el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. No se discute en casación la opción de compra sino la validez del contrato de préstamo y, aunque aquél fuera nulo, la parte recurrente pide que se declare la validez de la hipoteca.

NOTA.—Aunque se cita una sentencia del Tribunal Supremo en sentido contrario (STS de 14 de junio de 1984), la Sala de lo Civil en esta ocasión subraya que, después de ésta, se ha reiterado la jurisprudencia que declara nula la hipoteca cuando es nulo el préstamo garantizado (SSTS de 20 de junio de 2001, 7 de mayo de 2012 y 18 de junio de 2012). El carácter accesorio de la hipoteca en relación con el préstamo justifica sobradamente que el Tribunal Supremo reitere una vez más la doctrina de la nulidad de la garantía hipotecaria en estos casos. (C. J. D.)

15. Dación en pago. Simulación. Préstamo usurario y pacto comisorio. Es evidente que en el caso el aparente negocio de dación en pago no se celebra con finalidad solutoria, sino como medio de encubrir una operación de préstamo a través del cual el propio prestamista levanta el embargo que pesaba sobre la finca de la prestataria; de manera que el importe de la deuda satisfecha es el objeto del préstamo, con un interés del 20% anual y un plazo de vencimiento verdaderamente exiguo (tres meses), haciendo suya la finca si la prestataria no devuelve las cantidades en el breve plazo fijado. No existe una verdadera garantía real, sino que al configurarse el pacto de retro en la forma pactada, la prestamista tiene, no una garantía, sino una expectativa de hacer suya la finca que era objeto de la simulada dación en pago, infringiendo así la prohibición del pacto comisorio contenida en el artículo 1859 CC. Es, pues, un caso de usura, no sólo por el interés, sino especialmente por las circunstancias en que la prestataria veía la subasta inmediata de la finca y la imposibilidad de obtener un préstamo bancario y aceptó el interés consignado porque no podía negarlo y ni siquiera discutirlo. Lo que supone un ejercicio abusivo e inhumano de la actividad de préstamo, que explota una determinada situación subjetiva de una forma absolutamente reprochable. (STS de 1 de marzo de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La mercantil PDG suscribió un contrato con doña E. mediante el cual la primera, en concepto de pago por tercero, consignó el importe de la deuda por la que se seguía juicio contra doña E, para así evitar la subasta y levantar el embargo que pesaba sobre un inmueble de su propiedad. En el mismo negocio jurídico, doña E. transmitió a la sociedad PDG, en concepto de dación en pago de la deuda que asumía con ella, la propiedad de la referida finca, estipulándose un pacto de retro por el cual doña E. podría recobrar dicha propiedad en el plazo de tres meses si le reembolsa la cantidad satisfecha más una importante cuantía adicional. Ante la falta de pago en las fechas estipuladas PDG demandó a doña E. para que

entregase la posesión de la finca y se elevara a público el cambio de titularidad dominical. Doña E. se opuso y reconvino solicitando se declarase que la dación en pago con pacto de retro era un negocio simulado que encubría un verdadero contrato de préstamo que, además, tenía carácter usurario dadas las condiciones de necesidad y angustia en las que se pactó, así como el desorbitado interés remuneratorio al que estaba sometido (21%), con un corto plazo para su cumplimiento (tres meses). La Audiencia Provincial de Valencia, revocando la sentencia de instancia, estimó la existencia de dicho préstamo con garantía real y pacto comisorio. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la sociedad actora. (*L. A. G. D.*)

16. Crédito al consumo. Contratos de enseñanza de inglés conectados con contratos de financiación. Gratuidad del préstamo: interpretación.—El hecho de que se fije un interés «0» no determina necesariamente el carácter gratuito del contrato de financiación. En este sentido, la jurisprudencia, ha sostenido que basta con que el prestamista convenga con el proveedor de los servicios una retribución a cargo de éste, para que la gratuidad respecto del consumidor, pese a estar expresamente pactada en la financiación, deba considerarse excluida en el conjunto de la operación, dada la aptitud potencial del oneroso contrato conexo como instrumento para provocar una repercusión en la contraprestación pactada en el otro contrato.

Carácter vinculado de los contratos de financiación: concepto de exclusividad.—El concepto de exclusividad reside en las efectivas posibilidades de que, razonablemente, hubiera dispuesto cada consumidor para optar por contratar con otro concedente de crédito distinto del señalado por las proveedoras y al que las mismas estaban vinculadas por un acuerdo previo. La finalidad de la exigencia y la de toda la norma no puede ser otra que la de proteger la libertad de decisión del consumidor en la elección del financiador. En el supuesto de que esta libertad de decisión no se haya respetado, se deben proteger sus intereses extrayendo consecuencias jurídicas de una conexión contractual determinada sin su colaboración, ya desde el origen de la operación. (**STS de 4 de febrero de 2010**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La actora es una asociación de consumidores y usuarios que litiga en interés de un grupo de alumnos que había concertado contratos de enseñanza de inglés con una determinada academia. Estos alumnos, al matricularse en el curso, suscribieron dos tipos de acuerdos: uno de matrícula del curso, y otro de financiación del mismo. Estos segundos contratos se concertaban, en unos casos, por la propia academia y luego eran cedidos a una entidad financiera; y en otros casos la financiación era concedida directamente por la entidad financiera. Aunque las operaciones de financiación se mantuvieron con una pluralidad de entidades de crédito, no consta que al tiempo de firmarse cada uno de los contratos se ofreciera a los alumnos la posibilidad de escoger entre unas entidades y otras. Posteriormente, debido al incumplimiento de la academia se resolvieron los contratos de enseñanza, lo que determinó la presentación de la demanda para que se declarase la vinculación de los contratos de financiación con los de enseñanza, y la ineficacia de los primeros

como consecuencia de la resolución por incumplimiento de los contratos de enseñanza de inglés. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto. (C. O. M.)

17. Contratos con condición resolutoria.—Una cláusula contractual por la que las partes expresamente pacten que, si llegada una determinada fecha, y no habiéndose verificado unas circunstancias —en este caso, el otorgamiento de una escritura pública por medio de la cual se hiciera la transmisión de las participaciones sociales vendidas y el pago del precio— dicho contrato quedaría automáticamente resuelto debe interpretarse en el sentido de que, para que opere la resolución, no es necesario que el incumplimiento de cualquiera de las circunstancias previstas en esa cláusula resolutoria fuera imputable a la parte correspondiente, sino que, por el contrario, el mero acaecimiento ocasiona por sí la resolución.

Incumplimiento del pacto de fiducia. Efectos del exceso del mandato y existencia de vicios que priven de eficacia al contrato.—El Alto Tribunal recuerda la doctrina contenida en las SSTS de 27 de enero de 2000 y de 30 de junio de 2009, según la cual el exceso del mandato repercute en las relaciones creadas por consecuencia del ejercicio abusivo, en el sentido de que el mandante puede considerarse ajeno a las mismas, por no conformarse a su voluntad, de manera que dichas relaciones carecerán de validez y eficacia frente al principal. Eso sí, los tres adquirentes que desconozcan de la existencia de la fiducia y del incumplimiento de las instrucciones dadas al titular fiduciario por parte de los titulares reales de las participaciones van a poder ser mantenidos en su contrato cuando hubieran contratado de buena fe con un representante aparente. Para ello se exige que el tercero de buena fe haya fundado su creencia de buena fe no en meros indicios, sino en la consistencia de una situación objetiva de tal significación o fuerza reveladora que el haberla tomado como expresión de la realidad no puede imputársele como negligencia descalificadora, y siempre y cuando el contrato en cuestión no adolezca de otro vicio que le prive de eficacia —SSTS de 14 de abril de 2008 y de 27 de noviembre de 2012, entre otras—. (**STS de 8 de abril de 2013**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Los hermanos D. Dámaso, D. Bruno y D.^a Elena interpusieron una demanda contra D. Leoncio, en la que solicitaban la nulidad del contrato privado de compraventa de participaciones de la sociedad AB de 27 de septiembre de 2002, por dolo o, subsidiariamente, por error; y subsidiariamente la resolución por incumplimiento de este contrato, así como la nulidad de la escritura pública de compraventa de participaciones de 19 de diciembre de 2002 —escritura pública del contrato privado de compraventa de participaciones cuya titularidad formal detentaban D. Fabio y Motor R, S. A.— o, subsidiariamente, su resolución, así como la nulidad de los actos subsiguientes y, finalmente, la condena a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a los actores.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Barcelona de 31 de marzo de 2009 estimó íntegramente la demanda, aunque dejó para el trámite de ejecución de sentencia la determinación de la indemnización de daños y perjuicios.

La Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.^a, en sentencia de 29 de abril de 2010, estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Fabio y la sociedad Motor R. Respecto del contrato privado de 27 de septiembre de 2002, rechaza que hubiera existido dolo por parte de D. Fabio que viciara la nulidad del consentimiento prestado por los actores, pues no se prueba que la contabilidad de AB no fuera fiable, ni que D. Fabio hubiera creado una apariencia de crisis empresarial para provocar en los socios demandantes la voluntad de vender. Además, en cuanto al precio pactado, la sentencia declara que no se ha probado que estuviera fuera de los precios de mercado. En segundo lugar, la sentencia argumenta que D. Fabio actuó como mandatario de la fiduciaria, y, frente a los terceros adquirentes, los pactos de fiducia y mandato no aparecieron de forma explícita y, por ello, no les eran oponibles. Respecto de la fiducia, la sentencia de apelación confirma que D. Fabio incumplió el pacto, por administrar las participaciones en contra del interés de sus familiares y consumir la venta en contra de sus específicas instrucciones. Para la Audiencia Provincial, la consecuencia del incumplimiento del pacto de fiducia no puede ser la nulidad de la compraventa del 27 de septiembre de 2002 y de la posterior escritura pública, porque no se probó la mala fe de los compradores, sino la indemnización de los daños y perjuicios causados, que deben referirse sólo al porcentaje de participaciones objeto de la fiducia y vienen representados por la pérdida del valor de las participaciones y los beneficios dejados de obtener.

Frente a la sentencia de apelación, los demandantes interpusieron recurso de casación, que es estimado parcialmente por el Tribunal Supremo. Consecuentemente, se modifica el fallo de la sentencia de apelación, en el sentido de estimar parcialmente la demanda, declarar que el contrato de compraventa de participaciones de 27 de septiembre de 2002 quedó resuelto el 15 de diciembre de 2002, en aplicación de la condición resolutoria contenida en el propio contrato, confirmar la declaración del incumplimiento del pacto de fiducia, declarar la ineficacia del contrato de compraventa de participaciones sociales de 19 de diciembre de 2002 frente a la sociedad y condenar a los demandados a pagar solidariamente a los demandantes 640.000 euros por la pérdida de valor de sus participaciones sociales y 13.250 euros por el beneficio dejado de obtener. (*G. M. A.*)

18. Culpa extracontractual: Muerte por electrocución: Responsabilidad de la Comunidad de Propietarios: Titularidad del tendido eléctrico.—Debe rechazarse la responsabilidad de la comunidad de propietarios porque la mayor parte del desarrollo argumental del motivo se dedica a justificar que dicha comunidad llegó a adquirir efectivamente la propiedad del tendido eléctrico a la entidad propietaria de la finca matriz de la que fueron segregándose las parcelas sucesivamente transmitidas, al ser el tendido eléctrico un elemento común que no estaba necesitado de mención expresa en los títulos de transmisión del dominio, a lo que se uniría la *creencia* de la comunidad de ser propietario de la línea, pero no se trata apenas de la cuestión primordial para el juicio de imputación que exige el artículo 1902 CC, es decir, a quién incumbía el control de las condiciones de seguridad del tendido eléctrico. Solamente al final del alegato del motivo se aduce que en el proce-

dimiento contencioso-administrativo sobre la cesión de las instalaciones de la compañía eléctrica por parte de la comunidad de propietarios, *se puso de manifiesto hasta la saciedad por ambas partes el peligroso estado de la línea de alta tensión*. Pero esto no desvirtúa la consideración fundamental acerca del control de seguridad y la explotación del tendido eléctrico como criterios de imputación aplicables aquí sino que, acaso, introduce un nuevo factor como el de la desidia de la Administración, que no puede aplicarse en contra de la comunidad demandada, al constar como probado que la seguridad, el mantenimiento y la explotación del tendido eléctrico corrían exclusivamente a cargo y en beneficio de la compañía eléctrica codemandada.

