

# 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), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Universidad Autónoma de Madrid), **Verónica NEVADO CATALÁN** (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. Derecho de la persona. 2. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 3. Derechos reales. Derecho hipotecario. 4. Derecho de familia. 5. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

## DERECHO CIVIL

### DERECHO DE LA PERSONA

**1. Derechos fundamentales a la intimidad personal y la protección de datos de carácter personal. Inexistente vulneración por análisis sanguíneo y conservación de datos obtenidos, al existir amparo legal y consentimiento válido.**–El análisis sanguíneo de un deportista de élite y la conservación de los datos obtenidos no vulnera los derechos a la intimidad

personal y la protección de datos personales (arts. 18.1 y 18.4 CE), por encontrarse amparados legalmente en normas sobre protección de la salud y limpieza del deporte, como son el artículo 5 LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, vigente a la fecha de los hechos, y la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte de 2005, ratificada por España. Al margen de que dichas disposiciones poseen fundamento constitucional (art. 43.3.º CE, sobre el fomento del deporte por los poderes públicos), un derecho fundamental puede limitarse de forma no sustancial por otros bienes o derechos sin rango constitucional. Los análisis sanguíneos y la conservación de datos son proporcionales dada la inexistencia de medidas más moderadas que permitan detectar el llamado «dopaje sanguíneo». Además del amparo legal de las medidas de control del dopaje, el derecho de asociación (art. 22 CE) no resulta vulnerado por no guardar relación con la legitimidad de aquéllas. Aunque la obtención de licencia federativa de atletismo y participación en competiciones de alto nivel conlleve ineludiblemente la obligación de someterse a controles, existe consentimiento válido a la intromisión en la intimidad, por lo que no resulta ilegítima conforme al artículo 2.2 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, ni supone vulneración del artículo 6.1 LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Lo anterior se fundamenta en que la decisión de dedicarse profesionalmente al deporte legitima la limitación del derecho a la intimidad mediante controles antidopaje, de acuerdo con la regulación legal y usos sociales en el ámbito de que se trate, en este caso del deporte de élite, conforme al artículo 2.1 LO 1/1982 referida. **(STS de 1 de junio de 2017; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Una deportista de élite interpone demanda frente a la Real Federación Española de Atletismo (en adelante, RFEA) y a la Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo (en adelante, IAAF) con la pretensión de que se declarase que éstas habían realizado una intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad personal y a la protección de datos personales, con motivo de diversos análisis sanguíneos llevados a cabo entre 2009 y 2013 y conservación de los datos obtenidos; así como que se les condenase a cancelar y borrar éstos, notificar tal cancelación a terceros que dispongan de ellos, comunicando a la actora tal cancelación. Por último, se solicitó que se condenara a la IAAF a indemnizar la cantidad de 12.000 € o la que estimara el Juzgado. El Juzgado de Primera Instancia absolvió a la RFEA por renunciar la demandante a las acciones ejercitadas frente a ella, así como a la IAAF declarada previamente en rebeldía. Se fundamentó en que la LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte (vigente a la fecha de los hechos) habilita la realización de controles de dopaje a deportistas con licencia española, y los datos obtenidos no debían ser cancelados tras descartarse el dopaje por sustancias prohibidas al poseer también como finalidad detectar el denominado «dopaje sanguíneo» consistente en alterar artificialmente la sangre para potenciar el rendimiento deportivo. El recurso de apelación interpuesto fue desestimado. La Audiencia Provincial consideró que la toma y conservación de

datos sanguíneos para controlar el nivel de glóbulos y plaquetas resultan necesarias para proteger la salud de los deportistas y la limpieza en las competiciones, y que poseen amparo legal, con carácter general en la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte de 2005, y en la mentada LO 7/2006, al poderse considerar como método prohibido el dopaje sanguíneo, aunque no se contemplara específicamente. La actora interpone recurso de casación que es desestimado por el Tribunal Supremo. (*F. S. N.*)

**2. Derechos fundamentales. Derecho a la intimidad. Difusión de entrevista realizada a persona puesta en libertad a la que se implicaba en la muerte violenta de una niña de tres años. Inexistencia de intromisión ilegítima. Consentimiento del entrevistado.**—Dado que los hechos probados no solo descartan que el recurrente no fuera conocedor de que estaba siendo entrevistado, sino que también descartan que careciera de capacidad para consentir la realización de la entrevista y su difusión, no cabe aplicar en este caso la doctrina de la STC 208/2013, de 16 de diciembre, que anuló la sentencia de esta sala 3/2010, de 19 de enero, pues en el presente caso no solo no estamos ante una persona con discapacidad apreciable a simple vista por el informador, sino que, atendiendo a los hechos probados, tampoco estamos ante una persona con una discapacidad resultante de circunstancias subjetivas acreditadas. Insistiendo en lo que se indicó en el razonamiento anterior, aunque aparentemente la sentencia recurrida parece limitarse a presumir la capacidad de obrar de quien no estaba judicialmente incapacitado, en puridad no se conforma con dejar que el demandante soporte las consecuencias que derivan de no haber desvirtuado dicha presunción sino que, dando el paso más que exige dicha jurisprudencia constitucional, también alude, siquiera sucintamente, a las condiciones personales del demandante («las condiciones que se traslucen del tono del actor y del contenido de la entrevista») y a las pruebas practicadas que podían disipar las dudas suscitadas en torno a la capacidad del demandante, sin que la sentencia recurrida se aparte de las conclusiones probatorias alcanzadas al respecto por la sentencia apelada de que ni la patología que motivó el ingreso, y que subsistía cuando fue dado de alta, ni la medicación suministrada y la persistencia de sus efectos en el momento de la entrevista, eran datos concluyentes que permitieran afirmar que el recurrente no sabía que estaba siendo entrevistado o que no tenía capacidad de obrar para autorizar la entrevista y su difusión.

**Actuación proporcionada. Prevalencia de la libertad de información sobre el derecho a la intimidad.**—En cualquier caso, incluso en la hipótesis más favorable al recurrente de entender que respondió a las preguntas del periodista por creer que no estaba siendo entrevistado sino en una conversación privada, tampoco se daría el caso de un sacrificio desproporcionado de la intimidad frente a la libertad de información sobre asuntos de relevancia pública o interés general, porque ni se revelaron datos estrictamente privados que no guardaran relación con el asunto de interés general ni el tono ni el contenido de la entrevista fueron perjudiciales para el hoy recurrente, que por el contenido pudo explicar la situación angustiosa por la que había pasado y contrarrestan así el daño que le habían causado otras informaciones sobre el mismo hecho. (**STS de 9 de mayo de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El demandante ejerció la acción de protección del derecho fundamental a la intimidad que entendió se había vulnerado por haberse grabado y emitido, por radio, sin su consentimiento, una conversación telefónica mantenida con un periodista, sobre su situación personal y estado de salud y de ánimo tras haber sido puesto en libertad por el juez instructor de la causa penal seguida contra él por su presunta implicación en la violación y muerte de una niña de tres años, hija de su pareja sentimental. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestiman la demanda pues en base a las pruebas practicadas concluyeron que había habido consentimiento a la entrevista y a su difusión. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa forma parte de otros procesos, promovidos por el mismo demandante, en defensa de su honor, intimidad y propia imagen, frente a distintos medios de comunicación que informaron sobre la noticia de su detención como responsable de la muerte violenta y agresión sexual de una niña de tres años, hija de su pareja sentimental. Acusación de la que quedó exonerado posteriormente tras la práctica de las diligencias oportunas. Todas las sentencias del Tribunal Supremo han sido dictadas por el mismo ponente, el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán y el resultado no ha sido el mismo. Las SSTS 53/2017, de 27 de enero y 62/2017, de 2 de febrero, condenaron a las empresas demandadas por intromisión ilegítima del derecho al honor puesto que no actuaron con la diligencia exigible para cumplir con la exigencia de transmitir una información veraz, resultando responsables del desproporcionado tratamiento que dieron a la noticia en sus titulares, innecesariamente ofensivos por contundentes y poco diligentes. Mientras que la STS 80/2017, de 13 de enero, en consonancia con los hechos concretos del caso, absolvió al medio de comunicación de la intromisión ilegítima del derecho al honor y a la propia imagen. A diferencia de los otros procesos, en el presente, la cuestión litigiosa versa sobre la vulneración del derecho a la intimidad derivada de la emisión, en antena, de la conversación telefónica mantenida por el demandante con un periodista tras haber sido puesto en libertad por el juez instructor de la causa penal seguida contra él. No resulta discutida la veracidad de la noticia (la conversación telefónica existió), ni su relevancia pública, pues es pacífica la jurisprudencia, tanto constitucional como del Tribunal Supremo que reconoce relevancia pública a los asuntos relacionados con la comisión de delitos, aunque la persona afectada por la información tenga el carácter de sujeto privado (*vid.* SSTS 587/2016, de 4 de octubre y 91/2017, 15 de febrero). En relación con el derecho a la intimidad personal y familiar, el Tribunal Supremo viene afirmando que su objeto comprende garantizar a la persona un ámbito reservado de su vida personal y familiar, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o particulares. Este derecho atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, tanto personal como familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y frente a la publicidad no consentida (*vid.* STS 478/2014, de 2 de octubre). El Tribunal Supremo de acuerdo con las concretas circunstancias concurrentes excluyó la intromisión ilegítima en el derecho

de intimidad pues entendió que hubo consentimiento para la emisión de la grabación por parte del interesado (art. 2.2 LO 1/1982). (C. O. M.)

**3. Libertad de información y derecho al honor.**—La libertad de información legitima la actuación del medio de información y determina su prevalencia sobre los derechos de la personalidad del afectado por la noticia siempre que la información que se divulgue sea veraz, se refiera a asuntos de interés general o relevancia pública, por razón de la persona o de la materia tratadas, y no se sobrepase el fin informativo porque se le dé un matiz injurioso o desproporcionado, lo cual exige prescindir, en la comunicación o transmisión de la noticia o reportaje, del uso o empleo innecesario de expresiones inequívocamente ofensivas o vejatorias, innecesarias para tal fin.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la naturaleza del delito, su gravedad y trascendencia social pueden llegar a amparar, incluso, que se expresen los datos personales de los detenidos, imputados o acusados en lugar de las simples letras iniciales de su nombre y apellidos. En suma, el interés de la sociedad por conocer el resultado de esos procedimientos unido a la capacidad que tienen los medios de comunicación de influir con informaciones de tal contenido en la formación de una opinión pública libre, justifican que la libertad de información sea en estos casos muy relevante.

**Libertad de información y derecho a la propia imagen.**—La publicación simultánea, junto al texto escrito de la noticia, de la fotografía de un individuo que había sido objeto de acusación por el Ministerio Fiscal, como presunto autor de un delito de violación, en un juicio oral celebrado con audiencia pública, no puede considerarse como atentatoria al derecho a la propia imagen de dicha persona (con total independencia del resultado favorable o adverso de dicho juicio), sino que ha de estimarse como una de las excepciones a que se refiere el artículo 8.2 LO 1/1982.

El derecho a la propia imagen no tiene carácter absoluto o incondicionado. Ante supuestos de colisión entre el referido derecho y la libertad informativa, deberán ponderarse los diferentes intereses en litigio y las circunstancias concurrentes en el caso, para dilucidar qué derecho merece mayor protección. La libertad de información ocupa una posición especial, puesto que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de la existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático. Ahora bien, la protección de la libertad de información está condicionada a que: 1) ésta sea veraz —la veracidad es inmanente, salvo si se manipula la representación gráfica—; 2) esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen.

**El derecho al olvido.**—Las hemerotecas digitales gozan de la protección de la libertad de información al satisfacer un interés público en el acceso a la información, razón por la cual las informaciones publicadas lícitamente no pueden ser objeto de cancelación o alteración. El derecho al olvido no ampara: a) la alteración del contenido de la información original lícitamente publicada, en concreto, el borrado del nombre y apellidos o cualquier otro dato personal que constara en la misma; b) la supresión de la posibilidad de búsqueda específica de la noticia en su integridad del propio buscador interno de la hemeroteca digital. Incluso si en la información aparecen datos personales cuya utilización en un motor de búsqueda permite el acceso a ella tiempo

después, de modo que el tratamiento de los datos personales permita vincularlos a la información perjudicial para el afectado, no estaría justificada la supresión de dichos datos personales del código fuente y sólo estaría justificada la prohibición de indexarlos para permitir las búsquedas por los motores de búsqueda generalistas (ej.: *Google* o *Yahoo*), no así por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital.

A través de este derecho se trata de impedir que se haga un perfil del afectado sobre la base de la lista de resultados obtenida utilizando como términos de búsqueda los datos personales en la que aparecieran, como si hubieran sucedido ayer, informaciones gravemente perjudiciales para su reputación o su vida privada. El objetivo no es eliminar de Internet la información veraz y sobre asuntos de relevancia para la opinión pública. Así, en base a este derecho el afectado puede exigir que se cancele el tratamiento de sus datos personales cuando haya transcurrido un período de tiempo que lo haga inadecuado, con relación a la finalidad con que los datos fueron recogidos y objeto de tratamiento (informar sobre hechos de interés público), por carecer el afectado de relevancia pública y no tener interés histórico la vinculación de la información con sus datos personales, al ser desproporcionado el daño que causa el tratamiento de los datos personales que los vincula a esa información tan dañina para su reputación o su vida privada respecto del interés público que tiene esa información pasado un período considerable desde que se produjeron los hechos objeto de la noticia. (STS de 13 de julio de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—El 6 de febrero de 2014, G interpuso una demanda contra el periódico 20M en ejercicio de la acción de protección de los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. La información publicada venía referida al enjuiciamiento del actor por el tribunal del jurado de unos hechos de extraordinaria gravedad e impacto social, el asesinato de dos personas. Dicha información seguía siendo de actualidad en ese momento, por más que el crimen se hubiera cometido bastantes años antes, pues el objeto de la información fue el acto del juicio oral celebrado contra el segundo de los acusados, una vez fue localizado, extraditado y puesto a disposición de los tribunales españoles. Asimismo, informó sobre la disolución anticipada del jurado por inexistencia de pruebas de cargo, pues un testigo no estaba localizable y los objetos incautados habían sido destruidos. El actor pide expresamente: 1) que se prohíba la indexación de la noticia por los motores de búsqueda y redes sociales que pudieran alojarla; 2) que se eliminen los archivos informáticos que alojen dicha información, tanto escrita como gráfica, no sólo de la hemeroteca digital del periódico y de su página web, sino también de los buscadores de Internet. Argumenta: a) que el juicio oral sea público y que exista derecho a informar de forma neutral sobre lo sucedido en el mismo, no justifica el tratamiento informativo dado a la noticia, no adecuado a la finalidad informativa perseguida, por haberse usado y manipulado la imagen del recurrente para atraer la atención del público, alimentando dudas sobre su inocencia de forma innecesaria, prescindiendo de que el verdadero interés público informativo de la noticia radicaba en la absolución de los dos acusados por el doble crimen cometido años atrás, e impidiendo, además, la efectividad de su derecho al olvido; b) no se

ponderaron adecuadamente los derechos fundamentales en conflicto, al mezclar lo ocurrido en el juicio con lo que fue cosecha propia del medio, y al no aplicar adecuadamente la doctrina sobre el derecho al olvido. En definitiva, solicita que se declare la existencia de una intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, señalando lo siguiente: a) debe prevalecer la libertad de información, por su interés público, tanto por razón de la persona (la proyección pública del demandante es consecuencia de su relación con un suceso noticiable como la celebración de un juicio penal contra su persona, al estar acusado de un doble crimen), como por la material (la jurisprudencia considera que la persecución y castigo del delito tiene interés público); b) concurre el requisito de la veracidad, al limitarse los artículos publicados a transcribir la información veraz que sobre esos hechos suministró una agencia de noticias; c) la imagen publicada fue accesoria de la información, resultando amparada por la excepción del artículo 8.2 LO 1/1982; d) aunque la noticia sigue apareciendo en buscadores de Internet como *Google*, tal situación está fuera del ámbito de control de la entidad demandada, pues son los buscadores quienes utilizan de forma automatizada, constante y sistemática información que recogen, procesan y conservan en los diferentes sitios web enlazados. Se trata ésta de una cuestión que sólo afecta a los buscadores de Internet y a la Agencia Española de Protección de Datos, terceros ajenos al pleito.

Contra dicha sentencia, el demandante interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, sobre la base de los siguientes argumentos: 1) el derecho al olvido no implica que pueda hacerse una censura retrospectiva, ni que se puedan borrar hemerotecas digitales de indudable protección por la libertad de información, ni que se pueda condenar a la adopción de medidas técnicas que impidan la indexación de los datos personales en el motor de búsqueda interna de la web del medio de comunicación; 2) no resultó lesionado el honor del actor al concurrir los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que prevalezca la libertad de información, y tampoco resultó vulnerado su propia imagen por tratarse de una fotografía captada en una audiencia pública penal que ilustra la referida información y, por tanto, accesoria de ésta.

El actor recurre en casación, alegando la infracción de los artículos 18 y 20.4 CE, en relación con los artículos 24 de la misma y 2.2, 7, 8 y 9 LO 1/1982. El Alto Tribunal desestima el recurso. En relación con el derecho al honor, señala que la información escrita y gráfica publicada por el diario editado por la sociedad demandada tenía indudable interés general. Respecto a la veracidad, apunta el Tribunal Supremo que el informador ofreció una información basada en fuentes objetivas y fiables, perfectamente identificadas, como es una agencia de noticias, pues reprodujo la información facilitada por esta agencia en el momento en que la noticia se produjo, pues cuando se celebró el acto del juicio ya era de público conocimiento el doble crimen cometido hacía más de una década. Las referencias al caso en su conjunto y a todo lo sucedido hasta que se pudo juzgar

al hoy recurrente están justificadas por responder a las exigencias de ofrecer una información completa y adecuada sobre los hechos y han de considerarse razonables. Cumpliéndose, entonces, todos los requisitos de la libertad de información, se concluye que no hubo intromisión ilegítima al derecho al honor.

Respecto al derecho a la propia imagen, entiende el Alto Tribunal que la posibilidad de ampliar la fotografía que tienen los usuarios de esa página web no es una alteración o manipulación de la información por parte del periódico de la empresa demandada que excluya su actuación como transmisor neutral. Se trata simplemente de un medio técnico que facilita una mejor visión de la información gráfica contenida en la misma. La información gráfica es merecedora de igual protección que la información escrita. Por tanto, siendo veraz la información gráfica objeto del litigio, habiéndose captado la imagen del actor en la sala de vistas con autorización de la presidenta del tribunal y versando tal información gráfica sobre hechos de interés público, la afectación al derecho a la propia imagen del demandante también está legitimada por el ejercicio de la libertad de información de los demandados dentro de los parámetros constitucionales.

Finalmente, el Tribunal Supremo declara que tampoco puede prosperar la alegación sobre el derecho al olvido. No corresponde a la empresa editora del periódico, sino a las empresas titulares de los buscadores de Internet, contra las que no se ha formulado ninguna acción en este litigio, responder por mostrar en la lista de resultados los enlaces a las páginas web donde se contiene la información cuando se utilizan como términos de búsqueda los datos personales del afectado. La empresa editora del periódico y supuesta titular de la web en la que se aloja la edición digital del mismo sólo responde, en su caso, del tratamiento de los datos personales del recurrente en su hemeroteca digital.

Sin embargo, aquí es un hecho probado que la noticia original omitió el uso del nombre y apellidos y de otros datos personales para referirse al demandante, por lo que no permitía que se realizaran búsquedas utilizando el nombre y apellidos del afectado para acceder a la información sobre su acusación. En consecuencia, la entidad editora del periódico y responsable de la hemeroteca digital ha respetado las exigencias de la normativa sobre tratamiento de los datos personales en la información alojada en su web. Aunque se pueda acceder a la noticia original en su versión digital en Internet, no es posible hacerlo mediante una búsqueda en la que se utilicen los datos personales del recurrente. Además de lo expuesto, tampoco concurre el requisito de la desaparición del interés público exigido por la jurisprudencia en relación con el derecho al olvido.

NOTA.— Respecto a la colisión entre la libertad de información y el derecho al honor, *vid.* SSTs de 10 de octubre de 2016, 4 de octubre de 2016, 1 de junio de 2016 y 3 de noviembre de 2015. Sobre el interés público que tiene toda información referente a hechos de relevancia penal, *vid.* SSTC 14/2003, de 26 de enero, 244/2007, de 10 de diciembre y 8/2016, de 28 de enero, o la STS de 20 de julio de 2011. Con relación al conflicto entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen,

*vid.* SSTC 18/2015, de 16 de febrero, 19/2014, de 10 de febrero, 208/2013, de 16 de diciembre, 21/2000, de 31 de enero, 132/1995, de 11 de septiembre y 20/1992, de 14 de febrero. Igualmente ha sido tratado por el Tribunal Supremo, en sentencias como las de 24 de julio de 2012, 20 de julio de 2011 y 25 de febrero de 2011. Y respecto al derecho al olvido digital, *vid.* SSTS de 5 de abril de 2016 y 15 de octubre de 2015. (S. L. M.)

**4. Configuración legal del derecho de rectificación.**—El derecho de rectificación no constituye un derecho fundamental reconocido expresamente en la Constitución. No obstante, su regulación mediante ley orgánica es indicativa de su estrecha relación con dos derechos fundamentales que sí aparecen reconocidos: el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión. Además, el Tribunal Constitucional ha reiterado en varias sentencias que, a pesar de su autonomía, puede operar como instrumento de contraste informativo que suponga un complemento de la garantía de libre formación de la opinión pública.

En cuanto al contenido de la rectificación, el artículo 2. II LO 2/1984, dispone que deberá limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar. Aquélla sólo será procedente si se limita única y exclusivamente a hechos, en cuyo caso el director del medio de comunicación deberá publicar íntegramente la rectificación. En caso contrario, esto es, si ésta incluyera opiniones u otro tipo de contenidos distinto de los meros hechos de la información, los jueces y tribunales podrán ordenar la publicación parcial de la rectificación, excluyendo todos esos contenidos.

El derecho de rectificación no se configura en la Ley Orgánica como un derecho de réplica que permita rebatir críticas consistentes en opiniones y juicios de valor. Sin embargo, tampoco cabe trazar en un escrito de rectificación, una frontera entre hechos y opiniones tan rígida que excluya la procedencia de la rectificación o convierta su control jurídico por el juez en una especie de censura en extremo minuciosa cuyo resultado sea la eliminación de determinados párrafos, frases o palabras, pues se correría el riesgo de desfigurar el texto de rectificación o romper su línea expositiva y dificultar su comprensión hasta hacerlo irreconocible. Para reducir un escrito de rectificación por no referirse exclusivamente a hechos es necesario un juicio de ponderación que valore la relevancia o el peso de las palabras, frases o párrafos cuestionados en el conjunto del escrito. Para llevar a cabo ese juicio de ponderación, deberá atenderse no sólo a la extensión que la parte cuestionada represente en el conjunto del escrito de rectificación, ya que un predominio de las opiniones sobre los hechos sí sería determinante de la improcedencia de su publicación, sino también a su relación con los hechos, al elemento preponderante en el conjunto de la rectificación y, muy especialmente: a) a la mayor o menor precisión de la información que se quiere rectificar, ya que no puede exigirse a quien rectifica una precisión mucho más rigurosa que al informador; b) a la gravedad de las imputaciones y descalificaciones contenidas en el texto que se pretenda rectificar. (STS de 14 de junio de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—El 10 de diciembre de 2014 la demandada AUGC publicó en su página web un texto sin firma, bajo el título «AUGC Cádiz denuncia malos tratos de mandos en los acuartelamientos de

Arcos de la Frontera». AUGC remitió ese mismo comunicado a los medios de comunicación y, al menos, dos periódicos digitales informaron al respecto. Además, el comunicado sigue disponible en la página web de la Asociación. Al sentirse directamente aludido en el comunicado, el demandante G, sargento de la Guardia Civil destinado en el acuartelamiento de Arcos de la Frontera, envió al secretario de AUGC por burofax una carta en la que, ejercitando su derecho de rectificación, exigía la publicación de un texto donde se indicaba la falsedad de las acusaciones y la gravedad de las mismas. AUGC no rectificó su propio comunicado y tampoco publicó el texto remitido por G.

