

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Gemma MINERO ALEJANDRE, Nieves MORALEJO IMBERNÓN, 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. Protección del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. La proyección o notoriedad pública del sujeto no le priva de la protección de estos derechos cuando se refiere a aspectos de su intimidad no publicitados por el interesado ni relacionados con su actividad.—La relevancia pública del demandante, por ser un conocido periodista y comunicador, no le priva de la protección dispensada por la ley a estos derechos de la persona, máxime cuando la información difundida incide exclusivamente en el ámbito de su vida personal al referirse al nacimiento de su primera hija o a su relación sentimental, cuyo conocimiento no ha sido fomentado por el interesado y sin conexión alguna con la actividad desarrollada.

Consentimiento anterior para la revelación de aspectos concretos de su vida personal. Necesidad de reiteración en la conducta exteriorizada para que reduzca el nivel de protección legal de la intimidad.—El goce de notoriedad pública y el hecho de que se hubiera podido consentir en ocasiones determinadas la revelación de aspectos concretos propios de su vida personal no privan al afectado de la protección de estos derechos fuera de los aspectos a que se refiere su consentimiento pues, como pone de manifiesto la STS de 17 de junio de 2009, «no existe constancia de su consentimiento a

que sea de público conocimiento todo lo concerniente a su vida sentimental y sexual». Y solo tiene trascendencia para la ponderación en el caso de que se trate de actos de sustancia y continuidad suficientes para revelar que el interesado no mantiene un determinado ámbito de su vida reservado para sí mismo o su familia. (STS de 22 de abril de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Por el actor se interpuso demanda de protección del derecho al honor y a la intimidad contra L.M. como director de la publicación digital «E.C.com», a consecuencia de una serie de publicaciones en dicho diario digital, del que incluso se hicieron eco diversos programas de televisión, y en los que se emitieron juicios y calificativos que supusieron una clara intromisión ilegítima en su intimidad así como en su honor y prestigio profesional, sin que se acreditase ni la veracidad de las manifestaciones formuladas ni el interés informativo de las mismas. Habiéndose solicitado una indemnización de 120.000 euros, el Juzgado de Primera Instancia la redujo a la mitad. La Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso de apelación del demandado y redujo la indemnización a 15.000 euros, atendiendo al escaso tiempo que el periódico digital se hallaba en funcionamiento al tiempo de la divulgación y al contenido de las intromisiones llevadas a cabo. El Tribunal Supremo no acogió los recursos de casación del actor y del demandado. (L.A.G.D.)

2. Derechos fundamentales. Propia imagen del menor. Colisión con libertad de información. Prevalencia del interés del menor frente a la libertad de información.—En el caso examinado no puede prevalecer la libertad de información frente a la intromisión en el derecho a la imagen del menor, pues si bien con carácter abstracto la libertad de información ocupa una posición prevalente cuando se trata de la imagen de personas mayores de edad, ésta cede cuando se trata de imágenes de personas menores de edad, en cuyo caso, en consonancia con la normativa interna e internacional, prima el interés del menor, que se superpone al derecho a la información. Sin que pueda valorarse el interés de la noticia, ni la veracidad de la información, ya que la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce en virtud del artículo 4 LPJM, por la inclusión de la imagen de un menor en un video para promocionar un partido político a fin de conseguir el voto en las próximas elecciones.

Intrascendencia del carácter accesorio de la imagen, a efectos de la aplicación del artículo 8.2 c) LPDH, cuando pudo prescindirse de la imagen del menor o evitar su identificación.—Si bien es cierto que la imagen del menor que se recogió en el video puede considerarse accesorio a la información, no lo es menos que su imagen era irrelevante para la información que se daba, habiendo podido evitar el partido político, al preparar el video, que el menor fuese reconocido, pudiendo prescindir de su imagen o emplear algún medio para ocultar sus rasgos, sin merma de la finalidad que se pretendía. (STS de 8 de mayo de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El actor interpuso demanda de protección del derecho fundamental a la propia imagen de su hijo menor contra un partido político de su lugar de residencia, pues los demandados durante la campaña electoral habían utilizado un video promocional en el que incluían imágenes del menor, tomadas por una televisión local durante la inauguración de un centro educativo. El demandante solicitó, entre otras cosas, una indemnización de 2.000 euros. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Valencia acogieron íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el partido político. (*F.L.S.N.*)

3. Incapacitación de una persona. Aplicación del principio del superior interés de la persona con discapacidad a la hora de fijar el régimen de tutela o de curatela.—Las causas de incapacidad están concebidas, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, entendiéndose por éstas, conforme al artículo 200 CC, toda enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma. Pues bien, la incapacidad de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo, por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta. La interpretación conforme de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, exige que a la hora de instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones se busque siempre proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás, permitiéndole en la medida de lo posible el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen. Siguiendo la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTs de 29 de septiembre de 2009 y de 11 de octubre de 2012, en primer lugar, se debe tener en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacidad es sólo una forma de protección y, en segundo lugar, se debe tomar en consideración que con la incapacidad no se busca crear un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada, cuyas capacidades volitivas no le permiten autogobernarse. Cuando no exista una anulación total de la capacidad de autogobierno el régimen aplicable es la curatela, como un modelo de apoyo y de asistencia, que mantiene la personalidad del afectado y únicamente completa su capacidad. El artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la capacidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones. Por ello, se entiende que la incapacidad no produce de manera automática la pérdida del derecho de sufragio, sino que el juez que emita la declaración de incapacidad habrá de pronunciarse expresamente sobre la capacidad de ejercicio de este derecho o la falta de ésta. (**STS de 24 de junio de 2013**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Desde 2003 D. Camilo tiene reconocido un grado de discapacidad del 65 por 100, por enfermedad mental crónica. Padece una esquizofrenia paranoide, sin conciencia de su enfermedad, ni adhesión al tratamiento farmacológico o psicoterapéutico. Existen informes médicos contradictorios, pues, aunque se admite

su capacidad contractual y de toma de decisiones, se niega su capacidad para otorgar poderes a terceros y para consentir tratamientos, poniéndose de relieve su falta de habilidad para el autocuidado de su salud.

El Ministerio Fiscal interpuso demanda sobre determinación de la capacidad jurídica y medios de apoyo y salvaguardias adecuados y efectivos para su ejercicio, a la que D. Camilo se opuso. Este último solicita la íntegra desestimación de la demanda y la declaración de no encontrarse incapacitado para regir su persona y bienes y que mantiene la plena capacidad jurídica para la creación de un patrimonio protegido, que estaría supervisado por el Ministerio Fiscal, según la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

La sentencia de 15 de octubre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia de Barco de Valdeorras estima la demanda y declara incapacitado al demandado, tanto para regir su persona y bienes, incluida la privación del derecho de sufragio activo, como su patrimonio, y nombra tutor a la entidad F.

D. Camilo interpone recurso de apelación, que es desestimado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (sección primera) de 27 de febrero de 2012. En dicha sentencia también se desestima la solicitud del Ministerio Fiscal de sometimiento de la persona al régimen de curatela, interesada en la vista celebrada en la alzada. Se sostiene por el órgano de apelación que las limitaciones que padece el demandado exigen acudir a la tutela.

Contra dicha sentencia se interponen recursos de casación por parte de D. Camilo y del Ministerio Fiscal, en base a la infracción del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los arts. 199, 200 y 287 CC, puestos en relación con los arts. 10, 14, 23 y 96 CE, al entender que existe una desproporcionalidad en la medida adoptada en la sentencia de primera instancia, y sostener que no procede la incapacitación total porque en los informes periciales no se habla de una limitación total de la capacidad de D. Camilo. Dichos recursos son estimados. Tras valorar la prueba de la sentencia, el Alto Tribunal entiende que resulta determinante que se aplique la curatela, y no la tutela, reinterpretada a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues con ello se sigue el principio del superior interés de la persona con discapacidad, y se mantiene la personalidad de ésta, con un complemento de su capacidad, pero no una anulación. El Tribunal Supremo declara que D. Camilo es parcialmente incapaz tanto en el aspecto personal como en el patrimonial, necesitando de un curador. No queda afectado por este régimen el derecho de sufragio, al no haberse argumentado nada en la sentencia acerca de la falta de capacidad del sujeto para el ejercicio de este derecho. En la esfera personal, dicho curador habrá de intervenir para ayudar en su autocuidado y en la toma de medicamentos prescritos, habiendo de decidir la permanencia en su residencia o el internamiento en un establecimiento de salud mental. En la esfera patrimonial, si bien conservará su iniciativa, precisará de un curador para su administración, gestión y disposición que complete su capacidad, controlando y administrando todos sus gastos y asignán-

dole una suma periódica de dinero de bolsillo. Asimismo, el Alto Tribunal mantiene a la entidad F como curador, imponiéndole el deber de informar cada seis meses sobre la situación personal y de rendir cuentas anuales de su gestión (*G.M.A.*).

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

4. Contratos. Nulidad por simulación absoluta. Distinción entre causa ilícita del contrato y causa de la simulación.—El propósito perseguido por las partes ha de ser confrontado con la función económica y social en que consiste la causa de cada negocio, de modo que si hay coincidencia el negocio es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico. Pero si no la hay porque el propósito que se persigue es ilícito, tal protección no se otorgará y ese propósito se eleva a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico. Esto explica que en ocasiones las propias sentencias de esta Sala han considerado que cuando existe una simulación negocial absoluta motivada porque se persigue un propósito ilícito, se da una causa ilícita determinante de la nulidad del contrato (SSTS de 16 de mayo de 1975, 27 de enero de 2003 y 9 de mayo de 2007, entre otras). Si bien, en otros casos se ha diferenciado claramente la simulación absoluta, que da lugar a un negocio meramente aparente y sin causa, y la causa ilícita, que presupone un negocio no aparente pero con una causa teñida de ilicitud (STS de 21 de noviembre de 1999). Puede considerarse que en los casos en que existiendo una simulación absoluta la jurisprudencia hace referencia a la «causa ilícita», se está refiriendo no a la causa del negocio, inexistente por ser absolutamente simulado y como tal meramente aparente, sino a la causa de la simulación. Ya que pueden existir móviles determinantes de una simulación absoluta que no sean ilícitos o inmorales (jactancia, discreción, confianza), pueden distinguirse simulaciones absolutas con causa ilícita y con causa lícita, por más que la simulación absoluta sea siempre una patología determinante de la nulidad absoluta del negocio. (STS de 24 de abril de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimeno.]

HECHOS.—La AEAT inició en 1993 una inspección a P., S.A. por impago del IVA, generándose una deuda a favor de la primera de 1.642.911 euros. En diciembre de 1994 P., S.A. transmitió a S., S.L. el único activo patrimonial que poseía, un inmueble valorado en más de quinientos millones de pesetas. A cambio recibió un paquete de acciones de la sociedad adquirente por valor de nueve millones de pesetas, justificando la diferencia de valor en que la adquirente se hacía cargo del pago de diversas deudas de la aportante, merced a unos préstamos aun no satisfechos, a favor de diferentes sociedades y que alcanzaban un importe cercano a los quinientos millones de pesetas. Con posterioridad P., S.A. transmitió dichas acciones a N.D., S.L. por cuatro millones de pesetas. La AEAT comprobó que todas estas sociedades, tanto la transmitente como las adquirentes y las terceras prestamistas, compartían socios, administradores y apoderados, con fuertes vinculaciones familiares

y conyugales entre ellos. Asimismo, nunca llegó a probarse la realidad de los pagos o entregas de las cantidades declaradas en las operaciones investigadas. En consecuencia, la AEAT demandó a P., S.A., S., S.L. y N.D., S.L. solicitando la declaración de nulidad por simulación absoluta de la aportación del inmueble de la deudora P., S.A. a la sociedad S., S.L. y de la posterior venta de las acciones a la sociedad N.D., S.L., al tratarse de una operación orquestada únicamente con la finalidad de defraudar a la Hacienda Pública acreedora. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial acogieron íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de las demandadas. (L.A.G.D.)

5. Vicio del consentimiento. Error sobre el objeto del contrato. Defectuosa información precontractual facilitada por el vendedor. Carácter invalidante.—La mera comunicación publicitaria se dirige a una generalidad de personas al objeto de difundir el producto, estando constituida por meras invitaciones o incitaciones para provocar el ánimo de contratar. Es por ello que la publicidad forma parte de una etapa previa a la apertura de tratos o negociaciones. La oferta contractual, sin embargo, sí supone el inicio de tratos o negociaciones, pues, si bien también se dirige al público, consta de una publicidad con una documentación sobre las cualidades, características y condiciones técnicas y económicas, que busca obtener el consentimiento a la oferta del proponente. Esta última acarrea consecuencias jurídicas importantes, dado que sirve para determinar a quién y cómo debe distribuirse el riesgo ocasionado por la defectuosa información facilitada precontractualmente, aun cuando ésta no conste efectivamente en el texto del contrato posteriormente firmado. Existirá el error, como vicio del consentimiento, en el sentido del artículo 1261 CC, cuando el contenido de la información precontractual facilitada estaba tan íntimamente relacionado con el objeto contractual, en relación con sus condiciones esenciales, que indujo a la parte compradora a prestar una declaración de voluntad que, de otra manera, no hubiera otorgado. Tratándose de un remedio excepcional como causa de invalidación del contrato, se deben evitar las generalizaciones, luego el examen de la naturaleza jurídica del error contractual debe realizarse caso por caso, como un juicio de hecho. En primer lugar, se ha de comprobar que el error recaiga sobre la sustancia del objeto contractual, esto es, sobre las condiciones del mismo que principalmente hubieran motivado la celebración de dicho contrato. Seguidamente, se debe examinar si la personalidad, formación, conocimientos y cualidades de la parte contratante implican una inexcusable falta de diligencia del comprador que no invalide su consentimiento (SSTS de 28 de septiembre de 1996, 17 de julio de 2000 y 13 de mayo de 2009, entre otras). En relación con este último punto, se ha de tener presente que no puede exigirse al comprador una diligencia tendente a comprobar todos los datos técnicos, económicos y financieros facilitados por el vendedor que suponga partir de un escenario de desconfianza. El tráfico mercantil precisamente descansa en la confianza comercial y en la buena fe. En consecuencia, cuando la información precontractual tiene por objeto, aun inconscientemente, conseguir que la parte contratante se forme una opinión del objeto contractual distinto del manifestado contractualmente estaremos ante una divergencia entre la voluntad declarada y la voluntad real que vicia el

consentimiento dado, como elemento esencial del contrato, y permite solicitar su anulabilidad. (STS de 6 de junio de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.]

HECHOS.—Parques Solares A, S.L., a través de diversas entidades bancarias y mediante publicidad aparecida en prensa, atrajo a varios inversores particulares para desarrollar una planta de generación fotovoltaica para la producción de energía eléctrica en un terreno de su propiedad. Ello se ofrecía como una inversión o producto financiero, basado en la alta productividad y rentabilidad anual. En 2006 Parques Solares A, S.L., e Inversiones B, S.A., firman un contrato de compraventa de participación en la citada planta fotovoltaica.

Inversiones B, S.A., interpone demanda contra Parques Solares A, basándose en un total de tres acciones. En primer lugar, una acción de nulidad del contrato de compraventa firmado por las partes, al considerar que existió error sobre el objeto del contrato que vició el consentimiento de la demandante. Con carácter subsidiario, ejercita una acción para que se declare que existió incumplimiento y se resuelva el contrato. Finalmente, y también con carácter subsidiario, ejercita la acción *quanti minoris*, solicitando que se condene a la demandada a compensar a la actora en el sobreprecio aplicado al contrato, teniendo en cuenta la diferencia entre la productividad ofertada y la real. La demandante presenta una serie de facturas, con el fin de probar que la producción real ha sido muy inferior a las estimaciones ofrecidas por la vendedora en la información precontractual.

La entidad demandada alega, en su contestación a la demanda, que el objeto contractual no fue la producción ni la rentabilidad de la inversión, sino la compraventa de una maquinaria, habiéndose comprometido ésta únicamente al suministro, montaje y puesta en servicio de la planta fotovoltaica.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Pamplona de 18 de septiembre de 2009 desestima íntegramente la demanda. Considera que la falta de productividad de la instalación de la planta fotovoltaica no es esencial y no afectaría al objeto del contrato, sino a las expectativas que la actora pretendía obtener. Asimismo, califica el error de la actora como inexcusable, atendiendo a la experiencia que se le presume en el campo de las inversiones.

La Audiencia Provincial de Navarra (sección primera), en sentencia de 7 de junio de 2010, estima el recurso de apelación interpuesto por la actora y, con ello, acoge íntegramente la demanda en su pretensión principal, declarando la nulidad del contrato, al entender que concurrió error en el consentimiento prestado, derivado de la información facilitada por la parte demandada y de la diferencia sustancial entre la producción afirmada y la real. Entiende que el contrato de compraventa no puede ser examinado al margen del conjunto de información facilitada por la parte vendedora relativa a la producción que la planta es susceptible de generar, cuando la producción era un elemento sustancial para determinar la compra de la participación en la planta. Sostiene la Audiencia Provincial

que no es que el riesgo propio de toda inversión en la producción de energía no se haya cumplido, sino que los datos ofrecidos en la oferta contractual no eran reales ni se pueden cumplir de manera sustancial ni aproximada.

La demandada interpuso recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo, que confirma la existencia de un error invalidante en el consentimiento en el momento de suscribir el contrato, al recaer dicho error sobre las condiciones esenciales del objeto contractual, como consecuencia fundamentalmente de la información precontractual errónea facilitada por la entidad demandada. (G.M.A.)