Cuantía de la indemnización.—El recurso ha de ser desestimado ya que pretende con carácter principal que no se aplique el sistema de valoración anexo a los accidentes de circulación, y, subsidiariamente, que de aplicarse el baremo procedente sea el vigente en la fecha del pago y no en la fecha de la muerte del hijo de los demandantes, y ello porque ambas pretensiones contradicen la actual jurisprudencia de esta Sala. Es cierto que la STS de 2 de marzo de 2006, y otras anteriores, sostuvieron la inaplicabilidad del baremo a los ámbitos ajenos a la circulación de vehículos de motor, pero posteriormente y hasta ahora la jurisprudencia considera que el carácter no vinculante del sistema para esos otros ámbitos no impide, sin embargo, que pueda aplicarse como criterio para fijar la cuantía de las indemnizaciones (SSTS 27 de noviembre de 2006, 17 de mayo de 2007, 20 de febrero de 2008 y 13 de abril de 2011, entre otras). Además, la doctrina de esta Sala sobre las cuantías aplicables quedó fijada, dentro del sistema, por la sentencia del Pleno núm. 430/2007 de 17 abril, en el sentido aquí aplicado por ambas instancias de que en los casos de muerte instantánea el daño queda fijado en el mismo momento que los hechos que lo producen y, por tanto, es este momento o fecha el que determina la cuantía de la indemnización según la actualización entonces vigente. (**STS de 12 de abril de 2013**; no ha lugar.) (Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.)

NOTA.—Por su luctuoso resultado el caso aquí resuelto es similar al contemplado en la STS de 11 de abril de 2011 (en el caso enjuiciado, muerte instantánea por electrocución de un obrero que trabaja por cuenta ajena limpiando el fondo de la piscina de la parcela; en aquél, empresa pirotécnica que omite una medida de seguridad de sus empleados) (v. extracto en *ADC*, 2013, pp. 913 ss.), pero aquí difiere por las dudas surgidas al configurarse procesalmente el efectivo responsable. Además de la empresa suministradora se trata también de implicar a la comunidad de propietarios de la urbanizadora, a quien definitivamente exonera —acertadamente, a mi juicio—, el Tribunal Supremo, y asimismo se elude discurrir sobre el grado de culpa del responsable (que se calificaba de culpa *levísima* en la sentencia de 2011) pues resulta claro que aquí estamos en presencia de *culpa agravada* de la empresa suministradora. Tampoco hay dudas de la competencia de la jurisdicción civil al aparecer presuntamente implicada una entidad revestida de tal naturaleza. La defensa de la empresa eléctrica gira en torno a la facultativa aplicación analógica del baremo de los accidentes de vehículos de motor, así como del modo de hacerlo, argumentos que con toda razón se rechazan. El fenómeno de las urbanizaciones construidas en lugares lejanos e insospechados permiten descubrir algunas conductas poco

correctas de las empresas suministradoras de servicios a las mismas. El accidente ocurre el 17 de julio de 2004, y parece excesivo que los padres de la víctima hayan tenido que esperar casi un decenio para percibir la indemnización que legalmente les corresponde. (G. G. C.)

19. Culpa extracontractual: Indemnizaciones por accidente de circulación.—El recurso de casación trae causa del accidente de circulación ocurrido el 10 de diciembre de 2002, en relación con la cuantía de la indemnización relativa a tres partidas: valor venal, lucro cesante y otros gastos ocasionados como consecuencia del accidente, referidos a gastos de agricultura, gastos de depósito, entre otros generados a resultas del mismo. La parte recurrente esgrime la vulneración del artículo 1106 CC al considerar que la s. dictada por la Audiencia Provincial ha infringido el espíritu y contenido de la normativa aplicable sobre indemnización no solo por daños y perjuicios, sino también por las ganancias dejadas de obtener por la paralización del vehículo. El recurso se estima en parte, no obstante reconocer que en algunos aspectos se plantea de forma confusa, en otros se aparta de la base fáctica de la s. y se traen a colación defectos de motivación que nada tienen que ver con este recurso.

Valor venal del vehículo accidentado.—Por lo que se refiere a las diferencias jurisprudenciales existentes en la distintas Audiencias Provinciales a la hora de cuantificar los daños del vehículo conforme al valor venal, lo que pretende es que se revoque el pronunciamiento para que el valor de afección se incremente del 20% al 50%, lo que no es posible cuando no estamos ante una aplicación automática o uniforme del mismo, sino que las diferencias están amparadas en supuestos concretos que han sido debidamente ponderados en ambas sentencias de instancia.

Lucro cesante.—La STS de 16 de diciembre de 2009 ha señalado que *debe acordarse cuando se haya dejado de obtener una ganancia por parte del acreedor y aunque es cierto que la jurisprudencia española ha sido restrictiva al señalar que no debe concederse indemnización en los casos de ganancias dudosas, si se ha reconocido que aplicando criterios de probabilidad debe indemnizarse aquella «pérdida futura que razonablemente se prevea que puede ocurrir»* (como prevé el artículo 9:501 [2] PECL), criterio aplicado en la reciente doctrina de esta Sala (SSTS de 21 de abril de 2008, y las que cita). En el presente litigio se reclama el lucro cesante de la paralización de un camión por causa no imputable al transportista de que cabe, en principio, presumir los perjuicios económicos que ello comporta ante la merma de ingresos por falta de productividad, en tanto que con la paralización se interrumpe la posibilidad que el transportista tiene de usar el camión siniestrado o de buscar soluciones alternativas hasta un tiempo prudencial en que puede volver a usarse, bien nuevo, bien arreglado, si esto fuera posible, buscando, en suma, las ventajas económicas que le puede reportar su explotación pecuniaria. Es cierto que para concretar su importe, pudo la demandante aportar elementos de prueba que permitieran establecer de forma objetiva un detrimento ponderado de ingresos-gastos, o de perjuicios concretos que justificaran la procedencia del acogimiento de su pretensión, mas ello no es argumento suficiente para negar una indemnización basada en la evidencia o curso normal de los acontecimientos que refiere constante jurisprudencia y que a la postre suponen no cargar exclusivamente sobre la víctima unos perjuicios difíciles de justificar en una actividad menor de un transporte que se contrata sin una previsión cierta y segura de su desarrollo. Desde esta idea no es posible aceptar en su

integridad la indemnización que se reclama de una forma aleatoria para un periodo de casi dos años con base en un certificado de paralización emitido por una determinada asociación, que sirve a título meramente indicativo y como simple principio de prueba para cuantificar ese indudable perjuicio; de aquí que, ponderando todos los factores concurrentes, se considere prudencial la cantidad de 24.879 euros (en la demanda se reclaman más de 196.000 euros, lo que supone percibir la octava parte aproximada de lo pedido) como correspondiente al beneficio dejado de obtener durante un periodo de tres meses en que razonablemente se pudo adoptar alguna solución relacionada con la reanudación de la actividad de transporte.

Gastos de depósito de vehículo.—La misma dosis de probabilidad se advierte con los gastos de depósito del vehículo, cuya reparación niega la s. porque no ha pagado la factura y porque el vehículo fue declarado siniestro total por lo que el demandante conocía que las posibilidades de reparación eran nulas y por tanto el depósito era innecesario. Lo cierto es que el vehículo se depositó y resulta razonable que, en las relaciones con el taller, se pueda posponer el pago a la espera de ser indemnizado, y que un vehículo siniestrado pueda ser depositado a la espera de su peritación por el seguro, operación que puede prolongarse durante algún tiempo por la inactividad de los peritos o por falta de aviso. Lo que no es admisible es que se reclamen por este concepto 36.265,45 euros, correspondiente a un depósito de 1.733 días, siendo razonable limitar el perjuicio a un mes durante el cual se entiende que ha sido posible adoptar alguna solución viable con relación a un vehículo declarado siniestro total y que ocupa sin sentido el espacio de unos talleres, todo lo cual reduce la indemnización a 627 euros. (**STS de 11 de febrero de 2013**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—En relación con los criterios más modernos sobre la indemnización del *lucrum cesans*, a los proyectos europeos que menciona la sentencia extractada cabe añadir el artículo 163.1.b) del Proyecto de Pavía que dispone: «El daño patrimonial resarcible comprende: (...) el lucro cesante que el acreedor podía razonablemente esperar, según el curso ordinario de las cosas, y teniendo en cuenta las circunstancias particulares y las medidas que haya adoptado. Forma parte del lucro cesante la pérdida de la oportunidad de ganancia que puede considerarse, con certeza razonable, ocasionada y que debe evaluarse en función del momento del incumplimiento o de la mora». Entre la jurisprudencia más reciente de la Sala 1.^a, la STS de 28 de junio de 2012 ha declarado que el lucro cesante no deja de ser una hipótesis precisada de una demostración adaptada a su naturaleza de probabilidad más o menos intensa de acuerdo con las reglas de la experiencia, teniendo en cuenta lo que normalmente habría sucedido en la mayoría de los casos; citando SSTS de 30 de abril de 2010, y 1 de marzo de 2011, exige criterios de razonabilidad a la hora de valorar la prueba de su existencia, debiendo partirse de la ponderación razonable sobre la probabilidad de que dicho lucro o ganancia hubiese tenido lugar (véase extracto de GODOY DOMÍNGUEZ, en *ADC*, 2014, p. 339).

Al estimar el recurso de casación, la Sala se ha visto obligada, como se advierte, a revisar *razonablemente* importantes partidas de la indemnización reclamada. (*G. G. C.*)

20. Responsabilidad civil: Accidente de vehículos motor: Daños recíprocos: Responsabilidad de la aseguradora.—A partir de la STS de 16 de diciembre de 2008, es doctrina legal que la particularidad de la recíproca colisión entre los vehículos de motor no reside en una supuesta alteración de las reglas sobre la carga de la prueba, o en la alteración de los criterios de imputación establecidos en la LRCSVM 1995, sino en la necesidad de determinar a cuál de los dos corresponde la eficiencia causal en la producción del daño, o si ésta debe ser distribuida proporcionalmente entre ambos por haber actuado concurrentemente. No supone, por tanto, excepción alguna a la aplicación del principio de responsabilidad objetiva por el riesgo de la circulación que establece la Ley de 1995, y la vigente en la actualidad.

El mero hecho de que no haya podido constatarse en autos que sólo una de las conductas generadoras del riesgo ha sido la única relevante, desde el punto de vista causal, para la producción del resultado —excluyendo así la del otro conductor— o que no haya sido posible probar la proporción en que cada una de ellas ha contribuido a causar el accidente —excluyendo así parcialmente la contribución causal del otro conductor—, no es razón que permita soslayar la aplicación de criterios de imputación a ambos conductores ni constituye tampoco razón para no aplicar la regla de inversión de la carga de la prueba en pro de las reglas tradicionales sobre el *onus probandi*, características de los regímenes de responsabilidad objetiva y especialmente aplicables, cuando se trate de daños materiales, al conductor que alega que actuó con plena diligencia. El principio de responsabilidad objetiva no solo supone el establecimiento de criterios de imputación ajenos a la concurrencia de culpa o negligencia y las consecuencias dañosas que aparezcan como características de aquellas, como ocurre con los daños derivados de una colisión cuando se trata de responsabilidad objetiva por el riesgo creado por la conducción de un vehículo de motor. Esta presunción solo puede enervarse demostrando que concurren las causas de exoneración configuradas por la ley como excluyentes del nexo de causalidad entre la acción y el daño.

La solución del resarcimiento proporcional es procedente cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados y que, en caso de no ser así, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de la condenas cruzadas. Resulta, por tanto, acertado el pronunciamiento condenatorio de la sentencia recurrida declarando a la demandada responsable de los daños sufridos por el demandante, —cuyo importe no se cuestiona—, por lo que se desestima el motivo.