El 26 de diciembre de 2014, G interpuso demanda, en ejercicio de su derecho de rectificación, contra AUGC. Solicitó la condena a la publicación íntegra del texto de rectificación enviado en su día. AUGC se opuso a la demanda, alegando que su comunicado no difundía hechos, sino opiniones o juicios de valor no susceptibles de rectificación. En particular, la asociación se refiere al último párrafo del comunicado del actor, donde afirma que las descalificaciones realizadas sobre la competencia profesional del sargento son simples aseveraciones vertidas con el aparente único ánimo de desprestigiar y ofender a un profesional con un historial de servicios intachable. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, condenando a la demandada a publicar íntegramente en su página web la rectificación pedida por el actor. Señaló que el comunicado de AUGC no se limitaba a expresar opiniones o juicios de valor, sino que daba por ciertos hechos que, según la demanda el actor, eran falsos o incorrectos.

La asociación demandada interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, indicando: a) que el comunicado de AUGC no se limitaba a expresar opiniones o juicios de valor, sino que, muy al contrario, se refería con nitidez, al menos, a ocho hechos graves; b) que frente a estos hechos el demandante se había limitado, en su texto de rectificación, a dar su versión alternativa de lo sucedido, afirmando la mendacidad de aquellas afirmaciones; c) que sólo al final de su escrito existe una pequeña digresión en reivindicación de su competencia profesional y de crítica expresa al autor de la noticia publicada; d) que el texto de la rectificación cumplía el requisito de la proporcionalidad.

La asociación interpuso recurso de casación, fundado en la infracción de los artículos 2 y 6 LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. El Alto Tribunal desestima el recurso en base a los siguientes argumentos. A su juicio, el párrafo en cuestión no traspasa los límites del artículo 2 LO 2/1984 hasta el punto de que proceda excluirlo del escrito de rectificación, porque a las muy graves descalificaciones del demandante por su incompetencia profesional, constantes en el texto difundido por la asociación, el escrito de rectificación se limita a oponer, por un lado, la falta de sustento de esas descalificaciones en hechos objetivos, razón por la que serían simples aseveraciones vertidas con el aparente único ánimo de desprestigiar y ofender, y, por otro, el historial de servicios intachable del demandante, hecho, este sí, objetivo y demostrable documentalmente. En consecuencia, no tendría senti-

do que, por incluirse una referencia al ánimo de desprestigiar y ofender, que ciertamente constituye un juicio de intenciones, hubiera que excluir del texto de rectificación su último párrafo o desfigurar este párrafo suprimiendo esa referencia, pues su relevancia en el conjunto del escrito de rectificación era escasa, su relación con los hechos era directa, y su prudencia o mesura eran manifiestas en comparación con los términos del escrito difundido por la asociación.

NOTA.— Sobre la doctrina del Tribunal Constitucional en relación al derecho de rectificación, *vid.* sus sentencias 168/1986, de 22 de diciembre, 40/1992, de 20 de marzo, 51/2007, de 12 de marzo y 99/2011, de 20 de junio. (S. L. M.)

**5. Curatela: discapacidad: enfermo de Alzheimer.**—El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre el alcance y contenido de la modificación judicial de la capacidad de quien padece la enfermedad de Alzheimer y sufre alteraciones de la conducta, así como la determinación del consiguiente sistema de apoyo y protección que procede establecer y los criterios que deben seguirse para designar a la persona que va a desempeñar tal función. Los hechos relevantes son los siguientes:

A instancia del Ministerio Fiscal la sentencia del Juzgado de Primera Instancia modifica la capacidad de D. Leopoldo, ingeniero industrial jubilado, nacido en 1939 y que padece la enfermedad de Alzheimer, nombrando tutor a su hijo D. Victorio. D. Leopoldo interpone recurso de apelación en el que argumenta que en el momento presente no concurren circunstancias que determinen la procedencia de un régimen de limitación de su capacidad tan severo y restrictivo como el acordado y que lo procedente sería la revocación parcial de la sentencia dictada y la declaración de que bastaría la simple sujeción al régimen de curatela, con libertad de facultades para la gestión y administración de sus bienes y con la sola limitación para la enajenación y gravamen de bienes inmuebles y la realización de inversiones por valor superior a 60.000 euros; interesa que sea designada como curadora su hermana Fermína, o en todo caso, su sobrina llamada Herminia. La sentencia de segunda instancia estima parcialmente el recurso en el exclusivo particular de ampliar el ámbito para la disposición y gestión por parte de D. Leopoldo de su pensión hasta un 50%, manteniendo el resto de pronunciamientos de primera instancia. Interpuesto por aquel recurso extraordinario por infracción procesal, basado en dos motivos, el Ministerio Fiscal los impugna por entender que el recurrente no pretende impugnar un error fáctico o de hecho, sino cuestionar la valoración de la prueba practicada por no estar conforme con la misma, sin que concurra ninguno de los casos excepcionales de error, lo que se estima así por la Sala. También interesa la estimación del primer motivo de casación referido a la procedencia de la curatela, en lugar de la tutela constituida en las sentencias de instancia, y la desestimación del segundo motivo de casación referido a la idoneidad del hijo mayor para el desempeño del cargo tutelar, que sería el de curador.

**Régimen general de la incapacidad después de la Convención de Nueva York.**— El primer motivo del recurso de casación se funda en la infracción de los artículos 199, 200, 215, 222 y 287 CC, vulneración de los artículos 10 y 14 CE, y de los artículos 1 y 12 de la Convención de Nueva York

de 2006, así como de la doctrina jurisprudencial sobre el régimen legal de la incapacidad. Pertinencia de la curatela frente a la tutela.

El recurrente, por tanto, no cuestiona que como consecuencia de su enfermedad existan algunas facetas de su actividad que precisen una supervisión, pero sostiene que en su situación actual el régimen que procede es la curatela y no la tutela. La sentencia recurrida vulnera, en particular, el artículo 287 CC. Al mantener la tutela infringe la doctrina de la Sala recogida en la sentencia de 29 de abril de 2009, en la que declara la compatibilidad del sistema tutelar español con la Convención siempre que se entienda como una medida de protección que no afecta a la titularidad de los derechos fundamentales y que, en el caso, a la vista de la prueba practicada en la instancia, desestimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que constituyó tutela, y no curatela como pretendía el recurrente. Cita también las sentencias de 24 de junio de 2013, 30 de junio de 2014 y 20 de octubre de 2015 en las que se estiman los recursos de casación interpuestos contra sentencias que acordaron establecer la tutela y, en su lugar, se declara la curatela como medida de protección más adecuada, a la vista de la prueba practicada en la instancia. El recurrente alega que la decisión de la Audiencia Provincial de someterle a tutela no se fundamenta en los hechos realmente probados y acreditados sino en el previsible desarrollo de la enfermedad. Defiende que, puesto que hasta el momento D. Leopoldo ha llevado una vida independiente sin incidentes dignos de reseña, la medida adoptada no guarda relación con la real afectación de sus facultades. Que no se opone a ello el que no quiera reconocer su enfermedad, ni la alteración de las pautas de vida observadas desde antiguo, ni el deterioro de las relaciones familiares. Argumenta que, si el desarrollo de la enfermedad perjudica definitivamente y de forma sustancial las capacidades de D. Leopoldo, el carácter revisable del régimen de la incapacidad permitirá adoptar en el futuro la medida de guarda establecida pero que, en la actualidad, a pesar de la preocupación de la familia, resulta totalmente desproporcionado someterle a tutela, si bien admite que alguna de las facetas de su actividad puedan estar sujetas a supervisión. Concluye con cita de la sentencia de 20 de octubre de 2015, según la cual la doctrina de la Sala que se considera infringida se manifiesta en supuestos de modificación parcial de la capacidad por el establecimiento de la curatela, y entiende que, en el caso, lo procedente es someter a D. Leopoldo a curatela.

Por las razones que se exponen a continuación el motivo debe ser estimado.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de «apoyos» para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3). Se trata, como declara el artículo 1 de la Convención, de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardas deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses, ni influencia indebida, que sean proporcionadas y adaptadas a las circunstancias de la persona. En particular, las salva-

guardias deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención).

Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar. En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias.

El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta Sala en los últimos tiempos tras descartar que «el procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de la tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así en sentencia de 15 de julio de 2015).

La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el artículo 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC).

En el caso ha quedado probado que D. Leopoldo padece una enfermedad persistente que provoca un deterioro cognitivo y alteraciones de conducta. A la vista del nuevo examen y valoración de la prueba practicada en el acto del juicio y de la repetición de las pruebas practicadas en la segunda instancia, la sentencia recurrida considera acreditada que existe una situación de absoluta anormalidad en la actuación de D. Leopoldo en su vida diaria, carente de la necesaria estabilidad para el desarrollo de las habilidades de la salud. También que la falta de tratamiento de la enfermedad, de la que no parece plenamente consciente, le coloca en una situación de riesgo. Pero, al mismo tiempo, la sentencia considera acreditado que mantiene una «alta reserva cognitiva», hasta el punto de que amplía el ámbito de libertad de disposición y gestión de su pensión desde el 20% hasta el 50%. Esta situación se compara mal con una limitación total de la capacidad de obrar de D. Leopoldo y su sometimiento a tutela.

Tanto la sentencia de primera como de segunda instancia someten a D. Leopoldo a tutela. Sin embargo, la descripción de la situación de discapacidad que se contiene en ambas sentencias no es la propia de una discapacidad total en la que la persona se encuentre privada de toda capacidad de decisión de modo que otro deba decidir en su lugar. Esa situación de discapacidad total es la que daría lugar al sometimiento a tutela.

Sin embargo, la razón por la que la sentencia recurrida mantiene la tutela es otra. Mantiene la tutela porque considera que la curatela supondría una

mera asistencia para actos muy concretos y determinados que no facilitaría la protección de las actuaciones más genéricas, como las atinentes a la medicación y seguimiento de los tratamientos propios de la enfermedad así como a su posible actuación en lo patrimonial. Pero lo cierto es que la curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse.

En primer lugar, la curatela no está limitada al ámbito patrimonial. La regulación conjunta de todos los supuestos en que procede la curatela (arts. 286 y 287 CC) permitiría creer lo contrario puesto que la curatela de los emancipados (art. 323 CC) y la de los pródigos (por el propio presupuesto que la provoca) sí se limitan a los actos de naturaleza exclusivamente patrimonial. Sin embargo, para las personas con discapacidad esto no es así, porque ni resulta de la letra del artículo 287 CC, ni es coherente con la exigencia de adoptar un sistema de apoyo que se adapte a las concretas necesidades y circunstancias de la persona afectada. La curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial, o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona.

Así lo establece expresamente el artículo 150 del Código de Derecho Foral de Aragón y desde hace tiempo lo habían venido admitido la doctrina y la jurisprudencia en el ámbito del Código civil. En este sentido cabe cita la sentencia de 31 de diciembre de 1991 (que exigió la intervención del curador para otorgar autorizaciones de adopción y similares de cualquiera de sus hijos habidos o lo que pudiera tener en el futuro la mujer cuya capacidad de obrar se limitaba). De forma más reciente, interpretando el sistema vigente a los principios de la Convención de Nueva York, son abundantes las decisiones de esta Sala que atribuyen al curador una función de control, supervisión y apoyo en lo personal (Sentencias de 24 de junio de 2013, 30 de junio de 2014, 14 y 20 de octubre, y 17 de diciembre de 2015, 17 de diciembre de 2016 y 4 de abril de 2017).

En segundo lugar, por lo que se refiere al ámbito patrimonial, la intervención del curador no se circunscribe necesariamente a los actos a los que se refiere el artículo 290 CC, sino que puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia; cuestión distinta es que, cuando la sentencia no los especifique, el legislador se refiere subsidiariamente a los actos que genéricamente considera de mayor complejidad o trascendencia para el patrimonio de la persona con discapacidad, que son aquellos para los que el tutor necesita autorización judicial.

Ocurre en este caso que la sentencia recurrida confirma la del juzgado salvo en el particular de la cuantía de la pensión de la que puede disponer por sí solo D. Leopoldo, que la sentencia amplía hasta el 50% el 20% que le confirmó la de primera instancia. La sentencia de segunda instancia mantiene los demás ámbitos para los que D. Leopoldo puede realizar los actos cotidianos de la vida, pero necesita «supervisión» para los actos que excedan de lo cotidiano. Extiende la inhabilidad a todos los actos que excedan de las actividades básicas de la vida ordinaria y a lo relacionado con la salud, en concreto para el manejo de los medicamentos, pautas alimenticias, consentimiento de tratamientos médicos. En el ámbito patrimonial declara que precisa de «supervisión» (nuevamente, por tanto asistencia) para los actos de disposición sobre bienes y derechos y, más concretamente, para los actos patrimoniales a que se refieren los artículos 271 y 272 CC (con la salvedad del manejo de su pensión).

Además la sentencia de primera instancia, confirmada por la de la Audiencia Provincial, excluye el derecho de sufragio pasivo por entender que no puede gestionar asuntos ajenos quien no tiene plena capacidad para gestionar sus asuntos pero, en cambio, a la vista del informe médico forense, reconoce expresamente a D. Leopoldo la capacidad para ejercer el derecho de voto (art. 3.2 LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General). Excluye que pueda testar, invocando el artículo 663. 2.º CC y, con cita del artículo 1732, último párrafo CC, declara la extinción de los poderes que hubiera podido haber otorgado.

**Procede la declaración de curatela.**—A la vista de los hechos probados y, aplicando la doctrina de esta Sala, procede estimar el motivo primero del recurso y declarar que D. Leopoldo padece una discapacidad intelectual que limita su autogobierno tanto en el ámbito personal como en el patrimonial y que, para complementar su capacidad, necesita el complemento de un curador para la toma de decisiones para las que las sentencias recurridas prevén la actuación del tutor.

En consecuencia:

a) En la esfera personal D. Leopoldo requerirá la intervención del curador para tomar las decisiones que excedan de las actividades básicas de la vida ordinaria y para todo lo relacionado con su salud, manejo de medicamentos, pautas alimenticias y consentimiento de tratamientos médicos. Ello sin perjuicio de la aplicación cuando proceda de lo dispuesto en el artículo 9.2.b), y en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente. El primero legitima a los facultativos para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensable en favor de la salud del paciente. sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando exista riesgo inminente grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. Conforme al segundo, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. En todo caso la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, en los términos del artículo 9.6 de la misma Ley.

b) En la esfera patrimonial y de economía D. Leopoldo puede gestionar y administrar el cincuenta por ciento de su pensión. Conserva la iniciativa, pero necesita la asistencia de un curador para los actos patrimoniales recogidos en los artículos 271 y 272 CC con las especificaciones que se señalan a continuación: se incluye la venta del derecho de suscripción preferente de acciones (excluida en art. 271. 2.º in fine); los actos susceptibles de inscripción no precisan tener carácter dispositivo (ibídem); se elimina el requisito de que el arbitraje afecte a cuestiones en que el discapacitado estuviese interesado (exigido en el núm. 3.º de id.); se incluye expresamente «partir herencias o dividir cosas comunes» (modificando el art. 272 CC); se modifica la referencia a ceder bienes en arrendamiento sujetos a prórroga forzosa o por más de tres años (núm. 7.º art. 271).

c) A la vista de los informes médicos, la inhabilidad de D. Leopoldo se extiende en la sentencia de primera instancia, confirmada por la sentencia recurrida, a la conducción de vehículos de motor y a la tenencia y uso de

armas, ámbitos en los que carece de sentido la actuación por representación, pero también con asistencia del curador, por lo que se mantiene la sentencia

d) Se declara la extinción de los poderes que hubiera podido haber otorgado.

e) Se conserva el derecho de sufragio activo.

f) Por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 655 CC, conforme al cual el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.

**Designación de curador.**—El segundo motivo del recurso de casación se funda en infracción de los artículos 223 y 234.1 CC interpretados en relación con la Convención de Derechos de la persona con discapacidad. Pero el motivo debe ser desestimado.

1. Según el artículo 234.1.º CC (aplicable al nombramiento de curador dada la remisión del art. 291 CC), para el nombramiento de curador se prefiere en primer lugar al designado por el propio interesado conforme al párrafo 2.º del artículo 223 CC. Por tanto, la voluntad expresada en escritura pública dirigida a designar a una persona para que, en caso de una futura modificación judicial de la capacidad, se le encomiende la función de prestar los apoyos que proceda (art. 223) debe ser respetado por el Juez, que solo motivadamente puede apartarse de las preferencias expresadas por el interesado cuando su propio beneficio así lo exija. Así resulta del artículo 234, II CC Sobre la exigencia de motivar adecuadamente un nombramiento que se aparte del orden legal se ha pronunciado en las sentencias de 1 de julio de 2014 y 19 de noviembre de 2015. De forma específica, sobre la motivación necesaria para apartarse de la designación hecha por el interesado en escritura pública, se han pronunciado también las sentencias de 17 de julio de 2012 y 3 de junio de 2016.

Junto a la autotutela, no hay que descartar, además, que si la persona afectada por discapacidad está en condiciones de hacerlo, exprese su predilección acerca de quien prefiere que asuma el cargo de tutor o curador en el mismo momento en el que se va a proceder a su nombramiento.

Una lectura de nuestro Derecho con arreglo a los principios de la Convención de Nueva York conduce fácilmente a esta interpretación. De una parte porque el Juez debe oír a aquel cuya tutela o curatela se pretenda constituir (art. 231 CC y art. 45.2 LJV de 2 de julio de 2015), y de otra porque conforme al artículo 12.4 de la Convención, las salvaguardias que se adopten «asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona».

Esta manifestación de voluntad expresada en el momento de constitución de la tutela o la curatela no tiene la eficacia de la autotutela otorgada previamente en escritura pública, pero puede ser relevante como un criterio que permita al Juez apartarse motivadamente del orden legal establecido para el nombramiento de tutor y curador. Por ejemplo porque, en atención a las circunstancias, resulta beneficioso para el interés de la persona con discapacidad que el apoyo sea prestado por una persona de su confianza y cariño, de modo que su interés quede protegido de manera más adecuada siguiendo sus preferencias. Para reconocer la eficacia de esta voluntad basta con que la persona goce de la capacidad suficiente para manifestar tal preferencia.

2. En el caso que da lugar al presente recurso, D. Leopoldo no ha otorgado una escritura de autotutela en la que designara a la persona de tutor para el caso de que se limitara su capacidad en un futuro. En el procedimiento de

modificación judicial de la capacidad, expresó, en primera instancia, que quería que fuera tutora su hermana, lo que el Juzgado descartó en atención a que no parecía adecuada una persona que negaba la enfermedad diagnosticada. Atendiendo al criterio de la esposa y cuatro hijos de D. Leopoldo, la sentencia de primera instancia nombró tutor al hijo mayor y el nombramiento es mantenido por la sentencia recurrida.

La sentencia recurrida no se aparta del criterio de la de primera instancia y descarta designar para el cargo de tutor a alguna de las personas que se proponen en el escrito de interposición del recurso (la hermana, la sobrina, la hija de D. Leopoldo) por varias razones. Tiene en cuenta, en primer lugar, que este descartó en su comparecencia ante el Tribunal la idea que había manifestado previamente en el juicio de primera instancia acerca del nombramiento de su hermana o de su sobrina y manifestó, en cambio, su preferencia por el nombramiento de su hija. Producido ese «abandono tácito», como califica la sentencia a esta modificación en la preferencia, se añade, «nada justifica que se altere una decisión aceptada y asumida por el grupo familiar, esposa e hijos de D. Leopoldo, cuando además es precisamente D. Victorio, mayor de los hermanos, quien tiene su residencia más próxima al domicilio familiar de sus padres, siendo precisamente la propuesta por D. Leopoldo –su hija Loreto– quien por ser la más alejada del domicilio familiar –reside en la Coruña–, tendría mayores dificultades prácticas para el ejercicio y desempeño del cargo».

Es decir, la sentencia recurrida no prescinde de la voluntad de D. Leopoldo porque no se identifica una preferencia clara e inequívoca de designar tutor alterando el orden legal (en la apelación descarta a la hermana y a la sobrina). También porque considera que el nombrado en primera instancia, uno de los hijos, propuesto por los familiares directos (todos los hijos y esposa, que sería la primera llamada en ausencia de autotutela) es el más idóneo. Y motiva esta idoneidad en atención a las circunstancias del caso, en particular la menor distancia al domicilio de sus padres y, por contra, la mayor distancia de la hija, lo que supondría mayores dificultades para el desenvolvimiento del cargo.

El motivo es desestimado. No existiendo una manifestación de voluntad terminante del interesado dirigida a alterar el orden del llamamiento legal, la sentencia recurrida, atendiendo al interés de la persona con discapacidad, motiva quién es entre las personas llamadas por la ley, la más idónea para ejercer el cargo.

Habida cuenta de la estimación del primer motivo, se nombra a D. Victorio para el cargo de curador, quien deberá ejercer su cargo con sujeción a las disposiciones legales y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal. Dado que la enfermedad que padece D. Leopoldo puede evolucionar, cada seis meses o antes si fuera necesario, el curador deberá informar en el Juzgado que ha conocido de este asunto sobre su situación personal. Igualmente deberá rendir cuentas anuales de su gestión a fecha 31 diciembre de cada anualidad. Dicha relación consistirá en una relación detallada de los gastos e ingresos acaecidos en su patrimonio, relación que deberá ir acompañada de documentos originales justificativos de los mismos. **(STS de 16 de mayo de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. M.<sup>a</sup> de los Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.–La abundante jurisprudencia recaída a partir de 2006 ha hecho ver la gran variedad de situaciones fácticas que puede abarcar la discapacidad, así como la –en ocasiones– lenta adapta-

ción de los Tribunales de instancia a las nuevas perspectivas del Convenio de Nueva York La presente resolución estimatoria del recurso, después de una cuidadosa –mejor aun: meticulosa– valoración de la abundante prueba, sirve para enriquecer la doctrina jurisprudencial mostrando nuevos caminos interpretativos, a mi juicio acertados. En mi extracto a la sentencia de 20 octubre 2015 (relativa a una enferma adicta a las drogas que interrumpe su tratamiento) puede verse, en síntesis, la evolución doctrinal y jurisprudencial del tema (ADC, abril-junio 2017, p. 889-894). De nuevo: ¿Para cuándo la necesaria reforma codicial que elimine los riesgos del necesario e ineludible «parcheo» jurisprudencial? (G. G. C.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**6. Deber de información de la entidad financiera en la comercialización de productos financieros complejos con clientes no profesionales.**—La normativa del mercado de valores, aplicable con anterioridad a la transposición de la Directiva MiFID, impone a las entidades de inversión el deber de facilitar a los clientes una información clara, correcta, precisa y suficiente del producto financiero. El deber de información se acentúa particularmente respecto del riesgo que se asume al contratar el producto, las circunstancias de las que depende y los operadores económicos a los que se asocia tal riesgo. La entidad debe asegurarse mediante una explicación clara de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto, siendo insuficiente la mera lectura del documento para dar adecuado cumplimiento al deber de información en la contratación de productos complejos. Corresponde a la entidad la iniciativa de informar y no a los clientes buscar un asesoramiento experto para conocer qué concreta información deben requerir a la entidad.

**Incumplimiento del deber de información y error vicio del consentimiento.**—El incumplimiento de los deberes de información sobre elementos esenciales, como los riesgos asumidos y el coste de la cancelación, permite presumir, con carácter *iuris tantum*, la concurrencia de error vicio en el consentimiento prestado (así también la STS 20 de enero de 2014). Se protege la confianza depositada en la información que suministra quien legalmente está obligado a informar de forma veraz, exacta y en defensa de los intereses de la clientela. Por ello, tiene carácter excusable el error del cliente que deriva de un incumplimiento del deber de información sobre circunstancias determinantes del riesgo del producto contratado.

**Doctrina de los actos propios y confirmación de contratos viciados por error en el consentimiento.**—La Sala 1.<sup>a</sup> reitera la doctrina de la sentencia de 23 de noviembre de 2016, según la cual no constituyen actos inequívocos de una voluntad tácita de confirmación o convalidación del contrato ni la aceptación de liquidaciones positivas, ni el pago de saldos negativos, ni la cancelación anticipada, ni tampoco el encadenamiento de sucesivos contratos. Dado que inicialmente no se tiene conocimiento del error vicio, no puede apreciarse una voluntad inequívoca de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad por el hecho de recibir las liquidaciones positivas. Tampoco el cumplimiento del contrato en sus términos, mediante el pago de los saldos negativos, para evitar la resolución por incumplimiento, supone un acto volitivo de confirmación del contrato.

