

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Universidad Carlos III de Madrid)

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (Universidad Autónoma de Madrid), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Universidad de las Palmas de Gran Canaria)

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Prescripción extintiva: interrupción del plazo de prescripción de la acción civil por tramitación de proceso de responsabilidad penal de menores ante jurisdicción manifiestamente incompetente. Patria potestad: representación en juicio del menor por un solo progenitor con consentimiento tácito del otro. Culpa de la víctima y deber de vigilancia de los progenitores: inexistencia de prueba de que la conducta del menor

lesionado fuera concausa del daño, y de que sus padres conocieran que iba a realizar la actividad peligrosa. *Quantum indemnizatorio: puntuación y valoración separada de secuelas fisiológicas y estéticas.*—Es doctrina reiterada de la Sala que la prescripción debe interpretarse de forma restrictiva al no estar fundada en principios de estricta justicia sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del Derecho y en el de la seguridad jurídica (STS de 20 de octubre de 2016 y las que cita). Igualmente, es jurisprudencia constante que, de acuerdo con los artículos 111 y 114 LECrim., en relación con el artículo 1969 CC, la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos pospone el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción civil, al suponer un obstáculo legal a su ejercicio (STS de 13 de enero de 2015 y las que cita). Dicha doctrina no atiende al resultado del proceso penal, que puede culminar con su archivo. A los procesos de responsabilidad penal de menores les resulta aplicable el principio de prejudicialidad penal a los efectos de interrupción del plazo de prescripción de la acción civil, por lo que se asimilan a los procesos penales ordinarios (STS de 14 de enero de 2009 y las que cita). La posibilidad de conocer *ab initio* el fracaso de la acción penal por causas que no precisen de valoración por el tribunal priva al proceso penal de efecto interruptivo (STS de 20 de octubre de 2016). No obstante, se producirá tal efecto si, en atención a las circunstancias concretas y al principio de buena fe, la actora desconociera previamente tales causas manifiestas y obrase de forma diligente. Así fue, dado que la madre del menor demandante, lega en derecho, denunció los hechos ante la Guardia Civil quien remitió el atestado a la Fiscalía de Menores sin informarle de su incompetencia dada la edad del menor denunciado inferior a 14 años.

Los artículos 156 y 162 CC permiten a uno de los progenitores ejercitar acciones en nombre del menor con el consentimiento tácito del otro, máxime cuando se actúa en interés del menor y sin existir intereses contrapuestos.

No consta probado que la conducta del menor lesionado fuera con causa del resultado, ni tampoco negligencia de sus padres al no resultar acreditado que conocieran que su hijo realizaría prácticas de tiro en el domicilio del menor causante del daño.

Tras la entrada en vigor de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de Modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, se impone la puntuación y valoración económica por separado de las secuelas fisiológicas y estéticas (SSTS de 20 de julio, 10 de octubre y 23 de noviembre de 2011, 30 de marzo, 30 de abril y 13 de septiembre de 2012, 18 de febrero de 2015 y 10 de marzo de 2016. **(STS de 5 de diciembre de 2016;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Una madre, en nombre propio y como representante legal de su hijo menor, ejercita acción de responsabilidad contra los padres y abuelo de otro menor de 10 años, y una aseguradora, en reclamación de una indemnización por los daños ocasionados por escopeta de perdigones mientras el segundo menor apuntó al primero en la vivienda del referido abuelo. Los demandados opusieron la falta de representación del procurador, la prescripción de la acción por haberse interpuesto la demanda prácticamente transcurridos dos años desde el siniestro, negaron que la causa de las lesiones fuera el disparo del menor sino un rebote en la diana, y alegaron la incorrecta indemnización reclamada. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en lo concerniente a la indemnización

solicitada en nombre del menor, y condena a los demandados solidariamente a su pago. Se desestimó la prescripción por razón de las diligencias seguidas por la Fiscalía de Menores, archivadas a la postre por ser menor de 14 años. De acuerdo con el artículo 1903 CC se consideraron responsables a los padres demandados por no guardar el arma de su propiedad en un lugar seguro. Interpuestos recursos de apelación, la Audiencia Provincial absuelve al abuelo del menor que efectuó el disparo, mantiene la condena de los progenitores, y reduce la cuantía de la condena solidaria de la aseguradora. Los padres del menor autor del disparo, interponen recurso de casación por infracción de los artículos 1.968.2, 1.969, 1.902 y 1.903 CC, y alegan interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Argumentan que las diligencias practicadas por la Fiscalía de Menores no tenían efectos prejudiciales y, por tanto, no interrumpieron la prescripción de la acción civil porque al menor, por razón de su edad inferior a 14 años, no le resulta aplicable la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Asimismo la recurrente alegó la infracción de los artículos 156 y 162 CC, y la existencia de interés casacional por no constar el consentimiento expreso ni tácito del otro cónyuge a la representación del menor por la madre. Por otro lado, la recurrente esgrimió la vulneración de los artículos 1902 y 1903 CC, así como interés casacional por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo. Argumenta la ruptura del nexo de causalidad por la conducta de los padres del menor lesionado, quienes, según sostiene la recurrente, conocían que iba a realizar prácticas de tiro, así como una conducta negligente del menor. Por último, se pretende que se valoren y puntúen por separado las secuelas fisiológicas y estéticas. Se alega una incorrecta interpretación de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, e interés casacional por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo. Aunque lleva razón la recurrente, y en casación sea revisable la aplicación de la regla determinante de la indemnización, el criterio de la recurrente conllevaría una *reformatio in peius* al arrojar unas cantidades algo superiores a las que fue condenada en la instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (F. S. N.)

2. La interrupción de la prescripción en las obligaciones nacidas de solidaridad impropia.—La sentencia de Pleno de 14 de mayo de 2003, reiterando doctrina jurisprudencial de las anteriores de 21 de octubre de 2002 y 23 de junio de 2002, reconoció junto a la denominada *solidaridad propia* (regulada en los arts. 1137 ss CC), que viene impuesta, con carácter predeterminado, *ex voluntate o ex lege*, otra modalidad de la solidaridad, llamada *impropia* u *obligaciones in solidum* que dimana de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades, sin que a esta última especie de solidaridad le sean aplicables todas las reglas previstas para la solidaridad propia y, en especial, no cabe que se tome en consideración el artículo 1974, párr. 1.º, CC; precepto que únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencio-

nal, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente; sin perjuicio de aquellos casos en los que, por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado.

A partir de estas resoluciones, la Sala 1.^a ha aplicado el acuerdo de una manera uniforme, de la que son testimonios las sentencias de 6 de junio 2006, 28 de mayo y 19 de octubre de 2007, y 19 de noviembre 2010 que expresan la doctrina consolidada de esta Sala de acuerdo con que *si la solidaridad no nace sino de la sentencia, que es la llamada solidaridad impropia, la interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores no alcanza a otro, ya que no era deudor solidario y solo lo fue desde la sentencia que así lo declaró, no antes.*

Los plazos de prescripción no pueden derogarse por vía de interpretación, son inderogables y no susceptibles de una interpretación extensiva.—Ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (SSTS de 22 de febrero de 1991 y 16 de marzo de 2010). El plazo prescriptivo es improrrogable y no es posible una interpretación extensiva de los supuestos de interrupción (SSTS de 27 de septiembre de 2005, 16 de marzo de 2010 y 29 de febrero de 2012, entre otras muchas). **(STS de 25 de noviembre de 2016;** ha lugar.) [Ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña Regina demandó a la Comunidad de propietarios, a su aseguradora y a la persona que empleaba al conserje que realizó labores de pintura, por las lesiones sufridas al caerse cuando salía de su domicilio y se dirigía a los aparcamientos de la Comunidad con intención de coger su vehículo. La caída se produjo en una zona propiedad de la Comunidad de propietarios por estar recién pintado el suelo, sin señal o cartel de aviso de la pintura. Quedó probado que las reclamaciones extrajudiciales se hicieron exclusivamente a la Comunidad de propietarios y a su aseguradora y que, hasta la demanda, no se ejerció acción contra la última persona demandada.

El Juzgado condenó solidariamente a los tres demandados a pagar a la actora la cantidad de 87.807,13 euros. La audiencia confirmó esta sentencia y el Tribunal Supremo admite el recurso de casación planteado por el tercer demandado al que absolvió por prescripción de la acción.

NOTA.—La sentencia de Pleno de 14 de mayo de 2003 tuvo un voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. Un sector de la doctrina ha considerado equivocado el criterio mantenido por el TS en esta sentencia, véase ALBALADEJO, M., *La prescripción extintiva* (Madrid 2004) pp. 266 a 285 y BERCOVITZ, R., en *Comentarios al Código Civil*, coordinados por el mismo autor (Cizur Menor-Navarra 2009) p. 2157. (*I. D.-L.*)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Derecho de la persona. Orden de los apellidos de un menor existiendo desacuerdo de los progenitores, cuando la paternidad se establece mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad no matrimonial. El interés superior del menor como criterio determinante de la decisión.—El superior interés del menor exige que la ponderación sobre cuál de los apellidos, si el paterno o el materno, ha de figurar primero, visto que inicialmente había sido inscrito con el materno dado que era la única filiación reconocida en esos momentos, acredite si concurre o no alguna circunstancia que, siempre bajo ese superior interés, aconseje el cambio de apellido con el que aparece identificado desde la inscripción de su nacimiento. La interrogante que ha de responderse en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Si no consta ese beneficio, no existe, pues, razón para alterar el primer apellido con el que viene identificado el menor. **(STS de 10 de noviembre de 2016;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Don M. ejerció acción de reclamación de paternidad no matrimonial contra E, respecto de los menores F y J (este último fallecido días después de nacer). La demandada se allanó a la petición principal pero reconvino solicitando que se mantuvieran los apellidos tal y como se inscribieron originariamente, esto es, figurando el apellido materno como primero de los dos que debían portar. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y desestimó la reconvencción; declaró que el actor era el padre biológico de los menores y dispuso la rectificación registral de los apellidos, debiendo ser inscritos como primer apellido el paterno y como segundo el materno. La Audiencia Provincial de Córdoba desestimó el recurso de apelación de la demandada, al entender aplicable la doctrina jurisprudencial que entendía que la conservación como primero del apellido materno exigía una duración más o menos prolongada de su uso, siendo así que el menor afectado tenía solamente cuatro meses y medio por lo que no podía afirmarse el uso social, escolar y familiar del apellido materno. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación. *(L. A. G. D.)*

4. Recurso de casación sobre derechos fundamentales.—Cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, el Tribunal Supremo no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que tiene que realizar una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados. No obstante, lo anterior no significa: 1) que el Alto Tribunal no pueda aceptar la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida; 2) que esté obligado a realizar una nueva valoración de la prueba en su conjunto para proponer una nueva calificación sobre la base de dicha revisión. Entender lo contrario desvirtuaría la naturaleza del recurso de casación. **(STS de 10 de octubre de 2016;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—D interpone demanda contra F, persona conocida y pública por ser escritora de renombre y por su participación en diversos espacios culturales, solicitando que se declarase la existencia de una intromisión ilegítima en su derecho al honor por el contenido de las publicaciones realizadas en varias páginas web. En dichas publicaciones se informaba sobre los antecedentes penales de la demandante. Alega D que, tras una fuerte discusión con la demandada que acabó con agresiones posteriormente denunciadas, D se vio obligada a abandonar el piso propiedad de F, sin poder retirar sus enseres personales, entre los que se encontraba una sentencia de la que se derivaba la información señalada. Posteriormente, F habría publicado la información en varios blogs y páginas web.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, al no quedar acreditado que el contenido de una de las páginas web fuera un blog escrito por la demandada. Además, señaló el Juez que la información objeto de controversia adquirió interés general desde el momento en que la propia demandante apareció en varios medios de comunicación, refiriéndose a la agresión sufrida en el domicilio de la demandada, situándose ella misma en el foco del interés general. En el juicio de ponderación de los derechos en conflicto, el derecho al honor de la actora no debe prevalecer, pues la información relativa a su condena fue veraz y en las publicaciones no se emplearon expresiones injuriosas o vejatorias.

D interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial con los siguientes argumentos: a) fue la demandante la que acudió a los medios de comunicación para contar el altercado en el piso de la demandada; b) no consta que la demandada acudiera a los medios ni que publicara los artículos a que hace referencia la actora; c) el hecho de que se haya revelado que la demandante tenía antecedentes penales, aunque estén cancelados, no supone una intromisión ilegítima en su honor, puesto que fue ella misma la que reveló el suceso a los medios de comunicación dándole la trascendencia pública que después alcanzó.

La actora interpuso recurso de casación, persistiendo en sus alegaciones. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, señalando que, tras el examen de la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, que se acepta en la medida en que son fruto de un juicio de valoración lógico, racional y adecuado. Concluye que no se ha acreditado que la demandada fuera la autora de las publicaciones que la demandante considera lesivas para su derecho al honor, lo que conduce a negar cualquier intromisión en su derecho.

NOTA.—Sobre la valoración de la prueba en recursos de casación que tienen que ver con la infracción de derechos fundamentales, *vid.* las SSTs de 7 de diciembre 2005, 27 de febrero de 2007, 18 de julio de 2007, 25 de febrero de 2008, 2 de junio de 2009, 15 de noviembre de 2010, 22 de noviembre de 2011 y 17 de marzo de 2016. (S. L. M.)

5. Protección del derecho a la propia imagen respecto de imágenes de mujeres en topless.—Con carácter general, el Tribunal Supremo ha venido entendiendo como constitutivo de intromisión ilegítima el uso no consentido de la imagen de una persona carente de notoriedad o proyección pública para fines propios de una actividad empresarial, sea o no de comunicación. En relación con la imagen de una mujer en topless, la doctrina jurisprudencial ha distinguido según se trate de personas con notoriedad o proyección pública o no, y en función del lugar en que se encontraran. Se ha considerado legítima la publicación, con base en el artículo 8.2.a) de la LO 1/1982, si el lugar era una playa pública y normalmente concurrida, salvo en el caso de una menor por aplicación prevalente en tal caso de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. En cambio, se ha tratado como ilegítima si se trata de un recinto privado, de una playa o una cala recónditas o de un espacio buscado a propósito para sustraerse a la mirada ajena. En cualquier caso, lo que la jurisprudencia viene manteniendo constante y reiteradamente es que hay intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen cuando se publica o difunde la imagen en topless de quien no haya prestado su consentimiento y carece de notoriedad o proyección pública. **(STS de 21 de diciembre de 2016;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—F fue grabada en vídeo mientras tomaba el sol en la playa en topless, sin que tuviera conocimiento de ello y sin que hubiera dado su consentimiento a la captación de su imagen. La imagen de vídeo, que permitía su identificación, fue utilizada después, también sin su consentimiento, para hacer un vídeo-montaje que fue emitido en la cadena de televisión LS, como uno de los contenidos humorísticos del programa EI. El vídeo fue también incluido en la página web del programa. Fue retirado a consecuencia del requerimiento realizado por la actora, si bien una imagen seguía estando accesible al público. En el momento de emitirse el vídeo, consta que en alguna ocasión la demandante publicó en su perfil de Facebook imágenes tomando el sol en la playa sin la parte superior del bikini, pero de espaldas y sin que pudiera verse su cara.

F interpuso una demanda contra la cadena en ejercicio de la acción de protección de su derecho a la propia imagen, solicitando que se declarase la existencia de intromisión ilegítima y se condenara a la demandada a satisfacer una indemnización por daño moral, conforme al artículo 9.3 LO 1/1982. La demandada alegó: a) que el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, sino un derecho cuyo contenido viene delimitado por los usos sociales, los cuales contemplan como algo normal y aceptado la práctica del topless; b) que este derecho también viene delimitado por los propios actos y comportamientos previos del titular, y en este caso consta que la demandante era habitual practicante del topless en la playa, además de mostrarse en esta pose ante las personas que pudieran verla en ese momento; c) la demandante tiene cierta notoriedad por haber actuado en algún espectáculo, gozando de proyección local y regional; d) la indemnización es improcedente por no haberse producido ningún daño moral. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la existencia de intromisión ilegítima pero desestimando la pretensión de indemnización. En el juicio de ponderación entre la libertad de expresión,

información y creación artística y el derecho a la propia imagen, razonó lo siguiente: a) que ese uso no se encuentra amparado por la libertad de expresión e información, dado que el reportaje no tenía valor informativo y que se podía haber conseguido de la misma finalidad (montaje humorístico) sin el uso de la imagen de una persona que no había prestado su consentimiento; b) que no cabía excusarse en que la demandante era bailarina y pudiera ser conocida en su entorno, ni el hecho de que ocasionalmente subiera fotos en las redes sociales, pues esto es una práctica habitual en la sociedad actual que no equivale a que se consienta el uso de su imagen por parte de terceros; c) no procedía conceder ninguna indemnización porque su concreción había tenido lugar de forma extemporánea en el acto de la vista, incumpliendo el artículo 219 LEC y el principio de orden público procesal.

La actora interpuso recurso de apelación, en el que la Audiencia Provincial concedió a F una indemnización en concepto de daño moral. Señaló lo siguiente: 1) no es obstáculo para la concesión de la indemnización que en la fase de conclusiones, tras la práctica de la prueba, se especificase la cuantía de la indemnización que se reclamaba por la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales, pues, como la excepción procesal de defecto formal fue desestimada en la audiencia previa, se produciría indefensión al demandante si no se le permitiese fijar la cuantía en el momento en el que se determinó por el juzgado; 2) que la cuantía reclamada como indemnización era una suma razonable y ponderada en relación al daño moral sufrido.

La demandada interpuso recurso de casación, cuestionando el juicio de ponderación de la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo desestima el recurso, indicando, en primer lugar, que la demandante carecía de notoriedad o proyección pública, pues el hecho de que tuviera un perfil en Facebook o que fuera bailarina más o menos conocida en su zona de residencia no la convertía en personaje público. En segundo lugar, el artículo 2.1 LO 1/1982 tampoco podía legitimar la intromisión en el derecho a la propia imagen por las siguientes razones: 1) las fotos subidas por la demandante a su perfil de Facebook la muestran de espaldas y no se le ve la cara; 2) porque incluso aunque las fotos subidas por la actora fueran de ella haciendo topless, esto no equivaldría a un consentimiento, que tiene que ser expreso y, además, es revocable en cualquier momento; 3) la alegación de que los usos sociales toleran la práctica del topless en las playas confunde que sea legítimo practicarlo con que los usos sociales legitimen la publicación o difusión no consentidas de imágenes de las personas que practican el topless. En tercer lugar, la imagen de la demandante no se captó con ocasión de un suceso o acontecimiento público, por lo que su carácter accesorio o no accesorio resulta irrelevante a los efectos del artículo 8.1 LO 1/1982. En cualquier caso, no tuvo un carácter accesorio en el vídeo cuestionado, sino que resulta un elemento esencial para conseguir el efecto cómico. En cuarto lugar, cabe la posibilidad de imágenes inocuas o no ilegítimas de personas sin proyección pública en topless, como podrían ser las de un informativo o un reportaje sobre la temporada playera con planos generales que no permitan identificar a las per-

sonas, pero ninguno de estos casos concurre aquí. Finalmente, respecto a la indemnización por daño moral, destaca: a) la cuestión sobre la indeterminación de la cuantía de la indemnización en la demanda es estrictamente procesal, por lo que tendría que haberse planteado mediante un recurso extraordinario por infracción procesal; b) la impugnación de su cuantía habría exigido un motivo aparte, fundado en la infracción de la correspondiente norma de la LO 1/1982; c) la revisión en casación de la cuantía fijada en la instancia se limita a los casos de desatención a los criterios del artículo 9.3 LO 1/1982 (error notorio, arbitrariedad o desproporción manifiesta), ninguno de los cuales cabe predicar de la cuantía fijada por el tribunal sentenciador, habida cuenta de la elevada audiencia y el horario estelar del programa en el que se emitió el vídeo.