Pago de intereses: Contradicción de las soluciones de las Audiencias Provinciales.—Es cierto que la tesis favorable al resarcimiento de los daños corporales recíprocos sin culpas probadas, ha sido acogido por varias Audiencias Provinciales frente al criterio de otras que se han inclinado por la tesis del resarcimiento provisional y no íntegro de los daños corporales recíprocos sin culpas probadas, por el efecto compensatorio de la inversión de la carga de la prueba, incluso de algunas favorables al resarcimiento nulo. Ahora bien, con independencia de que el criterio que se acepta por esta Sala es el que sostiene la Audiencia Provincial en la que se enjuiciaron los hechos, y que una solución mínimamente prudente aconsejaba cumplimentar la regla del pago o consignación a favor de la víctima, porque lo que era previsible no era que el juicio civil que se promoviera en el ámbito de la citada Audiencia Provincial se resolviera con sentencia desestimatoria, como se dice en el recurso, sino todo lo contrario, lo que no es posible en la interpretación de una norma que tiene

como regla la consignación, es que las dudas existentes sobre la mecánica del accidente o sobre la solución del conflicto, se trasladen sin más por la aseguradora a la víctima obligándola a iniciar este proceso para despejar las dudas existentes en torno a cual de los dos conductores es el responsable del daño. (STS de 4 febrero de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El recurso tiene como antecedente, de un lado, el accidente de circulación ocurrido por la colisión de dos turismos en un cruce de vías urbanas de la villa de Urnieta (Guipúzcoa) regulado por semáforos, sin que se haya acreditado si fue el demandante, ahora recurrido, el que rebasó en fase roja su semáforo o si, por el contrario, quien no lo respetó fue el vehículo asegurado por la demandada, ahora recurrente; y de otro, la sentencia que ahora se recurre en casación, que revoca la del Juzgado de Primera Instancia que negó el derecho a la indemnización con fundamento en que existe una duda razonable acerca de quien ha podido ser el causante del accidente, ya que reclamándose daños y perjuicios personales derivados de la circulación, no se había probado cual de los dos conductores fue el culpable exclusivo, y, en consecuencia declara la responsabilidad civil objetiva del conductor del vehículo asegurado por la demandada. No se discute en casación la rebaja de la cuantía de la indemnización (en la demanda se habían reclamado algo más de 210.000 euros, y se otorgan por el Juzgado de Primera Instancia poco más de la mitad), pero sí la condena al abono de los intereses moratorios del artículo 20 LCS. El Tribunal Supremo confirma también la sentencia recurrida en el segundo punto añadiendo razones de valoración prudencial. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

21. División de la cosa común. Acción de división judicial del patrimonio proindiviso conformado por los bienes del matrimonio tras la resolución judicial de divorcio.—En supuestos en los que se trata de poner fin a las relaciones jurídicas que derivan de una comunidad voluntariamente constituida sobre un conjunto de bienes esta forma de extinción debe acomodarse al interés de los dos partícipes, y no al puro interés particular de uno de ellos, lo que se consigue no mediante la división de la comunidad por cada uno de aquellos bienes, sino mediante la formación de lotes. De lo contrario se perjudicaría gravemente a uno de los partícipes cuando el otro ostenta, junto con los hijos del matrimonio, un derecho de uso de un inmueble perteneciente a ese patrimonio proindiviso. En este caso la división de la comunidad no puede producirse como si únicamente el patrimonio de los partícipes estuviera determinado por un único inmueble acudiendo al artículo 400 CC, ya que es un precepto pensado para el supuesto en el que lo que está en comunidad es un único objeto. Precisamente el artículo 406 CC ordena la aplicación de las normas de la división de la herencia a los partícipes en la comunidad en la división de ésta, lo que se adapta perfectamente a la situación en la que la comunidad se conforma por una pluralidad de objetos. Es el artículo 1061 CC el que proclama el principio de igualdad a la adjudicación de bienes a los partí-

cipes de la comunidad que ponga fin al estado de indivisión, lo que no debe entenderse en el sentido de una igualdad matemática o absoluta, sino de una adjudicación presidida por un criterio de equitativa ponderación, determinado por las circunstancias de cada caso. Ello justifica plenamente la directa adjudicación al cónyuge titular del derecho de uso de la propiedad de la vivienda familiar, desechando la posibilidad de su venta en pública subasta, sin perjuicio de la compensación económica que proceda para el otro cónyuge. Esta solución es totalmente respetuosa no sólo con el derecho de uso atribuido a ese cónyuge en el proceso de divorcio, por cuanto consolida la propiedad y uso, sino también con los intereses de quien no disfruta de ese derecho de uso por cuanto la venta en pública subasta, si es que se consigue en estas condiciones, va a impedir a este último, participe al 50% de la propiedad, recibir durante un tiempo considerable la parte del patrimonio que legítimamente le corresponde y, consiguientemente, tener que proceder al pago de una vivienda en la que acomodarse. (STS de 5 de febrero de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—D.^a Concepción formuló demanda contra D. Luis Pablo, en la que ejercitó acción de división judicial del patrimonio proindiviso de dos bienes de los que eran copropietarios al 50%: una casa en Francia y un vehículo. D. Luis Pablo formuló demanda reconvenicional interesando la disolución de la comunidad de bienes, de forma que se adjudicase a D.^a Concepción en pago de su cuota del 50% sobre el haber común la plena propiedad del piso ubicado en Bilbao, y al demandado, en pago de su cuota del 50%, la plena propiedad de la vivienda sita en Francia, debiéndose compensar al mismo por el menor valor de este inmueble. D.^a Concepción se opuso a la demanda reconvenicional, y solicitó subsidiariamente que si se acordaba incluir en el activo el piso de Bilbao, se descontase el importe del valor de la carga de uso que grava dicha vivienda a favor de los hijos comunes habidos en el matrimonio. Durante la tramitación del procedimiento, las partes aceptaron una oferta de compra de la vivienda de Francia, solicitando la suspensión del procedimiento y reanudando éste después de la venta, con la petición de que se tuviera por sustituido el inmueble, por el valor de venta del mismo.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Bilbao dictó sentencia de 15 de octubre de 2009, por la que se acuerda el reparto al 50% entre las partes del importe de la venta de la casa en Francia, una vez descontados los gastos y pagos que la misma hubiera ocasionado, y declaró la disolución y extinción del condominio existente sobre el piso de Bilbao, advirtiendo que la venta de la vivienda no podrá perjudicar al derecho de uso y disfrute reconocido a D.^a Concepción y a sus hijos en una sentencia previa de divorcio.

Ambas partes interponen recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, siendo ambos recursos desestimados por la Audiencia Provincial de Bilbao (sección tercera), en sentencia de 19 de mayo de 2010, que confirma íntegramente la sentencia recurrida.

D. Luis Pablo interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima el recurso, casa y anula la sentencia recurrida y acuerda la adjudicación al recurrente de la suma obtenida de la venta de la casa de Francia, una vez descontados los pagos y demás gastos que

la misma hubiera ocasionado, y la adjudicación a D.^a Concepción de la plena propiedad del piso de Bilbao, debiendo compensar a D. Luis Pablo en la cantidad de 51.298 euros –cantidad que resultó de la pericia practicada en los autos, que la parte recurrente asume, y que, para el Tribunal Supremo, no resulta desproporcionada en razón a los valores e intereses económicos en disputa–. (G. M. A.)

22. Usucapión. Interpretación del requisito de la posesión en concepto de dueño como requisito esencial de la usucapión ordinaria y extraordinaria.—El Tribunal Supremo recuerda su doctrina sobre la posesión en concepto de dueño, como requisito esencial básico tanto de la usucapión ordinaria como de la extraordinaria, contenida, entre otras, en sus SSTs de 17 de febrero y 19 de junio de 1984, de 16 de noviembre de 1999 y de 16 de febrero de 2004. Este requisito no se trata de un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal reconociendo el dominio en otra persona no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en ese concepto y pasar al *animus domini*. Si bien este título de usucapión no precisa de justo título, es obvio que no es suficiente la intención (aspecto subjetivo) para poseer en concepto de dueño, sino que se requiere un elemento causal o precedente objetivo que revele que el poseedor no es mero detentador por otro. (STs de 13 de marzo de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El Estado, por los trámites de la Ley de 7 de octubre de 1939, expropió a D. Paulino en 1994 una finca constituida por dos parcelas, siendo agrupadas y que pasaron a formar parte de la finca registral Núm. 1. Tras solicitar D. Heraclio en 1978 la reversión de la finca, el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo estimó que el documento privado de compraventa de 15 de octubre de 1962, que el solicitante presentó al respecto como título legitimador, adolecía de defectos de falsedad, lo que motivó que lo pasara a la jurisdicción penal. Tras la correspondiente prueba pericial caligráfica, la Audiencia Provincial de Madrid (sección 5.^a) dictó sentencia de 31 de octubre de 1990, por la que declaró la existencia de un delito de falsedad y consideró que dicho documento era incapaz de surtir los efectos propios según su naturaleza. Estaba hecho en papel timbrado emitido diez años después de la fecha en que, según dicho documento, se había perfeccionado el contrato, con la firma del supuesto vendedor burdamente calcada, y utilizando un DNI que no era el del supuesto vendedor, sino el de la hija del comprador, D.^a Gregoria. No obstante, con posterioridad, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de marzo de 1993, ordenó eliminar de los hechos probados cualquier extremo referido a la intervención en los mismos de D. Heraclio, que había fallecido antes del juicio.

Por otro lado, el mismo terreno fue objeto de nueva inmatriculación el 29 de julio de 2005, como finca núm. 2, a favor de D.^a Aida, D. Aurelio, D.^a Covadonga y D.^a Gregoria, en calidad de herederos de D. Heraclio, siendo transmitida posteriormente a Construcciones A, S. L., mediante compraventa.

En 2007, la Administración del Estado interpuso demanda de juicio ordinario sobre declaración de dominio y cancelación de

asientos registrales contra D.^a Aida, D. Aurelio, D.^a Covadonga, D.^a Gregoria y Construcciones A, S. L., interesando que se dictara sentencia por la que se declarara que el Estado es propietario del inmueble y que se declare la nulidad y se ordene la cancelación de la hoja registral y los asientos relativos a la finca Núm. 2. Los demandados D.^a Aida, D. Aurelio, D.^a Covadonga y D.^a Gregoria formularon reconvencción, ejercitando una acción declarativa de dominio respecto de la finca e interesando que la sentencia que se dicte reconozca su derecho de dominio en la posesión pública, pacífica y en concepto de dueño por más de treinta años por parte de los reconvenientes y de su causante D. Heraclio.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 33 de Madrid dictó sentencia de 19 de junio de 2009, por la que estimó la demanda y desestimó la reconvencción, declarando que la propiedad del terreno corresponde a la Administración del Estado y ordenando la nulidad y cancelación de los asientos registrales litigiosos.

Los demandados recurrieron en apelación, pero en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 14.^a) de 28 de mayo de 2010 se desestima el recurso. Según la Audiencia Provincial, la falta evidente de autenticidad del documento de compraventa privada de 1962 permite inferir la existencia de mala fe en sentido civil, con todas sus consecuencias a los efectos de la posesión y la inexistencia de título de posesión.

Los demandados D.^a Aida, D. Aurelio, D.^a Covadonga y D.^a Gregoria interpusieron recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo. Entiende el Alto Tribunal que la sentencia impugnada cumple la interpretación del concepto de posesión en concepto de dueño ofrecida por la jurisprudencia, al referirse a la inexistencia de una verdadera posesión en concepto de dueño como sustento necesario de la adquisición por prescripción —concurriendo además la existencia de un título falso— e incluso a la interrupción en el propio concepto posesorio desde el momento en que se solicitó la reversión del bien expropiado. (*G. M. A.*)

23. Consentimiento tácito respecto del uso de elementos comunes por un copropietario.—El consentimiento que debe otorgar la Comunidad para considerar lícitas las obras realizadas por un copropietario y que afectan a elementos comunes de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, puede ser tácito. Ahora bien, el tener conocimiento de las mismas no significa expresar el consentimiento, que implica la exteriorización de una voluntad. Tampoco el silencio de la Comunidad justifica que el copropietario no tenga que obtener los consentimientos exigidos por la Ley. El Tribunal Supremo ha señalado que, para determinar si el silencio equivale a consentimiento tácito o manifestación de una determinada voluntad, hay que tener en cuenta: *a)* las relaciones preexistentes entre las partes; *b)* la conducta o comportamiento de éstas; *c)* las circunstancias que preceden y acompañan al silencio.