**Dies a quo para el ejercicio de la acción de nulidad por error vicio en contratos de tracto sucesivo.**—El *dies a quo* para lograr la restitución derivada de la nulidad por error vicio se sitúa en el momento de la consumación del contrato, lo que en las relaciones contractuales complejas se produce al conocerse la existencia del error o dolo. En los contratos de permutas de tipo de interés concertados como cobertura del interés variable de un préstamo, el momento de conocimiento del error se sitúa en la primera liquidación negativa. (STS de 9 de junio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Los demandantes, D. Carlos y Dña. Azucena, tras haber concertado un préstamo hipotecario con Bankinter S. A., suscribieron con la misma entidad un contrato de intercambio de tipos/cuotas por cinco años. Si bien las primeras veinticuatro liquidaciones fueron positivas, después se sucedieron las liquidaciones negativas. D. Carlos y Dña. Azucena interpusieron demanda solicitando la declaración de nulidad y la restitución de las cantidades alegando que se produjo un incumplimiento por parte de la entidad del deber de información que determinó que contratasen el producto financiero en la creencia de que se trataba de un seguro. En primera instancia se aprecia la concurrencia de error vicio y se estima la demanda, condenándose a la entidad bancaria a la devolución de las cantidades. La Audiencia, en cambio, estima el recurso de apelación interpuesto por Bankinter, revoca la sentencia de instancia y absuelve al banco porque aprecia la caducidad de la acción. El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia y confirma íntegramente la dictada en primera instancia. (V. N. C.)

**7. Confirmación del contrato de permuta financiera y doctrina de los actos propios.**—El contrato de permuta suscrito mediando un vicio del consentimiento como el error, no se entiende convalidado o confirmado por el pago de los saldos negativos, por el encadenamiento de diversos contratos, por la cancelación anticipada, ni por la suscripción de una póliza de crédito para hacer frente a las liquidaciones negativas. Señala el Tribunal Supremo que estas conductas no constituyen actos propios vinculantes porque no son la manifestación de un acto volitivo de renuncia a la acción que, por el contrario, exigiría conocer de forma precisa el alcance del error. Este pronunciamiento va en la misma línea que las sentencias de 23 de noviembre de 2016 y de 17 de febrero de 2017. (STS de 2 de junio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La parte demandante, Dafi Nuevos Horizontes S. L., suscribió con Banco Popular Español S. A. un contrato marco de operaciones financieras para, a continuación, suscribir dos contratos de permuta financiera de tipos de interés con nocional de 200.000 € y 50.000 €. Con posterioridad, los contratos de permuta financiera son cancelados y sustituidos por otros dos con idénticos capitales. Tiempo después, estos contratos también se cancelan y se suscriben los dos nuevos contratos de permuta financiera por las mismas cantidades. La demandante presenta una reclamación contra la entidad bancaria cuando comienzan a producirse las liquidaciones negativas

y manifiesta haber sido engañada en la contratación del producto. Para hacer frente al pago de las liquidaciones suscribe una póliza de crédito y, tras presentar nuevas quejas contra la entidad instando la nulidad de los contratos, interpone acción de nulidad por existencia de error vicio en el consentimiento y, en su caso, inexistencia de causa contractual. En primera instancia se estima íntegramente la demanda porque se considera acreditado que no se facilitó en la fase precontractual una información suficiente (no se informó de las consecuencias que tendría una bajada de los tipos de interés y la información carecía de ejemplos o simulaciones respecto del coste de cancelación anticipada del producto). En segunda instancia, la Audiencia estima el recurso de apelación porque, a su juicio, firmar sucesivas permutas financieras, soportar las liquidaciones negativas y suscribir una póliza de crédito destinada a atender los cargos derivados de la permuta financiera son actos incompatibles con la acción de nulidad. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y confirma la sentencia de instancia. (V. N. C.)

**8. Cláusula suelo. Falta de transparencia. Desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor. Nulidad de la cláusula.**—La falta de transparencia no supone sin más que la cláusula sea desequilibrada y que el desequilibrio que conlleva sea importante en perjuicio del consumidor, pero en el caso, si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible, en la realidad los riesgos de la oscilación del tipo mínimo de referencia, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como «variable». Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza. (STS de 9 de mayo de 2013). Es verdad que la falta de transparencia no implica *per se* el desequilibrio, ya que esa falta de transparencia puede ser excepcionalmente inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente. Sin embargo, esto no sucede en el supuesto de las llamadas «cláusulas suelo». La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con «cláusula suelo» en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (SSTS de 24 de marzo y de 29 de abril de 2015).

**El desequilibrio sustancial debe estar referido al equilibrio subjetivo de precio y prestación.**—El desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor no puede referirse al equilibrio objetivo entre precio y prestación, que escapa al control judicial, sino al subjetivo, es decir, tal y como se lo representó el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. Así, el juicio sobre la incompatibilidad con las exigencias de la

buena fe no se centra en que la entidad financiera que introdujo la cláusula tuviera o no previsiones muy certeras acerca de la evolución a la baja de los tipos de interés, sino en si «podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual» (STJUE de 26 de enero de 2017, asunto Banco Primus). En este sentido, es difícil que, a la vista del contenido de la cláusula suelo, que comporta para el consumidor que no pueda beneficiarse de la bajada de los tipos de interés una vez alcanzado el suelo, le hubiera resultado indiferente su inclusión en el contrato si hubiera existido una negociación individual.

**Efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.**

**Doctrina jurisprudencial.**—La controversia acerca de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo ha quedado resuelta por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asunto Gutiérrez Naranjo), que ha determinado un cambio en la jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS de 24 de febrero de 2017. La citada sentencia del TJUE ha considerado que la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la STS de 9 de mayo de 2013, se opone al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de este tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013. Dicha jurisprudencia nacional solo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hubieran celebrado este contrato con anterioridad a la fecha del pronunciamiento judicial. Esta protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE. Así pues, la decisión de la sentencia recurrida de confirmar, una vez declarada la nulidad de las dos cláusulas suelo por su carácter abusivo, la condena a devolver todas las cantidades que se habían cobrado indebidamente en aplicación de dicha cláusula suelo, es correcta. (**STS de 25 de mayo de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

**HECHOS.**—Cada uno de los dos matrimonios demandantes suscribieron con la misma entidad bancaria un contrato de préstamo hipotecario con interés variable a partir del primer año, cifrado en el Euribor más un diferencial del 0,55% y 0,60%, respectivamente. Entre las estipulaciones se añadió una cláusula suelo por la que se impedía que el interés nominal aplicable fuese inferior al 3,75%, para uno de los contratos, y 3,95%, para el otro; y en ambos casos se estableció como techo que no sería superior al 15%. Los prestatarios presentaron conjuntamente una demanda en la que pidieron que se declarara la nulidad de la cláusula suelo indicada por considerarla abusiva. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda al considerar que existía una absoluta falta de reciprocidad, pues la limitación al alza era totalmente desproporcionada, sin que existiera equivalencia económica entre las obligaciones que asumía cada parte. La Audiencia Provincial de Orense desestimó el recurso de apelación al entender que, de acuerdo con la jurisprudencia en la materia, las cláusulas controvertidas no pasaban el

control de transparencia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la entidad demandada.

NOTA.—Esta Sentencia, junto a alguna otra anterior, principalmente la STS de 9 de marzo de 2017, retoma la tesis inicial del Tribunal Supremo de configurar el control de transparencia como un requisito previo para poder entrar a conocer de la abusividad de una cláusula que definiera el objeto principal del contrato o la adecuación entre el precio y contraprestación que, de otra forma, estaría excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE (art. 4.2). Así lo había establecido en la STS de 9 de mayo de 2013. Criterio que posteriormente se vio alterado en siguientes decisiones, como fueron las SSTS de 24 y 25 de marzo y de 29 de abril de 2015, en las que se pasó a utilizar el control de transparencia como un auténtico control de abusividad, en el sentido de entender que la propia falta de transparencia implicaba en sí misma un desequilibrio consistente en la imposibilidad del cliente de comparar distintas ofertas. Sin embargo, primero en la STS de 9 de marzo de 2017, y ahora con esta STS de 25 de mayo de 2017, el Alto Tribunal recupera la configuración del control de transparencia original, en tanto que requisito previo para entrar a valorar la abusividad de una cláusula relativa al precio y no como equivalente a abusividad en sí misma. Probablemente, el retorno al criterio originario se deba a la STJUE de 26 de enero de 2017 (caso Banco Primus, C-421/2014), que se cita en estas decisiones, y que impuso el examen de abusividad con posterioridad al control de transparencia, y no como resultado automático de su ausencia (v. AGÜERO ORTIZ, A. «Cláusula suelo transparente por quedar probado que el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿Existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento? Comentario a la STS de 9 de marzo de 2017 (JUR 2017\55055)». *CESCO*, 21, 2017, pp. 3 a 5; MARÍN NARROS, H. D. «Retroactividad, cosa juzgada, consideración de la condición de consumidor y superación del control de transparencia en los casos de cláusulas suelo según la doctrina contenida en las STJUE de 21 de diciembre de 2016, SSTS de 18 de enero de 2017, de 30 de enero de 2017, de 24 de febrero de 2017, de 9 de marzo de 2017 y ATS de 4 de abril de 2017». *RCDI*, 763, 2017, p. 2793). Esta tesis de «abusividad ponderada», es decir, de la necesidad de evaluar la existencia o no de abusividad una vez comprobada la falta de transparencia, es la más extendida en la actualidad en la interpretación que la doctrina alemana hace del § 307.1 BGB, cuyo influjo en la propia redacción de la Directiva 93/13 está fuera de toda duda y que puede determinar una relectura de la norma comunitaria conforme a una norma nacional que es incluso posterior a la propia Directiva (al respecto, v. CÁMARA LAPUENTE, S. «Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo». *Indret*, 1, 2017, pp. 14 y 15). (L. A. G. D.)

**9. No reconocimiento, con carácter general, de la cláusula *rebus* en el ordenamiento español.**—Si bien el legislador español se ha ocupado en supuestos concretos y puntuales de la revisión de los contratos o ha permitido

la exoneración del pasivo insatisfecho por el deudor (art. 178 bis LC), no existe en Derecho español una formulación legal de la doctrina de la *rebus* ni tampoco una regla general que permita al deudor liberarse de sus obligaciones cuando empeora su situación económica.

**Imposibilidad sobrevenida, deudor dinerario y dificultad para obtener financiación para cumplir un contrato.**—La imposibilidad sobrevenida no culpable que hace imposible el cumplimiento del contrato por caso fortuito y libera al deudor en caso de pérdida sobrevenida de la cosa específica que debía entregar (art. 1182 CC) o en caso de imposibilidad objetiva de la prestación de hacer (art. 1184 CC) no es aplicable a las deudas de pago de dinero.

Como regla general en el ordenamiento español, la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir un contrato es un riesgo del deudor, quien no puede exonerarse alegando que no cumple sus obligaciones contractuales porque se han frustrado sus expectativas de financiarse. Excepcionalmente, el deudor puede recurrir a tal imposibilidad cuando sea la otra parte —vendedora— la que haya asumido el riesgo de la financiación, por ejemplo, asumiendo el compromiso de la financiación por un tercero o vinculando la eficacia del contrato principal a esta financiación. (STS de 13 de julio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María Angeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El 21 de septiembre de 2007 el matrimonio compuesto por A y B suscribieron un contrato privado de compraventa con C y D, actuando estos últimos como vendedores. Dicho contrato se celebró con la intermediación de la entidad E, cuyos honorarios (9.000 euros) se comprendían en el importe total a abonar por A y B como precio de compra (328.000 euros). En ese mismo acto los compradores entregaron a los vendedores 13.500 euros, de los cuales 3.500 fueron a parar a E. Para el pago de esta cantidad, los compradores suscribieron el mismo día 21 de septiembre un contrato de préstamo personal con la Caja Z por importe de 15.000 euros a reintegrar en 10 años.

Según el contrato, otros 15.000 euros serían entregados por los compradores como máximo el 28 de septiembre de 2007, recibiendo los vendedores 10.000 euros y E 5.000 en concepto de honorarios. Para el pago de esta cantidad A y B celebraron otro contrato de préstamo, el 24 de septiembre de 2007, con la Caja Y por importe de 16.000 euros.

Por último, los restantes 229.000 se entregarían en la fecha de otorgamiento de la escritura. El mismo contrato incorporaba una cláusula según la cual, si los compradores desistían o incumplían cualquiera de sus obligaciones o no abonaban los pagos al vencimiento, perderían las cantidades entregadas reteniéndolas los vendedores en concepto de indemnización.

El 24 de marzo de 2010 A interpuso demanda frente a C, D y E instando la resolución del contrato de compraventa y la condena a C y D a restituir la cantidad de 20.000 euros recibida a cuenta de dicha compra; y a E a hacer lo propio con la suma de 9.000 euros más el IVA correspondiente y los intereses legales, así como una indemnización de 5.000 euros.

Como se ve, la demanda se dirigía contra dos partes distintas. Así, (i) para fundar la pretensión frente a E —la entidad intermedia-

ria— A argumentó que incumplió lo pactado, pues se comprometió verbalmente a solicitar y conseguir un préstamo hipotecario para financiar el precio total de la compra cuando únicamente habría logrado dos préstamos personales, que habría presentado como «créditos puente» y que solo sirvieron para el pago de sus honorarios; y (ii) para accionar contra C y D, como vendedores, sostuvo que A y B trataron de obtener financiación por su cuenta, pero que dada la adversidad de la coyuntura económica no lo consiguieron, por lo que ni habrían desistido ni incumplido el contrato.

El 31 de marzo de 2010 B interpuso demanda contra los mismos demandados y con pretensiones semejantes que se acumuló a la inicial de A.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda en su integridad por considerar, en lo atinente a la compraventa, que había existido un incumplimiento contractual solo atribuible a los demandantes. Respecto a la acción frente a E, el juzgado consideró que esta entidad cumplió su obligación de poner en contacto a las partes, naciendo su derecho a remuneración con la perfección del contrato.

La Audiencia provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y revocó la sentencia de instancia, declarando resuelto el contrato de compraventa y condenando a C y D a restituir a A y B 20.000 euros entregada a cuenta del precio. La sentencia tuvo en cuenta datos como la reducción de ingresos de uno de los compradores tras la perfección del contrato, que otra entidad financiera había realizado previamente un estudio positivo para la concesión del crédito y después lo denegó, y que difícilmente otra entidad habría financiado la adquisición a partir de 2008. Asimismo, tuvo en cuenta que los vendedores, tras la demanda, enajenasen la vivienda a un tercero. (A. I. R. A.)

**10. Contrato de obra. Aplicación de la Ley 3/2004, de 29 diciembre, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, con relación a la naturaleza y alcance de la limitación temporal dispuesta para el plazo de pago: control de abusividad.**—En primer lugar, el carácter imperativo para las partes de la limitación temporal establecida para el plazo del pago, en la presente ley, comporta que todos aquellos pactos que exceden de dicho límite temporal resulten nulos de pleno derecho por contravención de lo dispuesto en la norma imperativa (art. 6 CC). En segundo lugar, de acuerdo con lo señalado, el control de abusividad, previsto en el artículo 9 de esta ley, opera, necesariamente, dentro del plazo marcado por la limitación temporal, pues más allá del mismo la sanción contemplada no es otra que la nulidad del pacto por ser contrario a la norma imperativa. (STS de 19 de mayo de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—El actor, titular de un negocio dedicado al movimiento de tierras y excavaciones, y subcontratista de la obra objeto del litigio, interpuso una demanda contra la contratista principal y adjudicataria de la obra, en la que reclamó el pago de 65.657,56 euros, más los intereses legales, con base en las facturas emitidas y

los trabajos realizados. De igual forma, dirigió su demanda contra el propietario de la obra, por la misma cantidad y por la vía de la responsabilidad solidaria en aplicación del artículo 1597 CC. En la demanda, solicitó la declaración de nulidad por abusivas de las cláusulas contractuales que determinaban plazos superiores a los previstos en la Ley 3/2004, de 29 diciembre, *de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*. El juzgado y la audiencia desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el actor y estimó la demanda, si bien en la cantidad de 57.970,45, más los intereses legales. (I. D.-L.)

**11. Garantía a favor de tercero: carácter oneroso o gratuito.**—Tradicionalmente se ha venido considerando que la garantía a favor de un tercero puede constituirse a título gratuito o a título oneroso. La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspondiente a la concesión de este y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspondiente conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero.

**Constitución de hipoteca: carácter oneroso o gratuito.**—En el caso de constitución de una hipoteca para garantizar una deuda ajena, para determinar cuándo la causa es onerosa o gratuita, se ha de tener en cuenta si la concesión de la garantía es contextual a la concesión del crédito garantizado. Cuando la concesión de la garantía es contextual, se entiende que no lo es a título gratuito. En realidad, se trata de una presunción, porque cabría contradecirla si se acreditara que la garantía fue prestada del todo espontáneamente, de modo que el crédito habría sido concedido sin ella. Por el contrario, cuando la garantía se hubiera concedido después del nacimiento de la obligación, y por ello no fuera contextual, debe entenderse que la causa es la mera liberalidad, salvo, lógicamente, que se acredite que la garantía se prestó a cambio de una contraprestación o ventaja.

**Concursal. Prestación de garantía: presunción de perjuicio.**—La prestación de una garantía, personal o real, podría considerarse acto de disposición a título gratuito, y por lo tanto podría estar afectada por la presunción de perjuicio, siempre y cuando se estimara que la causa fue la mera liberalidad: se presume de forma absoluta este perjuicio (*iuris et de iure*) cuando se trata de un acto o contrato otorgado a título gratuito por el concursado.

**Concursal. Prestación de garantía: rescisión por perjudicial para la masa.**—La concesión de la garantía pueda ser rescindida si se estima perjudicial para la masa, esto es, si no se acredita que el sacrificio patrimonial que suponía la hipoteca, en cuanto que reducía el valor del activo gravado, estaba justificado. En consecuencia, habrá que valorar si ha existido alguna atribución o beneficio patrimonial en el patrimonio del garante que justifique razonablemente la prestación de la garantía. Teniendo en cuenta que no ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa, como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía, también, puede ser

un beneficio patrimonial indirecto. (STS de 27 de junio de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La mercantil M., S. A. fue declarada en concurso de acreedores en 2012, la totalidad de su capital social era titularidad de T. A., S. L. entre ellas se formalizaron en 2011 varias relaciones contractuales, entre otras, un préstamo con garantía hipotecaria y afianzamiento, a favor de T. A., S. L., prestado por M., S. A. quien además constituyó una hipoteca a favor de la entidad prestamista sobre una finca de su propiedad. Además, M., S. A. se constituyó, en fiador solidario del prestatario, renunciando a los beneficios de orden, excusión y división. En otras ocasiones, T. A., S. L. había garantizado los préstamos y créditos que eran concedidos a M., S. A. La Administración concursal de M., S. A. solicitó al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo la rescisión concursal de la constitución de hipoteca y del afianzamiento realizados entendiendo que las garantías debían conceptuarse como realizadas a título gratuito, por lo que operaba la presunción de perjuicio del artículo 71.2 LC, que no admite prueba en contrario, por ser a título gratuito ya que M., S. A. no percibió ninguna contraprestación por la concesión de la garantía. La sentencia de instancia desestimó la demanda, pues teniendo en cuenta que T. A., S. L. era titular de la totalidad del capital social de M., S. A., no puede sostenerse la naturaleza gratuita de las operaciones en tanto en cuanto existen operaciones previas a la hipoteca en las cuales T. A., S. L. afianza solidariamente préstamos de M., S. A. sin aparente contraprestación. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la mercantil M., S. A., la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Asturias, desestimó el recurso de apelación confirmando la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**12. Compraventa de parcelas, aptas para urbanizar: interpretación literal del contrato: artículo 1281 CC.**—Afirma la recurrente que la sentencia de apelación hace una interpretación del objeto de los contratos de compraventa y de la finalidad o expectativa que con su celebración perseguía Gestur que choca abiertamente con el sentido literal de lo pactado por las partes en dichos contratos (escrituras de 4 de noviembre de 2005 y 23 de junio de 2006), lo que supone desconocer el mandato contenido en el artículo 1281 CC. Refiere cómo la Audiencia Provincial dice que se transmitieron las parcelas catastrales números 1, 2 y 3, y que la colindancia y la contigüidad de todas las fincas fue fundamental para alcanzar el acuerdo de reserva, constituyendo dicha colindancia y contigüidad para Gestur el elemento esencial y determinante de ese negocio, y, por ende, de las compraventas; y concluye que las participaciones indivisas transmitidas sobre las fincas números 4 a 7, son inhábiles para la finalidad perseguida por la apelante, frustrándose la expectativa perseguida por Gestur con la firma de los contratos para la satisfacción de sus intereses, que según la propia sentencia consistiría en el desarrollo o transformación urbanística del suelo.

En el anterior Fundamento 4.º ya se puso de manifiesto cómo la sentencia recurrida considera razonadamente que la inclusión en el terreno objeto

de la venta de las parcelas señaladas y la colindancia entre las fincas resultaba un elemento esencial para la compradora. A tal conclusión se llega con estricto cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 1281 CC, ya que el mismo sólo reduce la labor interpretativa al sentido literal de las cláusulas cuando ellas contienen y permiten deducir la completa intención de los contratantes que en realidad se constituye como primer elemento de interpretación, pues la literalidad sólo prevalece cuando es fiel reflejo de dicha intención. Por otra parte esta Sala tiene declarado con reiteración que la labor de interpretación de los contratos corresponde a los tribunales de instancia, sin que deba ser revisada por este Tribunal al quedar fuera del ámbito del recurso extraordinario, cuya función primordial consiste en corregir infracciones jurídicas sustantivas y no apreciaciones sobre el sentido de un contrato y las obligaciones que quisieron incorporarse al mismo, fuera de aquellos casos flagrantes en que se ponga de manifiesto que la interpretación ha sido ilógica, arbitraria o absurda. No ocurre así en el presente caso, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

**No hay infracción del artículo 1282 CC.**—Considera la recurrente que la obligada aplicación del artículo 1281 CC excluía la posibilidad de tomar en consideración otros criterios interpretativos distintos a los de la mera interpretación literal, afirmando que el artículo 1282 CC ha sido aplicado incorrectamente, al haber tomado en consideración el tribunal un hecho posterior que no constituye propiamente un «acto de los contratantes» y haberse basado además en un acto de los mismos que, siendo anterior, no podía reputarse hábil para juzgar sobre su intención.

Pero la parte comienza así haciendo supuesto de la cuestión ya que la improcedencia de acudir a otros elementos interpretativos distintos del literal únicamente encuentra explicación en el caso de que se acepte plenamente la interpretación que dicha parte sostiene, sin posibilidad de entender —como ha hecho el tribunal— que es necesario acudir a otros medios para averiguar la verdadera intención de los sujetos del contrato.

Esta Sala ha declarado en relación con el artículo 1282 CC que «el silencio de la norma sobre el valor interpretativo de los actos anteriores a la celebración del contrato no ha significado obstáculo para que se admita el mismo, ya que la norma no los excluye y, de hecho, la expresión «principalmente» referida al comportamiento coetáneo y posterior, supone la admisión implícita de la posibilidad de tenerlos en cuenta —en este sentido, las sentencias de 8 de marzo de 2000, y 29 de abril de 2008— pese a que, como ha puesto de relieve la doctrina, se trata de una «voluntad contractual aún itinerante» (sentencia de 8 de mayo 26 de noviembre de 2012. El hecho posterior es la sentencia de 19 de marzo de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Las Palmas de Gran Canaria, que a su juicio no puede conceptuarse a los efectos del artículo 1282 CC como «acto de los contratantes»). Pero no es así, ya que lo que la Audiencia Provincial toma en consideración es que en el procedimiento judicial que dio lugar a esta sentencia de uno de los vendedores aludió a la coincidencia entre las fincas registrales núms. 4 a 7 y las parcelas números 1, 2 y 3. De otro lado resulta perfectamente adecuado en orden a averiguar la intención de los contratantes, en cuanto a la determinación del objeto del contrato, aludir al pacto previo de reserva y resulta determinante que en los propios contratos se diga que «a efectos de identificación catastral las cuatro fincas registrales integran las parcelas números 1, 2 y 3 del plano». En consecuencia no cabe afirmar que se haya vulnerado lo dispuesto por el artículo 1282 CC.

**Infracción del artículo 1124 CC y errónea aplicación de la jurisprudencia sobre el incumplimiento contractual.**—Alega la recurrente que la sentencia impugnada viene a estimar el recurso de apelación por entender que se transmitieron las parcelas catastrales números 1, 2 y 3, y que la colindancia y contigüidad de todas las fincas era fundamental para alcanzar el acuerdo de reserva, constituyendo dicha colindancia y contigüidad para Gestur, «el elemento esencial y determinante de ese negocio» y, por ende, de las compraventas; y concluye que las participaciones indivisas transmitidas sobre las fincas números 4 a 7 «son inhábiles para la finalidad perseguida por la apelante», frustrándose la expectativa perseguida por Gestur con la firma de los contratos para la satisfacción de sus intereses que, según pone de manifiesto la sentencia, consistirían en el desarrollo o transformación urbanística del suelo. Sostiene que aun cuando hubiera existido incumplimiento, en ningún caso podría tener el carácter de esencial que le atribuye la sentencia impugnada ni, consecuentemente, podría tener trascendencia resolutoria, de conformidad con la doctrina jurisprudencial sentada a tales efectos.