6. Legitimación activa de las asociaciones de consumidores para interponer acciones colectivas en defensa de intereses difusos.—Las asociaciones de consumidores y usuarios cuentan con una legitimación extraordinaria para defender no sólo los intereses de sus asociados o los de la propia asociación, sino también los intereses generales, colectivos y difusos, de los consumidores y usuarios. Para ello es preciso que reúnan los requisitos establecidos en la legislación de protección de los consumidores y usuarios, esto es, su inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios del Instituto Nacional de Consumo (arts. 16 LCGC; arts. 23.1, 24.1, 33.1, 37 y 54.1 TRLGDCU).

La asociación de consumidores demandante (Ausbanc) fue excluida de dicho registro por resolución administrativa, que fue suspendida cautelarmente por el Juez. Estando dicha resolución en esta situación de suspensión provisional, Ausbanc interpuso la demanda que dio inicio a este procedimiento e incluso recayó la sentencia de primera instancia. No obstante, en el momento de dictarse la sentencia de apelación, la resolución de exclusión ya había sido confirmada y devenido firme. La Audiencia Provincial apreció, por esta razón, la falta de legitimación activa de la demandante. En cambio, el Tribunal Supremo la estima, pues al tener la resolución un carácter sancionador ha de aplicársele el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el artículo 9.3 CE. Además, según el Alto Tribunal, la pérdida sobrevenida de las condiciones legales necesarias para litigar como consecuencia de una sanción afecta al principio *pro actione* y debe ser objeto de una interpretación restrictiva. Máxime cuando la demandante no tiene una legitimación ordinaria ni litiga en defensa de un interés particular y propio, sino una legitimación extraordinaria para la defensa de intereses ajenos.

Las condiciones generales sobre el objeto principal del contrato. El control de abusividad o control de contenido.—Las condiciones generales son cláusulas contractuales predispuestas y no negociadas, que se incorporan a una pluralidad de contratos. El conocimiento de una cláusula por el adherente [en este caso, consumidor] no excluye su naturaleza de condición general sino que, al contrario, constituye un requisito absolutamente elemental para que la cláusula sea consentida por éste e incorporada al contrato. Frente al criterio sostenido en la instancia, el Tribunal Supremo considera que pueden existir condiciones generales que se refieran al *objeto principal del contrato* [en este supuesto concreto, el precio que debe abonar el prestatario, pues la cláusula suelo —limitativa de las oscilaciones a la baja del tipo de interés— forma parte del mismo]. Cuestión distinta será determinar el *grado de control* que la ley articula en estos casos y, singularmente, cuando los inte-

reses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 38 CE) [en referencia a la libre fijación de precios] y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios (art. 51 CE). En este sentido, como se deduce del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, el control del carácter abusivo de las cláusulas *no puede referirse «... a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensiva»*. Con base en este precepto, nuestro Tribunal Supremo confirma en esta Sentencia el criterio mantenido por la Audiencia Provincial de Sevilla, que entendió que la cláusula suelo, al ser parte inescindible del precio, no era susceptible de un control de contenido [esto es, de su carácter abusivo en perjuicio del consumidor], *como regla general*. No obstante, el Alto Tribunal considera que el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal del contrato *no elimina totalmente* la posibilidad de llevar a cabo este control en aquellos supuestos en que *dicha cláusula no hubiera sido redactada de manera clara y comprensiva*.

El control de inclusión y el control de transparencia de las condiciones generales en contratos con consumidores.—El *control de inclusión* de las condiciones generales exige que su redacción sea transparente, clara, concreta y sencilla (art. 5 LCGC), sin que puedan entenderse incorporadas al contrato aquellas que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato, así como las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (art. 7 LCGC). El cumplimiento de la normativa sectorial bancaria sobre concesión de préstamos hipotecarios es suficiente para entender cumplido el control de inclusión de las condiciones generales, tanto si los contratos se suscriben entre empresarios y profesionales como entre éstos y los consumidores [esta normativa sectorial bancaria era, en el momento de los hechos, la OM de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, derogada por la OM de 28 de octubre de 2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios]. No obstante, junto a este control de inclusión, en contratos con consumidores debe examinarse también si las condiciones generales superan el llamado *control de transparencia* o *comprensibilidad real* por el consumidor de su importancia dentro del desarrollo razonable del contrato (art. 80.1 TRLGDCU: «[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) *Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido [...]*»). Tratándose de condiciones generales referidas al *objeto principal*, es preciso que la información suministrada permita a la parte más débil del contrato percibir que se trata de una cláusula que define efectivamente el objeto principal, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, así como tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. Respecto de las cláusulas suelo incluidas en los préstamos hipotecarios de las demandadas, el Tribunal Supremo concluye que no se superaba este [segun-

do] *control de transparencia* por cinco razones: 1) Falta de información suficientemente clara de que se trataba de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; 2) Inserción de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; 3) No realización de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; 4) Ausencia de información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir– o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas; 5) Ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedaban enmascaradas y que diluían la atención del consumidor, en el caso de las utilizadas por el BBVA.

El control del carácter abusivo (control de contenido) de las condiciones generales y, en particular, de las cláusulas suelo.—Constituyen condiciones generales abusivas las cláusulas contractuales prerredactadas y destinadas a ser impuestas en una pluralidad de contratos que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato. *Las cláusulas suelo son lícitas (no abusivas) siempre que su transparencia permita al consumidor identificarlas como definidoras del objeto principal del contrato y conocer el reparto real de riesgos de la variabilidad de los tipos.* En definitiva, si bien corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador [libre fijación de los precios], también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta sin diluir su relevancia mediante su ubicación en cláusulas con profusión de datos. *Como en este supuesto las cláusulas suelo no superaban el control de transparencia, el Tribunal Supremo procede a examinar su posible carácter abusivo, esto es, si resultan equilibradas desde la perspectiva del real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto.* La conclusión a la que llega es que las cláusulas pactadas en los préstamos hipotecarios de las demandadas son abusivas pues dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja, frustrando las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés. Por esta razón, el Tribunal Supremo declara su nulidad de pleno derecho, pero la subsistencia de los contratos con el resto de estipulaciones.

Eficacia no retroactiva de la sentencia y su publicidad en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.—El Tribunal Supremo se pronuncia a favor de la irretroactividad de la sentencia, que no podrá por ello afectar a las situaciones definitivamente decididas por las resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de la publicación de esta sentencia. En cambio, resuelve que no procede la inscripción de la sentencia estimatoria de la acción colectiva en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación *ex arts. 21 y 22 LGCC, dada su licitud intrínseca.* (STS de 9 de mayo de 2013; ha lugar.) [Ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—La demanda fue interpuesta por la Asociación de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo) en ejercicio de una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.; Cajamar Caja

Rural, Sociedad Cooperativa de Crédito (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG banco S.A.U). En la demanda se solicitaba que se declarase la nulidad de las cláusulas de los contratos de préstamo a interés variable celebrados con consumidores o usuarios que establecen un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, por tratarse de cláusulas abusivas. Asimismo se pedía que se condenase a las entidades financieras a eliminarlas de la contratación, se inscribiera la sentencia estimatoria en el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación y se publicara en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, así como en un periódico de los de mayor difusión de la provincia del Juzgado. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla estimó la demanda de Ausbanc y declaró que las denominadas cláusulas suelo existentes en los préstamos hipotecarios a interés variable celebrados por las demandadas con los consumidores debían considerarse nulas por abusivas. La Audiencia Provincial de Sevilla estimó el recurso interpuesto por las demandadas [en el que se personó también el Ministerio Fiscal por entender afectado el interés social], declarando que las cláusulas impugnadas no tenían la naturaleza de condiciones generales de la contratación por referirse a un elemento esencial del contrato negociado entre prestamista y prestatario. Ausbanc interpuso entonces ante el Tribunal Supremo recurso extraordinario por infracción procesal, y recurso de casación. El Ministerio Fiscal interpuso también recurso de casación. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de infracción procesal de Ausbanc (en el sentido de reconocerle capacidad procesal para el ejercicio de la acción colectiva) y estima también parcialmente los recursos de casación interpuestos por la actora y por el Ministerio Fiscal.

NOTA.—En esta sentencia se plantea el tema clave de si es posible que las condiciones generales puedan versar sobre el objeto principal del contrato (en este caso, el interés remuneratorio o precio del préstamo). La STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08) declaró que el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, antes transcrito, no se opone a una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de este tipo de cláusulas definitorias del objeto principal del contrato. Tras esta resolución, nuestro Tribunal Supremo comenzó una línea favorable al control de abusividad de estas condiciones generales en sus Sentencias 401/2010, de 1 de julio, 663/2010, de 4 de noviembre, y 861/2010, de 29 de diciembre, línea que —como el Alto Tribunal reconoce en esta sentencia— fue cegada en la STS 406/2012, de 18 de junio. El pronunciamiento reseñado no hace más que confirmar esta última doctrina: las condiciones generales que se refieren al objeto principal del contrato no están sometidas al control de contenido, a menos que no superen el control de transparencia que constituye un refuerzo al control de inclusión en los contratos con consumidores (*vid.* art. 80.1 TRLGDCU, antes citado, y STS 406/2012, de 18 de junio). Dicho control de transparencia no coincide, por cierto, con el cumplimiento de las prescripciones de la normativa sectorial bancaria sobre concesión de préstamos hipotecarios [antigua OM de 5 de

mayo de 1994, derogada por la OM de 28 de octubre de 2011], sino que va más allá: los consumidores en esta clase de contratos han de entender realmente la importancia de estas cláusulas no negociadas en el desarrollo razonable del negocio jurídico (*N.M.I.*)

7. Compraventa de inmuebles. Relación obligatoria y condición suspensiva. La condición como elemento de la obligación debe constar de forma clara e inequívoca.—Dada la relevancia que opera la condición en la relación obligatoria, hay que señalar que a efectos interpretativos resulta imprescindible una clara y precisa determinación del elemento condicional, tanto respecto a su constatación (carácter expreso e inequívoco de su disposición), como de su diferenciación técnica respecto de las demás condiciones o estipulaciones que normalmente desarrollan la reglamentación contractual dispuesta por las partes.

La condición no se presume.—La obligación pura y simple se configura como regla general y la obligación condicional como excepción que no puede quedar determinada por medio de la mera presunción.

Interpretación contractual: ausencia de criterios jerarquizados de interpretación.—En el marco general de la interpretación se debe abandonar la tesis de que el fenómeno interpretativo se ve condicionado por la previa configuración de unos criterios jerarquizados en los que se prima la interpretación estrictamente literal respecto a los demás medios interpretativos que puedan concurrir. (**STS de 12 de abril de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La cuestión litigiosa se circunscribe a la interpretación del clausulado contractual con el fin de determinar el objeto del contrato celebrado entre las partes (venta de unos terrenos); especialmente sobre si existe, o no, una condición suspensiva consistente en la aprobación del PGOU por el Ayuntamiento correspondiente, como elemento determinante de la eficacia del negocio jurídico. La sentencia de Instancia entendió que la compradora había adquirido unos terrenos con la condición de que fueran aptos para su edificación y, como no se había cumplido la condición, fijó un plazo para que el PGOU se publicara. En caso contrario la compradora podría instar la resolución contractual. La Audiencia Provincial revoca la sentencia al entender que no se había pactado una condición. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. NOTA.—Es jurisprudencia reiterada que, por presentarse la obligación condicional como excepción, la existencia de la condición no se presume (entre otras, SSTS 5 de diciembre de 1953; 7 de noviembre de 1973; 27 de abril de 1983; 21 de abril de 1987; 20 de junio de 1996; 29 de julio 1996; 14 de octubre de 1996). Aunque no es imprescindible para su apreciación el empleo de la palabra condición, siendo suficiente que del contenido contractual se deduzca, de forma clara y precisa, la intención de los contratantes de hacer depender el negocio de un acontecimiento futuro e incierto (STS de 20 de junio de 1996). (*C.O.M.*)

8. Concurso de acreedores. Régimen jurídico anterior a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Legitimación de los síndicos del concurso para el ejercicio de la acción pauliana. Aplicación de la D.A. 1.ª de la Ley 22/2003.—Bajo la normativa anterior, y pese a la ausencia de una disposición concreta que así lo estableciese, no existe ningún obstáculo para el ejercicio de la acción pauliana después de la declaración del concurso de acreedores, ya que tampoco hay una prohibición al respecto. Dado el carácter personal de la misma y su limitado alcance reparatorio a la estricta subsanación del perjuicio sufrido por el acreedor, la legitimación para su ejercicio una vez declarado el concurso debe solventarse mediante la aplicación de la D.A. 1.ª de la vigente Ley Concursal, que obliga a interpretar las normas legales aplicables a los procedimientos concursales anteriores a la entrada en vigor de la Ley de 2003 según el espíritu y finalidad de esta última, que sí prevé expresamente la legitimación de la administración concursal para el ejercicio de cualquier acción dirigida a la reintegración en la masa de los valores distraídos, entre las que se encuentra la acción pauliana o por fraude. (STS de 18 de abril de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El matrimonio demandado presentó una solicitud de concurso de acreedores en abril de 2002, meses antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003. Con posterioridad, la Sindicatura del Concurso ejerció una acción pauliana solicitando la rescisión del acuerdo transaccional que los concursados y la entidad M., S.A. habían celebrado una semana antes de la presentación de la solicitud de concurso. Por dicho acuerdo, el matrimonio abonaba a la sociedad, también demandada, la cantidad de 162.273 euros en concepto de pago de la deuda que una tercera mercantil mantenía con M., S.A. y, de esta forma, M., S.A. daba por extinguida la deuda que los concursados tenía con ellos. Los Síndicos interpusieron la acción de rescisión por fraude del artículo 1.111 CC, pero fue desestimada en ambas instancias al considerarse que, de acuerdo con la legislación vigente en ese momento, solo estaba legitimado para el ejercicio de dicha acción el acreedor individual afectado y en su propio nombre, al tratarse de una acción eminentemente personal. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la Sindicatura. (L.A.G.D.)

9. Reintegración de un bien salido de la masa activa de la entidad quebrada durante el período de retroacción de la quiebra, en lesión del principio de la *par conditio creditorum*.—A la hora de aplicar la nulidad que se predica del artículo 878 CCo se debe tener en cuenta que han existido dos tendencias jurisprudenciales. Una basada en un criterio flexible y otra más rigorista. La primera sólo aplica los efectos de la rescisión cuando la operación perjudica la masa activa, lesiona el principio de igualdad de trato de los acreedores o persigue un fraude de acreedores. Según se ha declarado en la STS de 8 de marzo de 2010, el perjuicio exigido para que proceda la ineficacia del acto de disposición realizado en el período de retroacción es el perjuicio objetivo, sin que sea necesaria la concurrencia de ánimo de causarlo. La jurisprudencia sobre la restitución de las prestaciones de los contratos sinálgmáticos en casos de nulidad absoluta del artículo 878 CCo, consistentes

en un acto dispositivo del quebrado realizado dentro del período de retroacción no se puede interpretar en el sentido de que el tercero, acreedor del quebrado, que recibe de un testaferrero un bien que es parte de la masa patrimonial del quebrado, mediante una dación en pago, en pago de un crédito que ese tercero ostenta contra el quebrado, vaya a tener, tras la debida restitución, un crédito contra el quebrado por el valor del bien dado en pago. Dicho tercero volverá a ser titular de un crédito contra el quebrado por el importe que ostentaba con anterioridad a la dación en pago, como crédito concursal. (STS de 19 de junio de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.]

HECHOS.—La sindicatura de quiebra de la mercantil A promovió juicio ordinario solicitando la declaración de nulidad, en primer lugar, de la compraventa celebrada en 1988 entre la quebrada y la entidad B de una vivienda sita en Benidorm, al haberse celebrado durante el período de retroacción de la quiebra de la vendedora; en segundo lugar, de la dación de la finca en pago de las deudas de A, realizada por B a favor de la mercantil C. Asimismo, solicita la declaración de nulidad de la compraventa mediante la que adquirieron la finca los últimos titulares registrales de ésta. Finalmente, como resultado de dichas pretensiones, solicita la nulidad y cancelación de los asientos registrales causados por las escrituras de las sucesivas compraventas y la reintegración de la finca a la masa activa de la quiebra.

La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Benidorm de 30 de diciembre de 2005 estimó la demanda, declarando la nulidad de la venta realizada en 1988 y la dación en pago posterior. Se entiende que la entidad C no puede calificarse como tercero de buena fe, *ex* artículo 34 LH. No concurre en esta mercantil el requisito de la buena fe, al pretender que se trataba de una dación en pago realizada por persona distinta de la quebrada la transmisión de la finca que B hizo a su favor, cuando tenía un efectivo conocimiento de las dificultades económicas por las que atravesaba la demandante y la transmisión se realiza con el objetivo de evitar las consecuencias proyectadas en el artículo 878 CCo. Con dicha dación en pago, C obtuvo para el pago de su crédito un bien inmueble que salió del patrimonio de la quebrada, ocasionando con ello un perjuicio para la masa activa, en perjuicio del resto de acreedores de la quebrada, a los que se les sustrae la posibilidad de resarcimiento de sus créditos sobre el inmueble, y conculcando el principio de igualdad de trato.

Las demandadas B y C interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de instancia, pero éste fue desestimado por la Audiencia Provincial de Alicante (sección octava), en sentencia de 7 de mayo de 2008.