Doctrina jurisprudencial sobre el abuso de derecho.—La doctrina del abuso de derecho se basa en la existencia de unos límites de carácter moral, teleológico y social, a la hora de ejercitar los derechos. Al ser una institución de equidad, su aplicación exige: *1)* una actuación aparentemente correcta que esconde una extralimitación a la que la Ley no concede protección

alguna; 2) producción de efectos negativos (daños y perjuicios); 3) inexistencia de una finalidad seria y legítima; 4) exceso en el ejercicio del derecho; 4) voluntad de perjudicar. El abuso de derecho consiste en el uso de una norma con mala fe, con la intención de perjudicar a otros, sin que por ello se obtenga un beneficio amparado por la norma. (STS de 6 de marzo de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios demanda a los propietarios y al arrendatario de un local de negocio que existía en la planta baja del edificio, solicitando el cese del uso privativo de elementos comunes (zona de tránsito y fachada), realizado sin el consentimiento unánime de la Junta, y que se condene a los demandados a que repongan a su costa tales elementos a su estado originario. Se solicita también una indemnización de daños y perjuicios. Los demandados alegaron: a) falta de legitimación activa, por carecer de autorización de la Junta para el ejercicio de acciones judiciales; b) el carácter de dominio público de la zona afectada por las obras; c) existencia de consentimiento tácito de la comunidad.

El Juez de Primera Instancia condenó a los propietarios del local al cese del uso privativo sobre la zona común de tránsito y a reponer la zona a su estado originario. Sin embargo, absolvió al arrendatario porque a fecha de la sentencia, ya no ostentaba dicha condición. Afirmó: 1) la legitimación de la Comunidad demandante, derivada del acuerdo adoptado por la Junta de 21 de agosto de 2003, por el que se le autorizó para el ejercicio de acciones judiciales; 2) que los patios son elementos comunes, condición que se mantiene aunque se atribuya el uso privativo a un comunero, por lo que ese uso privativo no la permite realizar obras que afecten a la estructura o destino de dicho elemento o a su configuración sin el consentimiento unánime de la Junta; 3) tales obras supusieron la alteración de elementos comunes con afectación de la configuración del edificio; 4) el Plan General de Ordenación urbanística determinó que dicha zona es propiedad privada de la comunidad demandante y no terrenos públicos; 5) que la ocupación se hizo sin contar con el consentimiento unánime expreso de la Junta; 6) la mera pasividad de la comunidad, veinte años hasta que decidió demandar, no puede considerarse como un consentimiento tácito —la aceptación de los copropietarios de la invasión de la zona común, para que sea eficaz, debe ser expresa y contundente—; 7) la comunidad no incurrió en abuso de derecho, a pesar de haber transcurrido veinte años aceptando la ocupación, dado que ésta le causaba un evidente perjuicio y no consta que la intención de ésta fuera perjudicar a los demandados; 8) constan requerimientos expresos en distintas Juntas celebradas, para que los demandados cesaran en la ocupación o, al menos, retribuyeran a la comunidad por el uso.

La Audiencia Provincial desestimó los recursos de los demandados y confirmó la sentencia apelada.

Se interpone recurso de casación. Se alega, en primer lugar, la existencia de un consentimiento tácito para la alteración de la configuración exterior del edificio, derivado de la falta de acción y tolerancia de la comunidad actora durante largo tiempo. Entiende el Tribu-

nal Supremo que no se ha producido tal consentimiento, pues existen requerimientos expresos en distintas Juntas para que los demandados cesaran en la ocupación o retribuyeran por el uso privativo. Tales requerimientos excluyen, por tanto, una voluntad tácita y unánime de las obras y de la ocupación, sino que expresan, de manera inequívoca, la voluntad de la comunidad a renunciar a sus derechos.

En segundo lugar, el recurrente alega la inaplicación del artículo 7.2 CC y la doctrina del abuso de derecho. Señala que la comunidad actuó en abuso de derecho, al impugnar judicialmente una situación que venía aceptando desde hace tiempo y porque su intención no fue la de salvaguardar el interés general de la comunidad, sino causar un perjuicio al recurrente. Este motivo también es desestimado por el Tribunal Supremo, que no aprecia que concurren los requisitos de esta figura jurídica. A su juicio, la interposición de la demanda perseguía un fin amparado por la norma: que no se lleven a cabo alteraciones en elementos comunes si no se cuenta con la autorización unánime de los copropietarios. Según el Tribunal Supremo, si se tardó tanto tiempo en reclamar judicialmente fue porque el recurrente hizo caso omiso a los requerimientos de la comunidad, en los que se expresaba la disconformidad con la situación creada. Como la actuación de la actora se funda en una justa causa y su finalidad es legítima, su pretensión no puede ser calificada como abusiva. En definitiva, el Alto Tribunal acaba desestimando el recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo se ha pronunciado en numerosas ocasiones en relación a si cabe interpretar el silencio como un consentimiento tácito, sobre todo cuando se refiere al uso privativo por un copropietario de un elemento común en una comunidad de vecinos. Así, cabe apuntar las SSTS de 23 de octubre de 2008, de 5 de noviembre de 2008, de 26 de noviembre de 2010, de 12 de diciembre de 2011, de 9 de febrero de 2012 y de 29 de febrero de 2012, entre otras. (*S. L. M.*)

24. Propiedad horizontal. Alteración permitida de elementos comunes por ausencia de limitación o prohibición en el título constitutivo.—En aplicación de la doctrina jurisprudencial de la Sala, el Tribunal Supremo declara que todas las restricciones a la facultad dominical del titular de un inmueble han de interpretarse limitadamente, siempre que no quebranten alguna prohibición legal, aunque supongan un cambio de destino respecto del previsto en el título constitutivo y siempre que no se vea afectada la seguridad de la estructura, el forjado y la cimentación del edificio. Si bien en el ámbito de la propiedad horizontal es posible el establecimiento de prohibiciones o limitaciones referidas a la realización de determinadas actividades o al cambio de uso del inmueble que atiendan al interés general de la comunidad, las mismas deben constar de manera expresa, ya sea legalmente o bien por el régimen de propiedad horizontal, el título constitutivo o la regulación estatutaria y, a fin de tener eficacia frente a terceros, deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad (entre otras, las SSTS de 20 de octubre de 2008 y 30 de diciembre de 2010). La mera descripción del uso y destino del inmueble en los estatutos o en el título no supone por sí misma limitación del uso o de las facultades dominicales (entre otras, las SSTS de 23 de febrero de 2006

y 20 de octubre de 2008). (STS de 4 de marzo de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En 2007 la entidad mercantil F. S. K., S. L. adquirió un local comercial, situado en el semisótano del edificio XXX y, tras obtener la oportuna licencia municipal, inició las obras para convertir la finca en ocho apartamentos, mediante la apertura de tabiques de separación y eliminación de muros. La comunidad de propietarios del edificio XXX demandó a la entidad mercantil F. S. K., S. L., solicitando la devolución de dichos elementos a su estado primitivo.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Torremolinos, en sentencia de 30 de junio de 2008, estima la demanda y declara la ilegalidad del uso o destino dado por la demandada al local comercial de su propiedad, por vulnerar el artículo 1 de los estatutos de la comunidad de propietarios del edificio XXX, así como a realizar las obras necesarias para reponer los elementos comunes modificados por las obras ejecutadas, a su estado original. La Audiencia Provincial de Málaga, sección 15.ª, en su sentencia de 13 de abril de 2010, estima en parte el recurso interpuesto por la entidad mercantil F. S. K., S. L., revoca la sentencia del Juzgado y desestima íntegramente la demanda, al considerar que no existe, en el título constitutivo, prohibición de cambiar el destino originario del local adquirido. En consecuencia, al encontrarnos ante una obra que no requiere el previo acuerdo de la junta de propietarios, dentro del estricto ámbito de sus facultades dominicales, la demandada podía efectuar los cambios que considerara oportunos, siempre que no afectaran a la seguridad de la estructura, del forjado o de la cimentación de la edificación.

La comunidad de propietarios del edificio XXX interpone recurso de casación que el Tribunal Supremo desestima. El Tribunal reitera la doctrina de la Sala, según la cual el derecho a la propiedad privada constituye un derecho constitucionalmente reconocido (art. 33 CE), concebido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente que, en todo caso, deben ser interpretadas de un modo restrictivo. La afectación de elementos comunes del edificio, mediante la apertura de huecos y ventanas no prohibida por los estatutos de la comunidad, es consecuencia ineludible del ejercicio de la facultad concedida al propietario en el título constitutivo, puesto que difícilmente se puede proceder a la apertura, cierre o modificación de huecos a la calle sin alterar la configuración externa del edificio o su fachada.

NOTA.—Por tener también por objeto unas obras en inmueble con cambio de destino de local comercial a vivienda puede consultarse la STS de 30 de diciembre de 2011 (RJ 2011\1794), que confirma la anterior doctrina jurisprudencial, además del trabajo de G. Elizalde Redín, «Cambio de destino: de local a vivienda», *Revisita Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2011 (BIB 2011\1212). (E. F. A.)

25. Propiedad horizontal. Alteración que requiere el consentimiento de la Junta de Propietarios por afectar al título constitutivo. Falta de

impugnación en plazo de acuerdo de la Junta de propietarios. Inexistencia de abuso de derecho y de vulneración de la teoría de los actos propios.—Según el Tribunal Supremo no existe infracción del artículo 18.3 LPH, según el cual la acción para la impugnación de los acuerdos adoptados por la junta de propietarios caducará en los plazos que establece a partir del momento de la adopción del acuerdo, con la excepción de que «[p]ara los propietarios ausentes dicho plazo se computará a partir de la comunicación del acuerdo conforme al procedimiento establecido en el artículo 9». De acuerdo con la consolidada doctrina que aplica este último precepto en cuanto al inicio del cómputo del plazo para impugnar para los ausentes de las reuniones y la obligatoriedad por parte de los órganos representativos de la comunidad de notificar el acuerdo a los mismos en la forma que determina, los acuerdos por los que no se permitía instalar aparatos de aire acondicionado en la fachada del edificio fueron debidamente notificados al anterior propietario de la vivienda, al que en ningún caso se ha considerado propietario ausente. (STS de 7 de marzo de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En septiembre de 2004 Adriana y José Ángel adquirieron un inmueble situado en la primera planta de un edificio de diez plantas destinado en su mayor parte a viviendas, con unos bajos comerciales y una planta destinada a oficinas. Tras la adquisición, comenzaron a realizar obras para adaptar el inmueble a despacho profesional e instalaron un aparato de aire acondicionado en la fachada sin comunicarlo a la comunidad de propietarios ni solicitar autorización. Dado que en este momento en la comunidad se estaban llevando a cabo trabajos de rehabilitación y reforma de la fachada, Adriana y José Ángel fueron advertidos de la improcedencia de la colocación del aparato que habían preinstalado y rechazaron la oportunidad de retirarlo aprovechando el desarrollo de dichos trabajos en la comunidad. De los hechos resulta que en 1999, en Junta general extraordinaria, la comunidad había acordado por mayoría no permitir la instalación, en la fachada del inmueble, de aparatos de aire acondicionado. Dicho acuerdo no fue impugnado dentro de plazo, de modo que en el año 2000, en Junta ordinaria los comuneros ratificaron por unanimidad el acta anterior y acordaron otorgar un plazo de 20 días a los comuneros afectados para que retiraran los aparatos de aire acondicionado colocados en las fachadas y autorizaron su instalación en la cubierta del edificio. Dicho acuerdo tampoco fue impugnado. La comunidad de propietarios del edificio demanda a Adriana y a José Ángel, y solicita la retirada del aparato de aire acondicionado, devolviendo la fachada del edificio a su estado original.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Málaga, en sentencia de 18 de junio de 2008, estima la demanda y desestima la reconvencción formulada por los demandados por falta de prueba de la nulidad de los acuerdos alcanzados por la Junta de Propietarios. La Audiencia Provincial de Málaga, sección 4.^a, en su sentencia de 22 de enero de 2010, desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandados.

El Tribunal Supremo inadmite el recurso extraordinario por infracción procesal y desestima el de casación. La apertura de un

hueco en un muro para la instalación de un aparato de aire acondicionado supone la alteración de un elemento común que en este caso comporta, además, una frontal alteración de la estética del edificio contraria a la Ley de Propiedad Horizontal. Asimismo, no resulta probada la imposibilidad técnica de instalación de aire acondicionado en otro lugar. No constituye abuso de derecho el hecho de que en la parte del edificio destinado a oficinas la comunidad permitiera la instalación de aparatos de aire acondicionado, puesto que no tienen por qué recibir el mismo tratamiento las alteraciones que afectan a fachada de los locales que a la de viviendas. Si la parte demandada ha alterado el uso del inmueble de vivienda a oficina debe asumir el régimen inicial que afecta tal situación. La adquisición del inmueble con posterioridad a la adopción de los acuerdos de la junta de propietarios y la subrogación en la posición del antiguo propietario de la vivienda impide afirmar, más de cuatro años después, que dichos acuerdos no fueron notificados al anterior propietario para solicitar su nulidad.