Esta Sala se ha referido —para caracterizar el incumplimiento con carácter de esencialidad— a los supuestos de obligaciones accesorias o complementarias (sentencias de 12 de abril y 1 de octubre de 2012) y singularmente se ha tratado en relación con el cumplimiento del plazo establecido para satisfacer la prestación debida (sentencia 25 de mayo de 2016, entre otras). En el supuesto de que el incumplimiento se refiera al propio objeto del contrato, que no reúne las condiciones o características pactadas, la regla general es que haya de calificarse como esencial dicho incumplimiento ya que rompe la equivalencia de las prestaciones según lo pactado y no puede ser obligado un contratante a recibir un objeto que no tiene las condiciones pactadas. Así sucede en el artículo 1469 CC cuando hay defecto de cabida de los inmuebles.

En el supuesto presente se trata de la frustración para la parte compradora del fin del contrato en cuanto no podía dedicar lo adquirido al destino previsto, que era conocido de ambas partes. Dice al efecto la sentencia recurrida que las participaciones en las fincas números 4 a 7 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Las Palmas que fueron vendidas a «Gestión Urbanística Las Palmas SA», son inhábiles para la finalidad perseguida por la apelante, que desconoce ahora incluso dónde en realidad se hallan; la recurrente esperaba para la satisfacción de sus intereses, que las fincas se correspondieran con las parcelas números 1, 2 y 3 del Catastro; la frustración de su expectativa supone un incumplimiento de los contratos de compraventa que autoriza su resolución conforme al artículo 1124 CC.

**Aliud pro alio.**—Se trata de un incumplimiento esencial que, a veces, la doctrina y la jurisprudencia califican de *aliud pro alio* dado que es tal la diferencia e inadecuación de lo entregado a lo efectivamente pactado que viene a equivaler a la entrega de una cosa distinta y determina un incumplimiento que permite a la parte perjudicada optar por la resolución del contrato, como ha sucedido en el caso presente (sentencia 20 de noviembre de 2012, entre otras). **(STS de 24 de mayo de 2017; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

**HECHOS.**—Hay una demanda inicial presentada por un grupo de vendedores de parcelas de terreno contra GESTUR, la empresa compradora reclamando el exceso de cabida de determinadas fincas enajenadas mediante respectivos contratos celebrados en escritura pública el 4 de noviembre de 2005 y 23 de junio de 2006. La deman-

dada se opone y reconviene solicitando la nulidad de tales contratos. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Las Palmas estimó íntegramente la demanda en sentencia de 22 de abril de 2013 y desestimó la reconversión. Tras algún episodio procesal de acumulación de acciones, la sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas, el 3 de diciembre de 2014 dictó sentencia de apelación revocando la sentencia recurrida, desestimando la reconversión, y estimando en parte la acción de los compradores declarando la resolución de los contratos mencionados, devolviendo las partes las prestaciones recibidas con abono de intereses, estimando en parte la reconversión de Gestur sin imposición de costas a ninguna de las partes. La parte inicialmente actora interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, rechazado en todos sus motivos, y de casación, que también se desestima. (G. G. C.)

**13. Entrega de la edificación y obtención de licencia de primera ocupación.**—No puede considerarse entregada la edificación construida si la entrega física no se ve acompañada de la obtención, por el vendedor-promotor, de la licencia de primera ocupación, toda vez que para que la entrega sea de utilidad para la compradora se requiere haber obtenido dicha licencia. La obtención de licencia de primera ocupación no constituye un aspecto administrativo accesorio. Antes bien, en la actual realidad social se erige como un elemento determinante de que una edificación —sea local de negocio o vivienda— carezca de red de saneamiento o de abastecimiento de agua.

**La falta de obtención de licencia de primera ocupación constituye una causa del incumplimiento imputable al vendedor.**—No puede considerarse que el incumplimiento del vendedor-promotor de su obligación de obtener la licencia de primera ocupación no le sea imputable subjetivamente por la actuación del ayuntamiento, como tercero. La no imputación de responsabilidad al vendedor debe responder a causas imprevisibles e inevitables por ella en el momento de contratar. El plazo de entrega de las viviendas se fija por el vendedor-promotor que es un profesional de la construcción y que debe conocer las dificultades propias de la actividad, estando obligado a prever las circunstancias y a asegurarse de poder cumplir sus compromisos, fijando un plazo de entrega razonable y adecuado a tales eventualidades.

**El plazo de entrega es esencial aunque la adquisición de la vivienda no responda a fines habitacionales, sino especulativos.**—No puede rechazarse el carácter esencial del plazo de entrega con el argumento de que la compradora tiene la condición de sociedad inversora y su intención era revender. Aunque tuviese tal condición, en sus previsiones empresariales el plazo no se despoja del carácter esencial, pues lo tendría presente también a efectos de financiación y venta, no resultándole inocuo el retraso de un año en la entrega efectiva.

**Resolución, incumplimiento y retraso.**—La Sala 1.<sup>a</sup> reitera su doctrina referida al retraso en la entrega en relación con el interés contractual del acreedor comprador. Según esta doctrina, el mero retraso en el pago o la entrega de la cosa no siempre produce la frustración del fin del contrato, porque el retraso no se puede equiparar en todos los supuestos al incumplimiento. Es por ello que, frente al principio de conservación del contrato, la resolución se contempla como remedio excepcional, quedando facultado el acreedor para resolver cuando la conducta en que se traduce el incumpli-

miento constituya un incumplimiento esencial del contrato (arts. 1124 CC y 49.1 CISG) (*vid.* STS 736/2015, de 30 de diciembre).

Con estos mimbres, la Sala 1.<sup>a</sup> advierte del profundo sinsentido que se produciría si —en el marco de un contrato que introduce una condición resolutoria expresa rigurosa y expeditiva a favor de la vendedora, por falta de pago de cualquiera de los plazos— no se apreciase la esencialidad del incumplimiento por frustración del fin práctico del contrato ante un retraso de un año en la entrega de la edificación en condiciones de ser útil para su destino. (STS de 7 de julio de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Las sociedades A y B celebraron, el 28 de febrero de 2008, un contrato de compraventa por el que A vendía a B un inmueble terciario, perteneciente a un edificio, así como cuatro plazas de aparcamiento.

Según el contrato, el plazo de entrega de la edificación era el tercer trimestre de 2009; y la entrega se produciría una vez finalizada la obra, hecho acreditado mediante el certificado final de obra que fue emitido por la dirección facultativa el 31 de agosto de 2009. Sin embargo, en la fecha pactada para la entrega de la edificación no se había obtenido por parte de la vendedora (A) licencia de primera ocupación, por faltar la red de abastecimiento del agua y saneamiento. El 30 de noviembre de 2009, la compradora remitió un burofax a la vendedora dando por resuelto el contrato ante el incumplimiento del mismo por la segunda, por no haberse entregado la edificación durante el tercer trimestre de 2009. No fue hasta el 26 de agosto de 2010 cuando se concedió la licencia de primera ocupación.

La vendedora interpuso demanda frente a la compradora alegando incumplimiento contractual de esta. Solicitaba A la condena a B a recibir los inmuebles, escriturándolos a su favor, y a pagar el resto del precio pendiente.

B se opuso a la demanda alegando que el incumplimiento del contrato corresponde a A por no haber hecho entrega de los inmuebles en la fecha estipulada. Afirmaba que la no obtención de licencia de primera ocupación constituía un incumplimiento esencial. Con fundamento en tal incumplimiento, A formuló además demanda reconvenzional, solicitando la resolución del contrato, con condena a B a restituir las cantidades recibidas.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción. Frente a esa resolución, B interpuso recurso de apelación estimado por la Audiencia provincial. A juicio del tribunal de apelación, la obra no estaba terminada en la fecha en que se emitió la certificación de obra (31 de agosto de 2009) y, por ende, la demandada no tenía la obligación de recibirla. Y es que, aunque técnicamente pudiera considerarse terminada la obra dentro del plazo establecido para su entrega, la misma carecía de utilidad para A, pues carecía de dos servicios básicos, a saber, el abastecimiento de agua y la red de saneamiento. Por ello, consideró la Audiencia la existencia de incumplimiento de la obligación de entrega. Asimismo, a juicio de la Audiencia, el plazo estipulado para la entrega era esencial y su incumplimiento no situaba a las

partes ante un mero retraso, al ser de casi un año. De este modo, se habría frustrado el fin del contrato para la Audiencia. (A. I. R. A.)

**14. Responsabilidad de la entidad financiera ante el incumplimiento de la promotora pese a no haberse extendido aval individual.**—La póliza colectiva suscrita al amparo de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, permite a los compradores reclamar a la entidad financiera las cantidades anticipadamente abonadas en caso de no iniciarse la construcción de la vivienda o no llegar a buen fin en los plazos convenidos. Aun sin extenderse aval individualizado, el Tribunal Supremo, siguiendo la jurisprudencia sentada en la sentencia del Pleno de 23 de septiembre de 2015 (y reiterada en pronunciamientos de 22 de abril, 24 de octubre y 21 de diciembre de 2016), reconoce el derecho de los compradores a reclamar a la aseguradora o avalista la devolución de las cantidades entregadas a cuenta al promotor, sobre la base de una póliza de afianzamiento. De lo contrario, señala el Tribunal, la garantía concertada sería solo aparente y, dado que los compradores no tienen por qué saber que deben recibir un aval individualizado, se llegaría a la inadmisibles conclusión de que los derechos irrenunciables que tienen legalmente reconocidos quedarían a merced de la diligencia de la promotora.

**Pagos realizados en cuenta ordinaria.**—Las entidades financieras que, en el marco de una compraventa de vivienda regida por la Ley 57/1968, admitan el pago de los compradores en las cuentas ordinarias o especiales que el promotor tenga en la entidad, responden por el total de las cantidades ingresadas. La entidad bancaria no puede oponer como excepción al pago que los ingresos se efectuaron en una cuenta ordinaria en vez de en una especial.

**Intereses devengados.**—Los intereses que se devengan son de carácter remuneratorio y serían exigibles desde la fecha en que se ingresaron las cantidades. Sin embargo, no puede exigirse a la entidad avalista una cantidad superior a la que cabría exigir a la promotora, de modo que si los compradores se aquietaron ante una sentencia que condenó a la promotora a pagar intereses desde un momento posterior, dicho pronunciamiento también beneficia a la avalista, que solo responderá por la cantidad que después podría reclamar a la promotora. (STS de 4 de julio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Los demandantes, D. Toeófilo y Dña. Sabina, suscribieron un contrato de compraventa de vivienda con la promotora Bareo Investments S.L., acordándose en el mismo el pago por los compradores de diversas cantidades a cuenta de la promotora Bareo S.L. Por tratarse de una compraventa de vivienda no construida, las cantidades abonadas a la promotora con anterioridad a la entrega de la vivienda se garantizaron mediante la emisión de una línea de avales por la entidad financiera CajaSur. Los compradores efectúan los sucesivos pagos acordados sin que conste que todas las sumas fueran ingresadas en la cuenta especial y sin que la entidad financiera extendiese aval individualizado de cada uno de los pagos. Ante la falta de entrega de la vivienda en la fecha pactada, los compradores comunicaron a la promotora la resolución del contrato e interpusieron demanda por incumplimiento. Aunque se declaró judi-

cialmente la resolución del contrato de compraventa, la insolvencia de la promotora impidió a los compradores ejecutar la sentencia y recuperar las cantidades abonadas (73.530,40 €) con los correspondientes intereses. Es entonces cuando interponen demanda contra CajaSur, que se estima parcialmente en primera instancia, condenándose a la restitución de las cantidades cuyo ingreso en la cuenta de la entidad demandada se considera suficientemente acreditado (36.810,20 €), así como los intereses desde la fecha de interposición de la demanda. Recurrida esta sentencia en apelación por ambas partes, la Audiencia la revoca y absuelve a la entidad financiera porque aprecia falta de legitimación de los actores dado que entiende que no existía un afianzamiento a su favor. Contra esta sentencia se interpone por los demandantes recurso de casación que es estimado por el Tribunal Supremo. Se condena a la entidad financiera al pago del total de las cantidades abonadas, así como de los intereses remuneratorios que serían exigibles a la promotora. (V. N. C.)

**15. Arrendamiento urbano para uso distinto del de vivienda: Desistimiento unilateral del arrendatario sin justificación ni aceptación por parte del arrendador, y con ausencia de cláusula que otorgue al arrendatario la facultad de resolver unilateralmente el contrato o con falta de cláusula penal que permita la resolución mediante una indemnización de daños y perjuicios.**—En los casos en que estas cláusulas no existan y el arrendatario manifiesta su voluntad de terminar el arrendamiento, pero el arrendador no lo acepte y pida el cumplimiento del contrato, procede la acción de cumplimiento del contrato con condena al pago de las rentas pendientes, es decir, el pago de las rentas conforme a los vencimientos pactados en el contrato (STS de 18 de marzo de 2016). Aparte, es necesario algo más que el silencio o la no recepción de las llaves, para considerar aceptada por el arrendador la resolución unilateral del arrendatario (SSTS de 27 de septiembre de 2013 y 18 de marzo de 2016). **(STS de 16 de mayo de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La entidad arrendataria demandó al arrendador al considerar extinguido el contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda —suscrito el 1 de febrero de 2007— por el desistimiento que notificó al arrendador —después de que éste no aceptara renegociar los términos del contrato— basado en la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento del contrato como consecuencia de la crisis económica. El demandado se opuso y formuló reconvencción, solicitando la vigencia del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes y la obligación de su cumplimiento hasta el vencimiento pactado el 31 de mayo de 2014. La actora reconvenida se opuso alegando la aplicación de la *rebus sic stantibus*, por variación de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento inicial del contrato. Quedó acreditado que no se pactó la posibilidad de desistimiento unilateral ni de vencimiento anticipado ni se incluyó cláusula penal que permitiese la moderación. Además, el arrendatario desistió del contrato tras no convencer al arrendador para que le redujese la renta. El juzgado desestimó la demanda y estimó íntegramente la demanda reconvenccional. La Audiencia consideró que el contrato de facto se resolvió

por la entrega de llaves que hizo el arrendatario, poniéndolas a disposición del arrendador en una notaría, aunque éstas no fueran recogidas por el arrendador. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación al confirmar la sentencia de primera instancia. (I. D.–L.)

**16. Arrendamiento de vivienda de protección oficial. Su régimen jurídico está determinado por la normativa administrativa que los regula. La obligación de prorrogar el contrato si se dan los requisitos legales excluye que se trate de un plazo indefinido o indeterminado.**—La DA 1.ª, 8 LAU de 1994 remite, respecto del plazo de duración del contrato y su prórroga, a la legislación aplicable a las viviendas de protección oficial de promoción pública; plazos que están contenidos en las estipulaciones 2.ª y 3.ª del contrato y en el artículo 3 del Decreto 100/1986. Por tanto, es la legislación administrativa la que fija el plazo de duración de estos contratos, y la que establece un sistema de prórroga forzosa bianual por el hecho de que el arrendatario mantenga las condiciones exigidas en el artículo 1 del Decreto, lo que excluye que estemos ante un plazo indefinido, indeterminado o inexistente contrario a la temporalidad que es esencial al contrato de arrendamiento. Por ello, concurriendo dichos requisitos, la invocación de la estipulación 6.ª, relativa a que cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato avisando con un mes de antelación, está supeditado, tal como la propia estipulación afirma, a que las leyes lo permitan, lo que supone que no es en cualquier momento y en cualquier circunstancia cuando el arrendador puede desalojar al arrendatario, sino cuando dejen de cumplirse los requisitos que le autorizan a permanecer en la vivienda o cuando lo autorice la ley. (STS de 12 de mayo de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.— La entidad EMVSM, S. A., encargada de la gestión de los alquileres de viviendas públicas en Madrid, presentó demanda de desahucio por expiración del plazo contra el matrimonio arrendatario C. y A., alegando la finalización de la prórroga y el cumplimiento del término de preaviso establecido legalmente. Los inquilinos se opusieron alegando que, de acuerdo con las estipulaciones del contrato, éste tenía una duración de dos años (estipulación segunda), prorrogables por periodos iguales siempre que la parte arrendataria continuara reuniendo los requisitos exigidos en el artículo 1 del Decreto 100/1986, de 22 de octubre regulador del arrendamiento de viviendas de protección oficial de promoción pública en Madrid, esto es, que no tuviera ingresos superiores a 2,5 veces el salario mínimo interprofesional anual y no fuesen titulares o poseedores de otra vivienda por cualquier título en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Madrid (estipulación tercera). La arrendadora se basaba sobre todo en que, según el contrato, las partes podrían darlo por terminado, avisando con un mes de antelación, «cuando las leyes lo permitan» (estipulación sexta). De manera que una vez cumplido el término inicial, e incluso agotado algún periodo bianual de prórroga, el preaviso con la antelación indicada en el contrato era suficiente para extinguir la relación arrendaticia. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación

planteado y estimó el desahucio instado. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la parte demandada. (*L. A. G. D.*)

**17. Retribución de procuradores. Aplicación en defecto de pacto de los aranceles legalmente establecidos por el Real Decreto 1373/2003, sin que resulte admisible que el tribunal valore si la retribución resulta excesiva. Retroactividad de la limitación de la cuantía de derechos fijada por la disposición adicional única del Real Decreto-Ley 5/2010, y su distribución proporcional en instancias y recursos.**—En defecto de pacto entre el procurador y sus poderdantes se impone la aplicación de los aranceles, sin que el tribunal pueda valorar si la cuantía derivada de aquéllos resulta excesiva y determinar la que considere ajustada al trabajo realizado en base a un informe pericial. Ello obedece a que los antedichos aranceles, a diferencia de los honorarios de los letrados, han sido fijados por el legislador a través del Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los derechos de los procuradores de los tribunales. También apoya tal conclusión la restricción de un posible pacto de reducción o aumento de los derechos de arancel a doce puntos porcentuales (art. 2 RD 1373/2003). La limitación de la cuantía máxima de derechos a 300.000 € que contempla la disposición adicional única del Real Decreto-Ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal, no conlleva la existencia de un principio de proporcionalidad para eludir la aplicación de los aranceles reglamentariamente fijados (ATS de Pleno, de 15 de marzo de 2017, que cita a su vez a la STC de 6 de mayo de 2013). La aludida limitación posee efectos retroactivos porque, de acuerdo con la literalidad de la mentada disposición adicional única, resulta aplicable a todas las actuaciones o procedimientos en tramitación a su entrada en vigor, incluidas las cantidades devengadas por actuaciones anteriores que no se hayan liquidado en firme. El renombrado límite máximo se distribuye proporcionalmente entre las actuaciones realizadas en primera instancia, apelación y recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, conforme al artículo 49.1 RD 1373/2003 que contempla que los derechos devengados por la primera instancia se incrementarán en un 20% para calcular los debidos por la apelación así como los derivados de los referidos recursos. A su vez, en caso de pluralidad de clientes, dichas cantidades se satisfarán en proporción al interés que corresponda a cada uno de ellos en el proceso. (**STS de 24 de mayo de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

**HECHOS.**—Un procurador de los Tribunales, en nombre propio, interpone demanda frente a varios clientes en reclamación de la cantidad de 352.788,20 € en concepto derechos devengados por su representación en un anterior procedimiento terminado en primera instancia, y que resultaba de la aplicación del arancel regulado en el RD 1373/2003. Los clientes se opusieron a la demanda con fundamento en que los derechos del procurador fueron fijados de mutuo acuerdo en la cantidad de 18.000 €, que además habían abonado. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al acoger esta alegación. El recurso de apelación interpuesto por el procurador fue desestimado al apreciar la Audiencia Provincial que el arancel sólo se aplica en caso de condena en costas, pero no en

las relaciones entre profesional y cliente, en las que a falta de pacto sobre la retribución habrá de acudir al precio de mercado de acuerdo con una valoración pericial, lo que no resultó cumplido con el informe del colegio de procuradores que se remite al arancel. La Audiencia Provincial se fundamenta en que tal entendimiento del arancel deriva de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (que incorporó la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior) y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la anterior. El procurador interpuso recurso de casación. La Sala considera injustificada la inaplicación del RD 1373/2003, por lo que asume la instancia, aunque con estimación parcial de la demanda porque aplica retroactivamente el límite máximo de 300.000 € introducido por el RD Ley 5/2010. Además, se proyecta proporcionalmente a la primera instancia a la que se limitó la actuación del procurador por lo que, de acuerdo con el artículo 49.1 RD 1373/2003, condena al pago de la cantidad de 70.200 € al reducirse la suma extrajudicialmente percibida de 18.000 €.

NOTA.—La sentencia de la Audiencia Provincial acude a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. La primera ley, conocida como «Ley Omnibus», a través de su artículo 5 modificó el artículo 14 Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, que les prohibió establecer baremos orientadores salvo a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de abogados, de acuerdo con su disposición adicional cuarta de nueva creación. Sin embargo, el TJUE en su sentencia de 8 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-532/15 y C-538/15) posterior a la sentencia recurrida, ha declarado al RD 1373/2003 acorde con el Derecho de la Unión relativo a la libre prestación de servicios, pues contiene un arancel elaborado por el Estado y no por los colegios profesionales. Además, el TJUE califica como imperativas sus disposiciones sin que los jueces puedan apartarse de dicho arancel en casos excepcionales, verificar la proporcionalidad de la retribución con el servicio prestado, ni pactarse unas cantidades diferentes a las que resulta del arancel legal, con la salvedad del 12% de aumento o reducción previsto en su artículo 2. No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2013, en la que se apoya la Audiencia Provincial, sentó que la retribución de los servicios del procurador instante del concurso de acreedores, cuando no mediara condena en costas al concursado, puede fijarse sin sujeción al arancel, y valorar el tribunal los servicios prestados y establecer la retribución. (F. S. N.)

**18. Responsabilidad del Procurador: artículos 26 y 27 LEC: la prórroga para evitar la caducidad preventiva del embargo no entra en sus obligaciones.**—Obligación de los Procuradores es representar a la parte en todo tipo de procesos, salvo que se disponga otra cosa o se autorice por

la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trata de una obligación vinculada al seguimiento del juicio, transmisión de documentación, antecedentes o instrucciones que le remita el Abogado, tener al corriente a su poderante y abogado del curso del asunto que se le hubiere confiado y hacer cuanto conduzca a la defensa de los intereses del cliente, bajo la responsabilidad que las leyes impongan al mandatario, conforme dispone el artículo 26 LEC.

Ahora bien, la afirmación de que entra dentro de las competencias del Procurador el cumplimiento de obligaciones como la que aquí se suscita de solicitud de prórroga para evitar la caducidad preventiva del embargo, no se ajusta a esta normativa, por lo que la inactividad del procurador contra el que se dirige la demanda no genera incumplimiento contractual como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional.

Al margen del auxilio que el Procurador pueda prestar en este aspecto al Abogado, no es un acto de impulso procesal, como ha dicho esta Sala, ni es un efecto de las funciones que tiene encomendadas de representación o de seguimiento del asunto. Se trata de una iniciativa propia del Abogado en la defensa y dirección del proceso en cuanto supone una actuación de contenido jurídico-económico, y que es ajena a la capacidad de decisión del Procurador, que no es otra que la de notificar, como argumenta la sentencia recurrida, «la existencia de un plazo procesal y el momento en que éste comienza conforme a la notificación recibida o el acto por él realizado, pero no le corresponde un deber legal de velar porque ese plazo sea respetado adecuadamente por el Abogado y, por ello, no tiene una función específica de avisar de la proximidad de su vencimiento. Es el Abogado quien ha de conocer los plazos perentorios, como el que nos ocupa, y en función de ellos debe adoptar las decisiones técnicas correspondientes en consonancia con las instrucciones del cliente sin que sea el Procurador quien vele por el correcto cumplimiento de lo que es deber del Abogado. Entendido de otro modo supone atribuir una función al Procurador que le convertiría en un auténtico controlador de los tiempos procesales que, evidentemente, trasciende a la misión que le atribuye la Ley. (STS de 29 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Esta importante resolución del Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> sienta doctrina jurisprudencial en una cuestión dudosa sobre las obligaciones del Procurador en el proceso en relación con la actuación del Abogado que interviene en un mismo asunto. El capítulo V, Título I, Libro I, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regula ahora con notable amplitud la representación procesal, previendo incluso en el artículo 27 el derecho supletorio (régimen del mandato civil), sin que haya norma que contemple expresamente el supuesto litigioso. De aquí la importancia de la doctrina establecida. (G. G. C.)