Tras ello, la mercantil C interpone recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo, confirmando el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

NOTA.—Conforme al artículo 878 CCo, aplicable al litigio por razones temporales, «Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes. Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos». Este precepto quedó derogado por el apartado tercero del número tercero de la disposición derogatoria única de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El actual artículo 40 LC, al regular las facultades patrimoniales del deudor tras la declaración del concurso, distingue entre concurso voluntario y concurso necesario. Para el primero, el apartado primero de esta norma prevé que el deudor conserve las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, «quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales». Sin embargo, conforme al segundo apartado, en caso de concurso necesario, «se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales». Siendo éstas las reglas generales, el apartado cuarto de esta norma permite al juez acordar la suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio en caso de concurso voluntario o la mera intervención en supuestos de concursos necesarios, siempre y cuando dichas decisiones se motiven en los riesgos que se pretenden evitar o las ventajas que se quieren obtener. Asimismo, el siguiente apartado de este precepto permite al juez acordar en cualquier momento, a solicitud de la administración concursal, el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión. Por último, conforme al apartado séptimo de este artículo 40 LC, «los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo sólo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando ésta no los hubiera convalidado o confirmado». (G.M.A.)

10. Contrato privado de compraventa de participaciones sociales. Condición resolutoria. Interpretación y efectos.—Para que operara la resolución no era necesario que el incumplimiento de cualquiera de las dos circunstancias previstas (otorgamiento de escritura pública o pago del precio) fuese imputable a la parte correspondiente, sino que su acaecimiento ocasionaba por sí la resolución.

El incumplimiento del pacto de fiducia no afecta al tercer adquirente de buena fe.—La titularidad aparente de las participaciones de quien vendía y el desconocimiento, por parte del adquirente, de la existencia del pacto de fiducia y de la existencia de instrucciones expresas de que no fueran vendidas las participaciones, hubieran permitido mantener la eficacia del negocio traslativo para el adquirente de buena fe.

Solidaridad impropia.—Existe solidaridad impropia entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia de causa única. (STS de 8 de abril de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El Sr. Fabio, Motor R., S.A. y los hermanos Elena, Bruno y Dámaso eran socios de la empresa mercantil AZF cuya actividad empresarial era la explotación de una nave industrial. La

titularidad formal de las participaciones de AZF estaba distribuida en partes similares entre los tres. No obstante, el Sr. Fabio y Motor R. S.A. habían reconocido la titularidad real de los hermanos respecto a un paquete de las participaciones de AZF cuya titularidad fiduciaria ostentaba Motor R. S.A. En septiembre de 2002 los socios celebran un contrato de compraventa de las participaciones en el que se establece una cláusula resolutoria del negocio si éste no se eleva a escritura pública antes del 15 de diciembre de dicho año. El 19 de diciembre Fabio y Motor R. S.A. elevan a escritura pública el contrato privado de compraventa de las participaciones de AZF respecto de las cuales ostentaban la titularidad formal. Es decir, se incluían las participaciones cuya titularidad fiduciaria había sido reconocida por Motor R. S.A. y se excluían las participaciones que estaban a nombre de los hermanos. Desde mayo de 2002 hasta febrero de 2007 la nave fue ocupada por la compradora de las participaciones sin que se pagara renta alguna a AZF. En febrero de 2007 se resuelve, por falta de pago, el contrato de arrendamiento de la nave que venía explotando AZF. La parte compradora demanda a los hermanos por incumplimiento del contrato de compraventa de las participaciones respecto a la parte del capital social cuya titularidad formal les corresponde. Se desestima la demanda. Posteriormente son los hermanos los que demandan la nulidad del contrato de compraventa de las participaciones y de la escritura pública donde se formalizó, más una indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de 1.ª Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial estima parcialmente la apelación. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación.

NOTA.—En orden a la indemnización de los daños y perjuicios la sentencia de la Audiencia distingue entre la indemnización de las rentas dejadas de abonar a la sociedad AZT y las indemnizaciones por pérdida de valor de las participaciones sociales. El Tribunal Supremo considera correcta dicha distinción. En lo que difiere es que la Audiencia toma para el cálculo de las indemnizaciones el número de las participaciones objeto de la fiducia, mientras que el Tribunal Supremo determina el quantum indemnizatorio en base a todas las participaciones de las que eran titulares los hermanos. Por otro lado, y a diferencia de la Audiencia, condena solidariamente a todos los que participaron en el perjuicio objeto de indemnización. (C.O.M.)

11. Compraventa. Saneamiento por evicción: presupuesto material.—Para que proceda el saneamiento por evicción es necesario que el comprador haya sido privado de todo o parte de la cosa comprada, por sentencia firme dictada en un proceso en el que se hubiera ejercitado una acción apta para fundar la privación de la cosa.

En la evicción el vendedor ha de tener conocimiento de la demanda de evicción y poder oponerse a ella.—Esto es necesario para que se le pueda oponer, más tarde, la acción de saneamiento.

Evicción y pérdida parcial de la cosa vendida.—La privación de parte de la cosa ha de convertir a la que queda en inidónea para la finalidad perseguida con la compraventa.

Si son varios los vendedores ¿cuándo responden mancomunadamente de la evicción?.-La obligación de indemnizar al comprador por la privación del bien vendido será mancomunada si su causa permite identificar el alcance de la participación de cada uno de los vendedores en la causación del perjuicio (la privación del bien). (STS de 30 de abril de 2013; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.-Los dos demandantes compraron en escritura pública a los dos demandados una parcela edificable. Posteriormente, los compradores, después de que hubieran comenzado a construir en la parcela, fueron a su vez demandados por los propietarios de otra parcela que estaban ocupando parcialmente con la construcción. En este último procedimiento, en el que fueron también demandados los dos vendedores, se condenó a los compradores a abstenerse de cualquier acto de perturbación o intromisión en el pleno dominio de la finca de los actores. A consecuencia de lo anterior, los compradores interpusieron una acción de saneamiento por evicción contra los vendedores que fue el objeto del presente litigio.

El juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de 1.ª Instancia al condenar a los vendedores a pagar a los compradores con carácter solidario el valor de la parcela adquirida. El Tribunal Supremo estimó en parte el recurso de casación al condenar a los dos vendedores mancomunadamente, por ser su participación en el condominio de la finca vendida del 50 por 100.

NOTA.-La responsabilidad mancomunada de los vendedores en la evicción hay que ponerla en relación con los artículos 1.137 y 1.138 del CC, y con el criterio seguido por el Tribunal Supremo según el cual cuando puede individualizarse la proporción o el grado de participación que en la producción de un daño (en este caso, la privación del bien) tienen sus causantes, si éstos son varios entonces no juega la responsabilidad solidaria, sino la responsabilidad mancomunada de cada responsable (SSTS 19 de julio de 1996, 24 de mayo de 2002 y 31 de mayo de 2011, entre otras). (I. D.-L.)

12. Compraventa de viviendas. Determinación del objeto del contrato.-Este 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. Consecuencia que además viene reforzada por la aplicación del principio de conservación de los contratos (STS de 15 de enero de 2013).

Interpretación contractual: Compatibilidad entre el específico control establecido para la contratación bajo condiciones generales, y el marco general de interpretación del Código Civil.-La razón primaria de esta compatibilidad anida en la propia y necesaria abstracción del proceso interpretativo que alcanza, ineludiblemente, a todo orden o tipo de control sobre el contenido y aplicación de las normas, de suerte que los propios controles de inclusión, transparencia y de contenido que prevé la regulación de las condiciones generales de contratación se sirven, previamente, de estos medios interpretativos en su conjunto. De esta forma, los mismos requisitos

de incorporación que contempla esta legislación (art. 5.5 LCGC) presuponen que el ajuste a los criterios de *transparencia, claridad, concreción y sencillez* se ha realizado desde una previa labor interpretativa (STS de 18 de junio de 2012).

El criterio de *transparencia* actúa como parámetro abstracto de validez de la cláusula contractual predispuesta.—Así, fuera del ámbito del *error proprio* o *error vicio*, cuando se proyecta este criterio 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.

Alcance del aval de la Ley 57/1968, de 27 julio, sobre garantías de las cantidades entregadas a cuenta, en la estructura del contrato de compraventa de viviendas.—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 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.

El retraso en el cumplimiento como causa justificativa de la resolución del contrato: Carácter esencial del plazo.—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 incumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*) exige que el incumplimiento de la contraparte revista entidad suficiente.—Esta excepción requiere que se trate del incumplimiento de una obligación básica, no bastando el cumplimiento defectuoso de la prestación, ni el mero incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias (STS de 18 de mayo de 2012). (S de 11 de abril de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Una promotora-constructora vendió dos pisos a un matrimonio en gananciales, mediante dos contratos con estipulaciones idénticas. Los cónyuges demandaron a la vendedora para que les reintegrase las cantidades entregadas a cuenta o subsidiariamente la rescisión de los contratos de compraventa de viviendas, al haber incumplido el plazo de entrega de las viviendas. Así mismo se presentó demanda que se acumuló a la anterior por la vendedora contra la compradora en la que le solicitaba la entrega del resto del pago del precio y el de las modificaciones de obra realizadas en

cada vivienda; también, pidió el otorgamiento de escritura pública respecto de las viviendas objeto del contrato.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda de los cónyuges y estimó parcialmente la demanda de la promotora-constructora, acogiendo todas sus pretensiones salvo las relativas al pago de las modificaciones de obra realizadas en cada una de las viviendas. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo no dio lugar a la casación.

NOTA.—El artículo 1 de la Ley 57/1968 obliga a quien promueve la construcción de viviendas y pretende la obtención de entrega de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, a garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 de interés anual (previsión que hoy ha de entenderse referida al interés legal, véase Llamas Pombo, *La compraventa*, Madrid, 2014, p. 1029), para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido. (*I. D.-L.*)

13. Compraventa de viviendas: Falta de licencia de primera ocupación y resolución del contrato.—Cabe atribuir eficacia o valor resolutorio a todo incumplimiento del vendedor que prive sustancialmente al comprador del derecho a disfrutar la cosa, por cuanto su entrega en tiempo, lugar y forma y en condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza constituye la obligación esencial y más característica del vendedor, y que, incumbiendo a la promotora vendedora gestionar y obtener la licencia de primera ocupación (art. 1.258 CC), la falta de cumplimiento de ese deber solo se valorará como esencial de haberse pactado como tal en el contrato, o, en su defecto, *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 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*, correspondiendo a la vendedora probar el carácter accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia, mediante la prueba de que la falta de obtención no responde a motivos relacionados con la imposibilidad de dar al inmueble el uso adecuado (STS de 10 de septiembre de 2012). (**STS de 10 de junio de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo Sr. D. José Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los actores, dos personas físicas, compraron en dos contratos privados sendos inmuebles en construcción a la promotora demandada. En dichos contratos se acordó que la vendedora entregara a la parte compradora aval bancario por las cantidades recibidas a cuenta, y que la compradora abonara la parte del precio aplazado en el acto de otorgamiento de la escritura, aunque aceptando ambas partes que la vendedora pudiera prorrogar este acto hasta un plazo preestablecido. Al tiempo de celebración de dichos contratos, ya constaba impugnada la licencia de obras concedida a la promoción. En la demanda se solicitaba básicamente la resolución de los dos contratos privados mencionados y la devolución de las sumas entregadas.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda, al entender que sí tiene efectos resolutorios la ausencia de licencia de primera ocupa-

ción cuando ésta no llegue a obtenerse transcurrido un prolongado periodo de tiempo. La audiencia rechazó el recurso de la promotora y confirmó la sentencia apelada, y el Tribunal Supremo no dio lugar a la casación. (I. D.-L.)

14. Responsabilidad del promotor.—El promotor idea, controla, administra y dirige el proceso constructivo a fin de incorporar al mercado la obra hecha. Sin embargo, no diseña ni ejecuta ni vigila la obra, pues son funciones propias de los demás agentes que intervienen en dicho proceso. Como no construye, no puede causar el daño propio de los demás agentes. La responsabilidad de los promotores no es, por tanto, por culpa extracontractual, sino que opera dentro del ámbito jurídico del artículo 1591 CC, en relación al 1596 CC, como responsabilidad profesional, cuando se trata de un supuesto de ruina y cuando se dan los siguientes requisitos: a) que la obra se realice en beneficio del promotor; b) que se destine al tráfico mediante la venta a terceros; c) que los adquirentes confíen en su prestigio profesional; d) que sea el promotor quien elija y contrate a los técnicos y al constructor; e) que al adoptar el criterio contrario produzca desamparo o limite a los futuros compradores, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción. Estos criterios jurisprudenciales han sido incorporados a la LOE, en la que el promotor aparece como uno más de los agentes que a la misma refiere.

Conforme al artículo 17.3 LOE, el promotor responde solidariamente con los demás agentes intervinientes, ante los posibles adquirentes, de los daños materiales en el edificio ocasionado por vicios o defectos de construcción. La expresión «en todo caso» indica que responde aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y aunque la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo. (STS de 24 de mayo de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La Comunidad de propietarios A presentó demanda como consecuencia de los vicios en la obra ya entregada, tanto en elementos comunes como privativos. Se declaró en ambas instancias que la causa de los desperfectos fue la deficiente cimentación. Se practicaron previamente pruebas sobre la portabilidad del suelo, pero con catas que no resultaron suficientes. A la vista de ello se condenó en primera instancia a CN (la promotora que también era constructora y recurrente), a los arquitectos y al arquitecto técnico. En segunda instancia se desestimó la demanda contra el arquitecto técnico al entender que no tenía responsabilidad sobre los vicios del suelo y cimentación, confirmándose la sentencia del Juez de Primera Instancia en los demás aspectos.

En casación, el recurrente alega la infracción del artículo 1591 CC: a) pese a que la sentencia recurrida hace responsables a los arquitectos por vicios del suelo, se condena a la promotora; b) se confunde la responsabilidad contractual y la que *ex lege* fija el artículo 1591 CC; c) habiéndose individualizado la responsabilidad en los arquitectos, no cabe extender la solidaridad al promotor. Según el Tribunal Supremo, partiendo de que nos encontramos ante un supuesto de aplicación del artículo 1591 CC, dada la fecha de cons-

trucción del edificio (DT 1.ª LOE), es evidente que la actora supo distinguir la responsabilidad por ruina funcional de la responsabilidad contractual, pues en el apartado 3.º del suplico de la demanda razonaba que CN había incumplido parcialmente los contratos de venta, por lo que solicitaba su responsabilidad por incumplimiento, sin perjuicio de la posible solidaridad por ruina funcional. En base a ello, en la sentencia recurrida se entendió que la promotora, que también era constructora, no había entregado el inmueble en las condiciones pactadas, razón por la que la condena a los arquitectos, no exoneraba a la promotora, que había hecho dejación de sus obligaciones contractuales, mientras que los compradores le habían satisfecho el precio íntegro de un bien que adolecía de vicios sustanciales. Tras reproducir la doctrina antes señalada, el Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo se ha referido a la responsabilidad del promotor en muchas sentencias: a) sobre las funciones del promotor en el proceso constructivo, *vid.* las SSTS de 13 de mayo de 2002, 8 de junio y 29 de noviembre de 2007 y 2 de marzo de 2012; b) sobre la responsabilidad del promotor no como extracontractual, sino como profesional, *vid.* las SSTS de 1 de octubre de 1991, 28 de enero de 1994 y 24 de mayo de 2007; c) sobre los requisitos necesarios para que surja su responsabilidad, *vid.* las SSTS de 13 de marzo, 26 de julio y 4 de diciembre de 2008 y 19 de julio de 2010, entre otras. (*S.L.M.*)

15. La acción del artículo 1597 CC.—El Tribunal Supremo resalta en esta sentencia las características de la acción directa que tiene el subcontratista contra el dueño de la obra (art. 1597 CC). Supone una excepción al principio de la relatividad de los contratos, consagrado en el artículo 1256 CC. Se fundamenta en razones de equidad y de protección del más débil, que pone trabajo o material en obra ajena, en supuestos de dificultad de cobro del contratista. Su aplicación requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) que el precio pactado en el contrato de obra entre el promotor y el contratista sea a tanto alzado (art. 1593 CC); 2) ostenta dicha acción directa cualquier persona física o jurídica que esté vinculada con el contratista por una relación laboral o de prestación de servicios; 3) es necesaria la existencia de un crédito del subcontratista frente al contratista y de éste frente al promotor, y ambos créditos deben surgir en relación a la misma obra; 4) los créditos deben estar vencidos y ser exigibles para que el subcontratista pueda cobrar directamente del promotor; 5) el promotor puede oponer al subcontratista las excepciones que pudiera plantear al contratista, tanto por hechos anteriores o como posteriores al ejercicio de la acción, pero siempre en relación a la obra ejecutada (ejecución defectuosa, incumplimientos, etc.); 6) la acción del artículo 1597 CC es una acción independiente del subcontratista frente al promotor, y no un supuesto especial de la acción subrogatoria del artículo 1111 CC; 7) el ejercicio de la acción no requiere, como requisito ineludible, la interposición de una demanda judicial; 8) en caso de concurrencia de varios acreedores por razón de la obra realizada, por la existencia de distintos subcontratistas, gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad, por aplicación analógica del artículo 1927.3.º CC; 9) la acción del artículo 1597 CC es de carácter solidario y autoriza al

subcontratista a dirigirla contra el contratista y la promotora, conjunta o aisladamente.