NOTA.—Tampoco aprecia abuso de derecho por parte de la junta de propietarios, ante la impugnación de un acuerdo, la STS de 13 de julio de 2012, reseñada por Gemma Minero Alejandre en el número LXVII (abril 2014) del *Anuario de Derecho Civil*. La sentencia aquí reseñada debe confrontarse con la de 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009\396), que no apreció caducidad del plazo para la impugnación del acuerdo de autorización de obras en patio interior adoptado por la junta de propietarios, al entender que el acuerdo no había sido debidamente notificado al propietario ausente puesto que la información facilitada por otros vecinos no supone el conocimiento detallado del acuerdo reiteradamente reclamado y obtenido en acto de conciliación, momento que supone el inicio del cómputo del ejercicio de la acción. Sobre la cuestión véase también el comentario al artículo 18 LPH realizado por Á. Carrasco Perera, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), 4.ª edición, 2010, Aranzadi, pp. 687-779. Sobre la alteración de un elemento común, consistente en el repintado distinto de los huecos de las ventanas de la vivienda, que también comporta una alteración de la estética del edificio contraria a la LPH puede verse la reciente STS de 4 de abril de 2014 (RJ 2014\3843). (E. F. A.)

26. Doctrina de los actos propios.—La doctrina de los actos propios se encuentra recogida en el artículo 7.1 CC. Son tres los requisitos necesarios para su aplicación: 1) que el acto a combatir haya sido adoptado y realizado libremente; 2) un nexo de causalidad entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; 3) que el acto sea concluyente e indubitado, es decir, que sea fruto de un consentimiento orientado a crear, modificar y extinguir algún derecho, generándose una situación que nada tiene que ver con la posterior conducta del sujeto.

La exención a la contribución a los gastos generales en un edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal.—El artículo 9.e) LPH establece, entre las obligaciones de los propietarios, la de contribuir, conforme a la cuota de participación incluida en el título o a lo establecido especialmente, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble,

sus servicios, cargas y responsabilidad que no sean susceptibles de individualización. Según el Tribunal Supremo, cuando una Comunidad no ha venido exigiendo a ciertos copropietarios que contribuyan al sostenimiento del inmueble en la forma prevista en las normas comunitarias, tal tolerancia no implica una modificación del título constitutivo. Ahora bien, esta exención, en favor de algún copropietario, de participar en los gastos comunitarios, debe ser aprobada de modo unánime en la Junta de propietarios. A estos efectos, entiende el Tribunal Supremo que el silencio de la comunidad, permitiendo durante un tiempo que los propietarios de los locales comerciales no hagan frente a los gastos comunes en la forma fijada en los estatutos de la comunidad, no tiene entidad suficiente para expresar un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir un derecho, ni altera el título o estatutos de la comunidad. **(STS de 26 de febrero de 2013; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los propietarios de inmuebles situados en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal solicitan que se declare la nulidad del acuerdo por el que se aprobaron las cuentas de los años 2004, 2005 y 2006, y el acuerdo aprobatorio de la previsión de ingresos y gastos, con fijación de nuevas cuotas para el ejercicio 2007, adoptados en la Junta de 21 de mayo de 2007. En particular, respecto a la exención total de contribuir al sostenimiento de los gastos generales por parte del propietario de un local.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, al entender que el propietario del local estaba exento únicamente de los gastos recogidos en el título constitutivo. A su juicio, aunque hacía tiempo que no participaba en gasto alguno, ello no equivalía a un consentimiento de la comunidad. La exención total permitida en los acuerdos impugnados no era válida, pues debía contar con el consentimiento unánime de los copropietarios. Se anulan, en definitiva, los acuerdos de aprobación de cuentas en estos extremos.

La Audiencia Provincial estimó íntegramente el recurso de apelación. Declaró la validez de la exención en la contribución a los gastos de la comunidad por parte del propietario del local comercial. Como la misma había sido consentida durante un largo período de tiempo por la comunidad, y como se habían celebrado muchas Juntas sin que el titular del local fuera citado para asistir, no cabía desconocer la existencia de tales acuerdos. En definitiva, la parte actora no podía actuar en contra de sus propios actos.

Los demandantes interpusieron recurso de casación. Se alega la infracción de los artículos 5, 9.e) y 17.1 LPH, del artículo 1255 CC y la aplicación errónea de la doctrina de los actos propios. Señalan que una práctica tolerada no puede entenderse como un acuerdo inequívoco de los copropietarios, capaz de configurarse como un acto propio que pueda alterar el título constitutivo o los estatutos de la comunidad. Para ello debe haber un consentimiento unánime de los copropietarios. Por tanto, el acuerdo de 2007 por el que se excluye totalmente al propietario del local de contribuir a los gastos del edificio, es contrario al título constitutivo de la comunidad y vulnera los artículos 5, 9.1 y 17.1 LPH. El Tribunal Supremo estimó el recurso y declaró la nulidad del acuerdo, en lo que respecta a la exclusión del local, condenando a la comunidad

de propietarios a rectificar las cuentas de los ejercicios de los años citados, así como la previsión de ingresos y gastos para el ejercicio 2007, incluyendo al propietario del local comercial, con arreglo a su cuota de participación y a lo previsto en el título y en los estatutos de la comunidad.

NOTA.—Conforme al artículo 9.1.e) LPH, todos los propietarios deberán contribuir al sostenimiento de los gastos comunes de la comunidad, con arreglo a las cuotas fijadas en el título constitutivo o a lo especialmente establecido al efecto. Eso no es obstáculo para que, a través de un acuerdo posterior, pueda alterarse tal sistema de distribución de gastos, eximiéndose a alguien, por ejemplo, del pago de los mismos. Ahora bien, en la medida en que eso supone la modificación del título constitutivo, será necesaria la unanimidad o conformidad de todos los propietarios. Dicha unanimidad podrá alcanzarse expresamente en una Junta o bien podrá obtenerse de manera tácita (SSTS de 22 de abril de 1974, de 2 de marzo de 1989, de 2 de febrero de 1991, de 10 de marzo de 1993, de 3 de marzo de 1994, de 11 de noviembre de 1996, de 20 de marzo de 1997, de 8 de noviembre de 2011 y de 20 de febrero de 2012, entre otras). No obstante, la mera tolerancia de cuentas o presupuestos en juntas anteriores con un sistema de reparto diferente al que correspondía según el título constitutivo, no es suficiente aceptación que pueda evitar la impugnación de dicho acuerdo (STS de 2 de febrero de 1991). (S. L. M.)

27. La aplicación del artículo 34 LH y su requisito de la buena fe.—

El artículo 34 LH contiene un efecto muy importante: la transmisión de quien no es dueño, al proteger al tercero hipotecario que, sin conocer la inexactitud del Registro, adquiere por negocio jurídico oneroso algún derecho de persona que aparezca allí con facultades para transmitirlo, siempre y cuando ese tercero lo inscriba. Se trata del principio de fe pública registral. Esto explica que su aplicación esté sometida a requisitos muy estrictos: 1) que el tercero adquiera el derecho inscrito en las circunstancias que el mismo artículo establece; 2) que el Registro sea inexacto; 3) que las causas de la inexactitud del Registro no consten explícitamente en el mismo.

De entre estos requisitos, uno de los más importantes es el relativo a la buena fe. Éste significa el desconocimiento total de la inexactitud registral y la imposibilidad de conocer su exactitud. No se cumple este requisito: *a)* cuando se desconoce lo que con la diligencia exigible normal o adecuada se debería haber conocido; *b)* cuando existe un fundado estado de duda en el adquirente sobre si la titularidad del derecho que se le enajenó correspondía a su transmitente. (STS de 5 de marzo de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La entidad K ejercita acción declarativa de propiedad y solicita la nulidad de negocios jurídicos y la cancelación de ciertos asientos registrales, respecto de una serie de fincas inscritas en el Registro de la Propiedad. Dirige la demanda contra PL, VG, AG, E, I, todos ellos en rebeldía, así como contra O, ES y R, estos tres últimos allanados a la demanda. Las referidas fincas eran propiedad de la demandante, al haberle sido transmitido el dominio su anterior propietaria (PL), que, a su vez, las volvió a transmitir pos-

teriormente a los demás demandados. Entiende la actora que éstos no tienen la condición de terceros hipotecarios, por aparecer en el Registro de la Propiedad el correspondiente asiento de presentación del título de adquisición de K, que estaba vigente y era anterior a la adquisición de los demandados.

El origen de la transmisión de la propiedad de las fincas registrales por parte de PL a K, se encontraba en una operación en cuya virtud la primera suscribió una ampliación de capital de la segunda, aportando para ello sus derechos sobre un complejo inmobiliario en el que se construían unos apartamentos. El 17 de noviembre de 2000 se otorgó escritura de subsanación, donde se aclaraba que lo aportado por PL a K era la mitad indivisa de la titularidad sobre el complejo inmobiliario, perteneciendo la otra mitad a la entidad AG –el 26 de noviembre de 1999, PL y AG habían hecho división de sus derechos, adjudicándose cada una de dichas sociedades determinados apartamentos–. El 23 de mayo de 2002, PL vendió a un tercero las participaciones adquiridas. El 19 de diciembre de 2002 se otorga nueva escritura de subsanación por PL, en la que se precisa que su aportación a K no fue de la mitad indivisa del complejo inmobiliario, sino de las fincas registrales números 1 a 10. Dicha escritura presenta el cajetín del asiento de presentación en el Registro de la Propiedad, efectuado el 15 de enero de 2003. Las escrituras de venta de esos apartamentos a los demandados por parte de PL, venta efectuada una vez transmitida la propiedad de los mismos a K, se otorgaron el 31 de marzo de 2003, estando vigente con plena eficacia registral el señalado asiento de presentación.

En primera instancia, habiéndose allanado los señalados demandados, el Juez estimó la demanda en cuanto a las pretensiones referidas a los mismos y, en consecuencia, declaró: 1) que K era propietaria de la finca registral número 9; 2) la nulidad absoluta de la escritura pública de 31 de enero de 2003; 3) la nulidad absoluta de la inscripción registral producida por ello. Sin embargo, desestimó las pretensiones de la actora respecto de las otras nueve fincas objeto de la demanda, adquiridas por los otros demandados.

La demandante recurrió en apelación y la Audiencia Provincial desestimó el recurso, confirmando la sentencia impugnada.

En casación, se señala la confusión de la Audiencia, en relación a la identificación del asiento de presentación del título de propiedad de la actora sobre los inmuebles litigiosos. Efectiva, señala el Tribunal Supremo que la Audiencia debió haber considerado que, en el momento del otorgamiento de las escrituras públicas de venta a los demandados por parte de PL (31 de marzo de 2003), existía un asiento de presentación por el que se desprendía la transmisión de la propiedad de los bienes a favor de K (15 de enero de 2003). Esto implica la estimación del recurso por infracción procesal.

A continuación, se plantea el Tribunal Supremo si la adquisición de los distintos demandados podía quedar protegida por el artículo 34 LH. Este motivo también es desestimado. Los demandados adquirentes, VG e I, por estar en rebeldía, no han acreditado ser titulares registrales de los inmuebles adquiridos por escritura de 31 de marzo de 2003, lo que constituye un requisito esencial para su consideración como terceros hipotecarios. Además, falta el requisito de

la buena fe, pues en el Registro aparecía que, en la fecha de adquisición por parte de los demandados, existía un asiento de presentación vigente, en cuya virtud la actora instaba la inscripción a su favor de la titularidad de los mismos bienes, dada la escritura pública otorgada por PL. Esto implica el conocimiento por parte de los demandados de que el titular registral había efectuado una transmisión anterior de la titularidad del mismo bien, lo que excluye la aplicación de la presunción de buena fe a que se refiere el artículo 34 LH. De esta manera, el Tribunal Supremo estima la demanda en cuanto a las peticiones relativas a las fincas cuestionadas.