**19. Ámbito de aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico.**—La ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (en adelante, «LDAT») resulta de aplicación no solo a los derechos de aprovechamiento por turno *stricto sensu*, sino también a los similares, es decir, a cualquier otro derecho real o personal establecido por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o

determinable. Por este motivo, caen dentro del objeto de la LDAT aquellos derechos formalmente comercializados como «productos vacacionales» que, bajo la apariencia de apartarse de la figura del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, no cumplen su regulación normativa recogida en la LDAT. En tal caso, se materializa además el supuesto del artículo 1.7 LDAT que sanciona con la consecuencia jurídica de la nulidad al contrato en cuestión (*vid.* STS de Pleno núm. 16/2017, de 16 de enero).

**Condición de consumidor a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.**—El concepto de consumidor a los efectos de la LDAT debe interpretarse a la luz de otras Directivas cuyas leyes de trasposición se refunden en el TRLGDCU (Directivas 85/577, sobre ventas fuera del establecimiento; 93/13, sobre cláusulas abusivas; 97/7, sobre contratos a distancia; y 99/44, sobre garantías en las ventas de consumo), así como en otras Directivas cuya trasposición ha quedado al margen del precitado cuerpo legal sobre consumidores. Con estos mimbres, la Sala 1.<sup>a</sup> considera que consumidor es toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.

El *ánimo de lucro* no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física adquirente del derecho de aprovechamiento, que solo operaría como elemento excluyente de tratarse de una persona jurídica (art. 3 TRLGDCU). Por tanto, la mera posibilidad de que el adquirente persona física pudiera lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidor (*vid.* STS de Pleno núm. 16/2017, de 16 de enero).

**Restitución de cantidades derivada de la nulidad de pleno derecho.**—La restitución de las rentas o contraprestaciones satisfechas derivada de la nulidad de pleno derecho del contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la LDAT (art. 1.7 LDAT) no puede desenvolverse al margen del espíritu y finalidad de la propia ley (art. 3.1 CC). 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 (STS núm. 38/2017, de 20 de enero).

De esta forma, no se produce restitución de cantidades por los períodos en que el cliente adquirente hubiese tenido efectivamente a su disposición los aprovechamientos, que solo tendrá lugar por la parte proporcionalmente correspondiente a los períodos no disfrutados; ello partiendo de la atribución de una relación contractual de 50 años, que es la máxima permitida por la ley. (STS de 9 de junio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—D. Virgilio y Dña. Berta suscribieron el 7 de julio de 2007 y el 28 de junio de 2008, con la entidad W la adquisición de unos certificados de fiducia que concedían el derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por períodos vacacionales en los complejos descritos previo pago del precio convenido. Junto con los contratos, firmaron una declaración de conformidad complementaria a los mismos y unos contratos de reventa independientes del contrato de adquisición y afiliación en relación con alguna de las semanas adquiridas.

El 14 de septiembre de 2012 D. Virgilio y Dña. Berta formularon demanda solicitando que se declarase la nulidad –y subsidiariamente la resolución– de los contratos suscritos con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, más el importe de los gastos de servicio y mantenimiento.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, declaró la nulidad de los contratos, sin extenderse la declaración a los anexos de los contratos, y condenó a W a devolver la cantidad solicitada. Según el juzgado, de los contratos se desprendería que los actores adquirirían un derecho personal a que se les prestasen determinados servicios en inmuebles de ciertas categorías, en los complejos, apartamentos, períodos vacacionales y membresías y club indicados. Siendo la ley aplicable la LDAT, entendió el juzgado que en la formalización de los contratos perfeccionados se produjeron notorios incumplimientos relativos al deber de contenido mínimo del contrato (art. 9 LDAT).

Ante ello, W interpuso recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia, desestimando así la demanda. A juicio de la Audiencia, los adquirentes no tenían la consideración de consumidores al contratar, pues los adquirirían para su reintroducción en el mercado a través de reventa o alquiler, quedando fuera del ámbito de aplicación subjetivo de la LDAT.

Frente a la sentencia de apelación, D. Virgilio y Dña. Berta interpusieron recurso de casación.

NOTA.–El Tribunal Supremo limita la obligación restitutoria derivada de la nulidad absoluta de los contratos *ex* artículo 1.7 LDAT, al tener en cuenta el efectivo aprovechamiento de los derechos contratados por parte de los demandantes. No es la primera vez que la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo ha limitado los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad. En otras ocasiones, la Sala 1.<sup>a</sup> ha condicionado la restitución de cantidades a la constatación de que efectivamente se hubiera producido enriquecimiento injustificado.

Así, la STS núm. 118/2012, de 13 de marzo (Pte. Ferrandiz Gabriel) declaró abusiva la condición general relativa al arrendamiento del terminal de una plataforma de televisión digital, pero limitó la restitución de prestaciones habida cuenta del continuado uso de los aparatos descodificadores de que disfrutaron los abonados en aplicación de los artículos 1307 y 1308 CC. Del mismo modo, tampoco han sido infrecuentes las resoluciones del Tribunal Supremo donde –en supuestos de contratos de abanderamiento declarados nulos– la Sala ha admitido la existencia de límites racionales a la restitución recíproca de prestaciones, por resultar imposible el retorno de los efectos de un contrato nulo que ha venido ejecutándose durante años (STS núm. 109/2009, de 26 de febrero, Ponente Marín Castán). (A. I. R. A.)

**20. Ámbito de aplicación de la ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico.**–Un contrato que prevea el uso período de unas semanas de vacaciones, en los turnos previamente adquiridos, en alojamientos suscepti-

bles de uso independiente, con mobiliario y prestación de servicios accesorios, con pago de una notable cantidad por la compra del derecho y con gastos de mantenimiento anuales, con posibilidad de desistimiento, reventa e intercambio queda comprendido dentro del ámbito objetivo de regulación del artículo 1 LDAT.

**El ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor persona física.**—La mera posibilidad de que el adquirente del derecho persona física pueda lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no le convierte en empresario a efectos legales o, por mejor decir, no le arrebata la condición de consumidor. El ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, pues si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite está en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (buscando el lucro de la reventa, por ejemplo). La razón está en que, de realizar asiduamente varias de esas operaciones en un corto período de tiempo, se podría considerar que, con tales actos, se realiza una actividad empresarial o profesional, habida cuenta de que la «habitualidad» es una característica legal del empresario (art. 1.1 CCO).

**Restitución de cantidades derivadas de la nulidad del contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la ley 42/1998.**—Habiendo disfrutado los adquirentes de los alojamientos ofrecidos por el contrato declarado nulo por contravenir lo dispuesto en la LDAT, el reintegro de cantidades no ha de ser total sino proporcional al tiempo restante de vigencia, teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años. (STS de 12 de julio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—A suscribió con la entidad S dos contratos, el 5 de enero de 2009 y el 6 de febrero de 2011 respectivamente, por los que adquiriría un «certificado de fiducia» que le confería el derecho a utilizar unos apartamentos por periodos vacacionales en los complejos descritos contractualmente previo pago de un precio. Junto con los contratos, A firmó una declaración de conformidad complementaria a los mismos. Igualmente, suscribió unos contratos de reventa independientes del primer contrato de adquisición y de la afiliación en relación con alguna de las semanas que había adquirido.

El 5 de octubre de 2012, A interpuso demanda solicitando que se declarara la nulidad radical (o la subsidiaria resolución) del contrato suscrito, junto con los anexos, y se obligase a S a restituir las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato, más las cuotas de mantenimiento. También instaba que se declarase la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas y la condena a devolverlas por duplicado. Subsidiariamente interesaba la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula recogida en los envíos de información y la restitución oportuna de cantidades.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por considerar que la intención de A fue con la adquisición de los productos vacacionales era la obtención de un beneficio económico con su posterior cesión; lo que excluiría la aplicación de la LDAT.

Recurrida en apelación la sentencia, la Audiencia desestimó el recurso en lo sustancial por los mismos motivos que el juzgado. Contra la sentencia de apelación A interpuso recurso de casación.

NOTA.—A este respecto, la Sala 1.<sup>a</sup> aplica la doctrina emanada de la STS núm. 16/2017, de 16 de enero (*vid.* también STS 373/2017, de 9 de junio extractada en este mismo número que resulta idéntica en lo sustancial a la ahora reseñada). (A. I. R. A.)

**21. Responsabilidad por accidente de circulación: doctrina jurisprudencial en caso de colisión recíproca: responsabilidad por riesgo: presunción de causalidad.**—Constituye un precedente la sentencia de Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> de 10 de septiembre de 2012, que, en lo que aquí interesa dice lo siguiente:

1.º) En supuestos de colisión recíproca de vehículos constituye jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS de 16 de diciembre de 2008, que el artículo 1.1. I y II LRCSVM 1995 establece un criterio de imputación de la responsabilidad derivada de daños a las personas causados con motivo de la circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción. Este principio solamente excluye la imputación (art. 1.1 II) cuando se interfiere en la cadena causal la conducta o la negligencia del perjudicado (si los daños se deben únicamente a ella) o una fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo, salvo, en el primer caso, que concurra también negligencia del conductor, pues entonces procede la equitativa moderación de la responsabilidad y el reparto de la cuantía de la indemnización (art. 1.1 IV LRCSVM). El riesgo específico de la circulación aparece así contemplado expresamente en la ley como título de atribución de la responsabilidad, frente a la tradicional responsabilidad por culpa o subjetiva en que el título de imputación es la negligencia del agente causante del resultado dañoso. Esto es así tanto en el supuesto de daños personales como de daños materiales, pues en relación con ambos se construye expresamente el régimen de responsabilidad por riesgo derivada de la conducción de un vehículo de motor («daños causados a las personas o en los bienes»: art. 1.1 LRCSVM). Respecto de los daños materiales, sin embargo, la exigencia, que también establece la LRCSVM de que se cumplan los artículos del artículo 1902 CC (art. 1.1 III LRCSVM) comporta que la responsabilidad civil por riesgo queda sujeta al principio clásico en la jurisprudencia anterior a dicha ley, sobre daños en accidentes de circulación, de inversión de la carga de la prueba, la cual recae sobre el conductor causante del daño y exige de ese, para ser exonerado, que demuestre que actuó con plena diligencia en la conducción.

De esta forma, como declara la citada sentencia, en el caso de que el accidente de circulación se produzca entre dos vehículos, como aquí sucede, debe interpretarse que el principio de responsabilidad objetiva por riesgo comporta el reconocimiento de la responsabilidad por el daño a cargo del conductor del vehículo que respectivamente lo ha causado y en la proporción en que lo ha hecho, pues resulta evidente que en este supuesto no puede hablarse con propiedad de compensación de culpas, sino que únicamente puede examinarse la concurrencia de causas en la producción del siniestro por parte de los conductores de los vehículos implicados. Esto es así porque cada conductor es artífice del riesgo creado por la conducción de su propio vehículo —título de atribución de su responsabilidad—, y como tal, no pudien-

do cada uno acreditar la existencia de causa de exoneración (esto es, que entre su conducta y el accidente se interfirió la culpa exclusiva del otro conductor o fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo o, en el caso de daños materiales, que se actuó con plena diligencia), ha de afirmarse la recíproca responsabilidad civil por el accidente en la proporción en que cada conductor haya contribuido a causarlo.

2.º) La particularidad de la recíproca colisión entre los vehículos de motor no reside en una supuesta alteración de las reglas sobre carga de la prueba (la inversión de la carga de la prueba es aplicable solo para probar la concurrencia de causas de exoneración y, en el caso de daños materiales, que el conductor ha actuado de manera plenamente diligente) o en la alteración de los criterios de imputación establecidos en la LRCSVM 1995, sino en la necesidad de determinar a cuál de los dos corresponde la eficiencia causal en la producción del daño, o si esta debe ser distribuida proporcionalmente entre ambos por haber actuado concurrentemente. En suma, una recíproca colisión de vehículos no supone excepción alguna a la aplicación del principio de responsabilidad objetiva por el riesgo de la circulación que establece la citada norma y la vigente en la actualidad.

Por tanto, en el régimen de responsabilidad civil fundado en el riesgo creado por la circulación (una vez constatado que el accidente tuvo lugar en la circulación y, por consiguiente, es imputable al riesgo creado por uno y otro conductor que intervinieron en él), el mero hecho de que no haya podido constatarse en autos que solo una de las conductas generadoras del riesgo ha sido la única relevante, desde el punto de vista causal para la producción del resultado –excluyendo así la del otro conductor– o que no haya sido posible probar la proporción en que cada una de ellas ha contribuido a causar el accidente –excluyendo así parcialmente la contribución causal del otro conductor– (cuando se discuta que solo una de las conductas ha sido causalmente relevante o que ambas lo han sido en distinta proporción) no es razón que permita soslayar la aplicación de los referidos criterios de imputación a ambos conductores ni constituye tampoco razón para no aplicar la regla de inversión de la carga de la prueba en pro de las reglas tradicionales sobre el «onus probandi», características de los regímenes de responsabilidad objetiva y especialmente aplicables, cuando se trata de daños materiales, al conductor que alega actuó con plena diligencia.

3.º) El principio de responsabilidad objetiva, que no solo supone el establecimiento de criterios de imputación ajenos a la concurrencia de culpa o negligencia, sino que comporta también establecer una presunción de causalidad entre las actividades de riesgo y las consecuencias dañosas que aparezcan como características de aquéllas, como ocurre con los daños derivados de una colisión cuando se trata de responsabilidad objetiva por el riesgo creado por la conducción de un vehículo de motor. Esta presunción solo puede enervarse demostrando que concurren las causas de exoneración configuradas por la ley como excluyentes del nexo de causalidad entre la acción y el daño.

4.º) La solución del resarcimiento proporcional es procedente solo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados y que, en caso de no ser así, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de las condenas cruzadas.

De conformidad con esta doctrina, no resulta acertado el pronunciamiento de la sentencia recurrida y sí el del juzgado, que se mantiene. (**STS de 18 de mayo de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—D. Rogelio reclama una indemnización por las lesiones sufridas con motivo del accidente de circulación ocurrido sobre las 20,30 horas del 29 de diciembre de 2009, al colisionar frontalmente en una curva con el demandado, que circulaba en sentido contrario. Tanto el conductor del otro vehículo como su compañía aseguradora se oponen. La sentencia de 18 de octubre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia de Santa Coloma de Gramanet estima íntegramente la demanda. Interpuesta apelación la sentencia de 16 de septiembre de 2016 de la sección 14 de la Audiencia Provincial. de Barcelona estimó los recursos porque, valorada la prueba, considera que no puede determinarse el punto de colisión, falta de prueba que perjudica a los demandados conforme al artículo 1 de la LRCSVM, en razón al riesgo creado por la circulación de vehículos, desestimando la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso con base en la doctrina extractada.

Sin duda estamos en presencia de una sentencia con finalidad básicamente pedagógica de la Sala 1.<sup>a</sup> que explica con gran detalle la doctrina contenida en la sentencia del Pleno de 10 de septiembre de 2012, que ha formulado la doctrina jurisprudencial al respecto, que merece plena aceptación. Al margen de ello, sigue siendo excesivo el plazo empleado en resolver definitivamente una simple colisión de vehículos (en el caso, casi ocho años desde el accidente). (*G. G. C.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**22. Acuerdos de comunidad de propietarios autorizando el ejercicio de acciones.**—Cuando se faculta al presidente para reclamar los vicios en elementos privativos, ejerciendo las acciones que procedan según la ley, tan amplio mandato le permite ejercitar las acciones relativas al incumplimiento contractual, pues no es exigible a una comunidad que refleje en un acta el tipo de acción procesal ejercitable. Las comunidades de propietarios, con la representación conferida legalmente a los respectivos presidentes, *ex* artículo 13.3 LPH, gozan de legitimación para demandar la reparación de los daños causados tanto a los elementos comunes como a los privativos del inmueble. Limitar las competencias del presidente, cuando los comuneros le han conferido su representación, introduce una innecesaria distorsión que perjudica los intereses de la comunidad y de cada uno de sus comuneros, siendo de indudable interés para la comunidad que se litigue bajo una misma representación. Esta regla tiene dos excepciones: 1) los supuestos expresamente excluidos en la Ley; 2) que exista una oposición expresa y formal. (**STS de 16 de junio de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios interpuso demanda ejercitando acción de responsabilidad por incumplimiento contractual frente a la vendedora-promotora IX. La demanda se basó en la existencia de vicios y defectos constructivos determinantes de ruina

en las viviendas y en elementos comunes del edificio, y en los incumplimientos de los contratos de compraventa, interesando la ejecución de las obras necesarias para la eliminación y subsanación de los defectos de construcción existentes y, para el caso de que no se ejecutasen tales obras, se abonara el equivalente al coste de las obras de reparación. La promotora se opuso a la demanda alegando la falta de legitimación activa de la actora para el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual, dado que la comunidad de propietarios no participó en los contratos que en su día suscribió la promotora con los adquirentes. En cuanto al fondo, se negaba la existencia de incumplimiento contractual alguno que justificase la estimación de la demanda, indicando la inexistencia de vicios ruinosos y alegando que los posibles deterioros, de existir, son consecuencia de la falta de diligencia de la comunidad actora en su conservación y mantenimiento.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a la promotora a realizar las obras necesarias para la subsanación de los defectos constructivos. Entendió que, en lo que respecta a la legitimación de la comunidad demandante, el presidente está legitimado para ejercitar las acciones tendentes a la reparación e indemnización de los elementos comunes y privativos de un edificio o inmueble, cuando afecta a una pluralidad de propietarios y con el fin de evitar que todos tengan que demandar individualmente.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la promotora-vendedora, que fue estimado por la Audiencia Provincial. La resolución acogió la falta de legitimación activa de la comunidad de propietarios para ejercer la acción de responsabilidad contractual. Señaló que la legitimación activa le corresponde a cada uno de los propietarios individuales de las viviendas, plazas de garaje y trasteros, que son los que han otorgado el contrato de compraventa con la entidad vendedora y que es el que habilita para el ejercicio de dicha acción. Añade que en las distintas juntas de propietarios se ha autorizado al presidente para reclamar por los vicios constructivos en elementos comunes y privativos, pero no para que ejercitara acciones derivadas de sus respectivos contratos de compraventa.

La comunidad de propietarios interpuso recurso de casación, insistiendo en que el presidente está autorizado para el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual por deficiencias existentes, tanto respecto de los elementos comunes como privativos. El Tribunal Supremo estima el recurso, afirmando la legitimación activa del presidente y reproduciendo la motivación del Juez de Primera Instancia.

NOTA.—En relación a la legitimación amplia del presidente de una comunidad de propietarios, el Alto Tribunal se ha pronunciado en multitud de sentencias: 15 de enero y 9 de marzo de 1988, 2 de diciembre de 1989, 26 de noviembre de 1990, 20 de abril y 24 de septiembre de 1991, 3 de marzo y 19 de mayo de 1995, 16 de octubre, 20 de diciembre y 31 de diciembre de 1996, 8 de julio de 2003, 18 de julio de 2007, 30 de abril de 2008, 16 de marzo de 2011 y 23 de abril de 2013. (S. L. M.)

**23. Hipoteca. Procedimiento ejecutivo extrajudicial. Constitucionalidad del artículo 129 LH hasta que no recaiga pronunciamiento en contrario del Tribunal Constitucional.**—Es cierto que las sentencias de esta Sala han mantenido el procedimiento extrajudicial como derogado por la Constitución de 1978. Así lo han sostenido por estimar que el artículo 117.3 CE proclama que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales y, además, por el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Se reafirma en ello la Sentencia de 10 de octubre de 2017, a lo que se añade que cabe que sobre la inconstitucionalidad se pronuncie el Tribunal Supremo por tratarse de una norma preconstitucional. La sentencia de 25 de mayo de 2009, que resume la doctrina declarada en la materia, insiste en la inconstitucionalidad, pero matiza que esa doctrina ha recaído «en supuestos como el presente, referidos a actuaciones anteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000».

La publicación de la LEC 2000 vino a terciar en la polémica, pues pretendió superar las objeciones que se hacían al procedimiento extrajudicial y, lo que es más relevante para la decisión del motivo del recurso, se trata ya de norma postconstitucional. El mantenimiento del procedimiento de venta extrajudicial y la regulación tendente a lograr ese equilibrio de intereses (los del acreedor, los del propietario y los eventuales de terceros), se infiere de la legislación recaída posteriormente sobre la materia: Real Decreto-ley 6/2012; Ley 1/2013, de 14 de mayo; Ley 19/2015, de 13 de julio y Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria que da una nueva regulación a la venta extrajudicial de bienes hipotecados sin desplazamiento de posesión, y así lo reconoce como opinión de autoridad la resolución de la DGRN de 25 de febrero de 2014.

Consecuencia de lo anteriormente expuesto es que nuestras audiencias provinciales, cuando se han planteado la cuestión sobre la que decide la sentencia recurrida, ofrecen la misma respuesta: se trata de la norma actualmente vigente y no puede ser ignorada por una doctrina anterior del Tribunal Supremo referente a supuestos recogidos por normas anteriores a la promulgación de la Constitución. La nueva disposición legal sólo podrá ser declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

**Venta extrajudicial en tercera subasta. Interpretación correctora del Reglamento Hipotecario. El legislador quiere proteger a todo deudor hipotecario, pero distinguiendo entre inmuebles que no constituye vivienda familiar –menor protección– y vivienda familiar –mayor protección.**—Si se trata de llevar a cabo una interpretación correctora del Reglamento Hipotecario respecto de las ventas extrajudiciales pactadas en préstamos con garantía hipotecaria, no se ha de estar tanto a normas concretas y a su aplicación temporal, cuanto al sistema pretendido por el legislador en sus líneas informadoras, contemplado en su integridad. Si así se obra se aprecia que el legislador, por lo ya razonado, quiere proteger a todo deudor hipotecario, pero distinguiendo entre inmuebles que no constituye vivienda familiar –menor protección– y vivienda familiar –mayor protección—. Al respecto, sin entrar en el análisis de las normas, así se desprende del artículo 12 del RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que sí reguló la venta extrajudicial de vivienda habitual, con la introducción de determinadas especialidades, así como de la Ley 1/2013, de 14 de mayo y la Ley 42/2015, de 5 de octubre. La interpretación correctora que declara la Sala la comparte, en esencia, una opinión mayoritaria de autores de la doctrina, con fundamento en los textos incluidos por el legislador en sus reformas legislativas, a los que ya hemos hecho mención. Se trata de

mejorar la situación de los deudores hipotecarios en general, sin distinguir entre procedimientos, pues –Exposición de Motivos del RDL 8/2011– «en caso de ejecución hipotecaria... los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble... y ello con el fin de evitar el despojo».

Las normas, según el artículo 3 CC, se interpretarán en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Esa realidad es la que se ha plasmado y la que sirve de fundamento al legislador para las reformas llevadas a cabo sobre la materia, como ya se ha expuesto. Teniendo en cuenta esa realidad podría darse el caso, prohibido por el artículo 1859 CC, de que el acreedor se apropiase de las cosas dadas en hipoteca si se las adjudicase por un precio irrisorio. Llegados a este estadio de la motivación, lo que no cabe es mantener, teniendo en cuenta que no existe norma de aplicación directa a la venta extrajudicial, que por vía de interpretación correctora se consagre un nivel de protección igual a bienes que no constituyen vivienda habitual que a los que si la constituyen. Ello es obvio no sólo porque se infiera de las previsiones legales sobre la materia, sino también por la especial sensibilidad que existe, por mor de la crisis económica, respecto a familias en trance de mínimo vital que ven peligrar el bien patrimonialmente máspreciado para ellas como es la vivienda. Consecuencia de lo anterior es que la recurrente, promotora de viviendas, trasteros y plazas de garaje, no puede pretender el mismo grado de protección que los titulares de viviendas habituales. Siendo ello así el recurso no puede estimarse, pues la adjudicación por el acreedor de los bienes hipotecados de la deudora, en tercera subasta, ha excedido con creces del 50 por 100 del valor de tasación. (STS de 23 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.–La entidad demandante, una sociedad mercantil, solicita la nulidad del procedimiento de venta extrajudicial por la que la demandada, una entidad de crédito, se adjudicó la titularidad de los bienes hipotecados. Fundamenta la reclamación en la inconstitucionalidad del artículo 129. 2 LH. Asimismo, y con carácter subsidiario postuló que se le indemnizara el perjuicio económico causado, que ascendía a la diferencia entre el importe en que fue vendida la finca extrajudicialmente y la cantidad mínima en que, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, (60% del valor de tasación del inmueble) debía haberse realizado la venta. El Juzgado estimó parcialmente la demanda y declaró la improcedencia parcial de la liquidación de la deuda formalizada por la entidad ejecutante, absolviendo del resto de las pretensiones de la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (C. O. M.)