NOTA.—Sobre intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen al estar ante personas carentes de notoriedad o proyección pública, *vid.* las SSTs de 9 de mayo de 2003, 17 de junio de 2004 o 2 de julio de 2004. Respecto a intromisiones ilegítimas por captarse la imagen en recintos privados o recónditos, *vid.* las SSTs de 18 de noviembre de 2008, 12 de junio de 2009 o 15 de febrero de 2011. Y en cuanto a la publicación de fotografías de mujeres en topless como intromisiones ilegítimas por no contar con el consentimiento de la persona y carecer de notoriedad pública, *vid.* las SSTs de 6 de mayo de 2002, 18 de mayo de 2007 y de 6 de junio de 2011. (*S. L. M.*)

6. Conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor y la propia imagen.—Como regla general, la libertad de información debe prevalecer, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que sean de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, por contribuir a la formación de la opinión pública. No obstante, todo medio de comunicación, antes de publicar una noticia que pueda afectar al honor de alguna persona, debe emplear un específico y razonable deber de diligencia en la comprobación de su veracidad.

En relación al requisito de la veracidad de la información, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han declarado que no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en la información. Se trata, más bien, de negar la protección constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente o irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente. En consecuencia, por veracidad hay que entender el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada. Sobre el error admisible en estos casos, hay que entender que la veracidad que exige el artículo 20.1.d) CE no queda excluida por la utilización de expresiones aisladas desafortunadas, los

errores circunstanciales o las inexactitudes que no afectan a la esencia de lo informado.

Respecto a la diligencia exigible a un profesional de la información, no puede precisarse *a priori* y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate, por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso. A estos efectos, el Tribunal Constitucional ha establecido algunos criterios a tener en cuenta para el cumplimiento de este requisito. Entre los elementos a tener en cuenta: 1) que la noticia que se divulga pueda suponer, por su propio contenido, un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere; 2) la trascendencia de la información, que puede exigir un mayor cuidado en su contraste; 3) la condición pública o privada de la persona cuyo honor queda afectado será también una cuestión que deberá tenerse en consideración, pues los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación ni proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad; 4) el objeto de la información, pues no es lo mismo la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia que la transmisión neutra de manifestaciones de otro. Por otro lado, la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio sobre la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo y su forma pueden resultar lesivos del honor de un tercero. Se ha llegado a apreciar la existencia de intromisión ilegítima en el honor en casos de informaciones no debidamente contrastadas que comportaban una falsa imputación penal y, en particular, en casos de publicación de fotografías erróneas ilustrando una noticia. O la vulneración del derecho al honor al asociarse erróneamente el rostro de una persona con una información sobre hechos infamantes.

En cuanto a la rectificación del medio, ésta no elimina la intromisión ilegítima en el honor del demandante causada por una inicial información errónea. El hecho de que el periódico publique la rectificación solicitada por el demandante no elimina la intromisión ilegítima porque el ejercicio de este derecho de rectificación no suplanta la acción de protección del derecho al honor, aunque pueda influir en la cuantía de la indemnización, y ambas acciones son, por tanto, compatibles.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la publicación en el medio de comunicación de la sentencia de condena por intromisión ilegítima, recogida en el artículo 9.2 LO 1/1982, el órgano jurisdiccional deberá atender a las circunstancias concretas de cada caso y tendrá que valorar si la difusión de la sentencia es ajustada a la proporcionalidad del daño causado. Entiende el Tribunal Supremo que, por lo general, bastará con la publicación del encabezamiento y del fallo, especialmente si se trata de publicaciones impresas, pues la publicación íntegra de la sentencia puede ser innecesaria y excesiva si supera aquella finalidad reparadora del derecho lesionado, sobre todo si ya han sido satisfechos los daños morales. (STS de 10 de octubre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—En marzo de 2008, el diario EP publicó una gran fotografía a dos columnas, ocupando el 50% del total de una página, que ilustraba una noticia sobre un fiscal portugués acusado de homicidio, en cuyo pie aparecía el nombre de la persona fotografiada y el cargo. Realmente, la fotografía publicada no fue la del señor imputado, sino que erróneamente se publicó la fotografía del demandante R, que nada tenía que ver con la noticia. R ejerció el derecho de rectificación mediante escrito de marzo de 2008, dirigido al director de EP y remitido por correo ordinario. Al día siguiente, EP publicó en la sección de cartas al director una fe de errores corrigiendo el error.

Considerando que el escrito publicado por el diario en la sección de cartas al director no constituía una rectificación de la noticia publicada, R interpuso demanda sobre derecho de rectificación. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, ordenando la publicación de la rectificación solicitada por el actor, en la forma y plazos previstos en el artículo 3 LO 2/1984, es decir, con un titular a tres columnas, que encabece una de las páginas del cuadernillo de Madrid, junto a la que aparezca la misma fotografía del actor y al mismo tamaño que la que figuraba junto a la noticia de marzo de 2008, aclarando, tanto en el titular como en el texto, que la fotografía se corresponde a R, que en modo alguno se haya imputado en causa alguna. Afirma lo siguiente: 1) que la publicación conjunta del texto y la imagen de R provocó en el receptor de la información la convicción de que el demandante era el protagonista de la noticia; 2) la publicación de la fotografía afectó también a su derecho a la propia imagen; 3) el requisito de la veracidad no se cumplía respecto de la fotografía; 4) el medio de comunicación actuó con falta de diligencia al no comprobar la correspondencia de los hechos informados con la imagen que se estaba publicando; 5) para el restablecimiento del demandante del pleno disfrute de su derecho al honor y propia imagen habría de publicarse la sentencia con idéntica difusión a la que tuvo la intromisión sufrida; 6) se reduce la indemnización, en base al perjuicio acreditado.

EP recurrió la sentencia en apelación, donde la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia en su totalidad. La demandada interpuso recurso de casación. En primer lugar, alega la infracción del artículo 7 LO 1/1982, en relación con su artículo 2.1. Se señala que la sentencia de la Audiencia Provincial transgrede el derecho a difundir y recibir información veraz en beneficio de una protección desproporcionada de los derechos al honor y propia imagen del demandante. Insiste en la concurrencia del requisito de la veracidad, dado que la información publicada no era falsa, sino tan solo la fotografía que aparecía. Y añade que el error fue clarificado y atenuado por sus sucesivas rectificaciones. En segundo lugar, alega EP la infracción del artículo 9.2 LO 1/1982, por falta de proporción y pertinencia en la medida de difusión impuesta en la sentencia y por la que se le condena a publicar el texto íntegro de la misma. Aduce que el hipotético resarcimiento del actor no pasa porque los lectores del diario, ya informados repetidamente del error padecido, accedan a toda la problemática fáctica y jurídica debatida en el pleito, de escasa relevancia desde el

punto de vista informativo, y que dicha medida es injustificada-mente gravosa para el medio.

El primer motivo alegado por EP es desestimado en base a las siguientes consideraciones. En primer lugar, la información gráfica enjuiciada transmitía al lector la convicción de que había sido R el protagonista de la información. En el caso, los demandados no realizaron ninguna actuación de comprobación de la veracidad de la información gráfica divulgada y publicaron la fotografía sin el conocimiento y consentimiento del demandante. En segundo lugar, apunta el Alto Tribunal que la publicación de la fotografía, sobre la identidad de uno de los acusados, no entra en el campo de los errores circunstanciales que pueden no afectar a la esencia de lo informado. Nuestra sociedad se desarrolla en un entorno eminentemente visual que dota a la fotografía de un esencial valor informativo. La fotografía del demandante, a gran tamaño y en color, ilustraba la noticia, de tal forma que el error en la identificación visual del presunto protagonista del hecho noticiable no fue circunstancial o accesorio, sino nuclear de la información. Finalmente, tampoco la posterior rectificación del medio eliminó la intromisión ilegítima en el honor del demandante, aunque la atenúa. De ahí que la rectificación de la información errónea por el medio informativo pueda incidir en la cuantía de la indemnización, cuyo importe no fue objeto de impugnación en casación.

La segunda cuestión a la que se enfrenta el Tribunal Supremo es la relativa a la publicación de la sentencia. Afirma que la concesión de la indemnización por daños morales aconseja, en orden a la reparación del lesionado y siguiendo un criterio de proporcionalidad, que esta publicación se limite al encabezamiento y fallo de la sentencia y no al texto íntegro. De ahí que el Alto Tribunal acabara estimando solo en parte el recurso de casación.

NOTA.—Sobre la prevalencia de la libertad de información, *vid.* STS de 8 de mayo de 2015. En relación al requisito de veracidad, *vid.* SSTs de 2 de diciembre de 2013, 15 de enero de 2014, 24 de febrero de 2014 o 30 de julio de 2014. Y SSTC 6/1988, 105/990, 171/1990, 172/1990, 143/1991, 197/1991, 40/1992, 85/1992, 240/1992 o 1/2005. Respecto al nivel de diligencia exigible a los profesionales de la información, *vid.* SSTs de 13 de marzo de 2012 o 30 de julio de 2014. Y SSTC 171/1990, 219/1992, 240/1992, 178/1993, 173/1995, 28/1996, 192/1999, 136/2004 o 1/2005. En cuanto al error admisible en estos casos, *vid.* STS de 5 de mayo de 2015. Con relación al derecho de rectificación y su incidencia en la intromisión ilegítima, *vid.* SSTs de 5 de julio de 2004 o 23 de enero de 2014, y las SSTC 40/1992 y 52/1996. Otros casos de informaciones no debidamente contrastadas que comportaban una falsa imputación penal son los resueltos por SSTs de 11 de diciembre de 2003, 15 de septiembre de 2008, 21 de febrero de 2011, 3 de julio de 2012, 15 de enero de 2014 o 30 de septiembre de 2014. Sobre la publicación de la sentencia existe una amplia jurisprudencia que tiene que ver con: a) la idoneidad de la publicación de la sentencia como medida reparadora (SSTs de 21 de enero de 2013, 10 de julio de 2014 o 31 de octubre de 2014); b) la legitimación activa de la víctima para solicitarla (STS de 16 de febrero

de 1999); c) la necesidad de atender a las circunstancias concretas del caso (STS de 29 de abril de 2009); d) la valoración de si la difusión es ajustada a la proporcionalidad del daño causado (SSTS de 30 de noviembre de 1999 o 16 de octubre de 2009); e) la suficiencia, como regla general, de la publicación del encabezamiento y fallo de la sentencia (SSTS de 25 de febrero de 2009 o 9 de julio de 2009); f) lo innecesario y excesivo que puede resultar la publicación íntegra cuando se supera la finalidad reparadora del derecho lesionado (SSTS de 30 de noviembre de 1999 o 16 de octubre de 2009), sobre todo cuando ya se han satisfecho los daños morales (STS de 22 de mayo de 2015). (S. L. M.)

7. Ponderación entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información.—La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la *veracidad*, como resultado de una razonable diligencia por parte del informador para *contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales* ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007 y 29/2009). Faltaría esa diligencia cuando se transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación o meras invenciones.

La veracidad (art. 20.1 d) CE) no queda excluida por la utilización de expresiones aisladas desafortunadas, los errores circunstanciales o las inexactitudes que no afectan a la esencia de lo informado. No es exigible una veracidad entendida como una exactitud absoluta y plena, ha de atenderse a la esencia de los hechos, y dentro del ámbito de protección que otorga el derecho fundamental a la información caben errores o desviaciones que no alteren la verdad esencial de las afirmaciones.

Doctrina del reportaje neutral.—La veracidad de la información se matiza en los supuestos del *reportaje neutral*. La Sala 1.^a asume los postulados de la STC 139/2007 (F. J. 11.º y la jurisprudencia constitucional en ella citada) para declarar que la existencia de reportaje neutral depende de que concurren los siguientes requisitos: (i) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas. Se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones; y (ii) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia. Si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral.

En el cumplimiento de ambos requisitos, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido. Cuando se dan ambos requisitos el medio de comunicación ha de quedar exonerado de responsabilidad.

Además, el reportaje neutral o información neutral exige la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de lo transcrito, a fin de evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente a la divulgación de simples rumores o insidias. Resultaría absurdo que, con el pretexto de tratarse de un reportaje

neutral, se pudiera difundir –reproduciéndola– una información sobre la que existe constancia de que supone una intromisión ilegítima en el ámbito de protección de un derecho fundamental.

La transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, porque la Constitución no reconoce un hipotético derecho al insulto (STC 112/2000, de 5 de mayo). (**STS de 10 de octubre de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.–El 5 de marzo de 2009 en la edición escrita del diario Información de Alicante y en su versión digital que gira bajo el dominio «información.es», se publicó una noticia firmada por D. Mario en la que se hacía referencia a que mandos de la policía local de Torrevieja remitieron un escrito al periódico mostrando su malestar por lo que consideraban un trato de favor del departamento de personal, dirigido por la Secretaria Municipal Dña. Estrella, y secundado por el concejal de recursos humanos, hacia ciertos funcionarios y, en particular, hacia un funcionario de policía local que se decía haber sido perdonado tras ser expedientado por estar de baja no justificada cinco años, a pesar de existir una propuesta de suspensión de empleo de tres años.

Dña. Estrella interpuso demanda frente al diario de información y frente a D. Mario, como periodista, solicitando la protección de su derecho al honor frente a lo que consideraba una intromisión ilegítima en él. Lo hizo al amparo del artículo 18.1 CE y de los artículos 1.º, 2.º y 7.º de la LO 1/1982. En su demanda, alegaba que el supuesto escrito que se mencionaba en el artículo no existía y que la noticia era falsa e infundada, sin contrastar, emitida con la finalidad de cuestionar la honorabilidad, honradez y profesionalidad de la demandante. Además, sostenía Dña. Estrella que en el artículo se informaba de que, según el escrito remitido al diario, los sindicatos policiales habrían presentado escritos registrados en el Ayuntamiento denunciando tales tratos de favor y que, en algunas reuniones de la junta de personal, la demandante llegó a amenazar a determinados representantes de los sindicatos con denunciarlos, lo que tampoco habría sido cierto.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al entender que se daban todos los requisitos del reportaje neutral. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial confirmó íntegramente el fallo del Juzgado. A juicio de la Audiencia, (i) el artículo periodístico se ajustaba a los requisitos constitucionalmente exigibles para la apreciación de la doctrina del reportaje neutral; y (ii) respecto a los particulares no cubiertos por el reportaje neutral, la información fue objetivamente veraz en cuanto que constaba suficientemente demostrada la realidad de la crispada situación existente, partiendo de la realidad de la causa penal seguida ante los tribunales, y los escritos registrados ante el Ayuntamiento por los sindicatos policiales.

Dña. Estrella interpuso recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Provincial. (A. I. R. A.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

8. Incumplimiento del deber de información precontractual y error vicio en el consentimiento a inversores no profesionales.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo confirma su, ya inveterada doctrina, de que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato. Por el contrario, no vicia el consentimiento el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información expuestos, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información. Con todo, la falta de acreditación del cumplimiento de estos deberes de información permite *presumir* en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por tanto, no es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo (STS núm. 560/2015, de 28 de octubre y, sobre todo, STS núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014). (STS de 24 de octubre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En septiembre de 2004, el departamento de banca privada de Bankinter ofreció a D. Pascual y D. Modesto la posibilidad de adquirir diversos productos financieros. La hija de D. Pascual, Dña. Berta, mantuvo conversaciones con el empleado que ofreció los productos financieros. El 1 de octubre, se formalizó la compra para cada uno de 60.000 euros en participaciones preferentes de General Motors y 60.000 euros en participaciones preferentes de British Airways. El empleado de Bankinter que intervino en la operación reconoció que no facilitó la totalidad de la información sobre este producto, las preferentes, en atención al conocimiento que del producto tenía Dña. Berta. En cualquier caso, el producto se ofreció y contrató bajo la suposición de que el capital nominal estaba garantizado al 100% por cada emisor, y sin informar que la quiebra del emisor podía dar lugar a la pérdida de todo o parte de la inversión. General Motors devino en situación de insolvencia y el 1 de junio de 2009 se acogió al capítulo 11 de la Ley de Quiebras de Estados Unidos. D. Pascual y D. Modesto presentaron una reclamación ante la CNMV. El 13 de agosto de 2012, la CNMV emitió un informe en que se afirmaba que los productos que se les ofreció y finalmente adquirieron (participaciones preferentes de General Motors y British Airways) eran productos de riesgo; y que Bankinter no había acreditado ni justificado que dispusiera de información relativa a la situación financiera y a los objetivos de inversión de sus clientes, ni del nivel de riesgo que estaban dispuestos a asumir. También consideraba insuficiente la información escrita suministrada por Bankinter a sus clientes, Pascual y Modesto, mediante los faxes enviados, en los que además se hacía hincapié en que *«el capital está garantizado 100% por cada emisor»*. Esta afirmación es calificada por la CNMV de *«confusa»*, pues *«podría inducir a que los clientes pensasen que se trataba de inversiones sin riesgo de pérdida de capital, lo cual no se correspondía con la realidad»*.

D. Pascual y D. Modesto presentaron demanda contra Bankinter en la que solicitaban, en primer lugar, la nulidad de la compra de las participaciones preferentes formalizada entre Bankinter y los demandantes, por vicio en el consentimiento, con la consiguiente obligación de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas. Subsidiariamente, los demandantes interesaban la resolución del contrato de compraventa de las participaciones preferentes, por incumplimiento de las obligaciones contractuales de la parte demandada, Bankinter, a quien se debía condenar a indemnizar los daños y perjuicios sufridos que ascendían a las siguientes sumas: 130.292,02 euros, respecto de don Pascual, y 128.979,89 euros respecto de Modesto.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la nulidad por error vicio en el consentimiento de la orden de compra de las participaciones preferentes de General Motors y British Airways, y condenó a Bankinter a devolver a cada uno de los demandantes los 120.000 euros entregados en su día, más los intereses, con restitución a la demandada de los intereses percibidos por los demandantes, más el interés legal desde cada una de las fechas de ingreso.

Bankinter interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso por entender que la demandada carecía de legitimación pasiva respecto de las dos acciones ejercitadas. Estas acciones pretendían la nulidad del contrato de adquisición de las participaciones preferentes de General Motors y British Airways, y subsidiariamente, su resolución por incumplimiento contractual de Bankinter. La Audiencia razona que Bankinter no sería propiamente parte en la adquisición de las participaciones preferentes, sino que su intervención habría sido la de asesoramiento inversor. Consiguientemente, desestima la demanda y absuelve a Bankinter de las pretensiones de la demanda.

Frente a la sentencia de apelación, D. Pascual y D. Modesto formulan recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de dos motivos y recurso de casación.