NOTA.—Los requisitos necesarios para que el tercero hipotecario quede protegido por el artículo 34 LH son: *a)* que el negocio jurídico de adquisición del dominio o de la titularidad del derecho por ese tercero sea válido y sea oneroso; *b)* que el tercero adquiera la propiedad de persona que figure como titular en el Registro; *c)* que ese tercero inscriba la adquisición en el Registro. Además, una condición indispensable es la buena fe del adquirente, entendiendo por la misma la creencia de que la titularidad registral de la persona que le transmitió era exacta. No habrá buena fe cuando el tercero hipotecario conociera o tuviera medios racionales para conocer la inexactitud registral desplegando una diligencia normal o adecuada al caso. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en sentencias de 14 de junio de 1988, de 14 de febrero de 2000, de 8 de marzo de 2001 ó de 7 de diciembre de 2004, entre otras. En cuanto al momento en el que debe apreciarse la buena fe, los autores ofrecen posturas distintas: *a)* para unos es el momento de adquisición del derecho; *b)* para otros, el momento en que el tercero inscribe su derecho en el Registro. (*S. L. M.*)

DERECHO DE FAMILIA

28. Divorcio: Carga familiar: No lo constituye el pago de la hipoteca: Recurso por infracción procesal: Motivación suficiente.—El deber de motivación de la sentencia se resume en la exigencia de una respuesta judicial fundada en Derecho, que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate, de modo que solo una motivación que, por arbitraria, fuese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 CE (SSTC de 31 de octubre de 2001, 24 de marzo de 2003, 12 de diciembre de 2005, 26 de mayo de 2008; y SSTS de 19 de diciembre de 2008, 12 de junio y 2 de octubre de 2009). La sentencia impugnada cumple con las exigencias derivadas del deber de motivación, ya que permite conocer el criterio jurídico por el que se impone la contribución del pago de la totalidad de la carga hipotecaria al demandado. La razón en que se basa es que, valorando la situación económica de cada uno de los cónyuges, reflejada de forma detallada y acreditada en virtud de la prueba obrante en las actuaciones, el FD 2.º de la resolución recurrida, le impone el pago total de las cuotas hipotecarias al demandado en atención a los ingresos económicos de los cónyuges. Si este criterio es o no el precedente, se trata de una cuestión que atañe al fondo de la controversia, ajena al requisito de motivación de la sentencia y al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal.

Valoración de la prueba.—El recurrente no justifica en su motivo que elementos de prueba aportados en el proceso ponen de manifiesto el error de la sentencia recurrida, lo que es carga del recurrente, dado el carácter extraordinario de este recurso, que no constituye una tercera instancia (STS de 29 de septiembre de 2009), e impide, si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, tratar de desvirtuar la apreciación probatoria efectuada en la sentencia recurrida. La conclusión de la sentencia impugnada no es ilógica, arbitraria, ni manifiestamente errónea, dado que (i) se basa en la valoración de la prueba fundamentalmente documental; (ii) en el motivo no se ha justificado que la valoración de esta prueba documental sea errónea, ilógica o arbitraria; y (iii) el recurrente no ha expuesto, con el adecuado apoyo documental, la valoración sustancial de su capacidad económica.

No constituye carga familiar el préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda familiar: Recurso de casación: Doctrina jurisprudencial.—La sentencia recurrida confirmó el pronunciamiento de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y condenó al recurrente al pago de la cuota del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar. Resulta aplicable, sin embargo, la jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 31 de mayo de 2006, 5 de noviembre de 2008, 28 de marzo y 29 de abril de 2013, y 26 noviembre 2012), según la cual, la hipoteca no puede ser considerada como carga del matrimonio, en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 CC, porque se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario y, por tanto, el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesto a uno solo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio, que en este caso es el de separación de bienes.

Según la STS de 31 de mayo de 2006, la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (art. 103-3.º CC). Por ello no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, como ocurre en este caso, pues en el año 2004 otorgaron los esposos capitulaciones matrimoniales y se acogieron al régimen de separación de bienes y la vivienda familiar que está gravada con la hipoteca la adquirieron por compra en el año 2006 (la sentencia del Juzgado de Primera Instancia declarando el divorcio es de 2009). En consecuencia, la normativa aplicable a tal bien era la propia del régimen general de la copropiedad y, en concreto, el artículo 393 CC que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales. Procede, en consecuencia, estimar parcialmente el recurso de casación en lo relativo al importe mensual del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar que deberá ser pagado por mitad entre los cónyuges propietarios. (STS de 20 de marzo de 2013; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Sociológicamente nadie duda que el impago de las deudas hipotecarias que gravan la vivienda familiar es uno de los factores que están influyendo últimamente en la liquidación de las rupturas conyugales, con mayor o menor intensidad según la disposición adoptada, mediante convenio regulador o por resolución judicial en materia de separación o divorcio. Tal situación no se planteó en hipótesis al legislador en 1981 y, probablemente, tampoco en 2005, por lo que nada extraña que haya sido la jurisprudencia la que haya tenido que afrontarla para darle una solución, siendo inevitable la disparidad de criterios de las diversas Audiencias Provinciales. En el caso anotado el Tribunal Supremo lo analiza detalladamente bajo la óptica del recurso extraordinario —que se rechaza—, y del recurso sobre el fondo, que se estima en el punto específico. Curiosamente el recurrente argumentaba *in extremis* como si se tratase de una *manera encubierta de incrementar la pensión compensatoria* en favor de su consorte. Se consolida con este fallo la doctrina jurisprudencial que niega su carácter de *onus matrimonii*, invocando el tipo de régimen económico vigente entre los cónyuges al tiempo de la ruptura (a la jurisprudencia citada puede añadirse la STS de 28 de marzo de 2011, extractada en ADC, 2012, p. 958, sentencia de la que fue Ponente la Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías). Habría que investigar si, sociológicamente, la solución adoptada incrementará el empobrecimiento de la mujer con hijos a su cargo, separada o divorciada, sin olvidar las eventuales maniobras que el cónyuge de mejor posición económica puede hacer para perjudicar al otro (por ejemplo, dejar de pagar su cuota para provocar el embargo y el desahucio). (G. G. C.)

29. Divorcio: Modificación de medidas en fase de separación: Convenio regulador: Hechos nuevos: Nacimiento de hijos de otra relación de pareja: Pago de la hipoteca como deuda de la sociedad de gananciales.—Es cierto lo que dice el motivo sobre la consideración de la hipoteca como deuda de la sociedad de gananciales y no como carga del matrimonio y así resulta de la jurisprudencia reiterada de esta Sala expresiva de que se trata de una deuda contraída para la adquisición del inmueble que debe satisfacerse por quienes ostentan título de dominio sobre el mismo de acuerdo con lo estipulado con la entidad bancaria, en este caso por ambos cónyuges, con independencia de si su disfrute es otorgado a un concreto copropietario, y por tanto el pago de la hipoteca cuando ambos cónyuges son deudores y el bien les pertenece, no puede ser impuesto a uno sólo de ellos, sino que debe ser relacionado y resuelto de acuerdo con el régimen de bienes correspondiente a cada matrimonio (SSTS de 29 de abril de 2012 y 26 de noviembre de 2012, entre otras). Ahora bien, no es este el caso. La obligación contraída por el esposo se contiene en el convenio regulador de la separación matrimonial siendo doctrina reiterada de esta Sala que los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen del divorcio o de la separación (STS de 4 de noviembre de 2011), por lo que lo relevante para dilucidar la controversia es comprobar si la decisión adoptada se compadece con el acuerdo de las partes en esta materia, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ya había admitido su validez, a partir de la transcendental sentencia de 2 de abril de 1997, sobre la base de que el convenio es un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía

de la voluntad de los afectados, permite a ambos cónyuges pactar lo que consideren más conveniente a sus intereses, como aquí sucede. No se configura, por tanto, como un cambio de medidas por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la ruptura, en este caso de la separación matrimonial y no del divorcio. De un lado, porque sirve para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones/divorcios; de otro, porque en dicho pacto no se contempla el cambio a partir de una situación económica distinta del obligado, sino que se acuerda el pago íntegro de las cuotas del préstamo hipotecario con independencia de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de uno y otro y de los derechos del acreedor derivadas del préstamo, que no se ven alteradas por ese pacto.

Modificación de alimentos a los hijos matrimoniales por nacimiento posterior de otros hijos.—Este motivo insta de la Sala un pronunciamiento que unifique los criterios jurídicos discrepantes entre las Audiencias Provinciales con relación a la modificación de las medidas alimenticias como consecuencia del nacimiento de otros hijos fruto de una nueva relación de pareja del progenitor alimentante. La sentencia recurrida se alinea junto a las Audiencias que niegan que exista cambio de circunstancias al haberse producido voluntariamente, lo que determina que no pueden ser repercutidas sus consecuencias en los alimentos correspondientes a sus hijos de la primera unión. Pero el Tribunal Supremo no acepta este criterio.

Sin duda el nacimiento de nuevos hijos, tanto en sede matrimonial normalizada como en otra posterior tras la ruptura, determina una redistribución económica de los recursos de quienes están obligados a alimentarlos para hacer frente a sus necesidades. No es lo mismo alimentar a uno que a más hijos, pero si es la misma la obligación que se impone en beneficio de todos ellos. El hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor de una prestación de esta clase, no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos, a partir de una distinción que no tiene sustento entre unos y otros, por más que se produzca por la libre voluntad del obligado. El tratamiento jurídico es el mismo pues deriva de la relación paterno filial. Todos ellos son iguales ante la ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores, conforme al artículo 39 CE, sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante.

Es decir, el nacimiento de un nuevo hijo sí que puede suponer una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarlos a favor de los anteriores. Ahora bien, si el sustento del hijo es una carga del matrimonio, lo importante será conocer el caudal o medios con los que cuenta la nueva unidad familiar, para lo que se hace preciso probar si la esposa contribuía económicamente al sostenimiento de dicha carga o por el contrario el sustento del hijo quedaba a expensas exclusivamente del marido, —situación ésta que sí redundaría en una disminución de su fortuna—. Parece no reparar el recurrente en la importancia que tienen los ingresos de la esposa a la hora de dilucidar si la fortuna de aquél disminuyó, pues la ley determina el carácter ganancial de los rendimientos del trabajo constante matrimonio, y ello ha lugar a que la fortuna del mismo, lejos de disminuir, se viera incrementada a resultas de la convivencia con su nueva mujer (STS 3 de octubre de 2008).

En lo que aquí interesa supone que el nacimiento de un nuevo hijo no basta para reducir la pensión alimenticia del hijo o hijos habidos de una rela-

ción anterior, ya fijada previamente, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es ciertamente insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad, sin merma de la atención de las suyas propias, y valorar si es o no procedente redistribuir la capacidad económica del obligado, sin comprometer la situación de ninguno de los menores, en cuyo interés se actúa, y ello exige ponderar no sólo las posibilidades económicas del alimentante sino las del otro progenitor que tiene también la obligación de contribuir proporcionalmente a la atención de los alimentos de los descendientes, según sean sus recursos económicos, prueba que no se ha hecho. Y es que el cambio de medida se argumenta en la demanda exclusivamente sobre la base del nacimiento de estos dos nuevos hijos, sin que la misma contenga referencia alguna a si esta nueva situación supone una merma de su capacidad económica, que puede incluso haber mejorado en razón al patrimonio de su pareja y madre de los hijos, obligada también a su sostenimiento, cuyos recursos se ignoran, siendo así que conforme al artículo 145 CC *cuando recaiga sobre dos o más personas la obligación de dar alimentos, se repartirá entre ellas el pago de la pensión en cantidad proporcional a su caudal respectivo.*

El interés casacional que ha permitido la formulación de este recurso exige casar la sentencia de la Audiencia Provincial, en lo que se refiere al segundo motivo, pese a mantener el criterio desestimatorio de la demanda y formular como doctrina jurisprudencial que *el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad.* (STS de 30 de abril de 2013; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Quizá lo más novedoso de este fallo es la determinación sobre la influencia que el nacimiento de hijos nacidos de una nueva relación influye en la pensión alimenticia otorgada judicialmente a los hijos por la s. previa de separación o divorcio. Para alterar la pensión alimenticia inicialmente concedida, no basta con alegar que el cónyuge deudor ha tenido más hijos con derecho a alimentos, sino que debe aportar al proceso la totalidad constitutiva de la nueva relación filial. Pudiera tratarse de un hijo cuya filiación ha sido reconocida únicamente por el deudor alimenticio, o adoptado exclusivamente por él, sin haber variado su situación patrimonial; o de hijo nacido de una unión de hecho reconocido por ambos progenitores, o de una nueva relación matrimonial legalmente formalizada. En cada caso habrá que comprobar la variación experimentada de la situación patrimonial del deudor, que —observa con acierto y no sin ironía, el fallo anotado— hasta puede haber mejorado económicamente con relación a la anteriormente contemplada. Sentencia de aprobar plenamente. (G. G. C.)