## DERECHO DE FAMILIA

**24. Divorcio: régimen de visitas cuando los padres residen en lugares alejados: interés del menor.**–D. Alexander y Dña. Benita, que tienen una hija en común nacida en 2009, contraen matrimonio el 15 de mayo de 2010. El padre interpone demanda de divorcio ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mieres, aunque por razones laborales se ha trasladado a Miami, donde vive su familia. La madre y su hija viven en Mieres con la

abuela materna. La sentencia de 18 de abril de 2016 atribuye la guarda y custodia de la niña a Dña. Benita y acoge en su integridad el régimen de visitas propuesto por la madre en su contestación a la demanda. D. Alexander recurre en apelación el régimen de visitas, estancia y comunicación con la hija común, así como la cuantía de la pensión de alimentos y porcentaje atribuido de los gastos extraordinarios. La sección 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Oviedo, el 26 de septiembre de 2016, acoge parcialmente el recurso paterno, reduciendo la cuantía de la pensión alimenticia, amplía el régimen de estancia del padre con su hija durante el verano, pudiendo, a su elección, realizarse, bien en España, bien en EEUU, utilizándose en este caso el servicio de asistencia a menores de las Compañías Aéreas. También las vacaciones de Navidad cuando el padre se traslade a España. La madre interpone recurso de casación por infracción de la doctrina del Tribunal Supremo, concretamente de las SSTS de 14 de mayo de 2014 y 27 de septiembre de 2016, dictada en interés casacional sobre el principio del interés preferente del menor, artículo 39 CE y artículos 92, 93 y 94 CC. D. Alexander se opone a la admisión del recurso, que se rechaza pese a la defectuosa formulación del recurso materno (que obliga dejar fuera el tema de la cuantía de los alimentos).

La doctrina jurisprudencial que aquí interesa extractar se recoge en dos amplios apartados, uno relativo al vigente régimen legal de este específico régimen de visitas –cuya frecuencia crece en la realidad social (progenitores residentes en países alejados)–, y otro relativo a las decisiones de la Sala 1.<sup>a</sup> que constituyen la doctrina legal.

El artículo 94 CC encomienda al Juez la determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas. El criterio que ha de presidir la decisión es el del interés superior del menor, ponderándolo con el de sus progenitores que, aun siendo de menor rango, no resulta por ello desdeñable (STC Sala 1.<sup>a</sup>, de 22 de diciembre de 2008, con cita de otras anteriores). Así lo exige el artículo 39 CE y resulta también del artículo 92.4 y 8, del artículo 94, que deben ser interpretados a la luz del artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 enero, de protección del menor, reformado por la LO 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

No existe una previsión legal de cómo debe organizarse el sistema de visitas ni con carácter general ni, en particular, cuando los progenitores residen en lugares alejados o incluso, como sucede en el caso, en países que se encuentran en distintos continentes. Como ha advertido esta Sala, cuando no exista un acuerdo entre los progenitores que sea beneficioso para el menor, para los supuestos que supongan un desplazamiento de larga distancia, es preciso ponderar las circunstancias concurrentes con el fin de adoptar las medidas singulares más adecuadas en interés del menor (sentencias de 26 mayo y 19 de noviembre de 2014, y 27 de septiembre de 2016).

La determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas a que se refiere el artículo 94 CC exige concretar la frecuencia de las visitas y su duración, quién se desplaza y quién asume el gasto del desplazamiento para adaptar el régimen de las circunstancias que concurren: la edad del menor, la distancia, las molestias y condiciones del viaje, las circunstancias personales, familiares y profesionales de los progenitores, su disponibilidad horaria y personal para viajar, sus recursos económicos, etc. En función de esas circunstancias hay que establecer si, para compensar la dificultad que supone la distancia para las visitas más frecuentes es posible ampliar las visitas de los periodos vacacionales, si debe trasladarse el menor –solo o acom-

pañado— o si, por el contrario, debe trasladarse uno de los progenitores, y cuál, para recogerlo.

Puesto que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la custodia permanente se configuran como un derecho del progenitor y, al mismo tiempo, como un derecho del propio hijo, un régimen de visitas que entorpezca su relación es contrario al interés del menor. En particular, no cabe duda de que entre los factores que influyen de manera decisiva en la efectividad del derecho de visitas se encuentra el de los gastos de traslado necesarios para que el progenitor pueda tener en su compañía al menor, pues una imposición de gastos que resulte difícilmente asumible por el progenitor, en atención a sus circunstancias económicas, obstaculiza el derecho de visitas y priva al menor de su compañía. De allí que, como declaran las sentencias citadas de esta Sala, debe decidirse en cada caso atendiendo al interés del menor y a un reparto equitativo de las cargas económicas y personales de dedicación al traslado, lo que también redunda en el prevalente interés del menor, en la medida en que favorece el ejercicio del derecho de visita.

Partiendo de estos dos principios, interés del menor (art. 39 CE, art. 2.º Ley de 15 de enero de 1996, arts. 92 y 94 CC) y reparto equitativo de las cargas (que se induce de los arts. 90.1.d., 91 y 93 CC), la solución que se adopte en cada caso tiene que ser la ajustada a las circunstancias concretas. No resulta posible adoptar de manera rígida un único sistema de frecuencia, duración, ni de traslado y contribución a sus gastos. En cada caso, en atención a los datos de hecho, lo que procede es valorar el interés del menor y así se hace en la doctrina de esta Sala en los supuestos que se ha pronunciado sobre el derecho de visitas cuando los padres residen en lugares alejados.

En relación con la doctrina jurisprudencial cabe mencionar:

i) La Sentencia 289/2014, de 26 de mayo, a partir de los principios generales de interés del menor y contribución equitativa a los gastos, elabora la doctrina sobre el reparto de los gastos de los traslados derivados del ejercicio del derecho de visita, entendiendo en el caso concreto (viaje de 32 km. en autobús de un niño de cuatro años, con padres de escasos ingresos) que debe ser casada la sentencia que atribuye al progenitor que no tiene la custodia todos los gastos de recogida y retorno, sin ponderar expresamente el interés del menor y el reparto equitativo de cargas; se confirma la del juzgado que atribuyó a cada progenitor la recogida del niño en el domicilio del otro.

ii) La STS 536/2015, de 20 de octubre, casa la de la Audiencia Provincial y confirma la del Juzgado de Primera Instancia que, valorando las circunstancias concurrentes en un caso en el que, por ser conforme el interés del menor, se autoriza que la madre custodia se traslade a Brasil (la madre retorna a su país, en donde tiene a toda su familia directa, mientras que el padre carece de entorno familiar, que sería insuficiente si encontrara trabajo) y se fija que los gastos del traslado del niño para visitar al padre sean compartidos («protegiendo las comunicaciones del hijo con el padre mediante un justo y equilibrado reparto de gastos»).

iii) La STS 685/2014, de 19 de diciembre, confirma la sentencia que, valorando el interés del menor y atendiendo a la modificación sustancial de las circunstancias (cambio de trabajo y menores ingresos del padre y la edad del menor, que inicialmente desaconsejaban el traslado en transporte público —la madre carecía de medio propio de transporte—, sin adaptación para niños de corta edad), modifica la situación inicial (en la que el padre asumía los gastos de traslado y los tiempos utilizados a tal fin), acuerda que en la semana y vacaciones que le correspondan al padre recogía él al niño en Bilbao

(donde vive con la madre) y la madre lo recogería en Burgos (donde vive el padre) y lo retornaría a Bilbao.

iv) La STS 784/2014, de 11 de diciembre, al entender que pondera el interés del menor con arreglo al principio de proporcionalidad, confirma la sentencia que, tras valorar el interés del menor y referir expresamente que es beneficioso para ella, autoriza el cambio de residencia de la madre custodia que se traslada al lugar de trabajo de su actual marido (de Baracaldo a Castelfells) y le atribuye a ella los gastos de los desplazamientos de la menor para ver al padre.

v) La STS 529/2015, de 23 de septiembre, casa la sentencia que atribuía a la madre custodia todos los gastos de traslado del menor para visitar a su padre, en el caso, tras apreciar error notorio en la valoración del prueba (sobre si el traslado de la madre, militar de profesión, de Tenerife a Melilla, fue voluntario o forzoso) e incongruencia (el padre no solicitó la custodia ni la totalidad de las vacaciones de Semana Santa), la Sala asume la instancia y declara que, con arreglo a los principios de interés del menor y reparto equitativo de las cargas, procede que la madre custodia asuma la mitad de los gastos de desplazamiento del hijo a la residencia del padre, excepto en las vacaciones de verano; tiene en cuenta para ello la ausencia de traslado caprichoso de la madre y el incremento de los gastos que recaen sobre el padre para visitar a su hijo, lo que redundaría en su perjuicio, en cuanto obstaculiza la relación padre e hijo.

vi) La STS 664/2015, de 19 de noviembre, casa la sentencia recurrida que, sin ponderar e interés del menor y el reparto equitativo de cargas, opta por atribuir al padre la recogida y retorno de la menor. Asumiendo la instancia, la Sala declara que corresponde a cada progenitor hacer frente a los gastos de transporte del desplazamiento para recoger y llevar al niño a su respectivo domicilio (Sevilla, adonde se ha trasladado la madre custodia y Valencia, donde reside el padre). Atiende para ello a los ingresos y posibilidad de acceso al trabajo de ambos.

vii) La STS 565/2016, de 27 de septiembre, confirma la sentencia que, a la vista de las circunstancias del caso (la residencia de la madre y del menor, de cuatro años, siempre ha sido Madrid, el padre se trasladaba allí desde Granada antes de la ruptura afectiva de la pareja y tiene una capacidad económica superior, la pensión que se fija es moderada en atención a sus ingresos y gastos, incluidos los desplazamientos para el derecho de visita), valora que el interés del menor es que éste permanezca con la madre y sea el padre el que se desplace para ejercitar el derecho de visita.

viii) El Auto de 3 de junio de 2015 no admite el recurso de casación interpuesto por la madre contra la sentencia que autoriza, en interés del menor, el traslado al extranjero del padre custodio (a Argentina, donde tiene su familia directa, una oferta de trabajo y un piso de residencia, frente a la situación de la madre, que tiene otra hija de otra relación que se encuentra en una familia de acogida y cuya familia está en otra localidad), pero al mismo tiempo establece un amplio régimen a favor de la madre, y asigna al padre el pago de los gastos de desplazamiento del hijo para visitar a su madre, dadas las dificultades económicas de ella.

**Doctrina jurisprudencial.**—Visto lo anterior se observa que son diferentes las soluciones finales, porque están en función de las circunstancias que concurren en cada caso, de modo que estas resoluciones de la Sala deciden valorando si la sentencia recurrida ha motivado su decisión en atención al principio del interés del menor y del reparto equitativo de las cargas.

En el supuesto que da lugar al litigio de que trae causa el presente recurso de casación, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia dividió las vacaciones de verano en dos periodos iguales y fijó que, «para llevar a cabo las visitas con su padre, el padre recogerá y reintegrará a la menor en el hogar materno. La hija no podrá viajar sola ni con personas ajenas a su entorno habitual. Todos los gastos que supongan los viajes de Miami a Asturias y a la inversa serán sufragadas solo por el padre». La sentencia de la Audiencia Provincial modificó este aspecto y entendió justificada la ampliación del periodo de estancia de la hija con el padre en verano (un mes y tres semanas) y «también la posibilidad de acudir al servicio de guardería o acompañante de menores, ofertado por las compañías aéreas durante su traslado de Madrid a Miami, así como que la madre contribuya a facilitar ese periodo de estancia de la menor en el domicilio de su padre, acompañando a la niña desde su actual domicilio en Mieres a Madrid, durante las entregas y recogidas de este periodo vacacional de verano».

La madre considera que la sentencia recurrida es contraria al interés de la menor, al permitir que la niña nacida en 2009, realice el viaje en avión desde Madrid a Miami sin la compañía de una persona de su entorno habitual, habida cuenta de su edad y de las características del viaje, sin que le resulte suficiente el acompañamiento del servicio de las compañías aéreas. Considera además que la sentencia vulnera el principio del reparto equitativo de cargas al atribuir a la madre el desplazamiento de la menor desde Mieres a Madrid para coger el avión.

Entiende la Sala que, por el contrario, la sentencia recurrida valora que la solución adoptada es conforme al interés de la menor y lo hace teniendo en cuenta también el principio de proporcionalidad y las posibilidades de contribución de ambos progenitores al traslado de la niña. En primer lugar la Audiencia Provincial explica ampliamente el sentido de las visitas como un derecho-deber, una función concebida en beneficio del menor, en la medida en que contribuye a un desarrollo del menor más íntegro que permite el mantenimiento de los lazos afectivos del mismo con el progenitor con el que no convive, la sentencia acuerda un régimen de visitas «teniendo en cuenta las particulares circunstancias concurrentes derivadas de la distancia existente entre los domicilios de ambos progenitores». Añade que «no puede estimarse que la edad de la niña, 7 años, cuando se lleve a cabo el primer traslado al domicilio de su padre, suponga un obstáculo para el uso de este servicio ofertado con normalidad por todas las compañías aéreas que permite facilitar esa estancia de menores con ambos progenitores cuando estos residen en países distantes entre sí como es el caso».

En definitiva, la sentencia recurrida justifica motivadamente su decisión, al valorar las circunstancias del caso, como la distancia, la edad de la niña, la posibilidad de hacer uso de un servicio de las compañías aéreas, los periodos de vacaciones del padre y las vacaciones escolares de la niña. Acepta de este modo, aplicando el principio del interés superior del menor, la propuesta del padre, que alegaba la imposibilidad económica de asumir los gastos de traslado para ir a recoger a la niña, en la medida en que ello duplicaría su importe, así como la menor onerosidad de la contribución de la madre de trasladar a la niña para coger el avión, con el fin de facilitar, en interés de la menor, el derecho de visita.

Por lo tanto, por mucho que el criterio de la sentencia no coincida con el particular y subjetivo de la recurrente, no es contraria a la doctrina de la Sala la sentencia que, a la hora de fijar el régimen de visitas cuando el padre reside

en el extranjero, valora el interés de la menor y la contribución personal y económica a los desplazamientos por parte de ambos progenitores de forma equitativa. (STS de 16 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.<sup>a</sup> de los Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—Leyendo esta viva descripción de un supuesto, que se va rápidamente generalizando en la vida real y que parece carecer de auténticas limitaciones (*ad exemplum*: viajes que supongan el traslado del menor al continente asiático, africano u oceánico, o, en la próxima generación —¿por qué no?—, a un punto interplanetario), me planteo el interrogante de si la doctrina no hemos dedicado excesivo espacio y tiempo a dilucidar su racional fundamento —en realidad, *il va de soi!*— y nos olvidamos de sus circunstancias concretas (progenitor que no puede pagarse el viaje de medio centenar de kms para comunicarse personalmente con su hijo: o, por contraste, ser normal el traslado del menor sólo desde Mieres a Miami, como es el caso). Resulta inevitable que los Tribunales de instancia, y, eventualmente, la Sala 1.<sup>a</sup> resuelvan discrecionalmente. El fallo aquí extractado parece suficientemente razonado y razonable. (G. G. C.)

**25. Divorcio: Pensión compensatoria a la esposa: duración.**—Dña. Macarena interpone demanda de divorcio contencioso contra D. Juan Francisco en la que solicitó una pensión compensatoria de 1500 euros mensuales, que en el acto del juicio rebajó a 1000. El marido se opuso por contar ambos cónyuges con sus propios ingresos, y, subsidiariamente, interesó la fijación de la pensión durante dos años, en la cuantía de 250 euros mensuales. El Juzgado de Primera Instancia núm. 79 de Madrid, dictó sentencia de 19 de enero de 2015, fijando la pensión compensatoria en 500 euros mensuales durante cinco años. La sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 8 de abril de 2016, establece una pensión de 800 euros mensuales desde la sentencia de primera instancia, eliminando la limitación temporal, añadiendo que ello es sin perjuicio de la aplicación de los artículos 100 y 101 CC si se dan sus presupuestos.

**Recurso extraordinario por infracción procesal: desestimación.**—Aunque no está expresamente previsto en ninguno de los motivos del artículo 469 LEC esta Sala ha admitido la denuncia de error manifiesto en la valoración de la prueba al amparo del artículo 469.1.4.º LEC que establece, como motivo del recurso extraordinario por infracción procesal la «vulneración, en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE». Pero, en consecuencia, no se trata de desvirtuar una valoración de la prueba, sino de revelar que la valoración de la prueba realizada, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica no respeta el derecho a la tutela judicial efectiva. En el presente caso hay que observar que de una manera escueta, pero suficiente, la sentencia de instancia valora los ingresos y la capacidad económica de ambos cónyuges. Debe tenerse presente que ni la declaración de la renta ni la resolución del procedimiento de comprobación tributaria son documentos públicos que hagan prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documentan (no se mencionan en los arts. 319.1.º y 317, 1.º a 6.º, LEC). Aun para los documentos públicos, es doctrina de la Sala de que tampoco impiden la apreciación del tribunal, en relación con los demás medios de prueba, sobre las consecuencias que pueden derivarse de las circunstancias que documen-

tan (sentencias de 13 de noviembre y 16 de diciembre de 2009, y 14 de junio de 2010). Con más razón para los hechos que consten en documentos administrativos a los que se otorgue el carácter de público, que se tienen por ciertos, admite la ley que otros medios de prueba desvirtúen lo documentado (art. 319.2 LEC) y la valoración de los documentos privados debe hacerse en relación con el conjunto de los restantes medios de prueba (sentencia 30 de junio de 2009).

**Criterios legales para determinar el carácter temporal o vitalicio de la pensión compensatoria.**—El primer motivo del recurso de casación se divide a su vez en tres submotivos por infracción del artículo 97 CC En realidad no se trata de motivos diferentes sino de una exposición separada de argumentos para impugnar la decisión de la sentencia recurrida de eliminar la temporalidad que fijó la sentencia de primera instancia.

En el primer submotivo se alega que la sentencia resulta contradictoria con la doctrina jurisprudencial de la Sala en relación con el objeto de la pensión prevista en el artículo 97, citándose las sentencias de 15 de junio de 2011 y 20 de febrero de 2014. Pero los supuestos de las sentencias mencionadas por la parte recurrente son sustancialmente diferentes al que da lugar el presente recurso de casación. Sobre todo, porque las razones por las que en estas dos sentencias se casaron las de instancia es porque en la instancia se estableció una pensión atendiendo exclusivamente a los diferentes ingresos que percibían los esposos en virtud de sus respectivos trabajos y que eran distintos por la diferente cualificación de uno y otra. Pese a las afirmaciones previas, a la hora de fijar la cuantía y el carácter indefinido de la pensión, la sentencia recurrida sí tiene en cuenta una pluralidad de factores, como el que la esposa no ha realizado durante el matrimonio un trabajo diferente del de la asistencia a su marido en la consulta dental, que carece de titulación, que no puede suponerse una capacidad para incorporarse al mercado laboral y que los únicos ingresos que obtiene ella son los procedentes del alquiler de un piso frente a los que obtiene él en su actividad profesional. A diferencia de lo que sucede en las sentencias aportadas por la parte recurrente, el criterio de las recurridas no descansa exclusivamente en la comparación de los ingresos de los esposos. Por lo demás, en las sentencias citadas por la parte recurrente se discutía la propia existencia de desequilibrio como consecuencia de la ruptura en casos en que los dos esposos trabajaban pero percibían diferentes ingresos y en el presente recurso el debate se centra en la cuantía y en la temporalidad de la pensión establecida.

En el desarrollo del segundo submotivo la parte recurrente considera infringida la doctrina de la Sala cuando afirma que no se impone la obligación de intentar «mejorar de fortuna» a través del trabajo o de una cualificación superior al cónyuge que se encuentra en situación de desequilibrio. Aporta las sentencias de 15 de junio de 2011 y 23 de enero de 2012. Pero se trata de supuestos sustancialmente diferentes al que da lugar el presente recurso de casación. En el caso presente aunque la afirmación preliminar de la sentencia recurrida en el sentido de que no se impone la obligación de mejorar la fortuna, no es muy feliz, pero no es el fundamento de la decisión. La sentencia valora el conjunto de circunstancias del caso (la dedicación de la esposa durante los años de matrimonio, su falta de titulación o cualificación profesional) y son esas las circunstancias que le hacen concluir que las posibilidades de acceso al mercado de trabajo «en modo alguno permiten suponer una capacidad de trabajo para incorporarse al mercado laboral de condiciones idóneas de competitividad», sin perjuicio de si se dan los presupuestos para ello proceda la aplicación de lo dispuesto en los artículos 100 y 101 CC.

**Retroactividad de la superior cuantía de la pensión, fijada en apelación.**—El segundo motivo, al amparo del artículo 477. 2. 3.º LEC, alega infracción de la jurisprudencia en relación con la improcedente declaración de retroactividad de la modificación de la cuantía de la pensión, invocando las sentencias de 3 de octubre de 2008 y 23 de junio de 2015. El motivo fija la controversia en la determinación del momento a partir del cual debe surtir efectos la cuantía citada en el caso de que la sentencia de segunda instancia resuelva fijando una cantidad diferente (superior, en el presente caso), de la fijada en su día por la sentencia de primera instancia. Las dos sentencias que cita el recurrente, junto a otras más de la Sala, se han ocupado de si la previsión del artículo 148 CC se aplica solo cuando la pensión de alimentos se instaura por primera vez (así en las sentencias de 14 de junio de 2011, 14 de julio y 6 de octubre de 2016), o también a las modificaciones de pronunciamientos anteriores. Para estos casos, la doctrina reiterada es que hay que acudir a las especialidades que presentan los procedimientos de familia; en relación a las medidas provisionales, el artículo 106 establece que «los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo»; además, el artículo 774.5 LEC establece que «los recursos que conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán las medidas que se hubieren acordado en ésta»; por ello, las sucesivas resoluciones serán eficaces desde el momento en que se dictan, en que sustituirán a las anteriores» (sentencias de 3 de octubre de 2008, 26 de octubre de 2011, 26 de marzo y 19 de noviembre de 2014, y para un caso de extinción sentencia de 18 de noviembre de 2014). La más reciente sentencia de 16 de noviembre de 2016, ha considerado que el mismo criterio es aplicable cuando en un proceso de divorcio se modifica una pensión compensatoria que venía reconocida ya por una anterior sentencia de separación matrimonial, de modo que, en tal caso, la sentencia de divorcio que no crea el derecho, sino que modifica su cuantía, produce efectos desde la sentencia de la fecha de apelación de este segundo proceso.

En el presente caso, el motivo del recurso de casación debe ser desestimado. Nos encontramos ante una pensión compensatoria, cuya finalidad es compensar por el desequilibrio que se produzca en el momento de la separación o el divorcio. Puesto que fue la sentencia de primera instancia la que declaró disuelto el matrimonio por divorcio, sin que existiera previa resolución que fijara compensación alguna, es a la fecha de la notificación de esa sentencia a la que debe estarse para fijar los efectos de la pensión compensatoria, con independencia de que fuera la sentencia de segunda instancia la que, al valorar los mismos hechos de una manera diferente elevara la cuantía de la pensión compensatoria. La cuantía fijada por la sentencia de segunda instancia produce efectos desde la sentencia de primera instancia en la que se reconoció el derecho a la pensión compensatoria. (STS de 20 de junio de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.<sup>a</sup> de los Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—Ante todo hay que destacar la encomiable rapidez con que se resuelve el litigio familiar aquí contemplado: en 9 de abril de 2015 se dicta la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 79 de Madrid; el 8 de abril de 2016 resuelve la apelación la sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, mientras la Sala 1.<sup>a</sup> zanja definitivamente aquél transcurrido apenas un año. En su conjunto en poco más de un bienio desde la sentencia de primera

instancia se resuelve definitivamente una importante y delicada cuestión (*primum vivere*) de los pleitos familiares.