NOTA.—En este supuesto, merece la pena llamar la atención sobre el hecho de que la entidad comercializadora de las participaciones preferentes informase a los suscriptores que *el capital estaba garantizado al 100%*. Una información así suministrada, más allá de fundamentar la creencia de los demandantes de que efectivamente contrataban un producto sin riesgo, permitiría también integrar el contenido contractual con las declaraciones positivas que la entidad formuló y que detonaron la confianza de los demandantes (art. 1258 CC). De este modo, se habría incorporado al contenido del contrato de compraventa de participaciones preferentes la garantía de que el capital estaba «al 100% garantizado». Con ello, el incumplimiento las declaraciones del banco se habría traducido entonces en un incumplimiento contractual, toda vez que el deber de prestación de la entidad deudora se ensanchó cuando ofreció una información en tales términos. Y este incumplimiento habría convertido en admisible una indemnización de daños por incumplimiento contractual que hubiese consistido en conceder a los inversores las ventajas que debiera haber procurado el cumplimiento del contrato, ya que el mismo les garantizaba que no iban a sufrir pérdidas. (A. I. R. A.)

9. Contratos. Error vicio: representación equivocada pero razonablemente cierta.—El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que, si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Contratos. Error vicio: excusable.—El error ha de ser excusable, en este sentido, la jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

Acción de anulabilidad. Computo del plazo: requisito *actio nata*.—El cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción, criterio recogido expresamente en los principios de derecho europeo de los contratos.

Contratos financieros complejos. Computo plazo anulabilidad: criterio interpretativo actual.—La interpretación hoy del artículo 1301 CC en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. En la fecha en que el artículo 1301 CC fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual.

Contratos financieros complejos. Computo plazo anulabilidad: *dies a quo*.—En relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. Por ello, el día inicial del plazo de ejercicio de la acción será el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error.

Contratos financieros complejos. Deber de informar: obligación fundamental.—La normativa del mercado de valores, incluso antes de la trasposición de la Directiva MiFID, (Markets in Financial Instruments Directive) por el RD 217/2008, de 15 de febrero, daba una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar

productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre esos extremos han de dar a los clientes, potenciales o efectivos. Estas previsiones normativas son indicativas de que los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones de cálculo, accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata o las garantías existentes frente a su insolvencia, que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

Contratos financieros complejos. Deber de informar: información comprensible y adecuada.—El que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como las aportaciones financieras subordinadas, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos, muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

Contratos financieros complejos. Error por falta de conocimiento del producto contratado: alcance.—La jurisprudencia considera que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

Contratos financieros complejos. Error por falta de conocimiento del producto contratado: presunción.—La falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. No es que este incumplimiento determine por sí la existencia del error vicio, sino que permite presumirlo.

Contratos financieros complejos. Aportaciones financieras subordinadas: concepto.—La jurisprudencia considera que son valores atípicos de carácter perpetuo, que contablemente forman parte de los recursos propios de la sociedad que los emite, pero no otorgan derechos políticos al inversor y sí una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios. Esta remuneración se asemeja, de un lado, a la renta fija porque está predeterminada y no es acumulativa, y de otro a la renta variable en la medida en que depende de la obtención de suficientes beneficios. (STS de 1 de diciembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La representación procesal de don R. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Bilbao, demanda contra la entidad financiera B. SA, solicitando la nulidad de las órdenes de com-

pra de valores para la adquisición de aportaciones subordinadas de E. por error en el consentimiento a consecuencia del incumplimiento de los deberes de información que recaían sobre la entidad financiera. La representación procesal de la entidad demandada sostuvo su falta de legitimación pasiva, por ser mero comisionista, y la caducidad de la acción, pues habían transcurrido más de cuatro años desde la fecha de la adquisición de las aportaciones subordinadas. La sentencia de instancia estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad de los órdenes de compra de valores y condenó a la demandada a la devolución de los capitales invertidos, actualizando su valor con aplicación del interés legal desde la fecha de su contratación, así como a la devolución de cualquier gasto o comisión imputados y cargados al demandante, rechazando las excepciones alegadas por entender que existía un vínculo jurídico contractual entre las partes, y la caducidad de la acción, pues el plazo de cuatro años debía computarse desde que se hubiera consumado el contrato, lo que equivalía al agotamiento de todas las obligaciones que se derivaban del contrato; en cuanto al fondo del asunto, consideró la sentencia de instancia que el actor no había sido informado sobre los concretos riesgos del producto que adquiriría, existiendo error en la adquisición de las aportaciones financieras. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal del banco B. S.A., la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Bizkaia admitió la excepción de caducidad de la acción y estimó el recurso de apelación absolviendo a la recurrente de todos los pedimentos del actor. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que las aportaciones financieras subordinadas son similares por su comportamiento, características y comercialización a las acciones preferentes, pero con la salvedad de que no son títulos de deuda de las entidades financieras, sino de las entidades emisoras que no pueden comercializarlas, por lo que lo realizan a través de la red de sucursales de las entidades financieras. Estas aportaciones financieras son títulos de deuda corporativa emitidas, en este caso, por cooperativas, pues éstas tienen prohibido emitir acciones, con la finalidad de ampliar su capital con el único propósito de conseguir financiación. Pero, no son participaciones sociales, pues son títulos de deuda perpetua y subordinada que llevan implícito un elevado riesgo, en caso de que la entidad emisora se declare en concurso, junto con su carácter subordinado que coloca al tenedor de las mismas en una situación de desventaja al ser el último en cobrar en caso de dificultades económicas. En el caso de la sentencia, al tratarse de una cooperativa de Euskadi, la emisión se había realizado al amparo de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi cuyo artículo 57.5, tras la reforma operada por la Ley 1/2000 establece que *«se consideran financiaciones subordinadas las recibidas por las cooperativas que, a efectos de prelación de créditos, se sitúen detrás de todos los acreedores comunes. Independientemente de su denominación o formalización jurídica, tendrá la consideración de capital social cualquier aportación financiera subordinada contratada por la cooperativa con socios o terceros cuyo vencimiento no tenga lugar hasta la aprobación de la liquidación de la misma»*. (N. D.-L.)

10. Deberes de información y error vicio en el consentimiento en los contratos de inversión.—Las previsiones normativas sobre la obligación de la entidad financiera de informar (incluso con anterioridad a la inclusión expresa en nuestro ordenamiento de la normativa MiFid) debidamente al cliente sobre los riesgos asociados al producto de inversión contratado, como parte del servicio de asesoramiento financiero prestado, se refieren a elementos *esenciales*. Ello porque se proyectan sobre las presuposiciones del cliente sobre la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre su responsabilidad y solvencia de aquellos con los que contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia). De este modo, se integran en la causa principal de la celebración del contrato y la ausencia de la información adecuada, aunque no determina por sí la existencia del error vicio, sí permite presumirlo (STS núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, entre otras). Por lo que la previsión legal de estos deberes *puede incidir en la apreciación del error*, y más concretamente en su carácter excusable.

La contratación sucesiva del mismo producto no sufre las obligaciones de información de la entidad de servicios de inversión.—La sucesiva contratación del mismo producto de inversión, sin que en ninguna de ellas se cumpliera el estándar mínimo de asesoramiento e información legalmente exigible, solo puede indicar la reiteración de la entidad financiera en su conducta incorrecta, no el carácter experto del cliente que contrata.

Incumplimiento de los deberes de información y error vicio en la contratación de productos financieros. Excusabilidad del error.—El incumplimiento por la entidad del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a sus clientes, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de los demandantes sea *excusable*. Quien ha sufrido el error merece la protección del ordenamiento jurídico, puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. (STS de 7 de octubre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Entre 2005 y 2009, Dña. Rafaela y D. Victorino realizaron sucesivas compras de obligaciones subordinadas con Bancaja. El 15 de marzo de 2012, la Dña. Rafaela aceptó y firmó una oferta de canje del total de las obligaciones subordinadas (nominal de 27.000 €) por acciones de Bankia, S. A. Con el documento de canje se firmó un anexo, en el que constaba que, conforme al test de conveniencia realizado al efecto, el producto financiero no resultaba adecuado para sus conocimientos y experiencia inversora. Dña. Rafaela y D. Victorino interpusieron demanda contra Bankia S. A., en la que solicitaban la nulidad de pleno derecho por falta de consentimiento de las órdenes de compra de las mencionadas obligaciones subordinadas, así como del contrato de canje y contratos vinculados con la citada compra; subsidiariamente, interesaron la nulidad por error en el consentimiento; y más subsidiariamente, la declaración de incumplimiento de las obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e información con la consiguiente resolución contractual y restitución de las prestaciones.

El Juzgado de Primera Instancia juzgado estimó la demanda, al considerar resumidamente que los adquirentes no habían sido debidamente informados de las características y riesgos de los productos adquiridos, ni en su ofrecimiento había tenido en cuenta la entidad el perfil conservador y de escasa experiencia financiera de los inversores. Por lo que prestaron un consentimiento viciado por error. Como consecuencia de ello, declaró la nulidad de la operación de compra de obligaciones subordinadas de Bancaja y condenó a Bankia a restituir a los demandantes 27.000 euros, más intereses legales, con la deducción de las cantidades cobradas por los clientes.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por Bankia, revocó la resolución y desestimó la demanda interpuesta. En síntesis, consideró que los demandantes no pueden alegar desconocimiento cuando concertaron operaciones de adquisición hasta en siete ocasiones.

Frente a esta resolución, Dña. Rafaela y D. Victorino interpusieron recurso de casación. (A. I. R. A.)

11. Anulabilidad. Plazo: requisito *actio nata*.—El cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción, criterio recogido expresamente en los principios de derecho europeo de los contratos.

Contratos financieros complejos. Plazo anulabilidad: criterio interpretativo actual.—La interpretación hoy del artículo 1301 CC en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. En la fecha en que el artículo 1301 CC fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual.

Contratos financieros complejos. Plazo anulabilidad: *dies a quo*.—En relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. Por ello, el día inicial del plazo de ejercicio de la acción será el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error. (STS de 19 de diciembre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La representación procesal de don E. y doña R. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Bilbao, demanda contra la entidad financiera B. SA, en la que solicitaba se dictara sentencia que declare la nulidad radical del contrato de bono estructurado Bacom emitido por L. B. T. Co. BV y garantizado por L. B. Holding Inc., cuyo subyacente estaba constituido por las acciones de B. SA y de F. T. SA que daba la posibilidad de obtener una rentabilidad muy elevada, pero con riesgo de pérdida total del capital invertido, con posterioridad, quebraron tanto el emisor como el garante del bono. La sentencia de instancia desestimó íntegramente la demanda, considerando que la infracción de las normas de conducta impuestas por la normativa del mercado de valores, de haberse producido, no conllevaría la nulidad radical del contrato sin que existiera error sustancial y excusable que viciara el consentimiento. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don E. y doña R., la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Bizkaia desestimó la apelación y confirmó íntegramente la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

NOTA.—La STS de 30 de octubre de 2015 estableció las siguientes reglas relativas a la apreciación del error vicio del consentimiento cuando haya un servicio de asesoramiento financiero: 1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo. 2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto. 3. La información, que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMV), es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información. 4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente. 5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata cuanto si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. (*N. D.-L.*)

12. Inicio del plazo del cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulabilidad del contrato.—La Sala 1.^a reitera su doctrina sobre el *dies a quo* para el ejercicio de la acción de anulabilidad en relaciones contractuales complejas, como las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato. El plazo no comienza a correr en tanto el cliente no haya podido tener conocimiento de la existencia del error o el dolo.

En el caso de participaciones preferentes, el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por vicio en el consentimiento no puede computarse desde que se perfeccionó el contrato de adquisición de las participaciones preferentes y se entregaron los títulos, sino desde que los clientes estuvieron en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación, que en este caso consistían en la inexistencia de un mercado efectivo de reventa y la práctica imposibilidad de recuperación de la inversión, por la falta de solvencia de la entidad emisora de las preferentes. Ello tuvo lugar cuando dicha entidad fue intervenida por el FROB, el 30 de septiembre de 2011.

Deber de información de la entidad que presta servicios de inversión y error vicio en el consentimiento.—El incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto (y por lo tanto no haya padecido error al contratar) lleva a *presumir* en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados, que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo.

Las empresas que operan en el mercado de productos y servicios de inversión están sometidas a elevados estándares en la información a suministrar a sus clientes potenciales o efectivos. Los detalles relativos a qué riesgo se asume, de qué circunstancias depende y a qué operadores económicos se asocia tal riesgo, no son meras cuestiones accesorias, sino que tienen el carácter de esenciales, pues se proyectan sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, en concreto sobre la responsabilidad y solvencia de aquellos con quienes se contrata (o las garantías existentes frente a su insolvencia), que se integran en la causa principal de su celebración, pues afectan a los riesgos aparejados a la inversión que se realiza.

Confirmación de los contratos viciados por error.—La confirmación tácita solo puede tener lugar cuando se ejecuta el acto anulable con *conocimiento* del vicio que le afecta y habiendo *cesado* este (art. 1311 CC). En tal sentido, la confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración (STS núm. 535/2015, de 15 de octubre). No puede entenderse que existe confirmación tácita de un contrato de adquisición de participaciones preferentes, antes de la demanda, si el acreedor no era todavía consciente de la dificultad de recuperar la inversión.

Alcance de los efectos restitutorios de la nulidad contractual.—Resulta innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas, con inclusión de sus rendimientos, pues se trata

de una consecuencia directa e inmediata de la norma (SSTS núm. 102/2015, de 10 de marzo; y 716/2016, de 30 de noviembre).

No aplicación a la restitución de prestaciones derivada de la nulidad contractual de las reglas de la liquidación del estado posesorio.—La Sala 1.^a reitera su doctrina reciente. Considera que los artículos 1295.1 y 1303 CC se anteponen a las reglas generales que, sobre la liquidación de los estados posesorios, contienen los artículos 451 a 458 CC, ya que tales reglas se aplican cuando entre dueño y poseedor no existe un negocio jurídico, pues de haberlo, sus consecuencias se rigen por las normas propias de los negocios y contratos de que se trate.

La restitución de los rendimientos percibidos por los clientes se refiere al importe bruto percibido.—La restitución de los rendimientos por parte de los clientes (*solvens* de la restitución) no se refiere al importe neto percibido (que no incluye la retención fiscal que le aplicó en su día la entidad en calidad de retentora), porque dichos rendimientos benefician o han beneficiado a los clientes en su totalidad (no solo en la parte neta). Y es que la retención es compensable al haber sido deducida por el pagador para ingresarla en la Administración Tributaria como anticipo de la cuota del IRPF. Como es sabido, la retención la realizan las entidades pagadoras como colaboradoras de la Administración Tributaria, pero el ingreso se hace por cuenta de la persona a quien se ha practicado la retención. (STS de 20 de diciembre de 2016; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El matrimonio compuesto por D. Raúl y Dña. Raimunda, quienes habían invertido a lo largo del año 2003 en productos financieros sin riesgo, recibieron la oferta de una entidad bancaria, Caixa Galicia, de adquisición de participaciones preferentes por importe de 753.000 euros. En 2004, el matrimonio también suscribió obligaciones subordinadas de Caixa Galicia, que vendieron posteriormente, y en 2005 compraron de nuevo participaciones preferentes serie A de la misma entidad. En septiembre de 2004, el matrimonio necesitó disponer de un capital y acudió a la entidad para rescatar esa parte de la inversión que tenían realizada en participaciones preferentes. Ante la imposibilidad de hacerlo, suscribieron una serie de préstamos y créditos, con un coste global de 71.977,55 euros. Durante la vigencia de los contratos de adquisición de participaciones preferentes, los Sres. Raúl y Raimunda recibieron como rendimientos netos 157.366,58 €. El 10 de marzo de 2011, el Banco de España comunicó que la entidad emisora de las participaciones preferentes precisaba un capital adicional de 2.622 millones de euros, que debería tener antes del 30 de septiembre de 2011. Como no lo logró, tuvo que solicitar ayuda al Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), que amplió el capital social de NCG Banco, S. A., por un total de 2.465 millones de euros, mediante la emisión de 2.465 millones de acciones ordinarias de 1 euro de valor nominal, que fueron íntegramente suscritas y desembolsadas por el FROB, que pasó a ser titular del 93,16% del capital social, correspondiendo la titularidad del restante 6,84% a Nova Caixa Galicia.

El 28 de febrero de 2013, el matrimonio interpuso demanda frente a la entidad en la que solicitaron la nulidad de los contratos de adquisición de participaciones preferentes por error vicio del

consentimiento, con restitución de las prestaciones; y, subsidiariamente, que se declarase la responsabilidad de la entidad financiera por las pérdidas sufridas y se la condenara a indemnizar los daños y perjuicios sufridos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a la Nova Caixa Galicia a restituir a los demandantes 721.800 €, más el interés legal desde la fecha de la demanda y hasta la sentencia, incrementado en dos puntos desde la fecha de ésta.

Nova Caixa Galicia interpuso recurso de apelación, que fue desestimado. A juicio de la Audiencia, la demandada no había acreditado haber indagado sobre la conveniencia del producto para el perfil inversor de los demandantes, ni haber informado sobre los riesgos propios de las participaciones preferentes, lo que provocó el error vicio en el consentimiento de los inversores. Como consecuencia de ello, declaró la nulidad del contrato, con los siguientes efectos: (i) la demandada debería abonar el capital invertido y no amortizado en las participaciones preferentes de 721.800 euros y 176.242,33 euros más por intereses devengados hasta el 29 de enero de 2013 al tipo del 3,5%; (ii) esta suma devengaría el interés legal desde la interposición de la demanda hasta la fecha de la presente resolución y desde entonces el interés del artículo 576 LEC; (iii) los demandantes deberían reintegrar a la entidad demandada, por intereses netos percibidos, 157.366,58 euros, más el interés legal desde la interposición de la demanda hasta la fecha de la presente resolución y desde entonces el interés del artículo 576 LEC; (iv) no haber lugar a computar a efectos del artículo 1303 CC el coste de préstamos y créditos concertados por el matrimonio con la entidad.

NOTA.—La Sentencia parece resolver, al menos de momento y por remisión a la STS núm. 716/2016, de 30 de noviembre, la (ya vieja) cuestión sobre si se pueden aplicar las normas que presiden la restitución de los frutos (arts. 451 a 455 CC) a la restitución de prestaciones derivada de la nulidad del contrato (art. 1303 CC). La reciente STS núm. 435/2017, de 11 de julio, confirma esta jurisprudencia que considera que las normas de los artículos 1295.1 y 1303 CC se anteponen a las reglas generales que, sobre la liquidación de los estados posesorios, contienen los artículos 451 a 458 CC (en línea con las SSTs de 9 de febrero de 1949, 8 de octubre de 1965 y 1 de febrero de 1974), ya que tales reglas se aplicarían cuando entre dueño y poseedor no existe un negocio jurídico, pues de haberlo, sus consecuencias se rigen —continúa— por las normas propias de los negocios y contratos de que se trate (SSTS núm. 439/2009, de 25 de junio y 766/2013, de 18 de diciembre). Asimismo, para reiterar dicha doctrina jurisprudencial, se añade que los desplazamientos patrimoniales realizados en cumplimiento del contrato inválido, como el que se anula por error, carecen de causa o fundamento jurídico (STS núm. 613/1984, de 31 de octubre); por lo que, cuando se han realizado prestaciones corresponsivas, el artículo 1303 CC —completado por el art. 1308— mantiene la reciprocidad de la restitución.