30. Divorcio: Efectos para los hijos: Patria potestad compartida.—La STC 185/2012, de 17 octubre, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso *favorable* del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo

lo 92.8 Cc, según redacción dada por Ley 15/2005, de 8 julio, de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen. Es, por tanto, al Juez al que corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo a aquel le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, obligando en consecuencia a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando queda demostrado que es beneficiosa para el menor.

Ello no es más que el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres para sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, bajo la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que, al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación.

El artículo 92 CC establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el pár. 5.º que la atribuye cuando se dé la *petición conjunta* por ambos progenitores; y la segunda se contiene en el pár. 8.º de esta misma norma que permite excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco, acordar este tipo de guarda *a instancia de una de las partes*, con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión *excepcionalmente* véase la STS 579/2011, de 27 julio). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos, de los progenitores, y así, si la piden ambos, se aplicará el párrafo 5.º, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo 8.º, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código Civil exige siempre la petición de, al menos, uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

A todo ello no obsta lo declarado en la STS 614/2009, de 28 septiembre, porque si bien es cierto que, de acuerdo con el artículo 91 Cc, el juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Cc debe concurrir la referida petición. Sistema también recogido en el artículo 80 del Código de derecho foral de Aragón de 2011.

En el caso objeto de recurso, ninguno de los progenitores solicitó esta medida en sus escritos iniciales ni en el recurso de apelación, pese a que se recoge en el informe del Ministerio Fiscal, ni consecuentemente se ofrecieron unas pautas necesarias para hacerlo efectivo; por el contrario, los datos que maneja la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, ratificada en este punto por la recurrida, no permiten acordarla en interés de la menor que es la que, a la postre, va a quedar afectada por la medida que se debe tomar, pues no concurre ninguno de los requisitos que, con reiteración, ha señalado esta Sala.

Doctrina jurisprudencial: Estimación del recurso en cuanto a la «ratio decidendi», manteniendo el fallo.—El interés casacional que ha permitido la formulación de este recurso exige casar la sentencia de la Audiencia Provincial, en cuanto desestima la demanda en contra de la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, pese a mantener la medida acordada, y sentar como doctrina jurisprudencial que la interpretación de

los arts. 92.5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la debida que se debe tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. (STS de 29 de abril de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Instado el divorcio por el marido en 2010, el Juzgado de Primera Instancia aparte de otros aspectos no recurridos le otorga la guarda de la hija común, que también había pedido en reconvencción la esposa. El Ministerio Fiscal es el único que alude a la patria potestad compartida, mostrándose desfavorable a la misma. La Audiencia Provincial mantuvo en 2011 idéntico pronunciamiento en este punto, expresando inequívocamente su criterio en contra de la misma, *indicando que junto a innegables virtudes como la igualdad de trato y responsabilidad de los padres, presenta inconvenientes como la menor estabilidad del status material de los hijos, la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres, la necesidad de una gran disposición de estos a colaborar en su ejecución, etc.* El Tribunal Supremo trata de unificar la doctrina jurisprudencial, ejercitando también una función pedagógica respecto de las Audiencias Provinciales, merecedora sin duda de loa, aunque confirmando el fallo denegatorio de la guarda compartida; añádase el no excesivo tiempo transcurrido en la resolución del recurso (2010-2013) que contribuirá a no mantener en la incertidumbre la situación de la menor.

Con todo, la reiteración de casos permite recordar que recientemente el anotador tuvo ocasión de indicar sumariamente el *status quaestionis* doctrinal y jurisprudencial del tema al extraer la STS de 7 de abril de 2011 en ADC, 2012, pp. 53 ss.; el fundamental requisito del *interés del menor* en STS de 10 de enero de 2012, en ADC, 2013, pp. 1477 s. (no probado en el caso); de recordar la opinión doctrinal que alude —¿prematuramente?— a una reforma *malograda* (anot. a STS de 9 de marzo de 2012, en ADC 2013, p. 1931); con la leve esperanza que puede suscitar todavía la STS de 25 de mayo de 2012, al (re-)formular la opuesta doctrina jurisprudencial de la Sala sobre la guarda compartida, contraria a la de la Audiencia Provincial, que, sin embargo, resulta improbadamente una vez más en el caso. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

31. Testamento abierto: Nulidad por falta de capacidad mental del testador: Criterios interpretativos y doctrina jurisprudencial aplicable: Omisión de fórmula notarial sobre el juicio de capacidad: El principio

del favor testamenti y su entronque con el principio general del derecho de conservación de los actos y negocios jurídicos.—La cuestión planteada atiende a la interpretación normativa que debe realizarse acerca del cumplimiento de las solemnidades testamentarias referido al plano formal en el que debe materializarse, en el documento testamentario, el juicio de capacidad realizado por el Notario (art. 696 CC). Para la sentencia recurrida, conforme a la naturaleza formal del negocio testamentario, el cumplimiento de dicha solemnidad requiere de una constatación, expresa y ritualista, en el documento autorizado por el Notario por el que declare que, *a su juicio, el testador se halla con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento*. Por el contrario, en la interpretación que sustenta la parte recurrente, el cumplimiento de dicha solemnidad no requiere de una constatación expresa del juicio de capacidad, desarrollada mediante una fórmula literal exacta o sacralizada, sino que puede inferirse de locuciones o expresiones distintas que igualmente refieran idéntico juicio de capacidad.

A juicio de esta Sala, y reconociendo la complejidad doctrinal que encierra el presente caso debe señalarse que la interpretación rigorista que desarrolla la Audiencia Provincial no es la más ajustada a la finalidad del precepto, ni a su interpretación sistemática, particularmente en relación con el principio del *favor testamenti*. En efecto, en esta línea debe resaltarse que en el particular ámbito de la ineficacia testamentaria la aplicación de dicho principio, como criterio tendente a flexibilizar las solemnidades testamentarias, ha sido seguido desde antiguo por nuestra doctrina jurisprudencial de forma que, según norma de buen criterio, y dada la naturaleza y significación de la sanción, esto es, la nulidad del testamento, se impone tener en cuenta la índole de dichas formalidades, armonizándose así la voluntad conocida del testador con los requisitos externos de su expresión (STS de 30 de abril de 1909). De ahí que, en contra de lo argumentado por la parte recurrida, la STS que cita en apoyo de su pretensión (la de 24 de abril de 1896), que en relación con el caso que nos ocupa declara que «no es necesario que la manifestación del Notario acerca de la capacidad de la otorgante se consigne con las palabras precisas e insustituibles a su juicio, *bastando que cualquier otro modo o con locución distinta expresa clara y evidentemente su parecer u opinión respecto de la capacidad legal para otorgar testamento*», lejos de ser un precedente aislado, constituye una aplicación del principio del *favor testamenti*, como en su caso, la STS de 26 de noviembre de 1901, respecto de los actos propios (conformidad con lo dispuesto en el testamento), y la posterior solicitud de nulidad por infracción de solemnidades testamentarias; principio que, en todo caso, no ha dejado de ser reconocido por la doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS de 14 de octubre de 2008).

Este criterio de flexibilización de las solemnidades testamentarias sin detrimento de la autenticidad y capacidad de la voluntad expresada, tampoco debe ponerse en tela de juicio por la modificación del artículo 685 CC, operada tras la ley 30/1991, de 20 diciembre, por la que la formulación: «*También procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar*», se cambia por: «*También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar*», pues, como señala la STS que cita el recurrido de 19 de septiembre de 1998, «la reforma operada llevó a un cambio semántico, *que no es ninguna innovación*, ya que se volvió a lo dispuesto en la primera solución del CC», que, a su vez, traía causa del juicio de capacidad exigido en el artículo 6.º de la Instrucción para la redacción de instru-

mentos públicos, de 9 de noviembre de 1874, con lo que aparte de zanjar la controversia doctrinal sobre quien debe apreciar la capacidad del testador en favor del Notario que, como declara la sentencia citada «se obliga y compromete con un juicio jurídico que es exclusivamente propio y personal», la reforma operada nada cambia en el plano sustantivo y formal del juicio de capacidad, en donde el grado de certeza exigible en la comprobación sigue siendo «a su juicio», como antes de la reforma, en la edición primera del Código a la que ahora se vuelve, y en donde, con idéntico fundamento, nada cambia tampoco respecto del plano formal de materialización documental de dicho juicio de capacidad, resultando igualmente aplicable la doctrina jurisprudencial anterior a la reforma.

A mayor abundamiento conviene destacar que en la Sentencia del Pleno de 15 de enero de 2013, esta Sala ha profundizado en la revitalización del principio del *favor contractus* no sólo en su concepción tradicional de canon interpretativo sino también de su propia configuración como principio general de Derecho declarando: *Siguiendo esta línea, la cuestión se vislumbra de un modo más nítido si nos preguntamos por el alcance sistemático que posibilita el ámbito conceptual de la figura, particularmente del principio de conservación de los contratos o «favor contractus». Este principio no solo se ha consolidado como un canon hermenéutico que informa nuestro ordenamiento jurídico, con múltiples manifestaciones al respecto, sino también un elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como la Convención de Viena, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) y, particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Cc en materia de Obligaciones y Contratos. De modo que tal y como hemos señalado en las recientes sentencias de 28 junio y 10 septiembre 2012, precisamente en el marco del contrato de compraventa, la conservación de los contratos se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica».*

De esta nueva configuración, tendente a flexibilizar el ámbito de la ineficacia contractual, también participa el principio del *favor testamenti*, como una proyección particularizada a la peculiar estructura y naturaleza de los negocios jurídicos mortis causa, de forma que, constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, *debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, sólo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada*. De ahí, que en contra de lo alegado por la parte recurrida, cobra más sentido, hoy en día, el criterio de flexibilidad que ya aplicó la antigua sentencia de 24 de abril de 1896, descartando la necesidad de que el cumplimiento del plano formal de capacidad se tenga que materializar, a su vez, de un modo expreso y ritualista, *bastando con que de cualquier otro modo, o con locución distinta, se exprese con claridad dicho juicio de capacidad*.

En el presente caso el meritado juicio de capacidad se infiere claramente de las declaraciones fedatarias que el Notario realiza en el pertinente protocolo y autorización del testamento con locuciones, suficientemente expresi-

vas, que refieren *el consentimiento libremente prestado por la testadora*, y que *el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de la persona que testa*, expresiones que, si bien no dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad, lo refieren *de otro modo* al situar como eje de la validez testamentaria en la voluntad espontánea y libre de la testadora pues, como bien señala la parte recurrente, no cabe entender que se presta libremente un consentimiento por parte de quien no es capaz de otorgarlo, ni tampoco, que pueda informar debidamente la voluntad de quien resulte incapaz para ello. (STS de 20 de marzo de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Se trata de la impugnación del testamento abierto otorgado por una viuda (nacida en 1926) que comparece ante un Notario de Vitoria el 25 de octubre de 2005, manifestando carecer de hijos y descendientes, y designa como único heredero a un hermano; fallece el 17 de febrero de 2007, y otros hermanos lo impugnan, alegando falta de capacidad mental de la testadora al tiempo de otorgarlo. El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial, acoge el motivo de nulidad acogido en el acto de juicio por falta del requisito formal del juicio notarial sobre la capacidad de la testadora, apreciable de oficio por deducirse directamente de la copia de la escritura aportada, en la que únicamente se hace constar que la testadora comparece, y se identifica por su pasaporte que exhibe, y *asegura tener capacidad para testar y manifiesta su libre y consciente decisión de otorgar testamento*, no constando que, a juicio del Notario, *se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento*.