Las reformas legales sobre esta institución instauradas en 2005, que han alcanzado incluso a su denominación (unas veces, la tradicional de pensión compensatoria, y otras la novedosa de compensación por desequilibrio), mueven a la doctrina a plantearse su última *ratio*, singularmente, como es el caso, de carecer de limitación temporal. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso (IV) Derecho de Familia*, 5.ª ed. Edisofer, Madrid 2016, p. 211 (coord. por el mismo) lo enuncia claramente: «Es habitual afirmar que su fundamento es la existencia de un desequilibrio patrimonial entre los cónyuges, de forma que la situación de uno de ellos resulta peor que la que tenía constante matrimonio. Evidentemente, si se atiende a la letra del precepto, esto es así; pero es una respuesta sólo aparente ya que no sirve para aclarar por qué un tal desequilibrio debe dar lugar a una reacción jurídica consistente en el establecimiento de la compensación, y menos aún si ésta adopta la forma de pensión. Por otro lado, su sentido puede ser distinto si la referimos a la separación (en la que el matrimonio subsiste) o al divorcio (en el que el matrimonio ha quedado disuelto). En este último caso, podemos encontrarnos ante una suerte de contradicción con el propio planteamiento del divorcio, sobre todo si la compensación asume la forma de pensión. La pensión, más aún si es por tiempo indefinido (pero también la temporal) supone en alguna medida la continuidad de los efectos del matrimonio, incluso indefinidamente, más allá del momento en que ha quedado disuelto por el divorcio; dicho con otras palabras, los cónyuges pueden divorciarse, pero no siempre pueden evitar continuar ligados por la pensión (cuyo fundamento último sería un matrimonio ya disuelto». Con base en abundante bibliografía, genérica y específica, –op. cit., p. 221 sentencia– el autor ahonda en la actual problemática de esta figura que está originando abundante litigiosidad. (G. G. C.)

**26. Divorcio: pensión compensatoria: duración ilimitada: modificación de medidas.**—Con fecha 4 de noviembre de 2011, el Juzgado de Violencia sobre la mujer, núm. 1 de Oviedo, concedió a Dña. Belinda, de 46 años de edad, una pensión compensatoria, sin limitación temporal, con la cuantía de 400 euros mensuales, tras 17 años de duración del matrimonio, durante los cuales se ha dedicado a las atenciones familiares y de dos hijos de 17 y 12 años, sin más estudios que los de bachillerato. Resolución confirmada por sentencia de 11 de junio de 2012, de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo. El 15 de abril de 2016 entra en el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo la demanda de modificación de medidas, interpuesto por su cónyuge D. Baldomero, solicitando la extinción de la pensión por empeoramiento de su situación económica, o subsidiariamente su reducción a 200 euros mensuales con duración de un solo año. Mientras tanto ha mejorado la situación de Dña. Belinda, por liquidación de la sociedad de gananciales y fallecimiento de su padre, sin que tampoco muestre interés alguno por conseguir un empleo. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo, de 24 de junio de 2016, estima parcialmente la demanda, reduciendo

a 280 euros mensuales la cuantía de la pensión, que sigue siendo indefinida. La sentencia de 16 de octubre de 2016, de la sec. 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Oviedo, estima parcialmente los recursos de ambos cónyuges, pues, de un lado, mantiene la cuantía inicial de 400 euros mensuales de la pensión, y, de otro, la reduce a cuatro años de duración a partir de la sentencia de apelación. Estima que concurren nuevas circunstancias que aconsejan la adopción de tal medida. En especial, la edad de los hijos que habían quedado bajo la custodia de Dña. Belinda y que siguen conviviendo con ella, ya no precisan de sus cuidados y atenciones, a diferencia de lo que ocurría al declararse el divorcio. Lo que ha de proporcionar una mayor disponibilidad para acceder al mercado laboral y, si bien carece de cualificación, su edad y buen estado de salud, le habrá de permitir incorporarse a alguna labor que no precise de experiencia o titulación. El plazo de cuatro años es adecuado para que pueda recuperar una posición económica en la que cese una situación de desequilibrio que motivó la concesión de la pensión.

Dña. Belinda interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional, aportando las SSTs de 3 de octubre de 2008, 3 de octubre de 2011, 24 y 28 de octubre de 2013, 28 de octubre de 2014, 8 de septiembre de 2015, y 24 de mayo de 2016. Sostiene, en esencia, que a efectos de fijar un límite temporal a la pensión, la sentencia recurrida atiende en exclusiva como alteración sustancial, sobrevenida e imprevisible, a una única nueva circunstancia que se deriva del mero transcurso del tiempo, cual es la edad de los hijos (uno que sigue siendo menor de edad y el otro mayor pero sin independencia económica), han cambiado las circunstancias que llevaron a fijar una pensión sin fijar límite temporal, ya que la pensión fue fijada como indefinida por la incertidumbre de que, dadas sus condiciones, le fuera factible la superación del desequilibrio mediante el acceso al mercado de trabajo en el que nunca había estado.

D. Baldomero se opone al recurso por concurrir causa de inadmisibilidad por inexistencia de interés casacional, pues las sentencias invocadas no guardan relación con el supuesto, sino que están en función de las concretas circunstancias del caso, en el que no se fijó en la edad actual de los hijos, sino en otras circunstancias de la madre (cualificación profesional, edad y óptimo estado de salud que no le impide trabajar) que justifican, si no su extinción, sí una limitación temporal de la pensión, ya que lo relevante no es el estado objetivo del paso del tiempo, sino la posibilidad de superar la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho. Subsidiariamente, para el caso de que se admita el recurso se opone por razones de fondo. La Sala ha admitido que la modificación por alteraciones sustanciales comprende la posibilidad de temporalizar una pensión acordada inicialmente con carácter indefinido. Entiende que si en el plazo de cuatro años Dña. Belinda no alcanza la independencia económica ya no será debida a su dedicación a la familia ni a la crisis matrimonial.

La Sala rechaza la existencia de causa de inadmisibilidad alegada en el escrito de oposición. La cuestión jurídica que plantea el presente recurso de casación consiste en dilucidar si la pensión compensatoria fijada con carácter indefinido puede convertirse en una pensión temporal y las circunstancias que lo permiten. La sentencia de 24 de mayo de 2016, aunque analiza los factores que deben concurrir para fijar límite en una pensión compensatoria, no se ocupa de un caso en el que se plantee la modificación de una pensión fijada previamente en otro procedimiento. Las demás sentencias que la recurrente ha citado en orden a justificar el interés casacional de la resolución de su recurso se ocupan de litigios que tienen su origen en demandas que solici-

tan la introducción de un límite temporal en pensiones compensatorias acordadas inicialmente de forma ilimitada.

A la vista de las sentencias referidas resulta que la introducción de un límite temporal en una pensión fijada previamente como indefinida requiere que se produzca un cambio sustancial de las circunstancias que permita valorar que, ahora, como consecuencia de ese cambio, el cónyuge puede en un tiempo previsible, superar el desequilibrio que le supuso la crisis matrimonial. La sentencia que se recurre atiende fundamentalmente al dato de la edad de los hijos, por haber transcurrido cuatro años desde que se fijó la pensión indefinida hasta que se presentó la demanda solicitando su modificación. En la medida en que este es un dato que se conecta de manera decisiva con el mero transcurso del tiempo contradice la doctrina contenida en alguna de las sentencias aportadas, por lo que concurre interés casacional en la resolución del recurso, de conformidad con el artículo 477.3 LEC.

**Reforma introducida por Ley de 8 de julio de 2005, en la duración de la pensión o prestación por desequilibrio.**—La posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria, reconocida expresamente en el artículo 97 CC tras la reforma por Ley 15/2005, de 8 de julio, y que venía siendo admitida con anterioridad por la jurisprudencia, explica la solicitud de una modificación dirigida a imponer un límite temporal a una pensión fijada inicialmente con carácter indefinido. Por el momento en que se redactó, la previsión de modificación de la pensión contemplada en el artículo 100 CC parece estar pensando exclusivamente en las modificaciones de la cuantía de la pensión, pero, producida la modificación del artículo 97 y admitida la fijación de una pensión temporal, no se ve inconveniente en interpretar el precepto de modo que permita la conversión de una pensión indefinida en temporal. Así lo admitió expresamente la sentencia de 24 de noviembre de 2011, según la cual en principio la pensión es un derecho que no sufrirá alteraciones, a no ser que se produzca el supuesto de hecho del artículo 100 CC, y por ello *dentro de la expresión ‘modificación por alteraciones sustanciales’, debe incluirse la temporalización de una pensión acordada en principio como vitalicia.*

Hay que entender que, cuando los factores que se tuvieron en cuenta para apreciar la procedencia de una pensión hayan variado, hasta el punto de que cese la causa que la motivó, la pensión podrá ser extinguida (art. 101 CC). Así la consideró la sentencia de 24 de noviembre de 2011, en un caso en que la esposa se adjudicó una cantidad superior a cuatro millones de euros al liquidar el régimen de gananciales, lo que determinaba la concurrencia de una alteración sustancial de su fortuna.

Puesto que la determinación de un límite temporal dará lugar a la extinción de la pensión cuando llegue el plazo fijado, la transformación de una pensión indefinida en una pensión temporal requiere que se produzca una modificación sustancial de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta al establecerla. Atendiendo a la finalidad de la compensación por desequilibrio, la fijación de una pensión con carácter indefinido presupone que el juzgador ha valorado que, en atención a las circunstancias, el beneficiario de una pensión temporal se justifica cuando, acreditado el desequilibrio, las circunstancias permiten alcanzar un juicio prospectivo razonable sobre la posibilidad real de superar en un periodo de tiempo determinado la situación inicial de desequilibrio que pueda producirse tras una ruptura matrimonial.

Cabe pensar, en consecuencia, que se puede temporizar una pensión que se reconoció inicialmente sin prefijar un plazo si, con posterioridad, en aten-

ción a alteraciones de las circunstancias (art. 100 CC) resulta previsible que en un lapso de tiempo el cónyuge beneficiario de la pensión puede superar la situación de desequilibrio. La cuestión es, por tanto, cuándo se produce una alteración de las circunstancias que, sin dar lugar al cese del desequilibrio, sea relevante para permitir la sujeción a un plazo de la pensión. Dada la función de la pensión compensatoria, para temporizar la pensión compensatoria es preciso valorar, en un juicio prospectivo ponderado, si el cónyuge a quien la crisis matrimonial produjo un desequilibrio económico, está ahora, en razón a nuevas circunstancias sobrevenidas que no se pudieron tener en cuenta cuando se fijó la pensión con carácter indefinido, en condiciones de superar el desequilibrio económico en un plazo previsible. La sentencia de 27 de junio de 2011 afirma que el criterio seguido por esta Sala es contrario a la posibilidad de poner fin a la pensión reconocida por el mero transcurso del tiempo en su percepción (...) en la medida en que lo relevante no es el caso objetivo del paso del mismo, sino la superación de la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho». Es cierto que esta transformación de la pensión vitalicia en temporal puede venir dada por la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, y, alcanzarse la convicción de este desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre, pues a ella se refiere reiterada jurisprudencia (entre otras, sentencias de 27 de junio de 2011 y 22 de octubre de 2012).

**No concurren circunstancias para convertir en temporal la pensión definitiva.**— En el presente caso la sentencia de divorcio de la Audiencia Provincial de 11 de junio de 2012, confirmando la de primera instancia de 4 noviembre de 2011, fijó la pensión por desequilibrio, rechazando hacerlo con carácter temporal. Pero la sentencia ahora recurrida dictada por la Audiencia Provincial de 10 de octubre de 2016, dictada en el procedimiento de modificación de medidas, promovido por D. Baldomero, razona que procede establecer un límite temporal en la pensión.

En el presente caso las circunstancias determinantes de desequilibrio analizadas en la sentencia de divorcio y que justificaron la concesión de una pensión de duración indefinida, sin que se apreciara la posibilidad de la esposa de superar en un tiempo determinado el desequilibrio que le generó la ruptura, se mantienen en la actualidad. No puede considerarse que el tener los hijos algunos años más que cuando se fijó la pensión sea un factor que pueda valorarse como una nueva circunstancia que altere las tenidas en cuenta en el momento de fijar la pensión (la dedicación a la familia, la falta de formación, el no haber estado nunca en el mercado laboral, la edad de la esposa, que al aumentar no favorece su acceso al mercado laboral). Por el contrario, el que los hijos cumplieran años era algo absolutamente previsible y mera consecuencia del paso del tiempo, sin que la edad de los hijos sea un factor que contribuya a la superación de la situación de desequilibrio que justificó el reconocimiento del derecho y sin que en el momento de fijar la pensión se tuviera en cuenta como una circunstancia que dificultara el acceso al trabajo de la esposa la edad que en ese momento tenían.

Consecuencia de lo razonado es la estimación del recurso interpuesto por Dña. Belinda. (**STS de 20 de junio de 2017**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm.a Sra. Dña. M.<sup>a</sup> de los Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—La variedad de situaciones fácticas concurrentes en las sentencias extractadas en el presente número de *ADC*, dictadas por

la misma Ponente, confirman que se está formando una renovada doctrina jurisprudencial en relación con la pensión compensatoria, tanto si se determina en el proceso de ruptura matrimonial, como si corresponde al cambio de lo que podemos calificar *statu quo*. Entre nosotros, la alteración de circunstancias afectaba inicialmente a la cuantía de la pensión (lo normal es que el cónyuge obligado al pago, pretenda reducir su importancia, y sucesivamente su duración (sobre todo si los excónyuges son jóvenes, desean librarse cuanto antes de las obligaciones derivadas de la primera unión). La Sala 1.<sup>a</sup> puede decirse que ha preparado el camino para la ulterior reforma legislativa que lo ha autorizado en ambos aspectos. En este caso, se mantiene una pensión vitalicia por no apreciar cambios sustanciales (confirmando aquel sorprendente vaticinio del *Doyen Carbonnier*, a mediados del siglo pasado, y en relación con la normativa gala, sobre la *survivence du mariage après sa dissolution*, hipótesis que recientemente ha reiterado entre nosotros Martínez de Aguirre). Sobre las posibilidades efectivas de que el cónyuge «desequilibrado» pueda acudir al mercado laboral entiendo que sería de ayuda conocer las previsiones económicas del lugar de su residencia. En el presente caso: ¿se había superado ya en la CA Asturiana la dura crisis económica que venía sufriendo, y precisamente en 2016, cuando falla la Audiencia Provincial? (G. G. C.)

**27. Divorcio: modificación de medidas: en relación con la pensión compensatoria y la vivienda.**—La sentencia de 11 de diciembre de 2007 que acordó el divorcio de D. Pedro Miguel y Dña. Rafaela, aprobó las medidas fijadas en convenio regulador de 29 de diciembre de 2006. El 6 de febrero de 2014, D. Pedro Miguel interpone demanda de modificación de tales medidas. Solicita se reduzca la pensión compensatoria, fijada en el convenio en 1361,66 euros mensuales con actualizaciones anuales, a la suma de 400 euros mensuales, que se declare no proceder especial atribución del uso del inmueble propiedad de la sociedad postganancial sito en las Rozas a ninguno de los integrantes de dicha sociedad, a fin de posibilitar libremente su liquidación, así como la supresión de la pensión alimenticia al hijo común D. Gervasio, fijada en el convenio en 371,42 euros con actualizaciones anuales. En la vista del juicio matiza la petición relativa a la vivienda, interesando que la atribución de uso que se atribuyó a la esposa y al entonces hijo menor, quede limitada temporalmente hasta la fecha de la definitiva liquidación de la sociedad de gananciales. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia sólo estima la supresión de alimentos a favor del hijo, por ser mayor de edad, trabajar a tiempo parcial cobrando entre 500 y 700 euros y no estar completando su formación.

D. Pedro Miguel recurre en apelación, pero la Audiencia Provincial desestima el recurso, confirmando en su integridad la sentencia de primera instancia, lo que razona así en cuanto a la pensión compensatoria: «Al coincidir con el órgano *a quo* en que, en el caso, por las circunstancias que le adornan no se da cambio sustancial de circunstancias, pues, en efecto, el Sr. Pedro Miguel percibe de pensión de jubilación unos 2000 euros mensuales, más 819 euros al mes de una póliza de ahorro, amén de que la jubilación no es un hecho imprevisible, percibe un plan de pensiones de 800 euros al mes durante ocho años, se admite tener también plan de pensiones de unos 14.000 euros, más producto bancario en Bankia por unos 70.000 euros y está acredi-

tado que percibió por la extinción de su relación laboral en concepto de indemnización, liquidación, saldo y finiquito la suma de 348.826, 21 euros. No procede entonces modificar, hoy por hoy, la cuantía de la pensión compensatoria, obligación preexistente, importante y que procede de convenio regulador firmado por las partes el 29 de diciembre de 2006, homologado por sentencia de divorcio de 11 de septiembre de 2007; convenio firmado por las partes con miras de futuro, vocación de permanencia y que es ley para las partes que debe cumplirse a tenor de lo dispuesto en el artículo 1091 CC, si, se insiste, en el caso, no cabe apreciar cambio sustancial de circunstancias».

**Limitación temporal del uso de la vivienda.**—Por lo que se refiere a la vivienda, la Audiencia Provincial afirma: «En cuanto al motivo relativo al uso del domicilio familiar en congruencia con lo que se acaba de decir, si no se da en el caso cambio sustancial de circunstancias; y si las medidas en su día adoptadas lo fueron en convenio regulador firmado por las partes, procede desestimar igualmente este motivo y confirmar la sentencia de instancia».

D. Pedro Miguel interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional, basado en el único motivo en el que denuncia infracción del artículo 96.3 CC Cita la sentencia del Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> de 11 de noviembre de 2013 y la sentencia de 12 de febrero de 2014. Sostiene en esencia que, de acuerdo con la doctrina de esta Sala 1.<sup>a</sup>, la atribución el uso de la vivienda familiar, en el caso de existir hijos mayores de edad ha de hacerse a tenor del párrafo 3.º del artículo 96 CC y en todo caso por un plazo determinado, sin que quepa su atribución o mantenimiento de forma indefinida. Dña. Rafaela sostiene que concurre causa de inadmisibilidad por no existir interés casacional, citando el Auto de 22 de abril de 2014, en un caso similar al presente. En cuanto al fondo, argumenta que las sentencias aportadas nada tienen que ver con el presente caso, en el que las partes suscribieron un convenio, homologado en la sentencia de divorcio, por el que acordaron la adjudicación de la vivienda de la esposa, previendo entonces que las circunstancias de la esposa nunca irían a mejor. Añade que su situación personal es aún peor que la tenida en cuenta en el momento de la firma del convenio.

Se estima el recurso interpuesto por D. Pedro Miguel, rechazándose el óbice de inadmisibilidad alegado por la parte recurrida. El Auto de 22 de abril de 2014, en el que se inadmitió un recurso de casación, se justifica en función de los hechos acreditados en el caso («en el convenio regulador de la separación de los litigantes se atribuyó el uso de la vivienda conyugal a la esposa con carácter indefinido, tal y como se desprende del contenido literal del citado convenio, en el que dado la edad de los cónyuges, ambos pensionistas, no era augurable una modificación imprevisible de sus respectivas situaciones, y en el que no se fija pensión compensatoria y se expresa la asunción por el esposo de la totalidad de determinados gastos relacionados con la vivienda»).

En el caso que da lugar al recurso de casación, la sentencia de divorcio de las partes litigantes, de 11 de septiembre de 2007, atribuyó el uso de la vivienda familiar a favor de la esposa y del entonces hijo común menor (nacido en 1990). Alcanzada la mayoría de edad por el hijo se produce un cambio de circunstancias de modo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse, conforme al artículo 96, párrafo 3.º CC, que permite atribuirlo, por el tiempo que prudencialmente se fije, a favor del cónyuge no titular siempre que atendidas las circunstancias resulte aconsejable y su interés sea el más necesitado de protección. La posible contradicción de la sentencia recurrida a esta doctrina, sentada a partir de la sentencia de pleno de 5 de septiembre de 2011, justifica la existencia de interés casacional.

**Interpretación del párrafo 3.º del artículo 96 CC según la doctrina jurisprudencial.**—La parte recurrida argumenta que el uso de la vivienda fue acordado a favor de la esposa de modo indefinido, porque se tuvo en cuenta su situación (su edad, entonces de 58 años, la falta de cualificación profesional, su dedicación al esposo e hijos durante los 31 años que duró el matrimonio, su delicado estado de salud) y se previó que tal situación no mejoraría. Argumenta que, con el paso del tiempo, su situación ha empeorado por lo que privarle del uso de la vivienda no solo supone dejar sin cumplimiento lo acordado sino dejarla desprotegida. Sostiene que esa es la razón que ha sido tenida en cuenta por la sentencia de instancia cuando decide que no procede modificar la medida de atribución del uso de la vivienda a la esposa.

Esta Sala considera por el contrario, que la decisión de la sentencia recurrida, al declarar el mantenimiento de la atribución del uso de la vivienda a favor de Dña. Rafaela de manera indefinida, sin fijar un tiempo prudencial, no se ajusta a la interpretación que debe darse del tercer párrafo del artículo 96 CC. Las partes no acordaron la atribución de un uso indefinido de la vivienda a favor de la esposa. Literalmente lo que dice el «acuerdo 2» del Convenio de 29 diciembre 2006, bajo el título de «Uso y disfrute del domicilio conyugal», es que «el domicilio conyugal sito en la calle núm. 0 de Las Rozas, de Madrid, quedará para uso y disfrute de Rafaela y del hijo menor de edad, Gervasio»: Frente a la argumentación de la recurrida, la edad de la esposa, la falta de cualificación profesional, su dedicación a la familia y su salud eran circunstancias que se valoraban para la atribución de una pensión compensatoria a la esposa en el «acuerdo 6» del Convenio, con lo que se daba cumplimiento al artículo 97 CC. Claro que esas circunstancias pueden ponderarse para valorar si, no existiendo hijos menores, o alcanzada la mayoría de edad por los hijos, puede adjudicarse el uso de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección (conforme al art. 96. párrafo 3.º CC), pero las mismas no confieren un derecho ilimitado ni justifican la atribución del uso de la vivienda por tiempo indefinido. La interpretación de la Sala, a la que debe estarse para resolver el presente recurso de casación es la que, aquel precepto no autoriza a imponer, a falta de acuerdo entre las partes, un uso indefinido e ilimitado de la vivienda familiar.

En el caso no existe un acuerdo de atribución del uso indefinido a la esposa, pues el convenio, y la sentencia de divorcio que lo homologó, lo que hicieron fue dar cumplimiento al primer párrafo del artículo 96 CC, conforme al cual «el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden». El convenio no hizo otra cosa que recoger la norma legal, habida cuenta de que en el momento del divorcio había un hijo menor cuya guarda y custodia se atribuía a la madre. La adquisición de la mayoría de edad por los hijos da lugar a una nueva situación en la que debe estarse como interés superior de protección cuando las circunstancias lo aconsejen, al del cónyuge más necesitado de protección, pero por el tiempo que prudencialmente se fije, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 96 CC (sentencias de 5 de septiembre de 2011 y 11 de noviembre de 2013). De acuerdo con la doctrina contenida en estas sentencias: «La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que,

adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijada por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas».

Por otra parte, según la doctrina de esta misma Sala: «Ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 ss. Cc, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1.º sino del párrafo 3.º del artículo 96 CC, según el cual «no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

En consecuencia, ni siquiera la existencia de un hipotético derecho de alimentos a favor del hijo ya mayor de edad, sería un criterio de atribución de uso de la vivienda aunque el hijo decidiera seguir viviendo con la madre.

Superada la menor edad del hijo, la situación del uso de la vivienda familiar queda equiparada a la situación en que no hay hijos a que se refiere el tercer párrafo artículo 96 CC, y la adjudicación al cónyuge que esté más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido, pues según la doctrina de la Sala ello «parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por juicio ponderado en atención a las circunstancias concurrentes» (STS 29 de mayo de 2015).

Esta doctrina es aplicable tanto cuando se adjudica el uso de la vivienda al «cónyuge no titular» (al que literalmente se refiere el párrafo 3.º art. 96 CC) porque la vivienda es privativa del otro o cuando tiene carácter ganancial, como es el caso del presente recurso. Ya la sentencia de 23 de noviembre de 1998, consideró aplicable el precepto citado cuando la vivienda es ganancial, mediante una interpretación lógica y extensiva del precepto, doctrina seguida después por la jurisprudencia (sentencias 12 de febrero de 2014, 17 de marzo de 2016 y 19 de enero de 2017, que confirman la atribución de un uso temporal).