Ahora bien, esta no ha sido una cuestión pacífica, ni en la jurisprudencia ni entre nuestros autores (*vid.* LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad contractual. Consecuencias*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1995, pp. 70-74). En efecto, puede mencionarse una línea jurisprudencial donde destaca la STS núm. 791/2000, de 26 de julio y (en menor medida) la STS núm. 289/2009, de 5 de mayo. Según la primera de las sentencias mencionadas, el artículo 1303 CC «*puede resultar insuficiente para resolver todos los problemas con traducción económica derivados de la nulidad contractual, por lo que puede ser preciso acudir a la aplicación de otras normas de carácter complementario o supletorio, o de observancia analógica, tales como los preceptos generales en materia de incumplimiento de obligaciones (arts. 1101 y ss.) y los relativos a la liquidación del estado posesorio (arts. 452 y ss.), sin perjuicio de tomar en consideración también el principio general de derecho que veda el enriquecimiento injusto*».

En nuestra doctrina, han sido Delgado Echeverría y Parra Lucán quienes se han mostrado más nítidamente a favor de completar el artículo 1303 CC con las normas que disciplinan la restitución de frutos (DELGADO ECHEVERRÍA, J./PARRA LUCÁN, M.^a A., *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 257-260). Carrasco, por el contrario, no ha discutido que el régimen posesorio sea de aplicación a las reglas de la invalidez, pero sí se ha cuestionado su aplicación congruente a los negocios sinalagmáticos (CARRASCO, Á., «Restitución de provechos (I)», *ADC*, 1987, p. 1118). (A. I. R. A.)

13. Facultad resolutoria y su ejercicio por el contratante incumplidor.—A la parte que previamente ha incumplido sus obligaciones en el contrato le está vedado el ejercicio de la facultad resolutoria (art. 1124 CC). Esta regla encuentra su fundamento tanto en la caracterización de la facultad resolutoria, como una facultad de configuración jurídica que la norma prevé como medio de defensa de la parte que cumple, como en el fundamento de la misma. Tal fundamento se deriva de la interdependencia de las obligaciones recíprocas y su especial articulación en la relación obligatoria sinalagmática; situando al cumplimiento de la obligación como el eje central de la dinámica resolutoria (SSTS núm. 121/2013, de 12 de marzo, y núm. 639/2012, de 7 de noviembre).

Interpretación contractual, significado gramatical de los términos, interpretación lógico-sistemática y voluntad real de las partes.—El contrato no es una mera suma de cláusulas. Por tanto, el análisis o la interpretación sistemática constituye un presupuesto lógico-jurídico de todo proceso interpretativo (también denominada canon hermenéutico de la totalidad, art. 1286 CC). Ello supone que el *carácter instrumental que presenta la interpretación literal del contrato* inferida del criterio gramatical (art. 1281 I CC) no pueda ser valorada como un fin en sí misma considerada, o como un dogma del proceso interpretativo, porque la atribución del sentido objeto de la interpretación sigue estando en la voluntad realmente querida por partes contratantes. De ahí la unidad lógica del artículo 1281, conforme a su segundo párrafo, que alude a la «*intención evidente*» de los contratantes (*vid.* STS núm. 243/2016,

de 13 de abril). (**STS de 10 de octubre de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—D. Romeo y Dña. Leocadia eran propietarios de dos fincas registrales en un polígono de Burgos. El 19 de diciembre de 1996, los referidos propietarios suscribieron con la entidad Gescobur, S. L., un contrato de permuta de suelo por obra construida en virtud del cual los propietarios de los terrenos objeto de transmisión, calificados como «fincas rústicas», recibían como contraprestación de cualquier aprovechamiento urbano o edificabilidad, el 23% de la superficie construida neta (es decir, la superficie construida una vez deducidas las cesiones de servicios generales y aprovechamientos a favor del Ayuntamiento). Elevado a escritura pública el contrato, el 30 de abril de 1997, se incluyó una condición suspensiva según la cual las transmisiones de las parcelas y la adquisición del 23% pactados no tendrán efectividad alguna si en el plazo máximo de ocho años a contar desde la fecha de esta escritura las fincas rústicas objeto de transmisión en la presente no llegaren a alcanzar la calificación de urbanizables ni pudieren ser objeto de actuación urbanística sobre las mismas que permitan la edificación de construcciones dedicadas a viviendas o cualquier tipo de departamentos individualizados.

Al objeto de adquirir suelo para construir un Hospital, con anterioridad a 1 de enero de 2002, el Insalud y el Ayuntamiento de Burgos acordaron su ubicación, entre otras, en los terrenos de las fincas rústicas litigiosas. A finales de 2002 el Ayuntamiento de Burgos convocó concurso para la adscripción en otro sector de los aprovechamientos urbanísticos de todas las fincas afectadas por el Plan Especial del Hospital de Burgos. Los aprovechamientos podían adscribirse a los sectores S-3, S-4 o Villimar. Dicho concurso fue resuelto a favor de la cesionaria, mediante Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Burgos de fecha 29 de enero de 2003. El 17 de marzo de 2003 se suscribió entre el Ayuntamiento de Burgos y la cesionaria de las fincas (adjudicataria de los indicados aprovechamientos urbanísticos en virtud del concurso) un Convenio Urbanístico para adquirir suelo. Por tanto, en acta notarial de fecha 29 de abril de 2003 se dejó constancia del cumplimiento de la condición suspensiva.

Por otro lado, D. Romeo (cedente) había interpuesto petición solicitando que se declarase la nulidad del Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 29 de enero de 2003 relativo a la adjudicación del concurso para adquirir suelo. Esta petición fue desestimada.

Sea de ello como fuere, mediante escritura pública de compraventa otorgada con fecha 14 de febrero de 2006, la cesionaria vendió las fincas rústicas a Fuente Odra, S. L. En dicha escritura se decía que las fincas eran suelo urbanizable del Sistema General Hospitalario; que la parte compradora conocía todas sus circunstancias; y que asumía expresamente cuantas obligaciones derivaran del título de los cesionarios-vendedores. Acto seguido, el 5 de octubre de 2006, Fuente Odra vendió dichas parcelas a la compañía Esbusa.

El 29 de mayo de 2008, la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León confirmó la desestimación de la petición de D. Romeo. El Tribunal Superior de Justicia consideró que la condición suspensiva pactada era nula en atención a lo dispuesto en el artículo 1105 CC, pues su cumplimiento dependía de la exclusiva voluntad del deudor, quien no quiso concurrir al concurso que otorgaba un aprovechamiento urbanístico que permitía la edificación en las fincas. Esta sentencia devino firme.

Con fecha 26 de junio de 2009, el Ayuntamiento de Burgos certificó que, en la fecha de aprobación del expediente de reparcelación los terrenos de las fincas no podían ser objeto de actuación urbanística que permitiera la edificación de construcciones dedicadas a viviendas o a cualquier tipo de departamento individualizado, por no haberse culminado el proceso de urbanización de los terrenos ni ser posible la obtención de licencias urbanísticas. D. Romeo recurrió esta resolución ante el Tribunal Superior de Justicia, cuya sala de lo contencioso-administrativo dictó, el 1 de octubre de 2010, sentencia desestimatoria.

El 15 de marzo de 2011 el Ayuntamiento de Burgos acordó, dando fin a la vía administrativa, tener por adjudicadas las parcelas litigiosas a Esbusa, quien logró inscribirlas a su nombre en el Registro de la Propiedad el 4 de agosto de 2011.

Ante ello, el 5 de octubre de 2011 D. Romeo y Dña. Leocadia interpusieron demanda de contra la cesionaria, Fuente Odra, S. L., Esbusa y el Ayuntamiento de Burgos. En la demanda se la propiedad de las fincas cedidas y, consecuentemente, de los aprovechamientos debidos de entregar a cambio de ejecutar las obras de construcción del nuevo Hospital de Burgos. Asimismo, se interesaba la declaración del incumplimiento de la condición suspensiva incorporada a la escritura de permuta (con efectos respecto del Ayuntamiento de Burgos en cuanto a la determinación del justo precio que debería abonar por la obtención de los terrenos). También se ejercitó una acción resolutoria (respecto del contrato de permuta) y otra de reclamación de cantidad por la indemnización del valor de los terrenos cedidos (ante la imposibilidad de llevar a cabo su devolución), fijada en la suma de 3.185.653 euros, y del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a los actores por los demandados (a excepción del Ayuntamiento de Burgos).

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y declaró el incumplimiento contractual de Esbusa por no haber cumplido las obligaciones impuestas a los cesionarios de las parcelas, que asumió al subrogarse en la posición de aquellos. Así, estimó la acción de cumplimiento contractual y condenó a Esbusa a entregar a los demandantes el 23% de la superficie total neta que les corresponda como contraprestación. La demanda fue desestimada en cuanto al resto de pretensiones al tiempo que absolvió a los codemandados restantes por falta de acción.

Frente a la sentencia interpuso recurso de apelación Esbusa, que fue impugnado por los demandantes. La Audiencia Provincial rechazó ambos recursos y confirmó la sentencia apelada en su tota-

lidad. Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación y extraordinario por infracción procesal tanto los demandantes como Esbusa. (A. I. R. A.)

14. Contratos. Resolución por incumplimiento. Está justificada cuando la falta de cumplimiento determina la frustración de la finalidad o fin práctico del contrato.—El cumplimiento de la obligación constituye el eje central de la resolución del artículo 1124 CC y, en consecuencia, el factor clave en la legitimación activa de su respectivo ejercicio. Legitimación que no puede amparar a la parte que incumple el contrato. Resulta acreditado el recíproco incumplimiento de ambas partes, que ha tenido lugar en el marco de una reglamentación contractual que no causalizaba los recíprocos cumplimientos obligacionales que han resultado no observados. El incumplimiento de la recurrente ha comportado la frustración de la finalidad o fin práctico que justificó la celebración del contrato, en atención al retraso de la obligación de la vendedora de proceder a la reparcelación y al inicio de las obras de infraestructuras. Obligación que sigue estando sin ejecutar ni previsión de llevarse a cabo. Por lo que ha quedado frustrada la finalidad o fin práctico del contrato, sin posibilidad de que un cumplimiento posterior pueda ser útil e idóneo para la satisfacción de las expectativas urbanísticas que informaron la celebración del contrato y su correspondiente ejecución (SSTS de 15 de junio de 2012 y de 11 de abril de 2013).

Doctrina jurisprudencial del mutuo disenso. No es aplicable al supuesto de incumplimiento con trascendencia resolutoria aunque provoca los mismos efectos cuando el incumplimiento es recíproco y provoca la frustración del fin del negocio.—La Sala tiene sentado que, ante el incumplimiento de las dos partes contratantes, y ante la apreciación de una voluntad resolutoria en ambas, se debe aplicar la doctrina de la resolución por mutuo disenso por disentimientos unilaterales concurrentes, que si cabe en cualquier contrato (SSTS de 5 de diciembre de 1940, 13 de febrero de 1965 y 30 de mayo de 1984), con más razón es admisible en los contratos de empresa o ejecución de obras, habida cuenta de los preceptos de los artículos 1594 y 1595.3 CC (STS de 2 de noviembre de 1999).

Cláusula penal. No cabe que sea invocada y aprovechada por la parte, debido a su incumplimiento, no está legitimada para instar la resolución contractual.—El derecho de la vendedora a retener las cantidades ya abonadas por la compradora en concepto de daños y perjuicios y de estipulación penal, queda sujeto a que dicha parte venga legitimada para ejercitar u optar por la resolución del contrato y, por tanto, que haya cumplido su contenido obligacional o esté en condiciones de cumplir (art. 1124 CC); circunstancia que no concurre en el presente caso, por lo que no resulta de aplicación la cláusula penal pactada. (STS de 4 de noviembre de 2016; no ha lugar). [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Las mercantiles IR, SL y DTCV, SL suscribieron en 2003 un contrato por el cual la primera vendía a la segunda una serie de fincas para edificar, pactando que la entrega de las mismas se haría completamente urbanizadas, con todos los servicios necesarios para obtener la condición de solar, y libres de cargas y gravámenes y de cualquier afección urbanística. Para ello se comprometía a promover e impulsar la aprobación de los correspondientes

proyectos de urbanización. A cambio, la compradora se obligaba a pagar la cantidad de diecisiete millones de euros, de los cuales el 20% se abonó a la firma del contrato y el 80% restante mediante una serie de pagarés que se satisfarían en los siete trimestres siguientes a partir de la aprobación definitiva del proyecto y realización de las obras de urbanización. La parte vendedora se reservaba el derecho a dar por resuelto el contrato, sin necesidad de requerimiento, para el caso de que la compradora no abonara cualquiera de las cantidades pendientes, haciendo suyas, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, las sumas ya entregadas. Transcurridos unos años sin que las obras de infraestructura se hubieran iniciado ni tampoco se hubiera aprobado todos los proyectos correspondientes, DTCV, SL como compradora instó la resolución por incumplimiento. La demandada IR, SL se opuso y reconvino solicitando también la resolución del contrato por incumplimiento imputable a la compradora al no haber abonado las cantidades debidas en los plazos acordados, así como que se declarase que eran suyas las cuantías ya percibidas en aplicación de la cláusula penal pactada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción. La Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso de apelación de la actora y, a la vista del recíproco y tolerado incumplimiento de ambas partes y de la común solicitud de resolución contractual, estimó que era aplicable la doctrina jurisprudencial del mutuo disenso. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación planteado por la demandada-reconviniente.

NOTA.—El supuesto plantea una situación asaz problemática, cual es la respuesta que debe darse a las situaciones en las que ambos contratantes han incumplido sus obligaciones y, correlativamente, ambas se demandan solicitando la resolución del contrato e imputando a la contraria el incumplimiento sufrido. Si bien parte de la doctrina ha propuesto en alguna ocasión que se estime la resolución por imposibilidad sobrevenida de la ejecución del contrato, parece preferible la tesis de Díez-PICAZO (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II 6.ª edición, 2008, p. 840), en el sentido de indagar cuál de los cumplimientos ha de considerarse prevalente para pronunciar la resolución, pudiendo seguirse el criterio cronológico (el primero en el tiempo), el causal (el incumplimiento que es causa de los demás), o el de proporcionalidad (el que en mayor medida incida sobre el equilibrio sinalagmático o, en otras palabras, sobre la economía del contrato). Por lo demás, la equiparación de efectos de la resolución por incumplimientos recíprocos y el mutuo disenso no es nueva en la doctrina jurisprudencial, habiéndose hecho eco de ello en otras resoluciones: así, la STS de 4 octubre 2010 (v. MACÍAS CASTILLO, «Extinción contractual por mutuo disenso efectos en el ámbito de la compraventa», AC, 1, 2011, p. 94 y 95), o la de 8 octubre 2010 (ÁLVAREZ LATA, «Comentarios a la STS de 8 octubre 2010», CCJC, 87, 2011, p. 1563 y 1564). (L. A. G. D.)

15. Suspensión del plazo de caducidad de la acción rescisoria por pendencia de un proceso penal por alzamiento de bienes.—El Pleno de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo reitera su doctrina (STS núm. 422/2010, de 5 de julio) sobre la suspensión del plazo de caducidad de la acción de rescisión de un contrato (art. 1299 I CC) por pendencia de un proceso penal, por alzamiento de bienes (art. 40 LEC, arts. 111 y 114 LECrim). Considera el Pleno que no tiene justificación suficiente, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), obligar al perjudicado por un supuesto delito de alzamiento de bienes a promover un proceso civil paralelo que evite la caducidad de la acción rescisoria; proceso civil cuya suspensión además tendría lugar una vez el proceso penal estuviere pendiente solo de sentencia (art. 40.3 LEC).

Planteamiento de oficio por el Tribunal de la nulidad de la compraventa por su carácter delictivo.—El planteamiento de oficio de la nulidad en abstracto de la compraventa, por su carácter delictivo, forzaría de tal forma los principios de congruencia, contradicción y prohibición de la *reformatio in peius* que vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva. (STS de 10 de octubre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Don Matías se separó de doña Ascensión de muto acuerdo en virtud de sentencia que aprobaba un convenio regulador suscrito entre las partes y en cuyas cláusulas don Matías se obligaba a abonar 5.000 euros mensuales a doña Ascensión en concepto de pensión compensatoria y 3.000 en concepto de alimentos a dos hijos comunes. En un momento determinado, don Matías dejó de pagar las pensiones, ejercitando doña Ascensión procedimiento de ejecución ante el Juzgado fruto del cual se dictó providencia de embargo del 100% de las participaciones de la S. L. unipersonal de don Matías; ello a efecto de cubrir la deuda de don Matías en el procedimiento ejecutivo. Don Matías, en connivencia con Don Eduardo, vendió a la sociedad del segundo el único patrimonio de la sociedad de la que era el único titular (un inmueble). Por la venta, don Matías obtuvo una cantidad cercana a los 170.000 euros. Esta compraventa dejó, eso sí, sin valor real las participaciones sociales embargadas. Ante ello, doña Ascensión formuló querrela por un supuesto delito de alzamiento de bienes. El Juzgado de lo Penal dictó sentencia en la que condenaba a don Matías como autor de un delito de alzamiento de bienes y a don Eduardo como cooperador necesario. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó la sentencia condenatoria. Ninguna de las dos instancias penales acordó la indemnización de daños y perjuicios solicitada por doña Ascensión ni la nulidad de la compraventa, como responsabilidad civil derivada del delito. En lo que interesa, la Audiencia (i) no concedió la indemnización porque la reparación civil no se produce a través de ésta; y (ii) no concedió la nulidad del contrato porque doña Ascensión no la solicitó, toda vez la retroacción de la venta habría dejado sin valor el embargo debido a la crisis inmobiliaria.

Por ello, doña Ascensión interpuso más tarde demanda civil contra la sociedad de don Matías y la sociedad compradora del inmueble. En la demanda, doña Ascensión interesaba la rescisión del contrato de compraventa por haber sido celebrado en fraude de

acreedores, así como la nulidad del asiento registral practicado en favor de la compradora.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar caducada la acción rescisoria al entender que el plazo de caducidad de la acción rescisoria ejercitada no era susceptible de interrupción. Dña. Ascensión interpuso recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial, declarando rescindido el contrato de compraventa y la nulidad del asiento registral correspondiente. La Audiencia consideró que el alzamiento de bienes necesariamente conducía a que la compraventa hubiera sido celebrada en fraude de acreedores y fuese, por tanto, rescindible.

NOTA.—El Magistrado Fernando Pantaleón Prieto formuló voto particular a la Sentencia. El voto particular presentaba dos ejes. En primer lugar, el magistrado consideró que el Pleno de la Sala 1.^a debería haber declarado que el proceso penal no produjo la interrupción del plazo de caducidad de cuatro años (art. 1299 I CC). El voto se hizo eco de la Sentencia de la Audiencia Provincial en sede penal, según la cual doña Ascensión no instó la nulidad del contrato porque no se habría podido resarcir con suficiencia desde el punto de vista civil dada la situación de crisis inmobiliaria. Esta circunstancia constituye, para el magistrado que formula el voto, un poderoso argumento para no haber considerado que el proceso penal suspendió el plazo de caducidad de la acción rescisoria. A su juicio, la STS núm. 442/2010, de 5 de julio, cuya doctrina se reiteraría por el Pleno en esta oportunidad no permitía saber si la parte actora ejercitó o no la acción civil en el procedimiento penal, si se la reservó o si, simplemente, desistió de ejercitarla. Doña Ascensión no ejercitó la acción rescisoria en el caso objeto de extracto porque —señala Pantaleón— «no lo estimó conveniente a su interés». Si la facultad de rescindir un contrato es un derecho potestativo, sometido a plazo de caducidad, que el titular puede ejercitar extrajudicialmente (al igual que la resolución; PANTALEÓN, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, IV, pp. 1731 y 1733), no encuentra el magistrado disidente razón sólida para que Dña. Ascensión no hubiese comunicado fehacientemente a las partes del contrato rescindido su voluntad de rescindirlo.