NOTA.—No cabe duda de que la aplicación pura y simple del texto del artículo 687 CC (*será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo*) hubiera conducido, sin más razonamientos, a la desestimación del recurso de casación, y, además, sin suscitar probablemente discrepancias doctrinales. Pero en el 2º FD, apartado 3, la Sala establece que *la interpretación rigorista que desarrolla la Audiencia no es la más ajustada a la finalidad del precepto, ni a su interpretación sistemática, particularmente en relación con el principio de «favor testamenti»*. Siendo, por lo demás, plenamente consciente aquella de la *complejidad doctrinal que encierra el presente caso* (que en materia de costas la ha llevado a no hacer condena expresa, *dadas las serias dudas de Derecho que presentaba el caso en el desenvolvimiento de la doctrina jurisprudencial y científica*). Acaso hubiera sido posible utilizar excepcionalmente la vía que indican Lacruz y colaboradores (*Elementos*, V, *Sucesiones*, 3.ª ed. a cargo de Rams Albesa, Madrid 2007, p. 171): «En unos pocos supuestos concretos el TS ha atenuado el rigor de los principios, por considerar que la infracción formal no tiene entidad suficiente como para determinar la nulidad del testamento, —citando a Puig Brutau—, en el sentido de que no se trata de posibles contradicciones doctrinales porque la introducción de cierta flexibilidad siempre se funda en criterios de equidad y éstos tienen su justificación en circunstancias especiales de cada caso (ss. de 10 abril 1909, 27 mayo 1914 y 11 febrero 1929)». Sin embargo,

con un mayor tinte de audacia, la Sala –en mi opinión– ha tratado de avanzar más lejos en fase interpretativa, utilizando un sorprendente método que cabría configurarse como de vuelta a la abstracción del pandectismo, pero con objetivo de desembocar en el anti-formalismo y sin desdeñar posibles apoyos del Derecho europeo e internacional, exponiéndose sin duda a recibir críticas doctrinales. A mediados del siglo pasado el maestro De Castro (*El negocio jurídico*, Madrid 1967, pp. 277 ss.) advirtió de la relatividad de las tendencias formalismo-antiformalismo, pues la Historia del Derecho y el Derecho comparado enseñan que dominan según tiempos y lugares y que no se presentan puramente, sino en variadas combinaciones, alertando sobre la necesidad de evitar las exageraciones. A modo de resumen afirma que la forma tiene alcance distinto según sea la clase del negocio considerado, y así, en general, se entiende necesaria o natural para los negocios de Derecho de familia, para los *mortis causa* y para los constitutivos, con especiales matices para la creación o transmisión de derechos reales. Por lo demás el autor se centra en los negocios de Derecho de obligaciones cuya evolución moderna describe (loc. cit. p. 279) refiriendo en detalle las ventajas e inconvenientes que Ihering había visto en unos y otros, mostrando este autor su simpatía por el formalismo, aunque no dejaba de advertir la variabilidad de opciones según las diferentes instituciones jurídicas, los tiempos y los pueblos. La doctrina más reciente señala entre nosotros un *renacimiento del formalismo* impuesto por las normas de la protección de consumidores y dirigido tanto a inducir al consumidor a la reflexión como a proporcionarle una información adecuada sobre sus derechos y obligaciones y, en general, sobre la reglamentación contractual (así Martínez De Aguirre, en VVAA., *Curso, 2, Derecho de obligaciones*, coordinado por él mismo, 2.ª ed. Madrid 2008, p. 339), fenómeno, como se sabe cada vez más intensificado que no llegó a contemplar en su integridad el maestro De Castro.

La configuración aportada por la novedosa STS de Pleno de 15 de enero de 2013, acerca del *favor contractus*, o del principio de conservación del contrato, no ya sólo en fase hermenéutica (así Parra Lucán, en VVAA, *Curso, 2, Derecho de obligaciones*, cit. p. 456) sino en el ámbito de los principios generales de derecho, puede suscitar dudas, sobre todo en la indiscriminada y directa aplicación que la sentencia hace a los actos *mortis causa*. Por todo ello, quizá pueda considerarse apresurada la conclusión del 2º FD, punto 5 *in fine*: *descartando la necesidad de que el cumplimiento del plano formal del juicio de capacidad se tenga que materializar, a su vez, de un modo expreso y ritualista, bastando con que de cualquier modo o con locución distinta, se exprese con claridad dicho juicio de capacidad.* (G. G. C.)

32. Sustitución fideicomisaria: Interpretación testamentaria de la expresión «hijos y descendientes legítimos» conforme a los cambios sociales y los principios constitucionales: Testamento del fideicomitente otorgado en 1935: Limitación de la interpretación integrativa: Criterios delimitadores.—Con rigor técnico no puede estimarse que en la declaración formal testamentaria del fideicomitente haya lugar a duda, o cuestión inter-

pretable acerca de la voluntad realmente querida que dé lugar a una interpretación integrativa sobre la base de una nueva realidad social prevista o asumida por el testador. En efecto, en primer término, porque la realidad social preponderante en la dinámica del proceso sucesorio y, por tanto en el proceso interpretativo, ya como ámbito social propiamente dicho, o como ámbito jurídico, viene determinado por la muerte del causante, producida en este caso el 22 de abril de 1935, teniendo plena vigencia el fundamento testamentario de la vocación hereditaria. En segundo término, porque en el ámbito del proceso interpretativo, y valorada la declaración formal testamentaria conforme a los diversos medios interpretativos (lógicos, sistemáticos y teleológicos), no se observa duda o cuestión interpretativa que deba integrarse o ser desenvuelta por la valoración judicial. Al respecto, en el propio contexto social y jurídico de la época, conforme a la declaración formal testamentaria, no puede estimarse, tal y como defiende el recurrente, que la precisión con que el testador dispone el *ordo sucessivus* de la sustitución fideicomisaria: «*Es decir que falleciendo su hijo, Don Celso, le sucederán sus hijos y descendientes legítimos*» (cláusula 9.^a), resulte inexpressiva, ambigua o referida a un concepto definitorio de carácter meramente genérico; por el contrario, su expresión lícita y usual para la época determinaba, frontalmente, la exclusión derivada de la denominada filiación ilegítima, y de toda aquella que no otorgare legítimos derechos sucesorios respecto del causante (supuesto, en su caso, de la adopción aplicable al antiguo artículo 180 CC, en su redacción dada en 1958, que limitaba los derechos del adoptado a su relación de parentesco con el adoptante, pero no con la familia del adoptante, y sólo respecto de los pactados en la escritura de adopción). Obsérvese en esta línea que la citada STS de 29 de septiembre de 2006, se refiere a las circunstancias jurídicas y sociales del *momento en que se dictó el testamento*, y condiciona la interpretación integrativa a que no conste de manera suficiente la verdadera voluntad del testador.

En el presente caso, por tanto, la valoración integradora que se realiza judicialmente vulnera la voluntad realmente querida por el testador atribuyéndole, de forma presuntiva, una disposición testamentaria, de claro contenido abstracto e indeterminado, por la que hipotéticamente se atiende a una mera intención que subyació en la voluntad interna y no declarada del testador de aceptar y adaptar sus disposiciones testamentarias al desenvolvimiento de los cambios sociales, conforme a sus nuevas reglas y principios.

Por otra parte, tampoco resulta acertada la equiparación del presente caso con los supuestos de sustituciones fideicomisarias de tipo condicional, particularmente de la modalidad *si sine liberis decesserit*, pues el testador no toma la descendencia como objeto de condición, propiamente dicha, sino como presupuesto lógico del *ordo sucessivus* ordenado en la sustitución fideicomisaria («A la muerte de los hijos del testador pasarán a los hijos y descendientes de que dejare cada uno»), de suerte que el llamamiento de los fideicomisarios resulta cierto desde la muerte del testador fideicomitente, sin estar sujeto al cumplimiento de condición alguna; cuestión de suma importancia para el presente caso, pues, a diferencia de la sustitución fideicomisaria de tipo condicional (art. 759 CC), en los fideicomisos ordinarios sujetos a término, supuesto que nos ocupa, los fideicomisarios adquieren sus derechos a la herencia desde la muerte del testador, transmitiendo dicho derecho a sus herederos si mueren antes que la restitución se opere (art. 784 CC).

Aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación (arts. 14 y 39 CE) respecto de relaciones jurídicas sucesorio-

rias no agotadas o pendientes de ejecución: Sustitución fideicomisaria y dinámica del proceso sucesorio y adquisitivo.—En el presente caso, el fideicomisario adoptado adquirió su derecho hereditario desde la muerte del testador fideicomitente, transmitiendo dicho derecho a sus herederos tras su propia muerte (art. 784 CC). Sin embargo, dicha transmisión no operó la consumación o consolidación de la situación sucesoria creada y, con ella, la definitiva adquisición de la herencia, al quedar sujeta tanto a la muerte del heredero fiduciario adoptante, que murió con posterioridad al heredero fideicomisario adoptado, como a la aceptación de la herencia fideicomisaria por sus propios herederos, como titulares del derecho hereditario objeto de transmisión, esto es, respecto de la restitución o deber de entrega de los bienes de la herencia a la muerte del heredero fiduciario, en el año 1971, como en relación a la aceptación tácita de los herederos del heredero fideicomisario implícita en la demanda de 10 de mayo de 1999 que inicia el presente litigio, y por la que declaran su condición de propietarios de los bienes hereditarios. Proceso adquisitivo, abierto y todavía no consolidado, en el que resulta pertinente la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación (arts. 14 y 39 CE) respecto de sucesiones que aunque abiertas con anterioridad a la Constitución, no obstante, como es del caso, no han consolidado o agotado el proceso sucesorio y adquisitivo derivado. **(STS de 1 de marzo de 2013; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—Como es habitual en este tipo de procesos la complejidad de las relaciones jurídicas que han mantenido los litigantes conduce a una notable prolongación del pleito (el causante fideicomitente otorga testamento en 1935, la demanda origen del pleito se presenta en 1999, transcurriendo más de un decenio hasta que dicta sentencia el Juzgado de Primera Instancia, y tardando algo menos de cuatro años en resolver el recurso el Tribunal Supremo; pese a desestimarlo no se hace imposición de costas *dadas las serias dudas de Derecho que presenta el caso respecto de la complejidad de las perspectivas metodológicas de aplicación*). El marco cronológico no difiere mucho del caso resuelto anteriormente por STS de 18 de marzo de 2011, referido a un fideicomiso constituido en 1901 bajo la fórmula *si sine liberis decesserit*, fideicomiso recíproco entre los nietos del testador que son, a la vez, fiduciarios y fideicomisarios, con estimación parcial del recurso, aunque por aplicación de la equivalencia de resultados la Sala lo desestima finalmente (extractada y anotada por mí en ADC, 2013, pp. 971-974); en cambio, los presupuestos fácticos difieren.

En el caso de la sentencia de 2013, la demanda se dirige contra los descendientes de un fideicomisario que había sido adoptado y que habían procedido a realizar diversas operaciones jurídicas, entre ellas la partición; el fideicomiso recaía sobre la parte de libre disposición del fideicomitente y también sobre el tercio de mejora. La cláusula controvertida disponía que la sustitución fideicomisaria se disponía en favor de *hijos y descendientes legítimos*. El Juzgado de Primera Instancia, con apoyo de la STDDHH de 14 de julio de 2004 y de las SSTs de 18 de junio de 2002 y 29 de septiembre de 2006 efectúa una interpretación integrativa de aquella para incluir en ella tanto a la filiación natural como a la adoptiva. Pero la

sentencia en el 2º FD, apartado 3 afirma que a juicio de esta Sala, y sin perjuicio de la validez general de dicha argumentación, su aplicación al presente caso resulta técnicamente incorrecta, cuya razón de fondo no es otra que el propio marco normativo de la interpretación testamentaria que delimita el alcance que pueda derivarse de la interpretación integrativa en orden a crear una disposición testamentaria atribuible al testador. Luego entiende la Sala que Roque, causante fideicomitente quiso referirse exclusivamente a los hijos que la legislación vigente consideraba *legítimos*. Doctrina que con la salvedad de algunos puntos concretos, confirmó la Sentencia de la Audiencia Provincial. Ahora bien, al estimar que el proceso fideicomisario no se ha culminado todavía, deja abierta la posibilidad de la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad y no discriminación, con lo que, a mi juicio, mantiene sustancialmente –si bien, alterando su *ratio*– el criterio amplio de interpretación sustentado por ambas instancias. (G. G. C.)