Sin embargo, pese al privilegio del contratista, que puede accionar contra quien no contrató con él –el dueño de la obra en la que puso trabajo y materiales-, y que la acción puede iniciarla mediante un requerimiento extrajudicial, éste no supone el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC. Si bien es cierto que existe jurisprudencia en supuestos concursales anteriores a la Ley Concursal de 2003 que señalaban la vigencia del privilegio del contratista y subcontratista, y que la suspensión de pagos o quiebra del contratista no tenían incidencia alguna en el proceso declarativo en que se ventila la acción del artículo 1597 CC, hoy ya no se puede mantener, bajo la actual Ley Concursal, la subsistencia de tal privilegio.

Principios rectores del procedimiento concursal.—Uno de los principios universales que inspira todo el sistema concursal es la alteración sustancial de las relaciones jurídicas preexistentes. La concurrencia, en un procedimiento de insolvencia, de intereses de distinta naturaleza (los de los acreedores, públicos y privados, trabajadores, accionistas, y los de orden público económico), obliga al legislador a modificar el régimen jurídico que tenían en su origen y desarrollo los créditos, acciones y derechos. El Título II LC establece los efectos que produce la declaración del concurso. Podrán predicarse, con mayor o menor intensidad, otros efectos sustentados por otros principios, como la *par conditio creditorum*, cuya regulación demuestra que sus excepciones (arts. 90 a 92 LC) traicionan la formulación del propio principio.

A través de los principios de integración de la masa pasiva (art. 49 LC) y de universalidad (art. 76 LC), tanto el acreedor como su crédito quedan afectados por la declaración de concurso. Por el primero, se establece que todos los acreedores del deudor quedarán integrados en la masa del concurso (masa pasiva). Todos serán acreedores concursales, salvo las excepciones que establecen las leyes. Una vez reconocidos sus créditos (acreedores concursales), serán debidamente clasificados como privilegiados, ordinarios y subordinados (arts. 90 a 92 LC). Por el principio de universalidad de la masa activa (art. 76 LC), deben integrarse en la misma todos aquellos bienes y derechos, presentes y futuros, de contenido patrimonial, susceptibles de ejecutabilidad, tanto si el concursado ha sido meramente intervenido en sus facultades como sustituido en el ejercicio de las mismas.

El principio de responsabilidad universal que pesa sobre el deudor (art. 1911 CC) supone la afectación automática *ex lege* a la masa del concurso, de todo bien o derecho patrimonial no inembargable, de su propiedad. El acreedor queda sometido a la ley del dividendo y al régimen de comunidad de pérdidas. Otra interpretación supondría reconocer como acreedores privilegiados a aquellos que pusieran trabajo y materiales en una obra, que no figuran entre los contemplados en los artículos 90 y 91 LC. Los supuestos de preferencias y privilegios están sujetos al principio de tipicidad –sólo a través de la Ley Concursal cabe establecerlo, y, además, constituyen un *numerus clausus*. Así debe entenderse la incorporación del artículo 51 bis.2 por la Ley 38/2011.

Otra cosa es que el ejercicio de la acción directa por parte del subcontratista contra el dueño de la obra, se hubiera iniciado extra o judicialmente, y se hubiera consumado y hecho efectivo antes de la declaración concursal del contratista. En estos supuestos, el privilegio subsiste extraconcursoalmente, siempre que el crédito del subcontratista reúna los requisitos antes señalados.

En caso contrario, podría ser objeto de rescisión concursal (art. 71 Ley Concursal), una vez declarado el concurso del contratista.

Por otro lado, la Ley Concursal establece excepciones al principio de universalidad de las masas activa y pasiva. Sin embargo, las mismas, así como el trato especial a ciertos créditos de los que son titulares determinados acreedores (arts. 55 y 90 ss. Ley Concursal), son expresamente reconocidos en la propia Ley Concursal. Fuera de tales supuestos, la *vis atractiva* del concurso produce los efectos inmediatos sobre los créditos y sobre los acreedores que prevé el Título III. (**STS de 21 de mayo de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.]

HECHOS.—OR (subcontratista) ejercita la acción del artículo 1597 CC contra la Fundación PC (propietaria de la obra) por un importe de 175.000 euros o hasta donde alcance el saldo que tuviese que pasar la Fundación a PRO (contratista). OR reclamó extrajudicialmente a la Fundación el pago de dicha cantidad por burofax el 30 de enero y el 10 de marzo de 2008, y, tras varias reuniones con los representantes de la demandada, una vez se le efectuó la entrega provisional de la obra, la Fundación reconoció deber al contratista la suma de 116.000 euros, cantidad convenida como vencida, líquida y exigible. La Fundación, que tuvo que realizar averiguaciones para conocer el cambio del órgano de administración de PRO y la solicitud de concurso de acreedores de dicha sociedad, decidió constituir un depósito notarial por la cantidad anterior, el 7 de abril de 2008, a disposición bien de la actora, bien de PRO, en concurrencia con la administración concursal. Esta cantidad es la que la actora le reclama fehacientemente mediante Acta de requerimiento de 28 de abril de 2008. El 9 de junio de 2008 la Fundación requirió al Notario para que le entregara el cheque, pues el crédito que podía tener el contratista contra aquella había sido embargado por la Agencia Tributaria, que fue a quien definitivamente se le abonó la cantidad el 13 de junio de 2008.

La Fundación, en su contestación, formuló: 1) la excepción de litispendencia, por la exigencia del concurso de acreedores del contratista, a quien encomendó la ejecución de obras, concurso que se sigue, desde el 23 de mayo de 2008, ante el Juez de lo Mercantil; 2) la excepción de falta del debido litisconsorcio, al no haber sido llamado a juicio aquél con quien contrató, la concursada PRO, aunque sólo fuera a efectos de saber de la existencia del contrato entre ella y el actor, como subcontratista, la exigibilidad del crédito de éste contra aquél y, en fin, si se había constituido en mora o no.

En cuanto al fondo, alega: a) que para que se pueda dar por buena la recepción definitiva de la obra era necesario hacerse cargo el contratista y el subcontratista, que pretende cobrar directamente del propietario de una serie de trabajos que allí se relacionan; b) que no se había acreditado que la actora hubiera intimado y constituido en mora a la contratista; c) que a la fecha de la demanda la Fundación nada adeudaba a la contratista; d) que tras varios intentos de concretar la recepción provisional de obras, ésta tuvo lugar el 7 de marzo de 2008; e) que tuvo intención de abonar la deuda a la actora pero la reunión que se mantuvo con PRO lo fue con un administrador que ya no lo era y, además, le constaba que se había efec-

tuado la solicitud voluntaria de concurso de acreedores, por lo que decidió efectuar una consignación notarial, poniéndolo en conocimiento de la actora, del Juez de lo Mercantil que entendió del concurso del contratista y de cualquier otro órgano judicial que lo solicite mediante resolución. Por último, la Fundación recibe una diligencia de embargo de créditos de la Agencia Tributaria, de fecha de 9 de mayo de 2008, por deudas que mantenía la contratista, por lo que la cantidad disponible, los 116.000 euros, fue abonada a ésta. Por todo ello solicita la desestimación íntegra de la demanda. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda porque la deuda había sido saldada frente al contratista de la obra ignorándolo la demandante subcontratista en todo momento.

La Fundación recurrió en apelación exclusivamente por no haber condenado en costas a la actora. También fue recurrida por OR, quien alegó que en la presente reclamación se daban todos los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial para el ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC, que el propio Juez de lo Mercantil consideró acreditados, aunque de forma incomprensible concluyó que el pago a la Agencia Tributaria, antes de la interposición de la demanda y con posterioridad a los requerimientos de reclamación de la actora, liberaban a la Fundación de la obligación de pago, dejando sin efecto la reclamación extrajudicial iniciada el 30 de enero de 2008. La Audiencia desestimó el recurso planteado por OR y estimó el recurso interpuesto por la Fundación, revocando la sentencia recurrida, en el sólo sentido de imponer las costas de primera instancia a la parte demandante. Según la Audiencia Provincial, partiendo de que la resolución recurrida admitía la concurrencia de los requisitos para el ejercicio de la acción del artículo 1597 CC, la cuestión litigiosa quedaba reducida a determinar si la demandada podía quedar liberada de la obligación con la actora, habida cuenta de que cuando efectúa el pago a la Agencia Tributaria, aquélla no le había interpuesto demanda judicial, sino únicamente requerimientos extrajudiciales. A su juicio, los requerimientos efectuados por la actora debieron impedir a la demandada realizar el pago que le fue posteriormente reclamado por la Agencia Tributaria, máxime cuando es evidente que el requerimiento y su significado fue así apreciado por la demandada, que procedió a realizar el acta de manifestación notarial y a consignar parte, la más cuantiosa, de lo reclamado. En consecuencia, la demandada no pudo quedar liberada por la entrega de la cantidad a la Agencia Tributaria habiendo mediado anteriormente el requerimiento de la actora. Sin embargo, añadió que ni la demanda ni el recurso de apelación podían ser estimados. No existía ninguna norma que permitiera, una vez se ha producido la declaración judicial del concurso de acreedores, excluir el crédito que el subcontratista tenía contra el subcontratante en la ejecución de una obra, como tampoco existía norma que permitiera excluir de la masa activa y minorar las posibilidades de satisfacer proporcionalmente a todos los acreedores concurrentes, una vez declarado el concurso, el crédito que el subcontratista concursado tenía contra el contratista principal. El artículo 1597 CC debe ceder entonces ante la especialidad de la situación concursal. Si la declaración concursal fija el momento en que

los acreedores empiezan a sujetarse a la eficacia propia del concurso y comienzan a surgir los créditos contra la masa, regidos todos ellos por la Ley Concursal, la acción que se ejercita está destinada al fracaso cuando hay declaración de concurso, el 28 de marzo de 2008, y además consta que el realizarse la lista de acreedores y de inventario previstos en el artículo 75 y concordantes Ley Concursal, el propio demandante tiene reconocido su crédito en aquél, sin que se haya alegado ni probado que dicho crédito haya sido impugnado y eliminado de la lista de acreedores.

OR interpone recurso de casación, alegando la infracción del artículo 1597 CC. El Tribunal Supremo confirma íntegramente la sentencia recurrida en base a la doctrina antes señalada.

NOTA.—El carácter directo e independiente de la acción del subcontratista contra el promotor, establecida en el artículo 1597 CC, ha sido declarado por el Tribunal Supremo en varias sentencias (SSTS de 8 de mayo de 2008 y de 19 de junio de 2012, entre otras). Igualmente también se ha destacado que el ejercicio extrajudicial no supone el ejercicio de la acción (SSTS de 17 de julio de 1997 y de 8 de mayo de 2008). Además, se trata de una acción de carácter solidario y permite al subcontratista dirigirla contra el contratista y la promotora, conjunta o aisladamente (SSTS de 11 de octubre de 2002 y 31 de enero de 2005). (S.L.M.)

16. Arrendamientos urbanos. Contrato de arrendamiento de vivienda concluido por uno sólo de los cónyuges contante el matrimonio.

Doctrina jurisprudencial.—El contrato de arrendamiento, suscrito por uno de los cónyuges constante matrimonio, no forma parte de los bienes gananciales y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por fallecimiento del cónyuge titular del arrendamiento.

Subrogación arrendaticia: requisitos.—Para que tenga lugar la subrogación es imprescindible el cumplimiento de los requisitos exigidos en el art. 16 LAU, por remisión de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de esta Ley. (STS de 12 de abril de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La cuestión litigiosa versa sobre la extinción o no, de un contrato de arrendamiento, celebrado por uno sólo de los cónyuges, constante el matrimonio, después del fallecimiento del cónyuge-arrendatario sin que ninguna de las personas legitimadas hubiera pedido la subrogación. El Juzgado de 1.ª Instancia estima la acción de desahucio por extinción del contrato. La Audiencia Provincial revoca la sentencia. El Tribunal Supremo acoge la casación.

NOTA.—En relación a la subrogación arrendaticia por muerte del arrendatario las Audiencias Provinciales habían ofrecido diferentes interpretaciones respecto al alcance del artículo 16.3 LAU 1994. Mientras algunas Audiencias Provinciales exigían el cumplimiento, dentro del tiempo fijado por la LAU 1994, de los requisitos formales en ella previstos, otras valoraban que, aun no cumpliendo estrictamente las formalidades establecidas, el conocimiento del fallecimiento del arrendatario equivale a un consenti-

miento tácito en la subrogación, pese a que no se lleve a cabo la comunicación a la que se refiere el artículo 16.3 LAU 1994. Sobre dicha divergencia interpretativa el Tribunal Supremo resolvió que «para que se produzca la subrogación, es imprescindible que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 16 LAU, por remisión de lo prescrito en la DT 2.^a LAU (SSTS de 3 de abril de 2009, de 22 de noviembre de 2011 y la que ahora se extracta de 12 de abril de 2013). (C.O.M.)

17. Responsabilidad profesional del Abogado: Arrendamiento de local de negocio: Régimen transitorio del Decreto-Ley Boyer: Diversas interpretaciones jurisprudenciales: Inexistencia de responsabilidad.—Del examen de los autos resulta que la Cooperativa recurrente era arrendataria de los locales donde desarrollaba su actividad en virtud de dos contratos de arrendamientos de local de negocio de 31 julio de 1980 y de 31 enero de 1985. El 1 abril de 2000 formalizó un nuevo contrato de oficinas para uso distinto de vivienda por un plazo de 5 años y el 30 diciembre de 2005 el arrendador notificó la no prórroga del contrato y, por tanto, la Cooperativa se vio obligada a abandonar las oficinas que ocupaba.

La entrada en vigor del RDL 2/1985, de 30 abril, suprimió el régimen obligatorio de prórroga forzosa respecto de la duración de los arrendamientos. Frente al sistema regulado en LAU 1964, se impuso una plena libertad a la hora de fijar la duración de un contrato de arrendamiento urbano. Así se originaron contratos sometidos a tres regímenes jurídicos distintos, por lo que el legislador estableció un complejo sistema de Disposiciones Transitorias aplicables a aquellos contratos nacidos antes de su entrada en vigor sujetos a prórroga forzosa. La cuestión litigiosa se centra principalmente en la calificación de los contratos de arrendamiento que permitía la Cooperativa desempeñar su actividad profesional, bien como contrato de arrendamiento asimilado a los de local de negocio o bien como mero contrato de arrendamiento de local de negocio, que resulta trascendente para determinar sus efectos jurídicos y, principalmente, su duración, dado que en el primer caso resultaría aplicable la DT 4.^a LAU 1994, que establecía cinco años, y en el segundo la DT 3.^a que en relación a locales de negocio arrendados por personas jurídicas ordenaba que se extinguirían a los 20 años.

Debe tenerse en cuenta que en este proceso, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial ponen de manifiesto que la cuestión relativa a la aplicación de las mencionadas disposiciones transitorias no era una cuestión pacífica y que existía una jurisprudencia dispar en las sentencias de las Audiencias Provinciales. En efecto, un somero examen de la jurisprudencia corrobora que no puede hablarse de la existencia de una solución indiscutible en virtud de la aplicación inconcusa de una jurisprudencia firme sobre el particular. En suma, no puede considerarse que el criterio, al menos en el momento en que se plantea la cuestión, tuviera un grado suficiente de certeza «tanto como criterio jurídico consolidado, como en la delimitación de los supuestos de hecho a los que es aplicable», como para poder ser considerado como suficientemente establecido sin un margen de interpretación razonable.

Debe entenderse que la parte recurrente no ha probado que la conclusión del nuevo contrato del año 2000 se debió al consejo del Abogado demandado contrario a un criterio establecido con solidez y no susceptible de apreciación

o interpretación en sus aspectos jurídicos o fácticos en el ámbito doctrinal y jurisprudencial. La jurisprudencia arrendaticia urbana es casuística, en el sentido de que se pueden plantear múltiples supuestos de hecho en atención a las cláusulas de cada contrato, la actividad desarrollada, la personalidad del arrendatario, etc. En estas circunstancias no puede considerarse que el consejo dado por el Abogado demandado para la firma por parte de la Cooperativa recurrente del nuevo contrato de arrendamiento de las oficinas para uso distinto de vivienda de 1 abril de 2000 por un plazo de cinco años no fuera aceptable desde el punto de vista de los intereses del cliente, pues como pone de relieve la sentencia recurrida, la Cooperativa tenía interés en permanecer en las mismas oficinas y en consecuencia debe considerarse adecuado que el Abogado aconsejara la firma del nuevo contrato: No estima la Sala que exista responsabilidad profesional en el consejo que le ha prestado. (**STS de 5 de junio de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La singularidad del caso radica en que la Cooperativa actora mantenía con el demandado un contrato que denomina de asesoramiento externo con estipendio por iguala a razón de 45.000 pesetas trimestrales, si bien los encargos específicos se cobraban aparte. Aunque no se aclara la duración de aquel, su mera existencia permite inferir unas relaciones profesionales duraderas que suponían probablemente un mayor conocimiento recíproco que puede originar hasta confianza y buena fe entre las partes, ambiente global y difuso en el que cabe suponer que se efectúa el asesoramiento litigioso. La parte actora en primera instancia reclama una indemnización próxima a 300.000 euros, concediéndosele por el Juzgado de Primera Instancia la décima parte aproximadamente. La Audiencia Provincial estimó el recurso del Abogado, absolviéndole totalmente de la reclamación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. Al haber recaído dos sentencias sobre idéntica materia y Ponente, en la misma fecha, el número de resolución de la extractada es: 374/2013. (*G. G. C.*)

18. Responsabilidad profesional de abogado: Recurso por infracción procesal: Motivación sentencia.—La conclusión de la sentencia impugnada no es ilógica, arbitraria, ni manifiestamente errónea, dado que: (i) Se basa en la valoración de la abundante prueba documental; (ii) en el motivo no se ha justificado que la valoración de esta prueba documental sea errónea; (iii) la denuncia de la vulneración del artículo 218 LEC resulta improcedente; (iv) la sentencia de la Audiencia Provincial realiza una valoración de la prueba tomando en consideración aquellos elementos que juzga relevantes para obtener sus conclusiones; y (v) la sentencia recurrida realiza una valoración de la actuación profesional de la Abogada atendiendo a las diversas circunstancias inducidas de los diferentes medios de prueba existentes y expresa las razones en virtud de las cuales considera que la conducta de la misma tuvo influencia causal en la pérdida de la oportunidad padecida por el actor, razón por la cual se le exige responsabilidad. En realidad, la fundamentación jurídica del motivo envuelve una disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba, realizada por la Audiencia Provincial en ejercicio de sus facultades exclusivas.