En segundo lugar, el voto particular critica en cualquier caso la consideración de rescindible de un contrato que previamente ha sido declarado constitutivo de delito por sentencia penal firme. A juicio del magistrado, este contrato habría de ser declarado nulo de pleno derecho por ser ilícita su causa (STS núm. 395/2007, de 27 de marzo), no produciendo efecto alguno (art. 1275 CC). Y, si en un caso como el presente —continúa el magistrado— no puede la Sala 1.^a declarar de oficio la nulidad radical del contrato, porque no se ejercitó esta acción, entonces debería la Sala 1.^a declarar que, en sede de casación, nunca podrá declararse de oficio la nulidad de pleno derecho.

Hay que advertir que la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha declarado que el fraude de acreedores puede constituir el fundamento de la acción de nulidad radical de un contrato por ilícitud de su causa (art. 1275 CC), cuando la finalidad del negocio efectivamente celebrado es defraudar a los acreedores de alguno de los contratantes.

Este razonamiento considera que el propósito fraudulento común a los contratantes puede perfectamente consistir en defraudar a los acreedores; y que esa intención común de las partes de defraudar al acreedor o acreedores se eleva a la categoría de causa ilícita, por ser contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC) (*vid.* STS núm. 575/2015, de 3 de noviembre).

Sea de ello lo que fuere, quizá lo más apropiado habría sido ejercitar la acción derivada del artículo 111 CP, que consagra una pretensión de restitución basada en la nulidad del contrato delictivo contra cualesquiera terceros; lo que habría permitido la reintegración al patrimonio del deudor delinciente (don Matías) el bien que salió indebidamente de él y recuperando la situación de solvencia anterior a la comisión del delito de alzamiento. Ahora bien, otra cosa es si, en ese caso la contraparte de don Matías, también condenada como cooperador necesario, habría podido recuperar el dinero que entregó como contraprestación (art. 1305 CC). Pueden surgir dudas a mi juicio sobre la posibilidad de don Eduardo (comprador del inmueble) de recuperar el precio pagado en la hipótesis planteada, si se admite que la causa ilícita que impide la restitución aquí no se refiere al contrato, sino a la atribución realizada (causa de la atribución patrimonial); causa que, por lo demás, puede afectar a una sola de las partes (*vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, J./PARRA LUCÁN, M.^a A., *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 296-297 y 326). (A. I. R. A.)

16. Requisitos para apreciar la subsidiariedad de la acción rescisoria por fraude de acreedores en caso de donación de inmueble.—El ejercicio subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores no requiere que la insolvencia del deudor se acredite de modo absoluto, siendo suficiente acreditar una significativa disminución de la garantía patrimonial del deudor que impida o haga especialmente difícil el cobro del crédito. No resulta necesario tampoco que el acreedor venga provisto de título ejecutivo, bastando la propia existencia y legitimidad de su derecho de crédito, ni que haya el acreedor realizado otras acciones posibles preventivas o ejecutivas que al tiempo de producirse la disposición patrimonial del deudor carezcan de utilidad para el cobro de su crédito.

Subsidiariedad de la acción rescisoria y obligación solidaria.—En supuestos de solidaridad, es la insolvencia del deudor (o del fiador, en caso de fianza solidaria) contra quien acciona el acreedor la que ha de ser tenida en cuenta. Ello con independencia, en su caso, del derecho del fiador de accionar a su vez contra el deudor principal y el resto de cofiadores; y siempre que concurren el resto de requisitos para el ejercicio de la acción, como son, para la Sala 1.^a, el propósito defraudador («*sciente fraudis*») y la insolvencia del deudor.

Anterioridad o preexistencia del derecho del acreedor en relación con la subsidiariedad del ejercicio de la acción de rescisión.—No puede aplicarse un criterio estrictamente cronológico, sino que, con carácter general, deben analizarse las circunstancias particulares de cada supuesto. Habrá casos donde el fraude intencionado pueda corroborarse por haber sido gestado con cierta anticipación al momento del nacimiento del derecho de crédito,

en atención a su próxima y segura existencia posterior. (STS de 21 de diciembre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—BBVA e Inarglás, S. L., («Inarglás») suscribieron, el 10 de abril de 2001, una póliza de límite para la financiación y cobertura de operaciones bancarias multi-producto. El 2 de mayo de 2002, don Segismundo era propietario del 25% de Inarglás. Doña Blanca y don Segismundo, que entonces formaban matrimonio, afianzaron solidariamente a la sociedad deudora, junto con otras seis personas físicas. El 24 de mayo de 2010 doña Blanca, como cofiadora donó en escritura pública tres fincas de su propiedad a su hija, reservándose para sí el usufructo vitalicio. El 21 de diciembre de 2010 Inarglás entró en concurso voluntario de acreedores, pues arrastraba pérdidas importantes de los ejercicios 2008 y 2009. Doña Blanca y don Segismundo se separaron en 2010. El 13 de enero de 2011 BBVA cerró la cuenta especial objeto de la póliza de límite, con un saldo favorable de 38.187,51 euros. El 18 de mayo de 2011, BBVA notificó a doña Blanca, como cofiadora, dicho saldo deudor como paso previo a la ejecución. El 6 de octubre de 2011, se despachó ejecución contra los cofiadores de Inarglás por el citado importe. En el procedimiento de ejecución, si bien se afectaba inicialmente a 11 fincas, se terminaron designando 3 fincas, que incluían 2 de las donadas por doña Blanca. En sede de ejecución, la Audiencia consideró que la separación desde 2010 entre doña Blanca y don Segismundo no impidió a la cofiadora conocer la mala situación económica de Inarglás. También consideró acreditada la insolvencia de doña Blanca.

BBVA interpuso demanda contra doña Blanca solicitando la nulidad de la escritura de donación de los tres bienes inmuebles por haberse realizado en fraude de acreedores. Doña Blanca alegó que la donación fue anterior a la deuda reclamada por BBVA; deuda de la que no tuvo conocimiento hasta su reclamación en 2011. Además, esgrimió que su situación de insolvencia no estaba probada, pues conservaba el usufructo de las fincas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pues consideró que no concurrían los requisitos para ejercitar la acción rescisoria. El que la donación fuese anterior al cierre de la cuenta determinaba para el Juzgado la inexistencia de «*sciente fraudis*». También consideró que doña Blanca no era insolvente.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de BBVA y declaró la nulidad de la escritura de donación. Consideró la Audiencia que la cofiadora conocía la mala situación económica de la sociedad deudora y que, en consecuencia, existió propósito defraudatorio.

NOTA.—La Sala 1.^a declara señala como requisito para el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores el *propósito defraudatorio* (al que alude como «*scientia fraudis*»), asumiendo la tesis de la Audiencia en este punto. Debe resaltarse, y esto es importante, que la acción rescisoria se fundamenta hoy, más bien, en el perjuicio para el acreedor. Es decir, se ha desplazado el centro de gravedad desde el elemento intencional de defraudar al *elemento*

objetivo de perjuicio para el acreedor. La defraudación que comete el deudor al disponer de sus bienes en perjuicio de sus acreedores no tiene por qué ser dolosa o intencional, bastando para el éxito de la acción rescisoria que se produzca el perjuicio por mera negligencia o impremeditadamente, sin que se precise un «*animus nocendi*» (STS núm. 657/2005, de 19 de julio). En efecto, la exigencia del propósito defraudatorio, *consilium fraudis* para el éxito de la acción rescisoria por fraude de acreedores ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor, ni intención de causar perjuicio en el adquirente, bastando la conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora. El «*consilium fraudis*» se entiende entonces de manera amplia como conciencia en el deudor del empobrecimiento real o fingido que causa al acreedor. Basta que el deudor, enajenante, haya conocido o debido conocer la eventualidad del perjuicio. Se requiere la complicidad o el conocimiento de la persona con quien se contrata, pero para este conocimiento resulta suficiente la conciencia de causar daño o perjuicio (SSTS núm. 575/2015, de 3 de noviembre; 406/2010, de 25 de junio). Con ello se alcanzan notas de casi objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación. Importa la diligencia para conocer más que al exacto grado de conocimiento. *El elemento central de la acción pasa entonces a ser el daño*, consistente en el perjuicio del acreedor derivado de la minoración de la solvencia del deudor que le impide cobrar lo que éste le debe; en definitiva, la frustración del derecho de crédito (SSTS núm. 749/2006, de 17 de julio; 510/2012, de 7 septiembre).

La sentencia objeto de extracto parece querer reconocer, acaso sin percatarse, al propósito defraudatorio como requisito de la acción rescisoria por fraude de acreedores (F. D.º 3.º [3]). (A. I. R. A.)

17. Contrato de arrendamiento financiero. Contenido: autonomía de la voluntad.—En el arrendamiento financiero, en abstracto, derivan obligaciones recíprocas para arrendadora y arrendataria, la realidad demuestra que en numerosos casos la finalidad práctica perseguida por la arrendataria se centra en los aspectos financieros y en las ventajas tributarias que para la arrendataria supone acudir al mismo como fórmula para optar a la adquisición de los bienes arrendados. Al primar el interés de la arrendataria en la adquisición del bien mediante el ejercicio del derecho de opción por un precio residual, sobre el de la utilización por el tiempo pactado, permite que la arrendadora, en ocasiones, se desvincule de las obligaciones clásicas que a la misma impone el Código Civil para decidir sobre la reciprocidad de las obligaciones derivadas del arrendamiento financiero en concreto, no cabe acudir a las obligaciones que por definición impone el contrato de arrendamiento. Desde la perspectiva civil, dejando al margen sus repercusiones tributarias, cabe que las partes, en el ejercicio de su libertad autonormativa, modulen o eliminen válidamente alguno de los elementos característicos del contrato típico. Al extremo de que, con los únicos límites fijados en el artículo 1255 CC, bajo la denominación de arrendamiento financiero pueden estipularse pactos que desnaturalicen los aspectos arrendaticios.

Contrato de arrendamiento financiero. Contenido: regla general.—Para identificar el contenido del derecho del arrendatario financiero y del correlativo deber de prestación de la entidad de leasing, es necesario estar a lo válidamente pactado y en defecto de pacto al contenido natural del contrato, para lo último, puede servir de modelo el arrendamiento de cosas, por su completa regulación. En general y como regla, cabe decir que el obligado onerosamente a mantener a otro en el uso de su cosa debe abstenerse de actuar en contra de lo pactado, garantía por hecho propio, debe defender al cesionario frente a las perturbaciones de los terceros, excepto de las de hecho; y debe efectuar las reparaciones necesarias para mantener la cosa en estado de servir al uso para el que fue destinada.

Concurso de acreedores. Reciprocidad: alcance.—La reciprocidad en el ámbito concursal no requiere equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, pero sí que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate. Difícilmente cabrá advertir la condicionalidad entre una obligación principal y otra accesoria o secundaria.

Concurso de acreedores. Reciprocidad: apreciación.—La reciprocidad de los deberes de prestación puede ser advertida en la fase genética de la relación, esto es, en el momento de su nacimiento, con la perfección del contrato y la consiguiente creación de la regulación negocial o «*lex privata*». Pero, a los efectos de la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas regulada en el artículo 61 LC, cuando la reciprocidad debe existir es con posterioridad, propiamente, en la se ha venido en llamar fase funcional del vínculo y, además, por expresa exigencia, después de declarado el concurso. Se entiende que las obligaciones que tuvieron inicialmente aquella condición la pierden si una de las partes hubiera cumplido su prestación antes de aquella declaración, lo que determina que el crédito contra el concursado incumplidor sea considerado concursal. La razón de ello es que, durante la tramitación del concurso, la relación funciona, de hecho, igual que las que por su estructura original no eran recíprocas.

Concurso de acreedores. Contrato de arrendamiento financiero: interpretación.—La jurisprudencia sostiene que la interpretación que ha de darse a la nueva redacción del artículo 61.2 LC, y en concreto al último inciso en el que hace mención a los contratos de arrendamiento financiero, es que si del análisis del concreto contrato de leasing concertado por la concursada resultan obligaciones pendientes de cumplimiento también para el arrendador financiero tras la declaración de concurso, será aplicable el régimen previsto en dicho precepto para la resolución en interés del concurso del contrato de leasing pendiente de cumplimiento por ambas partes. Pero no puede entenderse que dicha modificación legal tiene por consecuencia atribuir en todo caso al contrato de leasing la naturaleza de contrato de tracto sucesivo en el que las obligaciones a cargo de ambas partes subsisten a lo largo de la vigencia del contrato, sea cual sea la regulación convencional que resulte de las cláusulas del contrato suscrito por las partes.

Concurso de acreedores. Contrato de arrendamiento financiero: apreciación del carácter sinalagmático.—Para poder conocer si la relación jurídica nacida del contrato de leasing financiero mobiliario sigue funcionando como sinalagmática después de declarado el concurso, por estar pendientes de cumplimiento obligaciones recíprocas a cargo de las dos partes, habrá que atender a las cláusulas válidamente convenidas, en cada caso, por los contratantes.

Concurso de acreedores. Créditos con cargo a la masa: exigencia obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.—La jurisprudencia requiere que, para que puedan ser considerados con cargo a la masa los créditos contractuales contra el concursado, es necesario que el deber de prestación de éste sea recíproco del asumido en el mismo contrato por el acreedor y que ambos estén pendientes de cumplimiento al declararse el concurso. (STS de 2 de noviembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La representación procesal de la entidad financiera B. E. S. S: A. Sucursal en España, interpuso demanda incidental de procedimiento concursal ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Salamanca, contra la entidad concursada S. de F. S. A. y la administración concursal solicitando que las cuotas devengadas por el leasing financiero contratado entre ambas entidades y generadas con posterioridad a la declaración del concurso sean consideradas deuda de la masa. La sentencia de instancia desestimó íntegramente la demanda incidental. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la entidad actora, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Salamanca, estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia, declarando que las cantidades derivadas por las cuotas del contrato concertado entre ambas entidades y devengadas con posterioridad a la declaración del concurso han de considerarse créditos contra la masa, pagaderos a sus respectivos vencimientos, y que en la masa activa del concurso solo ha de incluirse el valor del uso de la parcela y la nave sobre ella construida. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D.-L.)

18. Concepto de perjuicio en la acción rescisoria concursal por constitución de garantías sobre bienes del deudor.—La constitución de una garantía sobre unos bienes del deudor, luego declarado en concurso, es un acto de disposición que conlleva un sacrificio patrimonial para la masa activa, porque implica una disminución, al menos cualitativa, del valor del bien sobre el que recaen (art. 71.4 LC). Tal disminución se concreta en que el bien queda sujeto a una posible realización a favor del acreedor garantizado, mermando su valor en la medida en que se afecta directamente el bien al cumplimiento de una obligación por parte del tercero, y saliendo del patrimonio del garante si el deudor principal impaga la obligación garantizada. Tal disminución del valor del bien sobre el que recae la garantía real se manifiesta sobre todo a la hora de enajenar o gravar nuevamente el bien para obtener crédito (SSTS núm. 58/2015, de 23 de febrero; 143/2015, de 26 de marzo; y 100/2014, de 30 de abril).

Inexistencia de perjuicio para la masa activa cuando se garantiza con hipoteca el pago de deudas futuras por recibir suministros imprescindibles.—No provoca perjuicio a la masa activa la garantía, mediante hipoteca, de deudas no preexistentes, sino futuras contraídas por la recepción de suministros imprescindibles para el mantenimiento de la actividad empresarial de la concursada. Esta garantía, lejos de perjudicar, contribuye a que subsista la empresa y a que siga funcionando, lo que de suyo conlleva la generación de nuevos activos con los que cumplir con el resto de sus acreedores. En ese caso, el sacrificio patrimonial que pudiere suponer la constitución del

gravamen tiene, como contrapartida, el aseguramiento del suministro durante un (largo) periodo de tiempo, estando entonces justificado.

No cualquier constitución de un gravamen debe ser considerado perjudicial para la masa activa.—Aunque, en términos generales, la hipoteca desvaloriza el activo de un deudor concursado, porque dificulta la enajenación del bien afectado o incluso su ofrecimiento en garantía si hiciese falta la obtención de crédito; debe comprobarse si ese sacrificio (la desvalorización) es justificado o no. La dificultad para enajenar el bien afectado, la sujeción directa del bien hipotecado al pago del crédito (art. 155 LC) y el privilegio al acreedor mediante un derecho —el de hipoteca— de ejecución separada (arts. 55 y 56 LC) son consecuencias comunes a cualquier gravamen hipotecario que no implican, *per se*, que este sea siempre perjudicial para la masa.

Cesión de créditos en pago de deudas vencidas y perjuicio para la masa activa del concurso.—La cesión de créditos en pago de deudas ya vencidas resulta perjudicial para la masa, cuando el deudor cumple una obligación vencida y exigible por un medio de pago (la cesión) sin contrapartida suficiente; medio que no es el inicialmente pactado e inusual en su tráfico ordinario. Ello supone, por un lado, privilegiar a unos acreedores frente a otros y extraer bienes de la masa. Además, cuando se realiza la operación estando la deudora ya en situación de insolvencia, la cesión viene a poner de manifiesto su intención de realizar una discriminación de pagos a favor de un concreto acreedor en detrimento de otros.

En consecuencia, habrá perjuicio para la masa activa siempre que la administración concursal demuestre que, si no se hubiera producido el acto impugnado, la composición de la masa tendría un mayor valor (art. 71.4 LC).

Requisitos para que los actos realizados por el concursado queden exentos de la rescisión por ser actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 71.5 1.º LC).—Se exige una *doble condición* para que los actos realizados por el concursado queden exentos de la rescisión: (i) que sean *actos ordinarios* ligados a su actividad empresarial o profesional; y (ii) que se hayan realizado en condiciones normales. La consideración de «ordinarios» requiere que los actos —además de no ser extravagantes o insólitos— reúnan las características normales de su clase, se enmarquen en el tráfico ordinario de la actividad económica habitual del deudor y no tengan carácter excepcional. La consideración de «normales» exige que presenten las características de regularidad, formal y sustantiva, que les permita ser considerados como realizados en condiciones normales (STS núm. 41/2015, de 17 de febrero). (STS de 26 de octubre de 2016; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 20 de marzo de 2010, la compañía mercantil Dipolack, S. L. («Dipolack») constituyó una hipoteca sobre una finca de su propiedad para garantizar el pago de una deuda contraída con la sociedad Barnices, Pinturas y Derivados EQ, S. L. («Barnices»), derivado de las ventas de barnices y similares que desde el mismo día y durante siete años efectuara Barnices a Dipolack, hasta un máximo de 500.000 euros.

Por otro lado, 4 de enero de 2011, Dipolack otorgó escritura pública en la que reconoció adeudar a Barnices 306.909,91 euros, resultantes de facturas correspondientes a la venta de materias primas y mercancías durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2010; y cedió a Barnices créditos por importe

de 219.049,29 €, para el pago de dicha deuda, quedando pendientes 87.860,62 €.

El 7 de enero de 2011, Dipolack solicitó la declaración de concurso voluntario, declarado por auto de 8 de marzo de 2011.

La administración concursal presentó demanda incidental de rescisión de actos perjudiciales para la masa activa, contra Dipolack y Barnices, en la que solicitó la rescisión tanto de la hipoteca como de la cesión de créditos.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda incidental, por considerar que tanto la hipoteca como la cesión constituían perjuicio para la masa activa. Barnices interpuso recurso de apelación, que fue desestimado. La Audiencia consideró que la hipoteca era un acto perjudicial para la masa, porque sin contraprestación económica a favor de la concursada, da lugar a la directa sujeción del bien hipotecado al pago del crédito y otorga al acreedor hipotecario un derecho de ejecución separada, de suerte que, además de privilegiar a un acreedor sobre la masa, tiene la consecuencia de minorar ésta en el valor del bien hipotecado. Además, entendió que la constitución de la hipoteca no es un acto ordinario de administración o disposición, porque aunque tiene relación con el objeto social de la concursada y con su actividad mercantil, implicó la constitución de una garantía real que no era necesaria para dicho tráfico, ya que con anterioridad las partes habían mantenido relaciones comerciales sin dicho requisito. Respecto de la cesión de créditos, se hizo tres días antes de la solicitud de concurso y para favorecer a un acreedor en detrimento de los otros, lo que no se justifica porque la favorecida fuera la principal proveedora y acreedora de la concursada.

Contra los pronunciamientos de la sentencia de apelación interpuso Barnices recurso de casación. (A. I. R. A.)

19. Compraventa de vivienda. Resolución del contrato por incumplimiento del vendedor. Extensión de la obligación de entrega de la vivienda.—El cumplimiento de la obligación de entrega por el promotor-vendedor no puede verse limitado a que la vivienda lo sea en un sentido puramente físico, con paredes, techo, suelo y posibilidad material de tener unos suministros, sino que debe comprender también que la vivienda lo sea en su aspecto jurídico, permitiendo que los suministros se contraten de forma regular y que el comprador pueda ejercer libremente su derecho a disponer de la vivienda alquilándola o vendiéndola sin obstáculos legales ajenos a su esfera de influencia.

La entrega de la vivienda sin el adecuado suministro eléctrico constituye incumplimiento esencial del contrato.—Se ha intentado entregar una vivienda con un mero suministro provisional de energía eléctrica, con acometida de obra, por tanto provisional, transitoriedad que no consta subsanada al día de hoy (siete años después), lo que genera un incumplimiento sustancial, pues como declaró la STS de 5 de noviembre de 2013 «la conclusión, por tanto, no es otra que la que correctamente expresa la sentencia: en la actuación de la vendedora existió propio y verdadero incumplimiento que afecta a la esencia de lo pactado, pues impide al comprador obtener el fin del contrato suscrito, o, como se viene diciendo, las legítimas aspiraciones de la

contraparte (STS de 16 de noviembre de 2005); de ahí que proceda la resolución contractual del artículo 1124 CC (STS de 4 de diciembre de 1983 y 17 de noviembre de 1995), con devolución de las cantidades entregadas a cuenta». En concreto, se produce incumplimiento contractual (art. 1124 CC), en cuanto se intentó entregar una vivienda sin las condiciones necesarias para obtener dicha calificación, pues no disfrutaba de algo tan esencial como una acometida de luz definitiva, carencia que impide entender que se ofreciese o entregase el objeto pactado.

Exceptio non adimpleti contractus.—Habiendo declarado esta Sala que la vendedora incumplió el contrato al no entregar el objeto pactado con las características propias de una vivienda, como es un suministro eléctrico definitivo, no puede imputarse al comprador la responsabilidad de la frustración del contrato, pues el comprador no incurre en mora si el vendedor no cumple con lo pactado. En este sentido, de acuerdo con los artículos 1100 y 1108 CC, no puede predicar la mora del contrario quien, como el vendedor, incumple sus propias obligaciones (SSTS 9 de octubre de 2010 y 28 de diciembre de 2015). **(STS de 10 de noviembre de 2016; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arrollo Fiestas.]

HECHOS.—La actora ejerce acción contra la promotora-vendedora instando la resolución del contrato privado de compraventa de un piso y dos plazas de garaje en un edificio cuya construcción promovía la demandada. Esta a su vez, también formuló demanda contra la primera solicitando el cumplimiento del referido contrato por parte de la compradora de la vivienda, su elevación a escritura pública y el pago de las cantidades no satisfechas. La sentencia de primera instancia estimó la resolución del contrato entre otras razones porque: a) la promotora se retrasó de manera injustificada en la entrega de la vivienda; b) la vivienda carecía de acometida definitiva de suministro eléctrico; y c) el edificio cuenta únicamente con luz de obra. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia lo estima al entender que la falta de acometida definitiva del suministro eléctrico no afecta al contenido esencial del contrato y que en el momento en que se instó la resolución del contrato la demandante se encontraba incumpliendo el mismo al no haber acudido en el plazo pactado a otorgar escritura pública de la vivienda y no haber pagado el precio. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación. (C. O. M.)

20. Responsabilidad por vicios constructivos del artículo 1591 CC. Acción de repetición o regreso del constructor que abonó el coste de reparación de los defectos en un procedimiento anterior en que se declaró la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación por falta de determinación de su cuota de participación: exoneración del promotor en la relación interna por inexistencia de contribución en la producción de los defectos.—La condena solidaria de los agentes de la edificación frente a los adquirentes en un procedimiento previo por razón de la imposibilidad de fijar sus cuotas de responsabilidad, no condiciona el nuevo proceso en el que se ejercite la acción de repetición por parte del deudor solidario que abonó el coste de reparación de los defectos. Este pago realizado por el agente de la edificación no conlleva la subrogación en los derechos de los acree-

dores, sino el nacimiento de un nuevo derecho de repetición o regreso. Mediante su ejercicio el *solvens* podrá conseguir en un ulterior proceso la determinación de las cuotas de responsabilidad y, en su caso, recuperar el exceso abonado. En este proceso se discute la responsabilidad de los agentes de la edificación en sus relaciones internas con arreglo a los artículos 1145 y 1138 CC, mientras que el entablado por los adquirentes tiene por objeto la responsabilidad de los agentes con base en el artículo 1591 CC. Por ello, entre ambos procesos no existe eficacia de cosa juzgada material negativa. Los planos de responsabilidad externa e interna no pueden asimilarse de forma automática. El promotor responde solidariamente frente a los adquirentes en todo caso por su mera condición de tal, aunque no haya participado en las labores constructivas ni dado instrucciones al resto de agentes y se haya limitado a las actuaciones propias de la promoción inmobiliaria y a contratarlos. Por tanto, al quedar acreditada la falta de participación de la forma antedicha en el proceso constructivo, procede la exoneración del promotor en la relación interna frente a la acción de regreso del constructor. (STS de 28 de noviembre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—En un proceso previo entablado por unas subcomunidades de garajes de un edificio se condenó a la empresa constructora, al aparejador y a la promotora a abonar el coste de reparación de los defectos constructivos que presentaba el edificio. Tal condena fue solidaria por imposibilidad de determinación de la cuota de participación de cada uno de los demandados. La entidad constructora abonó la totalidad de dicho coste, por lo que interpone demanda en ejercicio de la acción de regreso frente al aparejador y promotora con la pretensión de que se le reembolse a prorrata de sus cuotas de responsabilidad el pago realizado. El aparejador se allanó parcialmente a la demanda, y la promotora solicitó su desestimación y formuló reconvencción con el propósito de que se declarase su falta de responsabilidad en los defectos constructivos. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a cada uno de los dos demandados a reembolsar un tercio de lo abonado por la actora, con fundamento en la vinculación de la sentencia dictada en el procedimiento previo que no pudo determinar la cuota de responsabilidad de los agentes, por lo que procedía conforme al artículo 1138 CC el antedicho reparto igualitario. Asimismo, desestimó la demanda reconvenccional interpuesta por la promotora porque su responsabilidad era una cuestión resuelta por la referida sentencia previa. Se formula recurso de apelación por la promotora, y la Audiencia Provincial estimándolo parcialmente, absuelve a la promotora y desestima la reconvencción. La Audiencia se apoya en que la responsabilidad del promotor frente a los adquirentes no le convierte en responsable internamente de los incumplimientos de los demás agentes condenados solidariamente, cuando no consta probado que haya contribuido de forma concreta a la génesis de los defectos constructivos. Se desestima la reconvencción porque posee el mismo objeto que la contestación a la demanda, esto es, la absolución de la promotora. La entidad constructora interpone recurso de casación por infracción del artículo 1145 CC, en relación con el artículo 1138 del mismo cuerpo legal, y alega interés casacional por jurisprudenden-

cia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Argumentó que la sentencia recurrida no ha respetado la fuerza vinculante de la sentencia dictada en el procedimiento previo que declaró la responsabilidad solidaria de la promotora, y que le vincula en el procedimiento en que se ejercita la acción de regreso, frente a la cual no puede aquélla quedar exonerada. Se desestima el recurso de casación.

NOTA.—La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación no debe alterar la doctrina de esta Sentencia porque su artículo 17.3 consagra la responsabilidad solidaria del promotor como garante del proceso constructivo frente a los adquirentes al referirse a su responsabilidad «*en todo caso*». Sobre esta responsabilidad solidaria *vid.* SSTS de 2 de marzo y 18 de septiembre de 2012, y de 24 de mayo de 2013. No obstante, algunos autores han criticado que el condenado solidariamente por imposibilidad de individualización intente probar su falta de responsabilidad en el segundo procedimiento (*cf.* CORDERO LOBATO, E., en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Régimen Jurídico de la Edificación. Ley de Ordenación de la Edificación y Código Técnico de la Edificación*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 403 y 408, y SEIJAS QUINTANA, J. A. y SACRISTÁN REPRESA, G., *Responsabilidad civil. Construcción y proceso*, en *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*, coord. por J. A. Seijas Quintana, ed. Sepín, Madrid, 2007, p. 242).

La sentencia extractada se refiere como pronunciamiento aislado a la STS de 13 de marzo de 2007, que estableció el reparto igualitario previsto en el artículo 1138 CC al desestimar la acción de repetición de la compañía de seguros del arquitecto mediante la que pretendía la fijación de nuevas cuotas de responsabilidad frente a los agentes que intervinieron en el procedimiento previo. (*F. S. N.*)

21. Arrendamiento de servicios de duración indefinida. El desistimiento unilateral como principio general de aplicación en los contratos de duración indefinida.—La jurisprudencia viene entendiendo que los contratos para toda la vida son nulos y que en caso de contratos de duración, en principio indefinida, puede cualquiera de las partes desvincularse por su sola voluntad, si bien ateniéndose a determinadas obligaciones entre las que está asumir los daños y perjuicios que puedan originarse a la contraparte.

La buena fe como parámetro del ejercicio de la facultad de desistimiento y el preaviso. El deber de indemnizar los daños producidos a consecuencia del ejercicio abusivo de la facultad de desistimiento.—En los supuestos de relaciones obligatorias de duración indeterminada, la liberación de los contratantes mediante la resolución unilateral está condicionada por los parámetros de la buena fe (STS de 9 de octubre de 1997). Ese condicionante se encuentra estrechamente relacionado con la figura del preaviso, como término o plazo suspensivo de eficacia, para evitar una terminación por sorpresa de la relación, pudiendo la contraparte tomar medidas que protejan sus intereses. En este sentido, la STS de 15 de marzo de 2011, reiterando la STS de 16 diciembre de 2005 afirma que «es, desde luego, innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida, pero debe señalarse, si bien ello es así sin embargo sucede que un ejercicio de la facultad

resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de conducta desleal incurrida en la mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios».

Distinción entre resolución contractual y desistimiento unilateral.—

La resolución del contrato, por incumplimiento de las obligaciones por una de las partes, como el desistimiento unilateral sin causa, son dos instituciones propias de los contratos sinalagmáticos pero que no son equiparables, como se ha ocupado de recalcar tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 8 de julio de 1983 y de 4 de febrero de 1997). En el primer supuesto la resolución es un remedio para quien sufre en una relación recíproca el incumplimiento grave de sus obligaciones de la otra parte, que le frustra sus expectativas contractuales, exigiéndose que él a su vez no haya incumplido las propias; mientras que el desistimiento unilateral, como se ha expuesto, es una facultad que no exige que concurra incumplimiento alguno.

Plazo de ejercicio.—La acción de desistimiento unilateral del contrato, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1583 CC y la jurisprudencia que lo interpreta, por tener el carácter de indefinido es incuestionable que no está sujeta al plazo de prescripción establecido en el artículo 1964 CC. (**STS de 16 de noviembre de 2016**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La parte actora interpone demanda contra la entidad mercantil XX instando el cumplimiento del contrato celebrado entre ellas en 1995, de duración indefinida, por el que colaboraban en la captación de automovilistas a los que les proporcionaban servicios de asistencia en carretera. La entidad demandada se opone a la demanda y además reconviene solicitando la resolución del mencionado contrato por tres motivos: a) incumplimiento contractual; b) imposibilidad sobrevenida por cambio de circunstancias; y c) desistimiento unilateral. En la contestación a la reconvencción la parte que inició el proceso se opone a la resolución y subsidiariamente pide que se fije como fecha de expiración del contrato el 23 de diciembre de 2013. El Juzgado de Primera Instancia, estima la demanda y, a su vez, estima parcialmente la reconversión declarando que el contrato de 1995 quedará resuelto, por voluntad unilateral de la entidad mercantil XX, el 23 de diciembre de 2023. La Audiencia Provincial confirma la sentencia. Interpuesto recurso de casación, por ambas partes, el TS estima parcialmente el recurso presentado por la entidad mercantil XX, declarando que el contrato de 1995 es de duración indefinida, por lo que cabe el desistimiento unilateral, pero que como dicho desistimiento ocasionó daños, sobre los que no se pronunció la instancia, acuerda devolver los autos a la Audiencia Provincial, a los solos efectos, de que ésta se pronuncie sobre la cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados por el desistimiento. (*C. O. M.*)

22. Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo). Derechos ejercitables en los contratos de consumo y de crédito vinculados: ejercicio por el consumidor frente al financiador de los mismos derechos

que le corresponden frente al proveedor de los bienes o servicios. Cumplimiento del requisito de la previa e insatisfecha reclamación dirigida al proveedor, mediante la puesta en su conocimiento del incumplimiento contractual con exigencia de su remedio. Posible ejercicio de derechos frente al financiador por vía de excepción.—La exigencia impuesta por el artículo 15.1.e) LCC consistente en que el consumidor reclame previamente de forma judicial o extrajudicial, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido satisfacción, posee su fundamento en que el proveedor haya tenido oportunidad de remediar el incumplimiento, y éste no sea opuesto por primera vez frente a la reclamación del financiador. Por ello, y por la realidad social de los nuevos medios de relación entre consumidores y proveedores, ha de entenderse por rellenado tal requisito no solo cuando media una reclamación formal, sino cualquier conducta por la que se ponga en conocimiento del proveedor el incumplimiento y se exija su remedio. El consumidor puede ejercitar frente al financiador los derechos que le corresponden frente al proveedor tanto a través de acción y reconvencción, como mediante excepción, pues en ambos casos ejercita derechos concedidos frente al incumplimiento contractual, y la Exposición de Motivos de la Ley de Crédito al Consumo se refería a tal posibilidad. Mediante la excepción de contrato defectuosamente cumplido, cuando el incumplimiento alcanza determinada intensidad, se puede obtener la suspensión de las obligaciones nacidas del contrato de financiación. En cambio, la resolución del contrato requiere su planteamiento por vía de acción. (STS de 24 de noviembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Un consumidor adquirió un vehículo en un concesionario oficial y concertó un contrato de préstamo para financiar dicha compra en el mismo concesionario con una entidad diferente a la vendedora, que posteriormente sería absorbida por otra mercantil. El vehículo sufrió cuarenta y tres averías, de las que veinte eran importantes, desde su adquisición hasta que el comprador dejó de abonar las cuotas del préstamo. El adquirente llevaba a reparar el vehículo al concesionario en el que lo había comprado, y en él constaban registradas las reparaciones. Se interpone demanda por la entidad financiera en reclamación del principal pendiente del préstamo, intereses moratorios y comisiones, en la que alegaba que no se le podían oponer los defectos del vehículo. El demandado solicita con carácter principal la desestimación de la demanda por los graves defectos del automóvil. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al considerar que los contratos de compraventa y financiación son contratos vinculados y se cumplen los requisitos del artículo 15 LCC que permite al consumidor ejercitar frente al financiador los derechos que le corresponden frente al proveedor. La entidad financiera interpone recurso de apelación en el que argumenta que no se trata de contratos vinculados porque no constituían una unidad comercial desde el punto de vista objetivo; que las reclamaciones realizadas al concesionario no podían considerarse reclamaciones hechas al fabricante; que el demandado no había desistido del contrato de compraventa pues el vehículo continuaba en su poder, y tampoco había formulado reconvencción para solicitar la nulidad del contrato de compraventa, limitándose a no pagar con fundamento en defectos de fabricación ajenos a la recu-

rente. La Audiencia Provincial, aunque admite que se trata de contratos vinculados así como las deficiencias del vehículo, estima parcialmente el recurso condenando al principal reclamado. Se fundamenta en que no constaba que el consumidor hubiera reclamado del proveedor como exige el artículo 15.1 LCC, ni ejercitado acción de nulidad del contrato de compraventa frente al financiador. El consumidor interpone recurso de casación. Alega que la sentencia impugnada no declara, conforme al artículo 14.2 LCC, la ineficacia del contrato de financiación que conlleva la de la compraventa, al exigir indebidamente reconvencción para solicitar la nulidad del último de los contratos. Añade la recurrente que la Ley de Crédito al Consumo no requiere que se ejerciten los derechos por vía de acción o de reconvencción, puesto que permite solicitar la desestimación de la demanda a través de la excepción de contrato defectuosamente cumplido. El Alto Tribunal acoge esta alegación, y estima la existencia de la reclamación insatisfecha exigida por el artículo 15.1.e) LCC, al haberse llevado el vehículo en cuarenta y tres ocasiones al concesionario sin que se le suministrara otro que sustituyera al defectuoso ni se realizara una reparación que impidiera la aparición de nuevas averías. Por ello, no es exigible el pago de la cantidad debida en virtud del contrato de financiación. Se estima el recurso de casación y se casa la sentencia de la Audiencia Provincial.

NOTA.—La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo ha sido derogada por la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo. El artículo 29 de la nueva norma permite al consumidor ejercitar frente al prestamista los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante un contrato de crédito vinculado, siempre que los bienes o servicios no hayan sido entregados en todo o en parte, o no sean conforme a lo pactado en el contrato, y previamente el consumidor haya reclamado al proveedor sin resultado satisfactorio. (F. S. N.)

23. Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico sujetos a la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Nulidad del contrato por falta de determinación del alojamiento sobre el que recae el derecho.—En el caso nos encontramos ante la constitución de un derecho real limitado al que resulta de aplicación la necesidad de determinación contenida en el artículo 9.1. 3.º, en cuanto el objeto ha de ser un alojamiento concreto, con mención de sus datos registrales y del turno que es objeto de contratación, con indicación de los días y horas en que se inicia y termina. Al no cumplir el contrato con tales exigencias, queda sujeto a la sanción de nulidad contenida en el artículo 1.7. Criterio que ha quedado establecido como doctrina jurisprudencial en las SSTS de 15 de enero y de 8 de septiembre de 2015.