Recurso de casación: Responsabilidad por frustración de las acciones judiciales: Doctrina general.—El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta como regla general la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas. Este criterio impone examinar si como consecuencia del incumplimiento de las reglas de oficio, se ha producido una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficientes para ser consideradas como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva, y por ello un daño resarcible en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC. Es menester que exista una relación de certeza objetiva entre el incumplimiento de su obligación por parte del profesional jurídico y la inadmisión o desestimación de las pretensiones formuladas en nombre de su cliente.

Pluralidad de demandados: No hay concurso de culpas.—El recurrente interpuso demanda de responsabilidad civil profesional contra D. Marco Antonio (economista), D. Dimas (Abogado) y D.^a Miriam (Abogada), por omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales en la defensa judicial y extrajudicial de sus intereses para la recuperación del local vendido a Segurauto, Compañía de seguros y reaseguros. La Audiencia Provincial absolvió a D. Marco Antonio y a D. Dimas, por lo que resta por analizar la valoración de la sentencia de apelación en el sentido de que tanto el recurrente como D.^a Miriam contribuyeron a la pérdida de la oportunidad procesal. Esta Sala estima que debe estimarse el recurso pues cuando un Abogado acepta un encargo corresponde a éste, en el desempeño diligente de su profesión, poner todos los medios jurídicos precisos para obtener el resultado perseguido por su cliente. Y aunque no toda deficiencia en el cumplimiento del encargo recibido puede ser determinante de responsabilidad, sí lo es cuando, como en este caso, la Abogada no desplegó la diligencia que le era exigible, sin que pueda apreciarse concurrencia de culpas, pues tan sólo puede ser objeto de valoración la conducta profesional de la Abogada, que llevó a que el demandante perdiera su condición de acreedor del dominio.

Valoración del daño causado al cliente.—El daño sufrido por el recurrente se ha traducido en la pérdida de su condición de acreedor de dominio, pues no pudo hacer valer tal condición porque a pesar de obtener una segunda sentencia favorable a sus intereses, tal sentencia era inejecutable, pues el inmueble había sido vendido con anterioridad por el liquidador de la CLEA a un tercero y, en consecuencia, la pérdida de la oportunidad procesal se ha traducido finalmente en la disminución de su patrimonio en la parte del precio de la compraventa no percibido que ascendía a 23 millones de pesetas. Y como esta Sala no ha apreciado la concurrencia de culpas en cuanto a la indemnización por la pérdida de la oportunidad procesal debe realizarse un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción, considerándose acertada la cuantía concedida por la Audiencia Provincial, confirmando la indemnización de 46.077,60 euros, que devengará el interés legal desde la interposición de la demanda. Por último, se confirma la denegación de la indemnización correspondiente al daño moral.

Denegación del recurso interpuesto por la abogada, declarada única responsable.—Como pone de manifiesto la Audiencia Provincial, la falta de requerimiento notarial impidió la medida cautelar a tiempo, y dicho criterio

es aceptable pues cuando se interpuso la primera demanda, el 7 de diciembre de 1994, estaba en vigor la LEC 1881, y se daban los requisitos necesarios para solicitar la medida cautelar de anotación preventiva, pues de acuerdo con el artículo 728.1 de dicha ley concurrían en el demandante el *fumus boni iuris* por la existencia del contrato privado y los pagos previos realizados por Segurauto SA y por el transcurso del plazo sin que ésta hubiera pagado la parte del precio aplazado y estos elementos permitían fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión; también concurría *periculum in mora* por la situación que se encontraba la Compañía de seguros adquirente, intervenida y en liquidación. Y el peligro de la mora procesal también se derivaba de la cancelación de la condición resolutoria el 8 de julio de 1994, en el Registro de la Propiedad a instancia del Ministerio de Economía y Hacienda, por haber transcurrido más de seis meses sin que constase ninguna reclamación de la parte vendedora, y expedirse en la misma fecha certificación de cargas de la finca a solicitud del Ministerio. A la vista de todo ello, hubiera sido aconsejable haber solicitado con la primera demanda, o con carácter previo, la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda, y al no hacerlo así la Abogada omitió la diligencia exigible en el cometido de su profesión, pues no aplicó los imprescindibles conocimientos jurídicos que hubieran evitado que el demandante perdiera su condición de acreedor de dominio y la inscripción registral de la misma hubiera impedido la venta a un tercero, como ocurrió finalmente. (STS de 22 de abril de 2013; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Como es frecuente en este tipo de reclamaciones el supuesto fáctico se prolonga en el tiempo y resulta, además, complejo por la intervención estatal en la insolvencia de las entidades aseguradoras a través de la CLEA. En 1991 se enajena por escritura pública una finca a Segurauto, con parte del precio aplazado y condición resolutoria expresa en caso de impago, con seis meses de caducidad, que se inscribe en el Registro. Al año siguiente la compradora entra en liquidación, debiendo 23 millones de pesetas al vendedor. Este solicita los servicios profesionales de un despacho colectivo, asesorándole un economista y dos letrados, encomendando en definitiva la defensa a una letrada. En 1994 el Ministerio de Economía y Hacienda insta la cancelación de la cláusula referida a la condición resolutoria expresa en caso de impago del precio aplazado. Entretanto se suceden varios procesos tramitados sucesivamente en Bilbao y Madrid, con resultado parcialmente favorable al autor, aunque sin resultado práctico dado que la abogada no había instado en ningún momento la anotación preventiva de la condición resolutoria pactada en caso de impago. La acción ejercitada por el vendedor es desestimada por el Juzgado de Primera Instancia en 2008, siendo parcialmente estimada en Sentencia de la Audiencia Provincial en 2009. La acción de responsabilidad civil se había dirigido contra varios codemandados (economista, letrado que se limita a emitir dictamen, y letrada que asume finalmente la defensa, todos los cuales actúan de hecho como despacho colectivo de asesoramiento); pero en casación la cuestión se reduce a determinar si el propio vendedor es corresponsable por haber intervenido de alguna manera en la causación del perjuicio, o si sólo es responsable la Letrada que se encargó personalmente del asunto, solución

esta última que adopta el Tribunal Supremo Parece convincente la exclusiva responsabilidad profesional de la demandada. (G.G.C.)

19. Responsabilidad profesional del abogado: Frustración de la acción judicial de retracto urbano: Viabilidad: Cuantía de la indemnización.—La sentencia de la Audiencia Provincial como hizo la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, limita la indemnización por la negligencia profesional del abogado al daño patrimonial, precisando la primera que se trata de indemnizar daños materiales, no daños morales, teniendo en cuenta que el demandado no negó su falta de diligencia. En consecuencia la Audiencia Provincial examinó la pérdida de oportunidad de obtener un beneficio patrimonial por el ejercicio en plazo y forma de la acción de retracto, pues es un hecho probado que la acción era viable pues se daban los requisitos necesarios para su ejercicio. Estos hechos integran el conjunto de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida y vinculan al tribunal de casación en tanto que no han podido ser desvirtuados por el cauce legalmente establecido a tal fin, constituyendo la base fáctica en que se sustentó el juicio de probabilidad realizado por la Audiencia Provincial.

En consecuencia, la conducta del Abogado demandado es integrante de una infracción del deber de diligencia profesional, pues no presentó la demanda de retracto en el plazo de 60 días y esta inactividad determinó que el recurrente no pudiese adquirir la vivienda de la que era arrendataria. El daño consistió en la frustración de la acción judicial.

En el supuesto de autos no puede desconocerse que la acción de retracto era perfectamente viable, como reconoció la sentencia recurrida, pero la Audiencia Provincial no fijó un porcentaje concreto de posibilidades de éxito, sino que tan solo hizo referencia a los hipotéticos motivos de oposición que hubieran podido formular los retraídos. No obstante, redujo el importe de la indemnización concedida por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 200.199,08 euros a la suma de 50.000 euros. De lo expuesto resulta que la falta de fijación del porcentaje y la alusión genérica a la incertidumbre del proceso, después de afirmar la viabilidad de la acción, obliga a esta Sala a valorar el perjuicio causado en la suma de 100.099,54 euros, es decir, el 50 por 100 de la cifra otorgada por el Juzgado de Primera Instancia, a tenor de la apreciación de las posibilidades de éxito de la acción, pues respetando la valoración fáctica de la Audiencia Provincial no puede afirmarse que el porcentaje de posibilidades de fracaso sea superior al de éxito en el caso de que hubiera sido entablada. (STS de 5 de junio de 2013; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La determinación del daño producido por la negligencia profesional del Abogado es una de las cuestiones más arduas de estos procesos. En el presente caso, ante la falta de fijación del porcentaje de éxito en que incurre la sentencia de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo acude a un escueto y casi mecánico reparto matemático del mismo estableciendo que son análogas tanto las posibilidades de éxito como de fracaso. Al haber recaído dos sentencias el mismo día, sobre idéntica materia y coincidente Ponente, el número de identificación de la presente es: 373/2013. (G.G.C.)

20. Culpa extracontractual: Daños por productos retirados del comercio por la Administración: Medicamento contra la menopausia: Insuficiente información del prospecto: Resoluciones administrativas sobre fármaco-vigilancia y su eficacia civil.—El laboratorio médico, Sanofi-Aventis SA, fue condenado en primera instancia a indemnizar a nueve de las sesenta y ocho demandantes, de los daños producidos por el consumo del medicamento *Agreal*, cuyo principio activo era la veraliprida, para el tratamiento de sofocos y manifestaciones psicofuncionales de la menopausia confirmada, y que comercializó desde 1983 hasta la retirada del mercado por orden administrativa en el año 2015. En apelación sólo recurrieron veintidós de las afectadas, confirmando la sentencia respecto a aquellas nueve actoras, aunque reduciendo las cuantías, y también rechazó el recurso del laboratorio.

Las resoluciones que se dictan, o se hayan dictado, en sede administrativa (Tribunal Supremo y Audiencia Nacional) tienen su origen en distintas reclamaciones formuladas contra la Administración como consecuencia de un funcionamiento anormal de las potestades de intervención en materia de medicamentos. La respuesta favorable a la Administración se justifica: (i) No hay un funcionamiento anormal de la potestad de autorización y de fármaco-vigilancia, en un contexto de incertidumbre sobre los efectos concretos que pudiera tener la especialidad farmacéutica, porque hasta ese momento el medicamento sólo había sido experimentado. Una vez autorizado el fármaco, la Administración desarrolla la actividad de fármaco-vigilancia, cuyo fin primordial es proporcionar de forma continuada la mejor información posible sobre la seguridad de los medicamentos posibilitando así la adopción de las medidas oportunas y, de este modo, asegurar que los medicamentos disponibles en el mercado presentan una relación beneficio-riesgo favorable para la población en las condiciones de uso autorizadas. Para ello tiene en cuenta el reducido número de notificaciones que llegan a su conocimiento sobre reacciones adversas recibidas hasta el año 2004, y que eran desfavorables en sus indicaciones autorizadas por lo que decide reevaluar la relación riesgo-beneficio y suspende la comercialización en junio 2005; (ii) Un adecuado ejercicio de esa actividad de fármaco-vigilancia compromete a todos los agentes implicados con el fin de asegurar una comunicación efectiva entre ellos. El titular de la autorización tiene obligación de llevar un Registro y notificar a la Agencia Española del Medicamento las sospechas de reacciones adversas notificadas; realizar, cuando se precise, estudios post-autorización para confirmar, cuantificar o caracterizar riesgos potenciales, o bien aportar información científica nueva sobre la relación beneficio-riesgo de los medicamentos que tenga autorizados en España y comunicar inmediatamente a la Agencia toda aquella nueva información que pueda influir en la evolución global de la relación beneficio-riesgo o bien pueda requerir la modificación de la ficha técnica, prospecto, o ambos; (iii) No se acredita la existencia de una relación de causalidad entre la actuación u omisión de la Administración y el resultado producido. El hecho que ha originado el daño no es, por tanto, el mismo que se ha planteado y se ha resuelto en ambas jurisdicciones, ni el causante es la Administración, sino el laboratorio demandado. Además, el hecho de que las autoridades administrativas pudieron no haber adoptado las medidas pertinentes en orden al cumplimiento de las funciones que les son propias no es obstáculo a la existencia de responsabilidad del Laboratorio por el carácter defectuoso del producto por falta de información. Los niveles de seguridad exigibles en la sociedad actual comportan no solamente la prohibición, de poner en circulación productos peligrosos por un defecto de información,

sino también la exigencia, común a todos los agentes implicados, de notificar a la Agencia española del Medicamento las sospechas de reacciones adversas graves que ocurran en España o fuera de España, que puedan influir en la evaluación global de la relación beneficio-riesgo o bien pueda requerir la modificación de la ficha técnica, prospecto, o ambos.

Carga de la prueba.—La carga de la prueba o, dicho de otra forma, los efectos negativos de la falta de prueba, nada más entra en juego cuando no hay prueba sobre determinados extremos de hecho, por lo que su infracción únicamente tiene lugar en aquellos casos en los que teniéndose por no probado por el tribunal un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia, por el tribunal se atribuyen los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad con la norma contenida en el artículo 217 LEC (SSTS de 29 de julio de 2010, 21 de febrero de 2011 y 25 de abril de 2012).

Cuestión radicalmente diferente es la dosis de prueba, la cual como precisa la STS de 30 de abril de 2011, salvo los casos en que basta un principio de prueba, en los demás, la tasa exigible varía según las circunstancias del supuesto de que se trate, y así para la convicción del juzgador puede ser suficiente cualquiera de los medios de prueba, o las presunciones. Y la falta de entidad de una prueba sólo es denunciabile en el recurso extraordinario, en sede del ordinal 4.º del artículo 469.1 LEC, cuando incurra en irrazonabilidad o arbitrariedad, cuya realidad debe acreditarse.

Jurisprudencia anterior sobre casos idénticos.—El conocimiento por esta Sala del problema que aquí se debate, no es nuevo. Las SSTS de 17 de junio de 2011, 28 de mayo y 6 de junio de 2012, se han pronunciado sobre la misma cuestión suscitada y las conclusiones, al margen de la prueba de la relación causal, deben ser necesariamente idénticas. El objeto del proceso no es fijar un hecho científico ni una técnica universal, sino determinar algo tan simple como si se ha acreditado la existencia de efectos secundarios del fármaco no descritos en el prospecto y, si con arreglo a la normativa aplicable, debían figurar en él. Se reitera lo que anteriormente se declaró, que *cuando la ciencia aún no ha demostrado algo relativo al consumo de un fármaco y se pone de manifiesto un efecto contrario a la salud funciona el sistema de control que* —en el caso de Agreal—, *supuso la suspensión de la comercialización acordada por la AEMPS en 20 de mayo de 2005. A lo que debe añadirse que en 2007 la Agencia Europea del Medicamento retiró su comercialización en Europa.*

Recurso de casación: Deficiente información del prospecto sobre efectos secundarios: Defectos formales.—No es viable la respuesta a un recurso carente de indicación de la norma sustantiva infringida, ni menos aun reconducir el debate casacional, retomando lo expuesto en recursos anteriores, a un contexto «del débil contra el fuerte», anclado en «tópicos» contruidos alrededor de una normativa sobre medicamentos, o a una interpretación rigorista sobre la protección del consumidor. Lo que el recurrente ha formulado en realidad es un escrito de alegaciones, propio, a lo sumo, de la instancia o de un recurso de apelación, en donde intenta contradecir y sustituir la valoración de la prueba que la Sala de Apelación efectuó, mediante la cita dispersa de diversa normativa. Esta clara infracción procesal sería suficiente para rechazar el motivo, si no fuera porque el fondo del asunto se refiere a una cuestión jurídica mucho más simple de la que se quiere aparentar, pues difícilmente pueden encajarse los hechos declarados probados en la normati-

va que cita desordenadamente, cuyo fin último, parece olvidar, es la protección de la salud y el respeto de los derechos de los pacientes.