Efectos de la nulidad del contrato: devolución al adquirente de la totalidad de las cantidades satisfechas. Interpretación del artículo 1.7 LATBIUT de 1998 de acuerdo con su espíritu y finalidad. Deducción de la parte correspondiente al tiempo disfrutado.—Ciertamente el artículo 1.7 Ley 42/1998 establece que, en caso de nulidad de pleno derecho, serán devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas. No obstante dicha norma debe interpretarse atendiendo fundamentalmente a su espíritu y

finalidad. Así, con esta regla se trata de dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato –normalmente de adhesión– que no cumple con las prescripciones legales, pero no ha sucedido así en el presente supuesto en el cual, los demandantes han podido disfrutar durante ocho y cinco años de cada uno de los alojamientos que los contratos les ofrecían, por lo que el reintegro de cantidades satisfechas no ha de ser total sino proporcional al tiempo que debía restar de vigencia teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años. En consecuencia, de la cantidad satisfecha únicamente habrá de ser reintegrada la que proporcionalmente corresponda. (STS de 21 de noviembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.–El matrimonio formado por los ciudadanos británicos B. y L. suscribieron en los años 2003 y 2007 sendos contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico con la entidad Anfi, S. A., en virtud de los cuales habían adquirido el derecho a alojamiento y servicios durante una semana al año en un apartamento o suite de lujo, en un complejo vacacional también de lujo. La modalidad suscrita era la denominada «semana flotante», que implicaba que el concreto apartamento no apareciera determinado en el contrato sino tan solo por sus características y condiciones, pudiéndoles ser entregado en cada año uno diferente de entre los varios que, de dicha categoría, poseía la vendedora; pactándose la duración del contrato por el máximo legal permitido de cincuenta años. Los adquirentes disfrutaron de su derecho durante varios años pero en 2010 presentaron demanda solicitando la declaración de nulidad de los contratos o, en su defecto, la resolución de los mismos, fundadas de un lado en la falta de información sobre las características del producto, y de otro en la indeterminación del objeto del contrato al no saberse cuál era el apartamento o suite que les correspondía. En ambos casos pedían también la devolución de las cantidades entregadas en pago de su adquisición. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda pero la Audiencia Provincial de Las Palmas, revocándola, estimó parcialmente la misma y declaró la nulidad parcial de las cláusulas que consideró afectadas de nulidad. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de los actores y declaró la nulidad del contrato por indeterminación del objeto, con condena a devolver las sumas percibidas deducida la parte correspondiente al tiempo ya disfrutado.

NOTA.–El Alto Tribunal, desde las Sentencias 774/2015 y 775/2015, de 15 de enero y de la Sentencia 460/2015, de 8 de septiembre, viene siendo constante en afirmar que, excluida la modalidad de arrendamiento vacacional, el contrato de adquisición de un derecho de aprovechamiento por turno de bien inmueble para uso turístico ha de tener un objeto cierto y determinado, de forma que no quepa duda, o se sepa en todo momento, cuál es físicamente el apartamento o alojamiento a ocupar, así como el periodo del año de ocupación. Esto ha tenido una indudable y, hasta ahora, costosísima repercusión en la modalidad negocial denominada «semana flotante», usualmente incorporada a un sistema de club o intercambio, en la que tanto el periodo como el apartamento pueden variar de un año a otro. Lo que se traduce, y así viene sucediendo con más

asiduidad de la deseable, en que los adquirentes de este producto, después de haber disfrutado de él durante el tiempo que les place (dentro de ese máximo legal de cincuenta años), puedan en un momento determinado y por un interés sobrevenido, solicitar y obtener la extinción del contrato, cuando ya han transcurrido con creces los periodos de desistimiento y resolución contemplados en la Ley, alegando la nulidad basada en una presunta indeterminación del objeto de aquél. Objeto, precisamente, como en el caso que nos ocupa, del que han estado disfrutando materialmente durante años (cinco y ocho en el supuesto de autos). Una crítica a este rígido criterio de apreciación de la nulidad puede verse en RODRÍGUEZ PERDOMO, E., *La regulación de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en la Ley 4/2012. Un enfoque práctico y jurisprudencial*, tesis doctoral leída en la ULPGC en marzo de 2016, pp. 531 y ss. Y es que, a la luz de las propias palabras del Tribunal, resulta difícil concebir la existencia de una nulidad por falta de objeto, teniendo en cuenta que la sanción de nulidad, con la consiguiente obligación de devolver las cantidades percibidas, tiene por finalidad dejar indemne al adquirente de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato que no se ajusta a las prescripciones legales. Pareciera que tal situación se ha de dar respecto de quienes nunca llegaron a obtener lo adquirido, o lo entregado en cada periodo vacacional no se correspondiera en modo alguno con lo contratado. Pero no para quienes durante años han venido disfrutando a su entera satisfacción de lo querido y buscado al suscribir el contrato y, después, en un momento posterior, movidos por un interés ajeno al contractual, deciden unilateralmente desvincularse del acuerdo y, para más inri, recuperar las cantidades abonadas. En relación con esto último, el Alto Tribunal incorpora a su decisión una nueva regla que en las primeras sentencias no contemplaba, cual es la de descontar de la cantidad a devolver por la demandada la correspondiente a los periodos vacacionales efectivamente disfrutados. El criterio utilizado es meramente aritmético, consistente en dividir el precio total por el número de años del contrato. Si bien, no queda justificado el empleo de este sistema ni menos aún la justicia económica del mismo. De hecho, en el caso en concreto, el resultado final difiere poco de lo solicitado por las partes. En realidad, su aplicación tiene como consecuencia que el coste de la ocupación y uso de un alojamiento de lujo en un complejo hotelero de alto estándar, durante las semanas efectivamente disfrutadas, tenga un precio absolutamente irrisorio y completamente alejado de la realidad del mercado. Es una crítica frecuente a la aplicación de esta regla, que no se acompañe de un adecuado factor de corrección, como podría ser tomar en consideración los descuentos incorporados al precio final de adquisición derivados de la larga duración del contrato. (*L. A. G. D.*)

24. Irretroactividad de las normas, interpretación acorde a su espíritu y finalidad, y declaración de suelo contaminado.—No se vulnera la presunción de irretroactividad de las normas (art. 2.3 CC), porque la expresión «*si no dispusieren lo contrario*» (art. 2.3 *in fine* CC) no excluye que se

pueda deducir una cierta retroactividad (la que un sector de la doctrina denomina «retroactividad mínima») de la interpretación, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma (art. 3.1 CC). Así, la obligación de realizar las actuaciones necesarias para proceder a la limpieza y recuperación de un suelo (art. 27.2 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos) resultará aplicable a *cualquier declaración* de suelo contaminado producida durante la vigencia de la Ley 10/1998, es decir, desde el 12 de mayo de 1998 hasta que quedó derogada el 30 de julio de 2011, por la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. Por tanto, la consecuencia jurídica del artículo 27.2 de la Ley 10/1998 se aplica también a las contaminaciones *ya producidas con anterioridad a su entrada en vigor*, sin que ello contravenga la presunción de irretroactividad de las leyes (art. 2.3 CC). Este efecto no contraviene la presunción de irretroactividad de las normas (art. 2.3 CC), pues resulta conforme con el espíritu y finalidad del artículo 27.2 de la Ley 10/1998 (art. 3.1 CC) la satisfacción del interés público en la limpieza y recuperación de los suelos contaminados.

Deudores solidarios y subrogación en la figura del acreedor.—Los deudores que son solidarios frente a su acreedor originario (art. 1137 CC) deberán serlo también frente a quien se subrogue en los derechos de aquel (art. 1212 CC).

Alteridad del daño como requisito de la responsabilidad extracontractual y posible alteración mediante negocios jurídicos.—No cabe admitir que la distribución de cargas y riesgos entre las partes contratantes que comporta el régimen, convencional o legal supletorio, de la responsabilidad contractual pudiera resultar desbaratada mediante el recurso a las normas de la responsabilidad extracontractual. Ello sucedería cuando el contrato —por ejemplo, la compraventa del suelo contaminado— se hubiere celebrado entre el demandante comprador y el demandado vendedor; pero, igualmente, cuando el demandado haya vendido el suelo contaminado en una de la cadena de compraventas que desembocó en la adquisición de ese suelo por el demandante. Tampoco es admisible que, mediante subrogación en el derecho atribuido a la Administración en virtud del artículo 27.2 de la Ley 10/1998, un comprador del suelo contaminado no causante de la contaminación vuelva a obtener, por vía de la responsabilidad extracontractual, lo que hubiera obtenido ya mediante un descuento en el precio por el que lo adquirió. Así sucedería, por ejemplo, si el coste de descontaminar la finca enajenada hubiese sido descontado del precio de adquisición del mismo. **(STS de 10 de octubre de 2016; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—La compañía británica «The Tharsis» desarrolló desde 1934 en unos terrenos sitos en una finca (la «Finca»), entonces de su propiedad, diversas actividades mineras relacionadas con el mineral pirita, altamente contaminantes. The Tharsis actuaba en España mediante la sucursal Compañía de Azufre y Cobre de Tharsis. En 1979, The Tharsis aportó a la entidad Compañía Española el patrimonio industrial minero del que The Tharsis era titular, incluida la Finca. Tras solicitar la suspensión de pagos y quebrar, una compañía integrada por ex trabajadores de Compañía Española, Nueva Tharsis, S. A., se adjudicó mediante convenio de dación en pago de fecha 8 de enero de 1999 la Finca para el desarrollo de la actividad minera. Nueva Tharsis inició un plan de desmantelamiento.

to de las instalaciones relacionadas con la pirita ubicadas en la Finca. Por ello, el 8 de octubre de 1999 la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía le requirió que elaborara un plan de restauración de su espacio afectado por la actividad minera. El 23 de marzo de 2000, la Junta consignó que, después de las operaciones de desmantelamiento, el terreno deberá quedar exento de materiales piríticos. El 29 de noviembre de 2002 el uso de la Finca se cambió de industrial a residencial. El 2 de abril de 2003 Nueva Tharsis vendió la Finca a la entidad Solurban. Seguidamente, Solurban promovió ante el Ayuntamiento el proyecto de plan parcial residencial en la zona de la Finca. El 22 de mayo de 2003 Nueva Tharsis expidió una «carta de compromiso» en la que se comprometió a proceder a la mayor brevedad a la ejecución del proyecto de regeneración medioambiental de la finca. El 23 de mayo de 2003 Solurban vendió la Finca a la compañía Gómez Rubent. A su vez, el 14 de octubre de 2004 Gómez Rubent vendió la Finca a la compañía Santa Clara. El 31 de marzo de 2005 la Dirección General de Prevención y Calidad Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente estableció un Inventario de Suelos Potencialmente Contaminados de Andalucía, entre los que se incluía la Finca como emplazamiento minero abandonado. La Consejería de Medio Ambiente incoó expediente de residuos, por el que, el 30 de octubre de 2005, requirió a Santa Clara que presentara un informe de situación de los terrenos y, posteriormente, un informe de caracterización medioambiental de suelos. Santa Clara presentó ambos informes. El 10 de octubre de 2007 la Dirección General de Prevención y Calidad Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente declaró suelo contaminado la zona en la que se ubica la Finca.

El 10 de octubre de 2008 Santa Clara interpuso demanda contra The Tharsis (ignorando que en 2006 esta quedó extinguida), Compañía Española y Nueva Tharsis, en la que pidió que se declarase la responsabilidad solidaria de las codemandadas por los daños derivados de la contaminación de la Finca, y la consiguiente condena solidaria a pagar las cantidades siguientes: 3.882.155,31 euros en concepto de gastos de descontaminación del suelo; 135.680,76 euros en concepto de gastos de redacción de informes o estudios; y 1.088.006,32 euros en concepto de gastos de novación e intereses del préstamo hipotecario suscrito en relación con las obras de construcción de la urbanización proyectada, desde y durante todo el tiempo en que estas habían quedado paralizadas.

El 19 de noviembre de 2008 la Consejería de Medio Ambiente incoó expediente para la determinación de responsabilidades en relación con la contaminación de la Finca. Mediante resolución de 15 de diciembre de 2009, la Consejería de Medio Ambiente aprobó el Proyecto de Adecuación presentado por Santa Clara. En dicha resolución, se estableció un plazo de 22 semanas para la ejecución del Proyecto. Según la resolución, como quiera que Santa Clara había señalado igualmente su deseo de ejecutar los trabajos de descontaminación, la asunción de los costes de ejecución del Proyecto de adecuación por parte de Santa Clara sería a su riesgo. Aún no se habían determinado las responsabilidades.

En su sentencia, el Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda de Santa Clara. Este fallo fue confirmado en lo sustancial por la Audiencia Provincial en apelación. Contra la sentencia de la Audiencia se interpuso recurso de casación por Nueva Tharsis. (A. I. R. A.)

25. Responsabilidad médica. Consentimiento informado. Características. Contenido: tratándose de medicina curativa, no incluye todos y cada uno de los riesgos posibles, quedando excluidos los que no son típicos ni específicos del tratamiento aplicado.—El consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y, como tal, forma parte de toda actuación asistencial (SSTS de 23 de julio de 2003, 15 de noviembre de 2006, 13 y 27 de mayo de 2011 y 23 de octubre de 2015), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica. Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente, a fin de que el paciente pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades. Según la jurisprudencia de la Sala, el consentimiento informado incluye el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, aunque presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros, no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (SSTS de 28 de diciembre de 1998, 17 y 30 de abril de 2007). En este sentido, el artículo 10.1 Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente, incluye hoy como información básica los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones.

Daño desproporcionado. Doctrina jurisprudencial: efectos en la atribución causal e inversión de la carga de la prueba.—La doctrina del daño desproporcionado (STS de 6 de junio de 2014) permite no ya deducir la negligencia, ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una explicación cuya exigencia se traslada a su ámbito, pues ante la existencia de un daño de los que habitualmente no se produce sino por razón de una conducta negligente, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume. Así pues, El daño desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria (STS de 19 de julio de 2013). Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el *onus probandi* de la relación de causalidad y la presunción de culpa (SSTS de 30 de junio de 2009 y 27 de diciembre de 2011, entre otras), sin que ello implique la objetivación, en todo

caso, de la responsabilidad por actos médico, sino revelar, traslucir o dilucidar la culpabilidad de su autor, debido a esa evidencia (*res ipsa loquitur*) (STS de 23 de octubre de 2008). (STS de 24 de noviembre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don N. había sido operado de cáncer en 1996, siendo sometido después a un tratamiento de radioterapia en cuello y mandíbula, que concluyó en marzo de 1997. En julio 2008, cuando ya llevaba años curado de aquella enfermedad y no recibía tratamiento ni medicación alguna, acudió a la clínica dental T, S.L., donde tras una primera exploración se le realizaron días después cinco implantes dentarios. Enseguida sufrió fuertes dolores en la boca y mandíbula por lo que se le sometió a diversos tratamientos paliativos hasta que tres meses después fue diagnosticado de osteonecrosis mandibular. La gravedad del padecimiento motivó que por los servicios públicos de salud se le sometiera a pruebas más completas y a unos tratamientos más intensivos, pese a lo cual los dolores no remitieron. Finalmente, en diciembre de 2009 decidió acudir a la sanidad privada. Como secuelas del daño sufrido, N. quedó con diversas cicatrices procedentes de los injertos e imposibilitado para hablar, abrir la boca e incluso comer con normalidad. Interpuso acción de responsabilidad extracontractual contra la Clínica T, S.L., solicitando la indemnización de los daños materiales y morales sufridos a consecuencia de la fallida implantación dentaria y de la falta de información del consentimiento informado. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda y condenó a lo solicitado por el actor. La Audiencia Provincial de Oviedo estimó el recurso de apelación de la parte demandada, al entender que se había roto el nexo causas pues las consecuencias de la colocación de los implantes tuvo lugar debido a una vasculopatía no aparente e imprevisible; considerando además que se había dado una información suficiente y adecuada en relación con las circunstancias del caso. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—El Tribunal Supremo viene utilizando con relativa frecuencia, desde los inicios de los años noventa del pasado siglo, la doctrina de los daños desproporcionados como instrumento eficaz para aliviar la extremada onerosidad que a menudo lleva consigo la demostración del nexo causal entre daño y negligencia profesional cuando los perjuicios padecidos exceden notoriamente de los que previsiblemente pudiera haberse esperado del tratamiento recibido. Conocida también como teoría de la culpa virtual, porque su virtualidad está en la deducción o presunción del juez de la culpa del profesional sanitario (VILLANUEVA LUPIÓN, «El alivio de la carga de la prueba al paciente. Contornos de la doctrina del daño desproporcionado», en *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, La Ley, Madrid, 2011, p. 133), se ha abierto paso merced a una corriente generalizada en Europa y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y en la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana así como la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual) (O'CALLAGHAN, «Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica», AC, 1, 2001, pp. 17-18). Requiere en general que se produzca

un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto, y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima. De suerte que, concurriendo estos presupuestos, existe la posibilidad de imputar responsabilidad al personal médico por aplicación de la prueba de presunciones cuando no concurre ninguna otra causa distinta a la actuación del médico para la producción del mal causado (MUNAR BERNAT, «Daños causados por actos médicos», *PDD*, 18, 2004; ASÚA GONZÁLEZ, «Responsabilidad civil médica: doctrina del daño desproporcionado», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 697-ss). (L. A. G. D.)

DERECHOS REALES

26. Prescripción adquisitiva extraordinaria sobre bienes muebles. Requisitos: basta la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida durante seis años.—El artículo 609 CC incluye la prescripción adquisitiva o usucapión como modo de adquisición de la propiedad que

tiene lugar por la posesión de la cosa durante el tiempo marcado por la ley, con la concurrencia de los demás requisitos que se exigen en cada supuesto. Concretamente, en el caso de los bienes muebles el artículo 1955 CC dispone que el dominio de tales bienes se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe y también por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición; aunque lógicamente dicha posesión ha de ser, en todo caso, en concepto de dueño, en el sentido a que se refiere el artículo 436 CC, pues el siguiente artículo 447 dispone que solo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir para adquirir el dominio.

En cuanto a la posesión en concepto de dueño, la STS de 11 de febrero de 2016, y las que allí se mencionan, dicen lo siguiente: cuando se trata de la prescripción adquisitiva (singularmente en el caso de la extraordinaria) ha de estimarse consumada cuando concurre el requisito de la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida (art. 1941 del CC), sin que pueda exigirse para que la posesión pueda ser considerada en *concepto de dueño* que se adquiriera de quien figura como tal en el Registro de la Propiedad, ni confundir este requisito con el de la buena fe (que resulta innecesaria en el caso de la prescripción extraordinaria, según lo dispuesto por el art. 1959 CC).

El requisito de la posesión en concepto de dueño.—La STS de 17 de mayo de 2002, con cita de otras muchas, afirma que la jurisprudencia viene reiterando que el requisito de *la posesión en concepto de dueño* no es puramente subjetivo o intencional, por lo que no basta la pura motivación volitiva (SSTS de 6 de octubre de 1975 y 25 de octubre de 1995) representada por el ánimo de tener la cosa para sí, sino que es preciso, además, el elemento objetivo o causal (SSTS de 20 de noviembre de 1964 y 18 de octubre de 1994) consistente en la existencia de actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico (STS de 3 de octubre de 1962, 30 de diciembre de 1994 y 7 de febrero de 1997, entre otras muchas), *realización de actos que solo el propietario puede por sí realizar* (STS de 3 de junio

de 1993); *actuar y presentarse en el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa sobre la que se proyectan los actos posesorios* (STS 30 de diciembre de 1994).

La posesión mediata a efectos de usucapión.—*La possessio ad usucapionem* no requiere necesariamente un contacto físico directo con la cosa ya que, en ocasiones, coexisten dos posesiones distintas sobre un mismo objeto, que reciben la denominación de posesión mediata y posesión inmediata. Esta última es la del sujeto que detenta materialmente la cosa, y la posesión mediata es, sin embargo, una posesión sin contacto material pero reconocida por el detentador o poseedor inmediato.

El fundamento de la usucapión.—Es de carácter objetivo y consiste en dar seguridad a los derechos de modo que, transcurrido el tiempo fijado por la ley en el ejercicio del derecho y concurriendo los demás requisitos exigidos, tal derecho queda consolidado y cubierto frente a todos, evitando así las dificultades de prueba que pudieran existir para justificar el origen de derechos reales adquiridos en tiempos ya lejanos (STS de 11 de febrero de 2016). (**STS de 16 de noviembre de 2016**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Doña Marina y doña Paulina demandaron a don Vicente, solicitando básicamente: 1.º Que se declarase que la espada Tizona (del Cid Campeador) perteneció por mitad y pro indiviso a los hermanos don Bienvenido y doña Aurelia. 2.º Que la mitad indivisa correspondiente al causante don Bienvenido, fue transmitida a su fallecimiento por herencia a los esposos don David y doña Daniela, quienes tuvieron la cotitularidad de dicha espada hasta su fallecimiento, siendo sustituidos por sus herederas. 3.º Que, con carácter subsidiario, para el caso de que el demandado hubiera transmitido la referida espada se condenara al mismo al pago a la parte actora de la mitad de su valor, con los intereses legales. El demandado se opuso a la demanda alegando, entre otros motivos, la adquisición por usucapión de la propiedad de la espada, que pretendían atribuirse los demandantes, por haberse consumado ya por la posesión que ostentó su madre doña Aurelia (que la tuvo depositada en el Museo del Ejército) y, posteriormente, por la posesión por él. La demanda prospera en ambas instancias y el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por don Vicente.

NOTA.—La jurisprudencia que aplica el artículo 431 CC (*La posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, o por otra en su nombre*) no es demasiado precisa a la hora de determinar el alcance de este precepto. La STS de 10 de junio de 2008 habla de la posesión en nombre de otro; la STS de 18 de octubre de 2001 invoca el citado artículo para dar validez a una posesión de hecho para otro; en sentido análogo, la STS de 26 de abril de 1962 establece que la situación descrita en el artículo 431 radica, a diferencia del artículo 432, en que uno sea el titular de la posesión y el otro el que la ejerce; las SSTs de 13 de febrero de 1958 y 14 de abril de 1973 reconducen este precepto a la distinción entre posesión mediata e inmediata, cuando otras muchas sentencias lo deducen del artículo 432. Así, las SSTs de 30 de septiembre de 1964, 10 de julio de 1992 y 17 de noviembre de 1999, establecen que a partir del artículo 432 del CC cabe distinguir entre posesión mediata o superior, que se

tiene por medio de otro, y la posesión inmediata o subposesión, de donde se deduce que cuando hay una persona que posee a título de tenedor de la cosa, reconociendo su dominio a otra persona, existen, en realidad, dos poseedores, ya que el propietario no pierde la posesión de su derecho de propiedad, aunque materialmente no posea la cosa. Véase, DÍAZ DE LEZCANO I., en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Andrés Domínguez Luelmo (Valladolid 2010) pp. 554 a 556. (I. D.-L.)

27. Propiedad horizontal: la exención estatutaria genérica de contribución de locales, sin acceso al portal, a gastos de la Comunidad afectada a los de supresión de barreras arquitectónicas a realizar en el ascensor y escalera.—Esta Sala ha declarado con reiteración (SSTS de 6 de mayo y 3 de octubre de 2013, y 10 de febrero de 2014, entre otras), que las exenciones genéricas de gastos que afectan a los locales contenidas en las cláusulas estatutarias, con apoyo en el no uso del servicio, comprenden tanto los gastos ordinarios como los extraordinarios y, por tanto, los gastos para la conservación y funcionamiento del ascensor, como los precisos para la reforma o sustitución de éste o de las escaleras que ya existen y que simplemente se transforman para adecuarlas a una necesidad nueva, no pueden imputarse a unos locales que no tienen acceso al portal ni a la entrada ni tienen participación en uno ni en otro elemento. (STS de 17 de noviembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Una inmobiliaria, propietaria de dos locales en el edificio de la Comunidad demandada y sin acceso al portal de la casa, sujeta el régimen de la Propiedad Horizontal, solicitó en su demanda la nulidad del acuerdo de la Junta General que le obligaba a contribuir en los gastos originados por la supresión de barreras arquitectónicas a realizar en el ascensor y escalera. Se opuso la demandada, al considerar que la obra de suspensión de barreras arquitectónicas era necesaria, no ornamental y afectaba a todos los propietarios. Quedó probado que los Estatutos de la Comunidad establecían una exención a los locales de la actora, junto con los demás de la planta baja y patio posterior del edificio, de los gastos de conservación, reparación y reconstrucción de las escaleras, y que los dueños de dichos locales no tenían participación en la escalera ni en el ascensor. La demanda no prosperó en ambas instancias. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación. (I. D.-L.)

DERECHO DE FAMILIA

28. Patria potestad. Privación de patria potestad. Existencia de dos procedimientos, penal y civil, sobre privación de la patria potestad del padre por atentar contra la vida de la madre. Procedimiento civil: necesidad de compatibilizar el respeto a la presunción de inocencia con la protección esencial y efectiva del interés del menor. Sentencia penal firme que acuerda la pena de privación de la patria potestad.—Esta Sala, de acuerdo con el artículo 752 LEC, ha de tener en cuenta la declaración de firmeza de la sentencia penal aportada, sin perjuicio de ello no puede estimarse el recurso,

dado que en la sentencia de apelación no se infringe precepto alguno, dada la documentación que obraba en su poder. El Tribunal de apelación no excluyó la privación, sino que declaró que se habría de estar a lo que declarase la jurisdicción penal. Sin perjuicio de esta causa sobrevenida, en la sentencia recurrida se compatibilizó el respeto a la presunción de inocencia (art. 24 CE) con la protección esencial y efectiva del interés de la menor (art. 39 CE), dado que mientras se sustanciaba el proceso penal (homicidio en grado de tentativa) el padre se encontraba privado del derecho de comunicación y de visita a la menor. Ciertamente la gravedad de los hechos denunciados y el reconocimiento parcial de los mismos por el entonces acusado, como alega el Ministerio Fiscal, exigía unas medidas cautelares civiles y/o penales tuteladoras de los intereses de la menor, como de hecho se acordaron, que se podían adoptar conforme a los artículos 94 CC y 65 LO 1/2004 (STS de 27 de octubre de 2015). De acuerdo con el artículo 170 CC procede que esta Sala de casación tenga por declarada la privación de patria potestad, ya pronunciada en sentencia penal antes referida. **(STS de 25 de noviembre de 2016; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arrollo Fiestas.]

HECHOS.—La parte actora solicita el divorcio y la privación de la patria potestad de su marido sobre la hija de cinco años. Se da la circunstancia de que el marido está en prisión preventiva por haber atentado contra la vida de la demandante. El Juez de Primera Instancia acuerda el ejercicio exclusivo de la patria potestad por la madre remitiéndose a la decisión que se acuerde en el proceso penal en curso, que será el que servirá de base para determinar las relaciones entre el padre y su hija. La Audiencia confirma la sentencia recurrida en apelación. Presentado recurso de casación, antes de la votación y fallo, se dicta sentencia penal firme por la Audiencia Provincial en la que se condena al padre de la menor como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa, así como a la privación de la patria potestad sobre su hija. Aportada la sentencia penal a los autos el Tribunal Supremo desestima el recurso.

NOTA.—En general, antes de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la jurisprudencia penal no ha sido proclive a la adopción de la pena de privación de la patria potestad, otorgando dicha facultad a la vía civil. Como exponente de esta resistencia a la aplicación, en el propio proceso penal, de la pena de privación de la patria potestad, se pueden señalar, entre otras, las SSTS de 6 de julio de 2001, 12 de noviembre de 2008 y 11 de septiembre de 2000. En esta última se declara que no cabe acordar la privación de la patria potestad mediante una aplicación directa por el tribunal penal de las normas del Derecho de familia *ex* artículo 170 CC (el caso se refería a un condenado por homicidio de su cónyuge al que la sentencia de instancia había privado de la patria potestad sobre la hija menor común). Criterio que tiene su precedente en el acuerdo adoptado en el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 26 de mayo de 2000. Sin embargo, la mayoría de dichas resoluciones son anteriores a Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modificó el Código Penal e introdujo expresamente la privación de la patria potestad como pena distinta a la inhabilitación para su ejercicio (arts. 46 y 55 CP). En concreto, el actual artículo 55 CP prevé la imposición de dicha pena en cualquier delito san-

cionado con pena igual o superior a diez años, siempre que exista una relación directa entre el delito cometido y la privación de la patria potestad. En el caso de la sentencia que nos ocupa, ha sido el Tribunal del orden civil quien ha declinado pronunciarse sobre la privación de la patria potestad en tanto no se resolviera, por la jurisdicción penal, la acusación de homicidio, en grado de tentativa, que pesaba sobre el padre de la menor. Solución que es avalada por el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación. (C. O. M.)

29. Custodia compartida y distancia entre los domicilios de los progenitores.—Que el régimen de custodia compartida pueda, en ocasiones, ser el más adecuado para el interés del menor no implica que dicho interés determine siempre la constitución de tal régimen, si se considera desfavorable. En efecto, no procede acordar el régimen de custodia compartida cuando, ya alcanzada la edad escolar del menor, ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas el menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio. (STS de 21 de diciembre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En el marco del divorcio contencioso entre don José y doña Benita, el Juzgado dictó sentencia por la que atribuyó a la madre la guarda y custodia de la hija menor de ambos. Don José interpuso recurso de apelación contra la sentencia de instancia. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso y revocó en parte la sentencia aumentando las visitas a favor del padre. La Audiencia consideró que la separación de hecho se produjo cuando la madre abandonó el domicilio familiar y trasladó su residencia a otro, y si bien el don José interesó la guarda y custodia compartida anunciando su cambio de residencia a la localidad donde reside la menor, no ha procedido a tal cambio. Afirmó también la Audiencia que no se demostró incidencia negativa alguna en la vida de la menor, y que no existía razón en ese momento para introducir cambios en su vida. (A. I. R. A.)

30. Criterios para decidir la custodia compartida.—Para decretar un sistema de custodia compartida no es necesario que las relaciones entre los progenitores sean idílicas. La falta de esa buena relación no puede ser causa de denegación de ese sistema, pues lo contrario perjudicaría el interés del menor, que puede precisar de la atención y cuidado de ambos progenitores. Por otro lado, la drogadicción tiempo atrás de uno de los progenitores tampoco puede servir como argumento para denegar la custodia compartida cuando no se demuestre que dicha situación de dependencia sigue existiendo en el momento de decidir el sistema de custodia. (STS de 22 de diciembre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—A presentó demanda de divorcio contra B, en la que solicitaba, entre otras cosas, un régimen de visitas progresivo respecto de la hija menor de edad, hasta llegar al establecimiento de un régimen de custodia compartida. La demandada se opuso a la adopción de dicho régimen de custodia, alegando la mala relación de los

progenitores y la falta de capacidad del demandante para el cuidado de la hija menor. Cabe señalar que, si bien es cierto que hacía 12 años había consumido drogas y había estado en tratamiento, había conseguido su rehabilitación.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda de divorcio, pero denegó la custodia compartida, estableciendo un régimen de visitas amplio. A pesar de admitir el Juez que no es necesario que exista una buena relación entre los progenitores para acordar la custodia compartida, entiende que sí es un requisito mínimo que exista cierto diálogo entre aquéllos. En el caso, cuando los progenitores se juntan, lo hacen para discutir y acabar en conatos de agresión.

La sentencia fue recurrida en apelación por la demandada e impugnada por el demandante. La Audiencia Provincial estimó la impugnación del demandante y revocó parcialmente la sentencia estableciendo un sistema de guarda y custodia compartida por semanas. Apuntó que no estaba suficientemente acreditado que A estuviera en ese momento en situación de dependencia de sustancias estupefacientes ni en tratamiento por alteraciones psíquicas, que le haga inadecuado para la educación y crianza de su hija menor de edad. Respecto a las relaciones entre los progenitores, entendió la Audiencia que si no son buenas, ello no puede conducir a denegar una guarda y custodia compartida.

B interpone recurso extraordinario por infracción procesal, basado en el error a la hora de valorar la prueba, y recurso de casación, por infracción del artículo 92.5, 6 y 7 CC. El Tribunal Supremo desestima tanto uno como otro. Respecto del primero, indica que de la prueba practicada se deduce la aptitud del padre para la guarda y custodia de la hija menor de edad y que todos los informes presentados por la parte actora son válidos. Respecto al recurso de casación, también desestimado, el Tribunal Supremo apunta las mismas razones que las que le sirvió para desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal. Considera que la aptitud del padre, la falta de diálogo, su drogadicción y el informe psicosocial habían sido debidamente valorados en la sentencia recurrida. En definitiva, entiende que el sustento fáctico que la recurrente pretende para denegar la custodia compartida no se corresponde con la realidad probada.

NOTA.—Sobre la falta de necesidad de buena relación entre los progenitores para aplicar un sistema de custodia compartida, *vid.* STS de 3 de junio de 2016. En cuanto al principio de interés superior del menor en supuestos de guarda y custodia compartida y los parámetros que deben concurrir para su establecimiento, *vid.* SSTS de 29 de abril de 2013, 30 de octubre de 2014, 7 de junio de 2013 o 15 de octubre de 2015. (S. L. M.)

31. Eficacia de las resoluciones judiciales sobre modificación de la cuantía de la pensión de alimentos.—Según el Tribunal Supremo, cabe distinguir dos supuestos: a) aquel en que la pensión se instaura por primera vez; b) aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada, que ha venido siendo percibida por los hijos menores, y lo que se pretende es la modificación de la cuantía.

En el primer caso, la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada se rige por el artículo 148.1 CC, de modo que dichos alimentos deberán prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda. Esta regla tendría que modularse cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces.

En el segundo caso, cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación. Las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente. Esto tiene su base en los artículos 106 CC y 774.5 LEC. **(STS de 6 de octubre de 2016; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—N y H contrajeron matrimonio en 2003, del que nacieron sus dos hijos. En mayo de 2012, N interpuso demanda de divorcio contra H, en la que pidió que se fijase a cargo de éste una determinada pensión alimenticia mensual para cada uno de los hijos, con carácter retroactivo desde la interposición de la demanda. En la misma demanda, N pidió la adopción de medidas provisionales, entre ellas la fijación de las referidas pensiones. En julio de 2012, H interpuso demanda de divorcio contra N, donde pidió, además, que se fijase la pensión alimenticia a pagar a cada hijo en una cuantía inferior a la solicitada por N, pues ya había venido pagando la pensión a sus hijos. A su juicio, fijar la retroactividad del pago al momento de interposición de la demanda conllevaría una doble imposición o enriquecimiento injusto de N.

El Juez de Primera Instancia obliga a H al abono mensual de una pensión de alimentos para los hijos. En la sentencia no se hace pronunciamiento alguno sobre la petición de N de que las pensiones alimenticias se fijase con efecto retroactivo desde la interposición de la demanda, si bien sí se señala que H había venido abonando la pensión con anterioridad, sin que aún existiera medida u obligación de cantidad cierta alguna.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso planteado por N. Explica que, en el presente caso, se acordó formar la correspondiente pieza separada de medidas provisionales tanto respecto de la demanda de la actora como de la demanda del apelado. Ambos procedimientos se acumularon, si bien en ningún momento se ha acreditado el auto de medidas provisionales que se hubiera dictado en cualesquiera de esas piezas separadas cuya eficacia retroactiva habría de ponderarse en virtud de la petición realizada. Al ignorarse si se dictó dicho auto, siendo algo imprescindible para la resolución de la cuestión planteada en el recurso, la Audiencia procede a desestimarlo.

Contra la sentencia de la Audiencia interpone N recurso de casación, alegando que solicitó debidamente en el suplico de la demanda que la pensión de alimentos, así como todas las medidas económicas, fueran de carácter retroactivo desde la interposición de la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso, al entender

que no han quedado probados los pagos que H había realizado durante la tramitación del proceso en primera instancia. Según el Alto Tribunal, la sentencia recurrida resolvió el caso como si se tratara de un supuesto donde lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, por no tener constancia de que la sentencia del Juzgado fue la primera resolución que fijó las pensiones de alimentos para los hijos. Al no acordarse medidas provisionales en las piezas separadas, se trata de un supuesto en que la pensión se fija por primera vez. En consecuencia, las pensiones alimenticias fijadas en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia deberán pagarse desde la fecha en que se interpuso la demanda iniciadora del proceso, pero descontando las cantidades que conste probado que, desde esa fecha hasta aquella en la que se dictó la sentencia del Juez, H pagó para el mantenimiento de los hijos.

NOTA.—El Tribunal Supremo ha reiterado aquí la doctrina formulada en sus sentencias de 26 de marzo de 2014, 19 de noviembre de 2014, 23 de junio de 2015 o 14 de julio de 2016. La regla de la retroacción de los alimentos al momento de la interposición de la demanda la ha aplicado en sentencias de 14 de junio de 2011, 26 de octubre de 2011 o 4 de diciembre de 2013. En cambio, la regla de la no retroacción en supuestos de alteración de la cuantía de la pensión de alimentos sirvió para resolver el caso planteado en la STS de 26 de marzo de 2014. (S. L. M.)

32. Atribución del uso de la vivienda familiar al hijo mayor de edad.—Aunque la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo mayor de edad no resulta factor determinante para adjudicarle el uso de la vivienda, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 ss. CC, la permanencia del hijo en la vivienda familiar, aún alcanzada la mayoría de edad, resulta acorde con la obligación común a ambos progenitores —protagonistas de la ruptura familiar— de darle habitación como parte de la obligación alimenticia. Así, serán las circunstancias de cada caso las que determinen que la decisión judicial haya de producirse en uno u otro sentido a efectos de establecer cuál de los progenitores es titular el interés más necesitado de protección (art. 96 3.º CC). **(STS de 21 de diciembre de 2016;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El matrimonio compuesto por doña Regina y don Matías se declaró disuelto por divorcio mediante sentencia judicial. Dicha resolución acordó atribuir el uso del domicilio familiar don Matías y a la hija —mayor de edad— con la que convive, la cual nació en el año 1993 y carece de ingresos propios.

Doña Regina interpuso recurso de apelación frente a la sentencia de instancia respecto al uso de la vivienda familiar. La Audiencia Provincial mantuvo el fallo del Juzgado en lo que a la medida del uso de la vivienda familiar se refiere. A juicio de la Audiencia el artículo 96 CC establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, sin distinguir si

los hijos son mayores o menores, de edad. Por ello, continúa la Audiencia, la atribución de la vivienda al padre con el que convive la hija mayor de edad es una decisión acertada y ajustada a las previsiones legales.

Frente a la sentencia dictada por la Audiencia, Dña. Regina interpuso recurso de casación. (*A. I. R. A.*)