Según la STS de 1 de junio de 2011, junto al etiquetado, la ficha técnica y el prospecto constituyen vertientes fundamentales del derecho a la información en el ámbito del Derecho sanitario. Lo cierto es que en el prospecto de Agreal no se hallaban descritos suficientemente los efectos adversos del medicamento, siendo la información en el contenido, insuficiente e inadecuada en orden a posibilitar el consentimiento informado completo y suficiente para la ingesta del fármaco, lo que permite calificar de defectuoso a un medicamento que, como *Agreal*, generaba sin duda expectativas de seguridad que no se correspondía con el producto, lo que originó, según la sentencia recurrida, una situación de riesgo permanente vinculada a una indudable falta de diligencia de los laboratorios al no haber trasladado a los pacientes la información necesaria sobre los efectos adversos y al hecho de que, faltando la necesaria autorización administrativa respecto de la modificación de la ficha técnica y del prospecto debió de informar a los facultativos de todos los aspectos conocidos acerca del medicamento. Tampoco la duración del tratamiento se especificaba en el prospecto. El laboratorio es quien comercializa el medicamento y quien infringía sistemáticamente todas las normas respecto a la información suministrada a médicos y pacientes, y si no había ficha técnica, difícilmente podían los médicos y farmacéuticos informar a los pacientes respecto a los efectos adversos o pautas terapéuticas salvo desde un criterio puramente voluntarista o de simple oficio con evidente riesgo para todos ellos, alguno materializado.

Daños morales.—La cuestión de si es o no resarcible el daño moral al amparo de la Ley de protección de consumidores, hay que tener en cuenta que el Texto refundido en sus arts. 128 y 129, lo integra como objeto de una posible reclamación. En el presente caso se fundamenta en la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC, y no en la responsabilidad objetiva reservada a otra suerte de daños. En cuanto a la cita de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros privados de 8 de noviembre de 1995, debe precisarse lo siguiente: (i) no se toma como determinante para la valoración del daño vinculado a *la inquietud y padecimiento psíquico añadido*, y (ii) en alguno de los hechos que fundamentan el motivo refiere una cuestión meramente fáctica, como es la situación física de las demandantes, lo que tiene que ver con la apreciación de la prueba, y en ningún caso se identifica la regla del baremo que pudiera ser determinante de una solución jurídica distinta. (**STS de 18 de junio de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Los daños ocasionados por los productos suelen prolongarse en el tiempo, bien sea porque las víctimas los padecen permanentemente hasta su muerte (acaso no debida causalmente a aquellos daños), bien sea porque no habiendo sido eliminada la causa productora (en este caso un fármaco), nuevas víctimas se agregan sucesivamente a las iniciales. Así ocurre con la sentencia extractada que sigue la línea iniciada por la STS de 17 de junio 2011, continuada por las de 28 de mayo y 6 de junio de 2012, sin que pueda decirse que se haya puesto ya punto final jurisprudencial. Ha contribuido a la elaboración de una doctrina cada vez más sólida y coherente la circunstancia de ser el mismo Ponente en las cuatro sentencias aludidas. Siendo caracteres comunes fácticos de tales

procesos, el plantearse siempre ante los Jueces y Tribunales de Barcelona; el gran número de mujeres usuarias del producto demandantes (91 en el primero; 130 en el segundo; 21 en el tercero, 40 en el cuarto) y el reducido número de quienes logran un éxito parcial (una en el primero; seis en el segundo; quince en el tercero; once en el cuarto); el contraste entre las sumas elevadas que se solicitan y las reducidas indemnizaciones que se otorgan (cifras de seis dígitos frente a cuatro). Así debe señalarse que la Sala 1.^a ha consolidado su doctrina en materia de responsabilidad por los productos farmacéuticos, al producirse la reiterada falta de información en el prospecto redactado por el laboratorio, hasta el momento de su retirada del mercado. Como carácter general sobre el tema: Encarnación Abad Arenas y M.^a Fernanda Moretón Sanz, *Revisión del régimen de la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos: Nuevas perspectivas a la luz del texto refundido y de la Europa de los consumidores*, (Congreso virtual Eumednot, sobre «El Derecho civil en Latinoamérica y Filipinas: Concordancias y peculiaridades», nov. 2014) con amplia información doctrinal y jurisprudencial. (G.G.C.)

21. Culpa médica: Rotura de fémur por caída en casa, de varón de 44 años, con antecedentes de poliomielitis: Intervenciones posteriores por secuelas: Consentimiento informado: Daños previstos y aceptados.—

La prueba obrante en las actuaciones permitió a la Sala de Instancia declarar que hubo información escrita pero que esta no fue suficiente para ser considerada como tal al tratarse de un impreso en el que se constata de forma general y genérica los riesgos típicos de la intervención, dejando en blanco los riesgos personalizados que derivan de las condiciones peculiares de la patología o estado físico del paciente, así como de sus circunstancias personales o profesionales relevantes. Esta Sala no acepta la valoración jurídica de estos hechos.

El consentimiento informado es un documento que se firma y fecha para documentar que el paciente ha sido informado acerca de sus derechos, en este caso como sujeto en una cirugía de fracturas diafisarias. A diferencia del caso contemplado en STS de 15 de noviembre de 2006 (litiasis por medio de ondas de choque), no se trata de un simple y escueto formulario, más próximo a un mero acto administrativo que médico, antes al contrario satisface los mínimos éticos de una información adecuada que se le ofrece a partir de un modelo predeterminado para un mismo procedimiento terapéutico, que sirve, sin duda, a esta finalidad, y que el paciente firma reconociendo que ha recibido suficiente información y que se le permite solicitar del facultativo aclaraciones al mismo. El documento no ofrece complejidad alguna y lo que no se puede poner a cargo del facultativo es una prueba distinta de la que resulta del documento informativo, cuando en un supuesto normalizado, se produce con la privacidad y confidencialidad necesaria a este fin, máxime cuando la intervención practicada encaja con una forma lógica de hacer las cosas, como así se hizo en la fase inicial del tratamiento, según refleja la historia clínica, en la que se informa al paciente y a los familiares de la necesidad de la intervención quirúrgica que se pospuso debido a la toma de antiagregantes, sin que conste que este no hubiera comprendido la información que se le entregó en forma adecuada, por lo que la opción de

intervención quirúrgica fue tomada de forma libre y voluntaria aceptando los riesgos inherentes al tratamiento.

Es cierto que se deberán particularizar los riesgos personalizados relacionados con las circunstancias de los pacientes o con cualquiera otra circunstancia de análoga naturaleza y que aparece sin rellenar el apartado correspondiente a estos riesgos, pero amén que la imputación que se formula en la demanda es meramente formal y objetiva derivada de la simple falta de información, lo que impide considerar la naturaleza o influencia de un riesgo no informado en el daño, una cosa son los riesgos específicos o personalizados del paciente, que son aquellos que sufre por sus características personales, y otra distinta la evolución de la enfermedad debido a sus características. Lo cierto es que las complicaciones sufridas están debidamente informadas y son las mismas que se pueden producir en cualquiera y, además, nada tienen que ver con su situación a la que se llegó a partir de una praxis médica correcta y de la influencia que en el caso tuvo un apoyo prematuro de la pierna por la desatención del propio paciente «que se levantaba y se iba al baño andando, obligando a recolocar la tracción y que seguía fumando y haciendo lo que quería», conforme a la valoración de la prueba contenida en la sentencia del Juzgado, no desmentida en la de la Audiencia, lo que nada tiene que ver ni con la operación ni con el tratamiento que fue correcto, por lo que resulta civilmente intrascendente puesto que no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica, es decir, no genera responsabilidad civil, por cuanto los daños reclamados constan en dicho consentimiento y fueron aceptados por el mismo. (STS de 11 de abril de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Con toda razón la sentencia (FD-1.º) habla de la «compleja y larga sucesión de hechos» que precedieron a la demanda, comprendiendo, además de la intervención principal (colocación de un clavo en el fémur fracturado) hasta cuatro intervenciones posteriores, algunas practicadas en una clínica diferente, debidas a subsiguientes secuelas y complicaciones. El no valorar el hecho de dejar en blanco, en el formulario de información, la casilla relativa a los «riesgos personalizados», sorprende un tanto, máxime si se tiene en cuenta que el documento que suele presentarse al enfermo está normalmente redactado en lenguaje médico-científico, no siempre accesible a todos los pacientes. Si embargo, los actos propios del enfermo que enumera la sentencia extractada convencen de lo acertado de la absolución del médico, que conlleva, sin más, la de la clínica a la vista de la redacción de la demanda inicial. (G.G.C.)

22. Culpa médica: Ginecólogo que asiste a parto con riesgo: Parto vaginal subsiguiente a parto con cesárea: Precauciones a adoptar: Negligencia: Falta de consentimiento informado.—Según la STS de 29 de enero de 2010, el médico en su ejercicio profesional es libre para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente poniendo a su alcance los recursos que le parezcan más eficaces en todo acto o tratamiento que decide llevar a cabo, siempre y cuando sean generalmente aceptados por la Ciencia médica, o susceptibles de discusión científica, de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico que practica, en cuanto está comprometido por una

obligación de medios en la consecución de un diagnóstico o de una terapéutica determinada, que tiene como destinatario la vida, la integridad humana y la preservación de la salud del paciente. Esta alternativa se plantea en los casos de partos que culminan el embarazo: el vaginal y la cesárea, y en ambos la diligencia del buen médico comporta, no sólo la elección adecuada, sino el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas para cada uno conforme a una buena praxis médica y con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a la intervención según su naturaleza y circunstancias.

Lo que ocurrió en este caso es que se intentó el parto vaginal tras uno anterior realizado por el mismo facultativo culminado con cesárea, lo que le convertía en un parto de riesgo que los ginecólogos deben conocer e identificar para evitar los problemas que pudieran evitarse, pues ello forma parte de su actividad. La complicación más grave es la que se materializó en este caso, de rotura uterina, y los factores de su incremento, la no existencia de otro parto vaginal previo, la inducción al mismo y los intervalos entre parto inferiores a 18 meses. Sin duda es posible intentar esta forma de parto, pero siempre que exista una monitorización bien controlada, con vigilancia fetal continua, y lo cierto es que, no solo no obra en autos registro cardiotocográfico, para la evaluación fetal ni que tuviera lugar fuera del partograma si aportado entre las 13 y las 15 horas, siendo en esta última gráfica que este describe cuando tuvo lugar la advertencia de que existía bradicardia y una hipertonia uterina, sino que cuando la decisión se adoptó se hizo sin informar a la actora de todos los riesgos descritos, como declara probado la sentencia recurrida.

No se ignora que la actividad médica no está desprovista de riesgo y los criterios de objetivación de la responsabilidad sanitaria están vedados por la jurisprudencia, pero lo que no puede el médico es incrementar de forma innecesaria e inadecuada los riesgos que ya en sí mismo tiene el acto médico y hacer partícipe de los mismos a la paciente, sin una previa y detallada información y consentimiento expreso de esta, cuando era posible hacerlo.

Valoración de los daños: Negación de pensión vitalicia: Invocación del Baremo de Accidentes de la circulación: Requisitos de aplicación.—El baremo no solo no menoscaba el principio de indemnidad de las víctimas, sino que la mayoría de las veces son ellas las que acuden a este sistema de valoración para identificar y cuantificar el daño entendiendo que, en esa siempre difícil traducción a términos económicos del sufrimiento causado, no solo constituye el instrumento más adecuado para procurar una satisfacción pecuniaria de las víctimas, sino que viene a procurar al sistema de unos criterios técnicos de valoración, dotándole de una seguridad y garantía para las partes mayor que la que deriva del arbitrio judicial. Ahora bien, esta regla tiene dos limitaciones; una, que el Tribunal no puede alterar los términos en que el debate fue planteado, y deberá resolver en atención a las circunstancias concurrentes, determinando la indemnización que corresponda con arreglo a dicho sistema, y otra que aun siendo posible revisar en casación la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse, en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebidamente o incorrectamente, en ningún caso podrá ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la norma para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado.

En este caso, para la determinación, valoración y cuantificación de los días de estabilización y secuelas, la parte actora se acogió al baremo vinculante para los accidentes de tráfico, pero orientativo en otros casos, como el que resulta de la responsabilidad civil médica. Y lo que no es posible es tenerlo en cuenta cuando le interesa y apartarse del mismo si le resulta perjudicial para, como en este caso, conseguir una renta vitalicia incompatible con la indemnización que se determina: el baremo establece la posibilidad de un doble sistema indemnizatorio a elegir entre una indemnización global que se establece en función de distintos factores, entre otros el de la edad de la lesionada, o la renta vitalicia. Lo que no es posible son los dos. **(STS de 18 de junio de 2013; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 25 de febrero de 2010, desestimó íntegramente la acción indemnizatoria por causa de las graves secuelas de un parto con riesgo, con la consecuencia de parálisis cerebral grave, con tetraparesia espástica y discapacidad del 69 por 100 con posibilidad y probabilidad de aumentar en el futuro. La Audiencia Provincial en sentencia de 29 de noviembre de 2010 estimó parcialmente la demanda, condenando al médico ginecólogo al abono de una indemnización por un total de 944.967, 74 euros. Este último interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, por falta de motivación y congruencia de la sentencia y violación de las reglas de prueba, que fue desestimado. También recurso de casación, por falta de culpa médica, infringiendo los artículos 1101, 1104 y 1106 en relación con el artículo 1902 CC. Asimismo, los padres de la lesionada, recurrieron por violación del principio de reparación integral del daño, al rechazarse la constitución de una renta vitalicia por importe de 42.070,85 euros anuales. La sentencia de casación es, por un lado, muestra de la celeridad que últimamente se está imprimiendo por la Sala 1.ª a la resolución de los procesos civiles (en este caso, poco más de tres años entre las resoluciones de primera instancia y de casación), y, por otro, la elevada cuantía de la indemnización concedida en apelación muestra la gravedad de los daños que pueden resultar de un parto con riesgo (que supera la suma de 158 millones de las antiguas pesetas). Los argumentos para rechazar la implementación de la cuantía otorgada, con una pensión vitalicia, son convincentes, aunque resulta evidente que la lesionada precisará de por vida de asistencia total para satisfacer sus necesidades de la vida ordinaria. (G.G.C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

23. Propiedad Horizontal. Interpretación de la expresión *salvado su voto del artículo 18.2 LPH.*—La necesidad de *salvar el voto* únicamente tiene sentido en aquellos casos en los que los propietarios asisten a la Junta sin una información o conocimiento suficiente sobre el contenido y alcance de los

acuerdos que se van a deliberar, y deciden no comprometer su voto, favorable o en contra, sino abstenerse de la votación a la espera de obtenerla y decidir en su vista. A ellos únicamente habrá de exigírseles dicho requisito de salvar el voto, pues en otro caso sí que se desconocería su postura ante dicho acuerdo. Con ello se evita, además, que el silencio o la abstención puedan ser interpretados como asentimiento al posicionamiento de la voluntad mayoritaria que se expresa en uno o en otro sentido. (STS de 10 de mayo de 2013; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Un grupo de comuneros, en régimen de propiedad horizontal, demandaron a su Comunidad para obtener la nulidad de determinados acuerdos adoptados en dos juntas generales. La demanda fue estimada en parte por el Juzgado y su pronunciamiento fue revocado también en parte por la Audiencia. Los actores recurrieron en casación y el Tribunal Supremo casó sólo en parte la sentencia de la audiencia. (F.L.S.N.)

24. Derechos de propiedad intelectual. (Falta de) protección de eventos deportivos como obras por el derecho de autor. Requisitos para el surgimiento de un derecho afín a favor del productor audiovisual.—La grabación de eventos deportivos no es una creación literaria, artística o científica expresada por cualquier medio o soporte y, concretamente, no es una creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sincronización incorporada, luego no cumple la condición de obra, ni, concretamente, la definición de obra audiovisual contenida en el artículo 86.1 de la Ley de Propiedad Intelectual. La firma de un contrato no es un hecho generador de un derecho afín al derecho de autor, pues no genera *per se* derechos del productor de grabaciones audiovisuales cuando hasta ese momento no se había realizado grabación audiovisual alguna, por lo que tales derechos no podían ser transmitidos. En otras palabras, es la producción de la grabación audiovisual lo que generaría tales derechos y determinaría su titularidad, y no así la previa concertación de un contrato de cesión exclusiva. Para que nazcan estos derechos es preciso que el sujeto hubiera producido previamente la grabación audiovisual del partido de fútbol o que hubiera permitido a un tercero realizarlo materialmente, pero conservando el primero la iniciativa y la responsabilidad en la grabación audiovisual. (STS de 25 de junio de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La Real Federación Española de Fútbol y Sports, S.L., celebraron un contrato cuyo objeto era la cesión por parte de la primera, con carácter exclusivo, a favor de la segunda, de los derechos audiovisuales que la Real Federación afirma tener sobre el evento deportivo de la Final del Campeonato de España-Copa de Su Majestad El Rey del año 2009. Tras ello, Sports, S.L., autorizó a la entidad de radiodifusión Televisión Española la grabación, emisión y proyección de dicho encuentro deportivo. Banco A organizó y celebró un evento público de carácter oneroso en el estadio San Mamés de Bilbao, consistente en la emisión en las pantallas convenientemente instaladas en el recinto de la señal audiovisual del partido de fútbol correspondiente a la Final de la Copa del Rey, al que

asistieron 40.000 espectadores, habiéndose cobrado tres euros a cada uno de ellos.

Sports, S.L., interpuso demanda contra Banco A, en la que solicitaba que se declarase que la conducta del demandado había supuesto un uso no autorizado de la grabación audiovisual, en infracción de los arts. 48, 121 y 122 de la LPI y de la buena fe, por infringir los derechos de propiedad intelectual que correspondían a la actora y, subsidiariamente, solicitando que se declarara que dicha conducta constituía un acto contrario a los arts. 5 y 12 de la LCD y a la buena fe. En ambos casos, la sociedad demandante solicitaba la condena de la demandada a abonar 120.000 euros en concepto de daños y perjuicios, junto con los intereses legales.

En sentencia de 11 de junio de 2010, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao desestima la demanda. Entiende que la demandante no es titular ni de un derecho de autor sobre el evento deportivo, conforme al artículo 10 de la LPI, pues éste no merece la calificación de obra, por carecer de originalidad, ni de un derecho afín como productor, conforme al artículo 120 de la LPI. Asimismo, sostiene que no ha existido un aprovechamiento de la reputación de la actora ni una actuación engañosa que pueda suponer una infracción de la Ley de Competencia Desleal.

La demandante interpone recurso de apelación, que es estimado por la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección cuarta), en sentencia de 20 de mayo de 2011. El órgano de apelación entiende que la actora era cesionaria en exclusiva de todos los derechos audiovisuales relativos a la final de la Copa del Rey de la temporada 2008/2009, con base en el contrato celebrado con la Real Federación Española de Fútbol. Si bien la recurrente no es titular de un derecho de autor, sí lo es de un derecho afín, como productora. Por ello, la emisión de la señal audiovisual del evento deportivo por parte de Banco A a través de las pantallas habilitadas por este último supuso un uso no consentido del derecho de comunicación pública del que era titular la actora y, con ello, una infracción de este derecho. Con base en tales consideraciones, la sentencia reconoce el derecho indemnizatorio a favor de la recurrente, que fija en 120.000 euros, a razón de tres euros por cada espectador.

La demandada interpone recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo. Entiende que la celebración de un contrato entre la Real Federación Española de Fútbol y Sports, S.L., cuyo objeto es la cesión de los derechos audiovisuales que la Real Federación afirma ostentar no significa que de ese contrato nazcan para Sports, S.L., unos derechos de exclusiva para generar un *ius prohibendi* oponible *erga omnes*, sino que tales derechos han de surgir cuando se cumpla la condición de ser la grabación una obra original o por cumplirse el hecho generador del derecho afín del productor, a saber, que Sports, S.L., hubiera tenido la iniciativa y responsabilidad en la grabación audiovisual del partido. Pues bien, dado que Sports, S.L., no ha logrado probar que, tras la cesión a Televisión Española de los derechos supuestamente cedidos por la Real Federación Española de Fútbol, conservase la iniciativa y responsabilidad en la grabación audiovisual llevada a cabo materialmente Televisión Española, no podrá ser tampoco considerada titular de un

derecho afín como productor de dicha grabación. Por todo ello, el Alto Tribunal casa la sentencia recurrida y desestima el recurso de apelación, confirmado la sentencia de primera instancia.

NOTA.—Para un interesante análisis de los requisitos exigidos para la protección de productos audiovisuales por el derecho de autor, véase Alfonso González Gozalo, «La noción de obra audiovisual en el derecho de autor», *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, 2001, núm. 7. (G.M.A.)

25. Doble inmatriculación.—Los supuestos de doble inmatriculación deben resolverse aplicando el Derecho civil puro, con exclusión de las normas de índole hipotecaria contenidas en la Ley Hipotecaria, ya que la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, implica la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular. La protección a uno de los titulares supondría para el otro el desconocimiento de los principios de publicidad, legitimación y prioridad.

La doble inmatriculación supone una irregularidad registral consistente en que una misma finca, por entero, o una misma finca y parte de ella, constan inmatriculadas dos veces en el Registro de la Propiedad, lo que implica que, desde el punto de vista registral, podrían existir dos terceros hipotecarios, uno por cada inscripción. Por tanto, la protección conferida por el artículo 34 LH no puede aplicarse en estos supuestos, como ocurre igualmente en los de inexactitud física de la inscripción, ya que la aplicación de dicha norma tiene como efecto la subsanación para el tercero de los problemas del título de su transmitente en cuanto tal, pero no los problemas que afectan a la descripción o a la propia existencia de la finca objeto de la transmisión. (**STS de 31 de mayo de 2013**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—V falleció el 22 de junio de 1872, rigiéndose su sucesión por testamento de 31 de mayo de 1872. En él ordenaba la causante que se constituyese una fundación, que se denominó FJV. En 1985, FJV promovió expediente de dominio para la inmatriculación de la finca TC, de la cual había dispuesto a su favor V en su citado testamento. El 20 de diciembre de 1986 se extendió el asiento de inmatriculación de la finca en el Registro de la Propiedad. En el año 1994, FJV presentó querrela sobre la inmatriculación de varias fincas a favor de distintas personas que se localizaban en el mismo terreno perteneciente a la finca TC. El Juzgado condenó a los acusados como autores de un delito de falsedad y estafa, declarando la nulidad de las escrituras de compraventa, de las inscripciones practicadas de cada una de ellas en virtud de los expedientes de dominio tramitados, con cancelación de los folios registrales abiertos para cada una de las fincas por falsedad en la doble inmatriculación. En los hechos probados de la sentencia, tras establecer que FJV es propietaria del solar urbano TC, se añade que con el transcurso de los dos años se produjo un abandono de la finca por parte de los administradores de la entidad propietaria, pasando aquélla a ser poseída por parte de precaristas. Aprovechándose de tal abandono, la acusada C cultivó parte de la finca sin título alguno. A partir de ahí, se producen tres actuaciones distintas.

En primer lugar, R, hijo de C, pretendió vender el trozo de finca propiedad de FJV que cultivaba su madre, y repartir el dinero obtenido con su madre y sus hermanos (E, MA, M y CR). Para ello se puso en contacto con JR, que trabaja para una inmobiliaria, informándole de la verdadera situación de la finca. Éste, a su vez, trasladó la oferta a LC, secretario del consejo de administración de UZSA y a JA, presidente de dicho consejo de administración. Puestos los tres de acuerdo, decidieron llevar a cabo la compra en nombre de UZSA. El 10 de octubre de 1991 se otorgó escritura pública de compraventa en la que figuraba como vendedora C y como compradora UZSA, y por la que se transmitía el dominio de una finca que se describía como LBD. JA, actuando en nombre de UZSA, promovió expediente de dominio para la inmatriculación de la finca en el Registro, lo que se produjo el 12 de julio de 1992. El 22 de marzo de 1993 UZSA, LC y otros dos socios constituyeron la entidad KNK, aportando aquélla a ésta la mencionada finca, dando lugar a la inscripción 2.^a en el Registro a favor de KNK.

En segundo lugar, coetáneamente R y JR concertaron con LC y JA la realización de otras compraventas ficticias sobre otras parcelas colindantes. Así, el 1 de agosto de 1991 se otorgó escritura pública de compraventa en la que C decía vender a UZSA una serie de fincas.

En tercer lugar, R, JR y LC acordaron vender otra parcela en el mismo lugar. Así, el 3 de agosto de 1993 se otorgó escritura pública de compraventa, en la que aparecía como vendedor el mismo C y como comprador F. El comprador promovió expediente de dominio para la inmatriculación de la finca. Ante la oposición mostrada por FJV, se desestimó el expediente, no llegando a ser inmatriculada la finca en el Registro.

El 29 de abril de 2004, en ejecución de la sentencia penal señalada, se expidió mandamiento al Registro, a fin de que procediese a la cancelación de los asientos de las tres fincas. Sin embargo, en el Registro constaba la inscripción de dominio vigente a nombre de ETG y con hipotecas constituidas a favor de BP, por lo que no habiendo sido parte en el procedimiento penal, ni constando anotación preventiva anterior, se denegaron las cancelaciones. Y es que, durante la tramitación de las actuaciones penales se habían producido las siguientes transmisiones y gravámenes: 1) el 5 de diciembre de 1994 KNK vendió las tres fincas a TMG, por medio de escritura pública; 2) el 14 de julio de 1999, por medio de escritura pública, TMG vendió los solares mencionados a ECTG, inscribiéndose la transmisión del dominio el 19 de agosto de 1999; 3) el 6 de noviembre de 2001, ECTG obtuvo un préstamo de BP, constituyendo garantía hipotecaria sobre las tres fincas mencionadas, que se inscribieron en el Registro. En la actualidad, esta operación financiera está finalizada, si bien está pendiente de otorgarse la correspondiente escritura de carta de pago y cancelación.

El 10 de febrero de 2006 FJV formuló demanda de juicio ordinario contra UZSA, KNK, TMG, ECTG y BP, en la que postulaba la nulidad de las transmisiones realizadas a favor de TMG y ECTG durante la tramitación de la querrela porque carecían de buena fe registral, ya que conocían o debían conocer la situación extrarregistral, como demostraba el precio establecido, que era muy inferior al

valor del mercado. Además, se trataba de un supuesto de doble inmatriculación, que debería solventarse conforme a las normas de Derecho Civil, por lo que la finca en su totalidad era propiedad de la demandante. Terminaba suplicando que se dictase sentencia en la que: a) se declarase la nulidad radical de las transmisiones operadas mediante las aportaciones de UZSA a KNK; b) se declarase la nulidad radical de las escrituras de compraventa otorgadas por KNK a favor de TMG; c) se declarase la nulidad radical de las escrituras de compraventa otorgada por TMG a favor de ECTG; d) se declarase la nulidad de los asientos registrales a que dieron lugar las inscripciones de las mencionadas escrituras, ordenando su cancelación; e) se declarase el mejor derecho de FJV a la propiedad de las parcelas litigiosas, como parte integrante de la denominada TC; f) se expidiese mandamiento ordenando la cancelación de las inscripciones relativas a las tres fincas registrales; g) la declaración de nulidad de las hipotecas constituidas sobre las indicadas fincas a favor de BP.

UZSA y KNK se allanaron a la demanda, TMG fue declarada en rebeldía, y ECTG y BP se opusieron. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda respecto de las demandas UZSA, KNK y TMG, y la desestimó en cuanto a ECTG y BP, por considerar que se trataba de terceros de buena fe.

FJV recurrió en apelación, donde la Audiencia Provincial desestimó el recurso, al considerar que, pese a que se trataba de un supuesto de doble inmatriculación, ECTG tiene la condición de tercero hipotecario, por lo que queda inatacable su inscripción y amparada la garantía hipotecaria inscrita a favor de BP.

Contra dicha sentencia recurrió FJV en casación. Alega: 1) la infracción del artículo 34 LH, al reconocer la sentencia impugnada a favor de ECTG los beneficios derivados del mismo como tercero hipotecario, de donde se sigue la protección de la garantía hipotecaria establecida a favor de BP; 2) la inexistencia de buena fe por parte de ECTG y de BP, a los efectos de negar a dichos demandados la protección a que se refiere el artículo 34 LH; 3) la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre la doble inmatriculación de fincas en el Registro, que excluye la resolución del conflicto mediante la aplicación de principios y normas hipotecarias, debiendo ser decidida la cuestión por la preferencia que se derive de la aplicación de las normas de Derecho civil puro. Señala el Tribunal Supremo que en este caso se produjo una inmatriculación de finca del modo previsto por la ley mediante un expediente de dominio a favor de la demandante FJV. A juicio del Tribunal Supremo, no puede prevalecer un título ficticio creado en forma delictiva y al margen del verdadero titular, que dé lugar a la existencia de un tercero hipotecario protegido con total indefensión del auténtico dueño. Aplicando las normas de Derecho Civil puro, corresponde la propiedad y deben subsistir las inscripciones a favor de la parte demandante.

NOTA.—Sobre los principios de publicidad, legitimación y prioridad del mecanismo tabular, *vid.* SSTS de 18 de mayo de 2012, 30 de abril de 2008, 11 de octubre de 2004, 18 de diciembre de 2000, 12 de marzo de 1999, 28 y 27 de mayo de 1997, 30 de diciembre de 1993, 8 de febrero de 1991, 12 de mayo de 1983, 28 de marzo y 16 de mayo de 1980 y 31 de octubre de 1978, entre otras. (*S.L.M.*)

26. Modificación de la calificación registral.—Conforme al artículo 18 LH, la calificación que el registrador ha de realizar, bajo su responsabilidad, debe referirse: a) a la legalidad de la forma extrínseca del documento en cuya virtud se solicite la inscripción; b) a la capacidad de los otorgantes; c) a la validez de los actos dispositivos contenidos en el título. Además, de conformidad con lo establecido por los artículos 24 y 25 LH, a los efectos de determinar la prioridad registral ha de atenderse no a la fecha del título, sino a la fecha del correspondiente asiento de presentación. La calificación de un bien como afecto a la actividad profesional o empresarial del concursado y como necesario para la continuidad de dicha actividad, corresponde al Juzgado Mercantil que conoce del concurso. La competencia para acordar la suspensión de la ejecución singular de garantías reales constituidas sobre bienes del concursado corresponde al Juez Civil que conoce del correspondiente proceso de ejecución.

La suspensión de la ejecución singular de garantías reales constituidas sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial deviene, en todo caso —habida cuenta de lo prevenido por los artículos 55 y 56 LC—, imperativa, salvo que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Se suspende hasta que se aprueba un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho real o hasta que haya transcurrido un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. A estos efectos, dada la especialidad, la LC prevalece sobre las normas procesales comunes. **(STS de 4 de junio de 2013; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Se plantea aquí la paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas (efecto suspensivo) respecto de inmuebles pertenecientes a una entidad concursada (arts. 56 y 57 LC). El Juzgado de lo Mercantil declaró la situación de concurso voluntario de la sociedad POT mediante auto de 7 de septiembre de 2007, que dio lugar a la inscripción 9.^a, practicada el 30 de abril de 2007. El 1 de marzo de 2007 el Juzgado de lo Mercantil dictó auto acordando requerir a los Juzgados de Primera Instancia para que suspendieran las ejecuciones hipotecarias que seguían contra los inmuebles de la concursada hasta que se decidiese si las fincas hipotecadas eran necesarias para la actividad profesional o empresarial del deudor por el Juzgado de lo Mercantil.

El 13 de marzo de 2007 el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid declaró afecta la finca 76 a la continuidad de la actividad de la concursada POT, a los efectos de la suspensión de los procedimientos de ejecución hipotecaria en trámite en los términos del artículo 56.2 LC y se acordó comunicar dicha declaración a los Juzgados de Primera Instancia antes señalados. Por dicho Juzgado se libró mandamiento al registrador de la propiedad ordenando la anotación preventiva de la afectación el 22 de marzo de 2007, lo que dio lugar al asiento de presentación 346 de 27 de marzo de 2007.

El 20 de marzo de 2007 se celebró la subasta de la finca 76 y el día 12 de abril de 2007 el Juzgado de Primera Instancia dictó auto

de adjudicación y remate de la citada finca a favor de BP, librándose testimonio de dicho auto y el oportuno mandamiento de cancelación de cargas al Registro de la Propiedad el 3 de mayo de 2007, que dio lugar a los asientos de presentación 895 y 896 de 8 de mayo de 2007. El 26 de mayo de 2007 el registrador de la propiedad acordó la suspensión de la calificación de dicho auto hasta que se procediera al despacho de la documentación previa con prórroga del asiento de presentación, siendo aportada la documentación de nuevo por el representante el 7 de noviembre de 2007. El registrador denegó la inscripción del auto judicial de adjudicación y remate de fecha 12 de abril de 2007 y del mandamiento de cancelación de los asientos registrales que dieron lugar a las inscripciones 9 y 10 y a la anotación Letra C en virtud de la calificación de 26 de noviembre de 2007.

En el iter procesal por el BP se formuló demanda frente a la calificación negativa del registrador de la propiedad, en la que se solicitaba se dictara sentencia por la que se revocara y dejara sin efecto la calificación registral referida, ordenando en su lugar la inscripción del auto de adjudicación de la finca registral adjudicada al demandante en procedimiento de ejecución hipotecaria.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que se desestimaba la demanda. La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial al considerar que, en el momento en el que se procede a presentar en el Registro el título que da lugar a la calificación registral, objeto de impugnación en el proceso, ya estaban inscritas la declaración en concurso de la ejecutada y la declaración del bien ejecutado como afecto a la actividad empresarial de la concursada y como necesario para la continuidad de dicha actividad. A su juicio, del contenido del título y de los asientos registrales se infiere que la actividad ejecutada fue declarada en concurso antes de la publicación de los pertinentes anuncios de subasta y que el acto de enajenación forzosa del bien hipotecado afecto se realizó estando pendiente la tramitación del concurso, sin sometimiento a la jurisdicción del Juez del mismo y antes de haberse aprobado convenio alguno, ni transcurrido un año desde la declaración del concurso.

Se plantea recurso de casación, alegando: 1) la infracción del artículo 134 LH, en relación a los efectos provocados por una ejecución de hipoteca preferente; 2) la infracción de los artículos 609 y 1462.2 CC, y de la doctrina jurisprudencial sobre los efectos jurídicos del auto probatorio del remate y de adjudicación del bien subastado en los procedimientos de ejecución. El Tribunal Supremo tiene en cuenta dos cosas: a) que en el momento en que se procede a presentar en el Registro el título que da lugar a la calificación registral objeto de impugnación en el proceso, ya constaban inscritas la declaración en concurso de la ejecutada y la declaración del bien ejecutado como afecto a la actividad empresarial de la concursada y como necesario para la continuidad de dicha actividad; b) que del contenido del título y de los mencionados asientos registrales se infiere que la entidad ejecutada fue declarada en concurso antes de la publicación de los pertinentes anuncios de subasta y que el acto de enajenación forzosa del bien hipotecado afecto se realizó

estando pendiente la tramitación del concurso, sin sometimiento a la jurisdicción del juez del mismo (art. 57 LC) y antes de haberse aprobado convenio alguno, ni transcurrido un año desde la declaración del concurso. En base a esto, señala que, si bien no se afecta a la propia validez del acto dispositivo de ejecución contenido en el título cuyo acceso al Registro se pretendía, sí que se determina su enervación a través de los efectos suspensivos que prevé la norma concursal y, por ende, la total corrección de la calificación registral objeto de impugnación en este proceso.

NOTA.—La calificación registral constituye una fase del procedimiento registral donde el registrador examina la legalidad de los actos, resoluciones o contratos que se pretenden inscribir. Es lo que se denomina «principio de legalidad». Este control se centra en la forma extrínseca de los documentos, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas. El plazo para la calificación registral es de 15 días, aunque la DGRN puede prorrogarlo hasta 30, a petición del registrador, si se produjeran circunstancias extraordinarias (arts. 18.II LH y 97.I RH). (S.L.M.)

DERECHO DE FAMILIA

27. Divorcio: Efectos sobre los hijos: Doctrina jurisprudencial sobre guarda y custodia compartida.—El recurso se estima en lo que se refiere a los argumentos contenidos en la sentencia para denegar la medida de guarda y custodia compartida, que la Sala no comparte en absoluto, pues se justifica a partir de una posición inicialmente contraria a este régimen en la que plantea como problemas lo que son virtudes de este régimen, como la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres y la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución, sin fundar la decisión en el interés del menor, al que no hace alusión alguna, y que debe tenerse necesariamente en cuenta en estos litigios.

La STC 185/2012, de 17 octubre, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso «favorable» del informe del Ministerio Fiscal, contenido en el artículo 92.8 CC, según redacción dada por Ley 15/2005, de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen; 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 al Juez o Tribunal exclusivamente tienen encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, obligando a los progenitores a ejercerla conjuntamente únicamente cuando quede demostrado que es beneficioso para el menor.

Lo dicho no es más que el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia 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 de modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional,

sino que al contrario, debe considerarse la más normal, pues 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, que la atribuye cuando se da la petición conjunta por ambos progenitores; la segunda, en el pár. 8 que permite «excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del pár. 5», acordar este tipo de guarda «a instancia de una de las partes» con los demás requisitos exigidos. En ambos casos, un requisito esencial es la petición de uno, al menos, de los progenitores; si la piden ambos, se aplicará el pár. 5.º, y si la pide uno sólo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el pár. 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.

No procede en el caso por no concurrir sus requisitos.—En el caso objeto del 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 hacer efectivo este régimen. Por el contrario, los datos que maneja la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, ratificada en este aspecto por la recurrida, no permiten acordarla en el interés de la menor que es la que, a la postre, va a quedar afectada por la medida que se deba tomar, pues no concurre ninguno de los requisitos que, con reiteración, ha señalado esta Sala, 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. En primer lugar, el resultado del informe psicosocial está dirigido a determinar aquello a lo que aspiraba cada uno de ellos sobre la guarda y custodia, es decir, a analizar cual de los dos estaba más capacitado para ejercer la guarda y custodia y precisar si era o no procedente que la menor pernoctara con la madre entre semana, todo ello con la finalidad de que se le atribuyera a uno en contra de otro, al que únicamente se le reconocía un amplio régimen de visitas. En el recurso interpuesto se destacan las virtudes de cada progenitor en orden a su capacidad y voluntad de ejercer una paternidad / paternidad responsable, olvidando que lo que ha de primar es aquel sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema está concebido en el artículo 92 como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda (SSTS de 11 de marzo de 2010, 21 de febrero y 7 de julio de 2011 y 10 de enero de 2012, entre otras). En segundo lugar, nada se argumenta sobre el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, antes al contrario, se mencionan episodios de orden penal e incluso retenciones puntuales de la niña por su padre. En tercer lugar, no es el sistema que uno y otro siguieron desde el año 2007 en que el matrimonio dejó de vivir en el mismo domicilio, discrepando incluso sobre cual de ellos residió desde entonces con la menor. En

cuarto lugar, tampoco han podido concretarse las circunstancias laborales y personales de uno y de otro, incluso su lugar de residencia. 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 la custodia compartida, pese a mantener la medida acordada de atribuir al padre la guarda y custodia con un régimen amplio de visitas a favor de la madre. **(STS de 29 de abril de 2013; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Importante resolución de la Sala 1.^a, en una materia de vivo debate judicial en relación con las medidas a adoptar respecto de los hijos menores, en procesos matrimoniales (especialmente, en caso de divorcio), cuyos efectos —sin embargo— no beneficiarán al recurrente, ni a los hijos, pese a estimarse el recurso de casación, sino que sólo refuerza la exégesis legal de una de las reformas de 2005 operadas en el artículo 92 CC, y que, por ello, sorprende un tanto que no haya sido adoptada por el Pleno de aquella.

Se declara como doctrina jurisprudencial que la interpretación del art. 92, apartados 5, 6 y 7, CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar; que se acordará cuando concurren 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, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del art. 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ellos sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

Ha de reconocerse que pese al loable y evidente fin de *dignificar y revalorizar* la figura, sigue siendo restrictivo el número de casos en que se admite o se impone por jueces y tribunales; lo que prueba la dificultad de que se cumplan exactamente sus requisitos. En este caso se deniega, y también se denegó en STS de 10 de enero de 2012 (Ponente Xiol Ríos), extractada en ADC, 2013, p. 1477, sentencia con anotación mía. Pueden consultarse también sobre el mismo tema: STS de 9 de marzo de 2012 (Ponente Xiol Ríos), extractada en ADC, 2013, pp. 1931 s.; STS de 25 de mayo de 2012 (Ponente Roca Trías), extractada en ADC 2014, pp. 378 ss. (ambas también con anotaciones). Supuesto singular es el contemplado en la STS de 26 de octubre de 2012 (Ponente Seijas Quintana), extractada en ADC, 2014, pp. 1149 ss. referido a una pareja no casada con descendencia reconocida que no convive, y cuyo régimen específico se encuentra en el artículo 156, párrafo final, que, en realidad, puede albergar hipótesis similares o paralelas a las del artículo 92.

Recientemente desde la praxis, García Alfonso, *La fijación de la responsabilidad parental tras la ruptura de pareja en el ámbito iberoamericano: un breve acercamiento comparativo y crítico* (en Congreso virtual Eumednot, sobre «El Derecho civil en Latinoamérica y Filipinas», cit.) con breve referencia a Argentina, Chile y Panamá, califica de *etapa de transición* la actual situación española sobre la custodia compartida, adhiriéndose al Anteproyecto sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, denunciando la inseguridad que sufren, mientras tanto, no pocos progenitores españoles. (G.G.C.)

28. Divorcio: Atribución del uso de la vivienda familiar.—En la sentencia recurrida se dice que ha quedado cumplidamente acreditado que el domicilio sede de la vida familiar quedó establecido, antes del nacimiento del hijo (en abril de 1997), en la vivienda construida en una finca situada en el término municipal de Colmenar Viejo. Pero no puede dejar de valorarse que dicho inmueble se asienta en una finca de unas siete hectáreas, resultante de la agrupación física de dos fincas registrales, una de ellas de titularidad ganancial, en tanto que la otra figura a nombre de una sociedad cuyas participaciones se reparten de modo igualitario entre ambos cónyuges. En dicha finca se ubican una serie de instalaciones (otra vivienda prefabricada, club social con restaurante, naves, pistas, cuadras de caballos, etc.) que se encuentran arrendadas a terceros. Dicha finca, aunque resulta de difícil valoración, podría alcanzar por sus dimensiones, instalaciones y potencial, un precio de mercado de 12 millones de euros.

Como ha mantenido esta Sala, la atribución preferente que sanciona el artículo 96.1 CC no puede, en determinados supuestos, condicionar la indefinida privación al cónyuge no beneficiario del conjunto de las facultades dominicales que, en principio, le reconoce el artículo 348 CC, ya sea en orden a la ocupación futura de la vivienda, ya a los fines de lograr, en un plazo razonable, la efectiva, que no meramente formal o nominal, liquidación del patrimonio común. En el caso que examinamos, la titularidad del domicilio familiar se integra, sin desglose jurídico-registral, dentro de la correspondiente a la globalidad de la finca, en la que sus diversas instalaciones se enmarcan de modo indistinto y confundido en las dos fincas registrales existentes, con la diversa titularidad referida, lo que hace sumamente difícil, cuando no inviable, la liquidación del patrimonio común, desglosando del mismo la citada vivienda.

Ha de tenerse en cuenta que, aunque el hijo común expone su deseo de mantener dicho entorno habitacional a fin de cubrir sus necesidades cotidianas de alojamiento y ocio, en el referido aspecto patrimonial, no puede perjudicar por largo o indefinido lapso temporal los intereses, también legítimos, del progenitor no custodio, considerando además que el valor de la finca ha de permitir, mediante su enajenación futura y distribución del precio entre ambos litigantes, dotar al menor de otra vivienda de, al menos, el mismo nivel, aunque ello le prive de la utilización de las demás instalaciones y anejos, que no son imprescindibles para cubrir sus necesidades de alojamiento. Por lo cual, y aun manteniendo la medida adoptada por el Juzgado de Primera Instancia, procede limitar el derecho de uso concedido a un periodo máximo de tres años, computados desde la fecha de esta resolución, de no haberse procedido con anterioridad a la liquidación del patrimonio común. En tal coyuntura, el menor y la madre deberán desalojar el citado inmueble, a fin de

facilitar las operaciones divisorias, pudiendo ocupar, a fin de cubrir las necesidades cotidianas de alojamiento del hijo, la vivienda de titularidad común ubicada en Villaverde de Madrid, tal como la ofrece el actor a través de su escrito de demanda.

Interés del menor.—La STS de 1 abril de 2011 se formuló la doctrina según la cual «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC». Doctrina reiterada en SSTs de 14 abril de 2011 y 26 de abril y 13 de julio de 2012. Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá ser controlado por el juez. Una interpretación correctora que permitiera la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución Española incorporó al ordenamiento español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la LOPM de 1996. Lo que pretende el artículo 96 CC al atribuir la vivienda al progenitor con quien los hijos conviven es evitar que a la separación de los padres que amenaza su bienestar se sume la pérdida de la vivienda en la que han convivido hasta el momento de la ruptura de sus padres con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones.

Hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida; y otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios, solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor (como aparece recogido en el art. 233-20 CCcat, y, en cierta forma por el art. 81.1 CDF aragones).

El interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un estatus si no similar, sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no sólo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no sólo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre.

Ocurre así en el presente caso en que marido y mujer son propietarios de una vivienda en la que se aloja el esposo y titulares de un patrimonio importante en el que se ubica la vivienda familiar. Mantener durante tres años al hijo y a su madre en esta vivienda para pasar luego a la otra en modo alguno vulnera ni el interés del menor (próximo a cumplir la mayoría de edad cuan-

do concluya el periodo), ni mucho menos la jurisprudencia que se dice infringida y que está amparada en una situación distinta en la que la limitación del uso puede dejar al menor en un escenario de absoluta incertidumbre sobre su alojamiento, lo que no ocurre en este caso en que esta limitación temporal se complementa con la atribución de otro domicilio a partir del tercer año en que se dicta la sentencia. No puede soslayarse que el domicilio familiar conlleva el uso de una finca de 7 hectáreas e impide la disposición de un patrimonio común importante que afectará necesariamente a la liquidación del haber comunal y a su reparto entre ambos cónyuges, sin merma del interés legítimo de un hijo que conoce la nueva casa, por ser la de su padre, cuya habitabilidad no se ha cuestionado, y que transcurridos los tres años de uso se enfrentará a una situación escolar y de relaciones distinta de la que ahora disfruta. Por último, la atribución del uso al menor y al progenitor se producen para salvaguardar los derechos de este, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería consagrar un auténtico abuso de derecho, que no queda amparado, ni en el artículo 96, ni en el artículo 7, ambos del CC. (STS de 17 de junio de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Es cierto que el derecho establecido en el artículo 24 CE puede invocarse por todos los ciudadanos cualquiera sea su situación económico-social, lo que no impide advertir que la situación fáctica que descubre la lectura de este fallo sólo es vivida en la praxis diaria, por un porcentaje muy reducido de matrimonios en crisis. Lamentablemente, en la mayoría de supuestos, la atribución del domicilio conyugal puede ser dramáticamente vital para alguno, o quizá para ambos cónyuges, lo que parece deducirse claramente de la prueba, no ocurre en el presente caso. (G.G.C.)

29. Divorcio: Efectos entre los cónyuges: Doctrina general sobre la prestación compensatoria.—El recurso de casación interpuesto por el marido se fundamenta por interpretación errónea del artículo 97 CC, en lo que se refiere a la decisión de la sentencia recurrida de conceder pensión compensatoria a la esposa y hacerlo por tiempo indefinido. El recurso se formula por interés casacional, al haberse dictada la sentencia en oposición a la jurisprudencia de esta Sala: a) en cuanto a la concesión de la pensión, se vulnera la doctrina fijada en la STS de 19 de enero de 2010, confirmada por la de 9 de febrero del mismo año; y b) en cuanto a su duración, se infringe la STS de 10 de febrero de 2005, luego ratificada por otras posteriores. Procede su estimación.

El artículo 97 CC exige que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico en un cónyuge, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. En la determinación de si concurre o no el desequilibrio, se deben tener en cuenta diversos factores, como ha puesto de relieve la STS, Pleno, de 19 de enero de 2010. La pensión compensatoria —declara— «pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequili-

brios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias; b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el Juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: (i) si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria; (ii) cuál es su cuantía; y (iii) si la pensión debe ser definitiva o temporal». Esta doctrina se ha aplicado en SSTs de 19 de octubre y 24 de noviembre de 2011 y 16 de noviembre de 2012.

Una de las circunstancias que exige tener en cuenta el artículo 97 es el caudal y medios económicos y necesidades de cada uno de los cónyuges y ella es la que tiene en cuenta la sentencia porque «la actora sufre un desequilibrio al no poder capitalizar en su haber los importantes ingresos periódicos del demandado». Ahora bien, la cuantía del patrimonio no es determinante por sí sola para justificar un eventual derecho a la pensión ni resulta directa y obligadamente del matrimonio. Lo esencial es tener en cuenta lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y, entre otras cosas, el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en cuanto pueden hacer desaparecer o minorar el desequilibrio que genere posibilidades de compensación y que en el caso es el de gananciales en el que los mayores ingresos del esposo durante el matrimonio se pondrán de manifiesto en el momento de la liquidación de la sociedad. Lo cierto es que el matrimonio no impidió trabajar a la esposa (nacida en 1965), que lo sigue haciendo, ni le privó de expectativas laborales, como reconoce la sentencia, lo que supone que tiene suficiente cualificación y aptitud profesional para llevar una vida independiente desde el punto de vista económico. Tampoco se ha probado que la diferencia de ingresos entre los cónyuges traiga causa directa del sacrificio asumido por la esposa durante el matrimonio por su mayor dedicación a la familia y en concreto por el cuidado del hijo común, mayor de edad, independiente y con trabajo, ni que este sacrificio se encuentre también en relación directa con el progresivo incremento de los ingresos del esposo por su trabajo durante el tiempo que duró el matrimonio.

El matrimonio, en suma, no ha supuesto ningún perjuicio a la esposa, que sigue trabajando, como antes de casarse y durante el matrimonio, con el plus de la adjudicación del uso de la vivienda, además del beneficio próximo de sus derechos en la sociedad de gananciales, y la situación de cada uno al término de su relación más tiene que ver con su trabajo que con la pérdida de su capacidad laboral o el sacrificio que hubiera tenido que asumir en beneficio del otro. La sentencia no respeta la doctrina de esta Sala, antes al contrario, convierte la pensión compensatoria en un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges, desatendiendo los parámetros básicos establecidos en dicha doctrina. Es por esta razón que resulta de plena aplicación la doctrina que alude a la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de los esposos, no determina un automático derecho de compensación por vía del artículo 97 CC y a que el principio de dignidad contenido en el artículo 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio, a salvo los casos previstos en el artículo 97 CC (SSTs de 25 de

noviembre de 2011 y 4 de diciembre de 2012). (**STS de 17 de mayo de 2013**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—¿Hasta qué punto puede hablarse de una reformulación jurisprudencial de la pensión compensatoria —o prestación compensatoria—, a partir sobre todo de las últimas reformas parciales de 2005, anticipadas en cierto modo por algunos fallos anteriores del Tribunal Supremo? Ante la nueva redacción del artículo 97 CC, la gran variedad de situaciones fácticas posibilitará un mayor ejercicio de la discrecionalidad judicial (¿con riesgo, acaso, de no mantener un mínimo de seguridad jurídica para los justiciables?) (así la STS de 5 septiembre 2011, extractada en ADC, 2013, pp. 518 ss. convalida una pensión de quince años). En todo caso, adviértase que la doctrina de la STS de 27 junio 2012, que ratificó la aquí mencionada del Pleno de 19 enero 2010, se confirma también por la ahora extractada, negadora pura y simplemente de pensión a la esposa (la sentencia de 2012 está extractada en ADC, 2014, pp. 380 ss. y anotada). Parece confirmarse, además, el decidido y laudable propósito de agilizar los trámites procesales (en este caso, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia se dicta el 12 de mayo de 2010, otorgando una pensión compensatoria de 300 euros, durante un trienio; la Sentencia de la Audiencia Provincial de 3 de diciembre de 2010, la eleva a 500 euros, con carácter indefinido; en poco más de dos años y medio se resuelve la casación, que, estimando el recurso, deniega la pensión; apenas ha llegado a tres años la duración de los recursos, aunque resulta patente la discrecionalidad del órgano judicial en la materia. (*G.G.C.*)