Por todo lo expuesto, se estima el motivo del recurso de casación, se casa la sentencia recurrida en el punto relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar, y la Sala, en funciones de instancia, declara que procede estimar el recurso de apelación interpuesto por Pedro Miguel en el punto de establecer una limitación personal al uso de la vivienda. La ponderación de las circunstancias concurrentes permite concluir que la limitación temporal del derecho de uso atribuido a Dña. Rafaela hasta la fecha de la liquidación de gananciales es coherente con la interpretación jurisprudencial. Dado que el hijo común alcanzó la mayoría en 2008 y, durante este tiempo, la madre y el hijo han continuado disfrutando del uso de la vivienda familiar, y puesto que la demandada recurrida cobra una pensión compensatoria y la venta de la vivienda reportará un ingreso para ambos cónyuges, cabe concluir que la

demandada recurrida podrá acceder a una vivienda en condiciones dignas. (STS de 20 de junio de 2017; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.<sup>a</sup> de los Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—La solución adoptada en relación con la vivienda esta aceptada por la doctrina (así LACRUZ *et altri*, coord. RAMS ALBESA, *Elementos IV*, Dykinson, Madrid 2005, p. 103; MARTÍNEZ DE AGUIRRE (coord.) *et altri*, *Curso (IV) Derecho de Familia*, 5.<sup>a</sup> ed. Edisofer, 2016, p. 2009). (G. G. C.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**28. Sucesión hereditaria: aceptación tácita de herencia y renuncia expresa: nulidad de declaración de heredera abintestato y de aceptación a beneficio de inventario: responsabilidad civil por participación delictiva a título lucrativo declarada por sentencia: fallecimiento del responsable durante el proceso.**—1. La Entidad Grupo Torras formuló demanda contra D. Miguel Ángel y D. Carlos Ramón (hijos del difunto D. Santos), Dña. Olga (viuda de D. Santos), Dña. Berta (madre de D. Santos) y la Sociedad Azulintas. En la demanda se formulaba una acción declarativa y de condena por responsabilidad civil del partícipe a título lucrativo de los efectos de delito y acción de enriquecimiento injusto, incluso la de responsabilidad extracontractual del fallecido. La primera tendente a que se declare que tanto los hijos como la viuda de D. Santos aceptaron tácitamente la herencia de su padre y esposo y que es nula e ineficaz la renuncia a la herencia efectuada por todos ellos, así como la declaración de heredera de Dña. Berta y la aceptación de esta a beneficio de inventario. La segunda es una mera consecuencia de la anterior para que todos ellos, salvo Dña. Berta, y los que resulten herederos del Sr. Santos, abonen a Grupo Torras SA, la suma de 28.500.000 dólares, más los intereses legales desde el 4 febrero de 2000, lo que asciende, provisionalmente, a la fecha de la demanda a la suma de 39.466.837 dólares. Además interesaba que se levantara el velo societario de Azulintas y se declare que las acciones de Hipódromos y Caballos, que aparece formalmente a su nombre, y la propia sociedad Azulintas B. V., son parte del caudal hereditario del Sr. Santos y afectas a la responsabilidad derivada de la condena anterior.

El propio demandante resume la demanda diciendo lo siguiente: a) que el difunto recibió una importante cantidad de dinero procedente de un delito cometido contra el Grupo Torras SA, mediante unas transferencias a una cuenta suya abierta a nombre de otra sociedad instrumental sin causa para tal cobro y sin que tampoco hubiera pruebas de que hubiere cometido el fraude, por lo que es considerado en el proceso penal responsable civil a título lucrativo; y b) posteriormente, estos demandados realizaron una serie de actos para eludir las responsabilidades de su causante, fallecido durante el procedimiento penal, consistentes en alzar bienes de la herencia y propios, con ayuda de sociedades pantalla, y en simular que ellos no eran herederos, sino la anciana madre del difunto, persona completamente insolvente. Lo que ahora se pretende es anular ciertos actos simulatorios relativos a la condición de herederos de la viuda e hijos y de reclamar el crédito que tiene el Grupo Torras contra ellos, a partir de la responsabilidad del causante.

2. La demanda tiene su origen en una causa penal precedente, en cuyo curso falleció el Sr. Santos y en la que se dictó sentencia del 11 de septiembre de 2007 (caso Pincinco) que, en lo que aquí interesa, es del tenor literal siguiente:

«El Tribunal de instancia ha declarado, en el fallo de la sentencia impugnada, que «se declaran partícipes a título lucrativo a las siguientes personas: (...) Herederos de Santos (Berta), y en tal concepto establece su obligación de devolver 1.100.000 dólares, según el cambio oficial de esta divisa en la fecha de su transmisión, el 5 octubre de 1990. Responsabilidad civil que, para el caso de que la herencia se hubiese aceptado a beneficio de inventario, tendrá las limitaciones derivadas del beneficio de inventario». Conforme a lo especialmente previsto por la LECRIM, sobre esta materia, «de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible» (v. art. 100 LECRIM, 109 y 110 CP y art. 1092 CC); «la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal (...); pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables» (v. art. 108 LECRIM y 1813 CC); «ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar» (v. art. 112 LECRIM); «la acción penal se extingue por la muerte del culpable, pero en este caso subsiste la civil contra sus herederos y causahabientes, que sólo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil».

«(...) A la vista de lo dispuesto en los preceptos citados de la Lecrim, es evidente que la acción civil dirigida contra los herederos de una persona a la que se considera partícipe por título lucrativo de los efectos de un delito (v. art. 108 CP. de 1973), en principio, deberá ejercitarse ante el órgano competente de la jurisdicción civil. No es, por tanto, procesalmente correcto (v. art. 238.3.º LOPJ) pronunciarse sobre la condición de partícipe a título lucrativo de una persona que ha fallecido y que, por tal circunstancia, no puede defenderse en el proceso (v. art. 24.1 CE), ni tampoco resolverse previamente en el proceso penal todas las cuestiones inherentes a la determinación de quienes sean, en su caso, los herederos de tal persona, para habilitarles de los medios pertinentes para su defensa y condenarles, en su caso, a la vista de lo establecido en el artículo 11 LECRIM y por la evidente complejidad que con frecuencia ofrece esta materia (existencia o no de testamento, posible impugnación del mismo, renuncia a la herencia, aceptación de la misma a beneficio de inventario, ejercicio del derecho de deliberar, preferencia y prelación de créditos, etc., etc.)».

«Se dice en este motivo –similar al anterior, según la parte recurrente– que «la parte dispositiva de la sentencia recurrida absuelve como responsables civiles a los herederos de Santos y menciona, entre paréntesis, a Dña Berta (...) dando a entender que esta última es la única heredera del fallecido Sr. Santos. Tal pronunciamiento vulnera el artículo 3 de la LECRIM, pues resuelve prejudicialmente una cuestión civil sin que la misma «aparezca tan íntimamente ligada al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. Es obvio que el pronunciamiento civil de quién sea heredero del Sr. Santos no es necesario para pronunciarse sobre la responsabilidad civil de dicho heredero».

«Pese a que la parte recurrente entiende que existe similitud entre este motivo y el precedentemente estudiado, en realidad, estamos ante cuestiones distintas, dado que lo que aquí pretende la parte recurrente es que el Tribunal condene genéricamente a los herederos de Santos, dejando a la jurisdicción civil la determinación de cuáles son éstos. Mas, tal decisión comporta la existencia de un «prius», consistente en la necesidad de decidir previamente si el causante era, o no, partícipe ilícito por título lucrativo de los efectos del delito (v. art. 108 LECRIM), cuestión que lógicamente no debe decidirse sin que los interesados puedan defenderse de la correspondiente pretensión (art. 24.1 CE). De ahí que no procede la estimación de este motivo, en la forma que ha sido formulado».

En vista de todo ello, dispone lo siguiente: «Que no ha lugar a hacer pronunciamiento alguno, en esta causa, sobre responsabilidad civil dimanante de participación lucrativa de los efectos del delito, respecto de los herederos de Ramón ni de respecto de los herederos de Santos».

3. En parecido sentido se resuelve el caso Croesus, en el que también estaba comprometido el Sr. Santos y que concluyó mediante sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de abril de 2008: «Es evidente que de ello se deriva la necesidad de que la parte acusadora en ejercicio de la acción civil que pretende deberá acudir a la jurisdicción civil para dilucidar la misma ejercitada contra los herederos de D. Santos y la entidad Hipódromos y Caballos S, A. en los términos antes citados. En dicha jurisdicción las partes podrá debatir sobre la procedencia o no de prescripción y de las causas interruptoras de la misma que en este momento no procede a este Tribunal penal, pronunciarnos por los motivos expresados en orden a la extinción de la acción penal, concreción del «dies a quo» y del «dies ad quem», y cualquier otra cuestión referida a la misma, como es la de su naturaleza contractual o extracontractual o nacida «ex delicto».

4. Esta Sala ya conoció de esta demanda en el recurso de casación 2786/2013, y dictó la sentencia 352/2015, de 2 de julio, en la que estimó el recurso de infracción procesal formulado por el Grupo Torras contra la sentencia dictada por la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Madrid, que desestimó la demanda, sin pronunciarse sobre el recurso de casación, en el sentido de «anular la sentencia recurrida y reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al que fue dictada para que, por el mismo Tribunal y asignando al asunto preferencia en los señalamientos, vuelva a dictar sentencia pronunciándose sobre la responsabilidad de D. Santos y de Azulintas y, en su vista, sobre las demás pretensiones formuladas en la demanda».

5. La misma Sección de la Audiencia Provincial volvió a dictar sentencia y revocó la del Juzgado, que había estimado la demanda, porque consideró que de la prueba practicada en modo alguno podía estimarse que la declaración de responsabilidad civil como partícipe a título lucrativo de los efectos del delito en relación al Sr. Santos podía tomarse como un hecho, dado que las sentencias penales dictadas por la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo no contienen pronunciamiento alguno sobre el mismo, antes al contrario, son coincidentes en la apreciación de que ha de ser en la jurisdicción civil en la que, en su caso, se declare esta responsabilidad, la cual niega la sentencia a partir de la prueba que valora.

Este pronunciamiento es objeto de impugnación en el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, por vulneración de la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 CE, y se justifica por una valoración de la prueba que la parte recurrente califica de absolutamente arbitra-

ria, ilógica e irracional sobre la recepción por D. Santos de fondos procedentes del Grupo Torras SA, sin ninguna causa lícita.

**Falta de prueba.**—En el presente caso el Tribunal de apelación ha realizado una valoración conjunta, suficientemente razonada, de varios elementos probatorios y su resultado no es discutible en el recurso extraordinario por infracción procesal, dado el carácter restrictivo del control de valoración probatoria. La valoración de prueba es función de instancia, y tan sólo cabe, excepcionalmente, justificar un recurso por infracción procesal por causas muy concretas, y no es posible pretender que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones interesadas, contrarias a las objetivas del órgano jurisdiccional, según reiterada jurisprudencia. El hecho de que no se tomen en consideración determinados elementos de prueba relevantes a juicio de la parte actora no significa que no hayan sido debidamente valorados por la sentencia impugnada, sin que las exigencias de motivación obliguen a expresar este juicio (STC de 25 de febrero de 2003), a no ser que se ponga de manifiesto la arbitrariedad o el error manifiesto.

Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala (sentencia de 11 de octubre de 2006, y las que en ella se citan) atribuye a la sentencia penal, aunque no produzca cosa juzgada, el efecto en el proceso civil de un medio de prueba cualificado de los hechos contemplados y valorados en unión de los demás elementos de convicción aportados al posterior (SSTS de 7 de mayo de 2007 y 24 de marzo de 2010). Ello no es más que una consecuencia de la exigencia constitucional de seguridad jurídica a que se refiere, entre otras, la STC de 25 de febrero de 2003, en el sentido de que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado y al derecho a la tutela judicial efectiva (integrado también por la expectativa legítima de obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia) impidiendo los pronunciamientos contradictorios de distintos órganos judiciales. Este último efecto no se produce en este caso.

En primer lugar, no sólo no hay un pronunciamiento expreso en las sentencias penales sobre la condición de partícipe a título lucrativo de una persona que ha fallecido, sino que los tribunales de este orden han remitido a esta jurisdicción la solución del asunto. En segundo lugar, el motivo es ajeno a la infracción del artículo 116 LECRIM., que no se invoca, sobre el valor de la sentencia penal firme absolutoria y su vinculación al juzgador civil cuando declara la inexistencia del hecho de que la acción civil hubiese podido nacer. Tampoco se fundamenta en el principio de la cosa juzgada porque no existe pronunciamiento judicial alguno de cuya existencia dependa esta imputación que, por fallecimiento del causante, trascienda a sus herederos. Esta responsabilidad constituiría en definitiva un «prius» de pronunciamiento de la jurisdicción civil, consistente en la necesidad de decidir previamente si el causante era o no, partícipe lucrativo de los efectos del delito. Finalmente, aun admitiendo que el único dato de verdadero interés de los procesos penales anteriores es la transferencia de bienes a cuentas del fallecido, es lo cierto que, con independencia de que no se haya apreciado su responsabilidad en dicho concepto y que queda abierta sin efecto vinculante alguno, la posibilidad de que en esta jurisdicción pueda ejercitarse, como se ha hecho, la acción civil correspondiente contra la misma persona, o sus herederos, y probarse en ella que dicha persona fue el autor de los hechos (STS de 28 de noviembre de 1992), la prueba que ha valorado la sentencia ahora recurrida ha descartado expresamente dicha posibilidad, en un supuesto en el que lo que plantea realmente el motivo tiene que ver con la vinculación del tribunal de instancia

a las sentencias penales, y poco con la valoración de la prueba, que desautoriza en su conjunto a partir de la cita del artículo 24 CE; prueba que se refiere a documentos que se han traído del proceso penal, sin ratificación alguna; a calificaciones, como la emitida por el Ministerio Fiscal, y que no sirve de base a la prueba; a informes policiales, sin mayor acreditación de los hechos que refieren y a la relación concreta del Sr. Santos con los fondos recibidos. En definitiva, la actora limitó los medios de prueba a una mera reproducción, muy parcial, de los procesos penales habidos con anterioridad.

No hay error patente, «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia». La sentencia analiza la prueba obrante en autos sobre la supuesta recepción por D. Santos de fondos precedentes del Grupo Torras a título lucrativo y, entre otras, valora los hechos reflejados en las sentencias penales, extrayendo y alcanzando unas conclusiones motivadas, indudablemente opuestas a las que pretende el recurrente, y esto no permite la tacha que se ha hecho en el motivo de sus conclusiones, pues ninguna sentencia penal se ha pronunciado sobre la condición de partícipe lucrativo de una persona que ha fallecido y que, por tal circunstancia, no pudo defenderse en el proceso, conforme al artículo 24 CE, el mismo artículo que la recurrente invoca como justificación del motivo.

**No hay sucesión *mortis causa* en la responsabilidad civil.**—Si la responsabilidad civil no ha sido declarada respecto del causante, tampoco será posible extenderla a sus herederos que sólo pueden responder como sucesores, razón por la que carecen de interés los demás motivos del recurso extraordinario por infracción procesal. La legitimación del Grupo Torras SA se sustenta como titular de la relación jurídica objeto del proceso, «ya que es acreedora a la indemnización reclamada», así como «para impugnar los actos realizados por los demandados por ser perjudiciales a su derecho», y la de todos ellos «como autores de los actos cuya nulidad se reclama (renuncia a la herencia y aceptación a beneficio de inventario)», es decir, demanda como acreedor de la herencia en defensa de su derecho de crédito, y es evidente que sin prueba que sustente la responsabilidad del Sr. Santos en los casos Pincino y Croesus, decaen necesariamente las acciones formuladas: responsabilidad lucrativa por delito, responsabilidad extracontractual o enriquecimiento injusto pues carece de legitimación activa para ejercitar las consiguientes pretensiones de derecho sucesorio contenidas en la demanda, al no tener interés alguno en la herencia del causante.

Consecuencia de lo cual es la desestimación de los dos motivos restantes del recurso extraordinario por infracción procesal referidos a los actos de aceptación tácita de la herencia y levantamiento del velo de la sociedad Azulintas B. V., así como de los motivos formulados en el recurso de casación sobre actos propios, responsabilidad civil del partícipe a título lucrativo de los efectos del delito, enriquecimiento injusto (condicionado a «la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y la debida valoración de la prueba»), aceptación tácita y su irrevocabilidad, sucesión al difunto en todos sus derechos y obligaciones, responsabilidad de los bienes gananciales por deudas de uno de los cónyuges e infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo, respecto a Azulintas.

Únicamente se aprecia en cuanto a la invocación de la doctrina de los actos propios, que la sentencia recurrida extrae del hecho de que el Grupo Torras y Torras Hostench, demandaran ante la Corte Comercial inglesa en el

año 1993 a 57 personas por los mismos hechos que han dado lugar a este proceso, y no lo hiciera, ni ampliara la demanda, contra la Sr.<sup>a</sup> Berta, que se hace para formar la propia convicción del Tribunal, como argumento de refuerzo, para refrendar la improsperabilidad de la declaración de responsabilidad de la citada, que viene justificada tras la valoración de los datos de prueba referidos.

En consecuencia, los recursos no pueden prosperar, y se imponen a la parte recurrente las costas causadas, de conformidad con los artículos 394 y 398 LEC. (**STS de 31 de mayo de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El supuesto fáctico es de extraordinaria complejidad cuyo origen se remonta —al menos— a 1993 cuando un ente que en apariencia es un antecesor del recurrente, demanda ante la Corte Comercial inglesa a 57 personas entre quienes no figura Dña. Berta, una de las aquí intervinientes. También se menciona la fecha de 5 de octubre de 1990 como la de la importante transferencia ilegal de dinero (28.500.000 dólares), que será la base inicial de la reclamación definitiva. Complejidad procesal por la exigencia previa de procesos penales, y sucesivas vicisitudes de los subsiguientes civiles. El Ponente, en posesión de la, sin duda, sugestiva historia relevante de este caso, ha elegido los llamados casos *Pincinco* y *Croesus*, entre sí conectados, al objeto de formular doctrina jurisprudencial para una hipótesis, al parecer no frecuente, de responsabilidad civil por participación delictiva cuando el presunto responsable fallece cuando había sido demandado en vida. La acción ha de ejercitarse necesariamente en proceso civil para que pueda defenderse plenamente su sucesor. Doctrina que influye en el problemático campo de la responsabilidad derivada de delito, y también en sucesivas consecuencias de sucesión *mortis causa*, y que parece razonable sostener en nuestro Derecho interno, sobre todo cuando en el supuesto de hecho hay indicios de extraños manejos internacionales. (*G. G. C.*)

## DERECHO MERCANTIL

**29. Competencia desleal. Principio general: la libre imitación.**—La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales contenida en el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal, (LCD) parte del principio de que la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre si no existe un derecho de exclusiva que los ampare.

**Competencia desleal. Ámbito territorial.**—Una acción de competencia desleal ejercitada en aplicación de la ley española no puede tener por objeto una conducta realizada en otro Estado, destinada a los ciudadanos del mismo y con efectos en dicho Estado. La ausencia de mención expresa al ámbito territorial en la actual ley no supone que se haya suprimido el límite al ámbito territorial de vigencia de la ley y que pueda aplicarse a cualesquiera actos de competencia desleal realizados en otros Estados.

**Competencia desleal. Ley aplicable: internet.**—La existencia de internet no sirve para que la elección de la ley aplicable y del tribunal competente internacionalmente quede al libre arbitrio del demandante.

**Competencia desleal. Confusión: concepto jurídico.**—La confusión que es considerada desleal, con arreglo al artículo 6 LCD es la que guarda relación con los medios de identificación empresarial, esto es, los signos distintivos, la forma de presentación, los elementos que, en definitiva, informan a los consumidores destinatarios de los bienes y servicios sobre cuál es el origen empresarial y que pueden condensar determinadas percepciones positivas.

**Competencia desleal. Conductas desleales: movilidad laboral.**—En principio, siempre que no se incurra en las conductas de violación de secretos e inducción a la infracción contractual descritas en los artículos 13 y 14 LCD, no constituye conducta desleal contraria a la buena fe la del trabajador o directivo de una empresa que pase a trabajar para otra para ejercer la misma actividad profesional aprovechando su experiencia y conocimientos pues lo contrario supondría tanto como negar la movilidad laboral.

**Competencia desleal. Conductas desleales: determinación.**—El artículo 5 LCD no puede servir para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley, pero no con aquel modelo de conducta, si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuridicidad degradada, mediante la calificación de deslealtad aplicada a acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedir las. Es más, la deslealtad no viene determinada por el hecho de que se hayan imitado las creaciones materiales de un competidor, sino por las circunstancias en las que se ha realizado la imitación.

**Competencia desleal. Imitación desleal: requisitos.**—Para que sea desleal, la imitación debe suponer un aprovechamiento del esfuerzo y tal aprovechamiento ha de ser indebido. La nota genérica de aprovechamiento de lo ajeno explica que en la doctrina y en la práctica se haga hincapié en que el tipo legal sanciona la conducta que parasita el esfuerzo material y económico de un tercero. La deslealtad de la imitación no se basa en el mero aprovechamiento del esfuerzo ajeno, pues de otro modo estaríamos reconociendo un derecho de exclusiva no previsto por el ordenamiento jurídico. Toda imitación supone un cierto aprovechamiento del esfuerzo ajeno, y el principio de libre imitabilidad excluye que la imitación de la creación material ajena sea, *per se*, desleal. La deslealtad se justifica por el modo y la forma en que se llega a estar en condiciones de aprovechar esa prestación ajena objeto de imitación.

**Competencia desleal. Imitación desleal: interpretación.**—Toda imitación implica beneficiarse del esfuerzo del imitado, se ha impuesto una interpretación de la norma del artículo 11.2 LCD que no deje sin contenido efectivo la regla de libre imitación de las prestaciones ajenas no amparadas por un derecho de exclusiva que se contiene en el artículo 11.1 LCD y que, además, respete la función de la Ley de Competencia Desleal como instrumento de protección del mercado y de quienes en él concurren.

**Competencia desleal. Imitación desleal: finalidad.**—El artículo 11.2 LCD, al considerar desleal la imitación de prestaciones con aprovechamiento de esfuerzo ajeno, trata de dar protección indirecta al competidor que con su esfuerzo se ha afirmado en el mercado o pretende afirmarse en él. Se protege a quien ha invertido tiempo y dinero en una creación, material o intelectual,

frente a quien se apodera de su esencia sin tales costes y sin permitir que el pionero se afiance en el mercado.

**Competencia desleal. Imitación desleal: ahorro de costes.**—Para que se produzca el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno por la imitación de sus prestaciones, precisa que concurra un ahorro o reducción significativa de costes de producción o comercialización más allá de lo que se considera admisible para el correcto funcionamiento del mercado, y que no resulte justificada. (STS de 17 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La representación procesal de la mercantil P. S., S. L. que se dedica a la comercialización de alimentos y complementos alimentarios y ha desarrollado un método para la pérdida y control de peso denominado «método P.», interpuso ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona demanda por competencia desleal contra don J. M. y doña F. imputando a los demandados unas actuaciones que incurren en competencia desleal como son haber llevado a cabo actos contrarios a la buena fe, actos de confusión, omisiones engañosas, actos de imitación, explotación de la reputación ajena y violación de secretos. Igualmente, solicita la retirada de los puntos de distribución del libro de don J. M. sobre la referida dieta. Los demandados se opusieron a la demanda negando haber incurrido en los actos de competencia desleal que se denuncian. La sentencia de instancia desestimó íntegramente la demanda e impuso las costas a la actora. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la mercantil P. S., S. L., la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, desestimó el recurso de apelación e impuso las costas a la actora. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**30. Contratos. Principio de buena fe: alcance.**—La jurisprudencia ha declarado que el principio de buena fe, como fuente de integración normativa del contrato no sólo sanciona, entre otros extremos, todos aquellos comportamientos que en la ejecución del contrato resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de lo acordado y de la confianza que razonablemente derivó de dicho acuerdo, sino que también colma obligatoriamente las lagunas que presente la reglamentación contractual de las partes; de forma que las obligaciones derivadas del principio de buena fe integran el contrato y, por tanto, su cumplimiento puede ser reclamado por vía de acción.

**Contratos. Excepción *non adimpleti contractus*: presupuesto.**—La aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* requiere que se trate del incumplimiento de una obligación básica del contrato, no bastando cualquier incumplimiento de la prestación, ni el mero incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias.

**Contrato de duración indefinida. Desvinculación unilateral: preaviso: exigencia general.**—En nuestro sistema, como regla, las partes tienen la facultad de desvincularse unilateralmente de los contratos de duración indefinida, pese a lo cual, el deber de lealtad, cuya singular trascendencia en el tráfico mercantil destaca el artículo 57 CCO, exige que la parte que pretende desistir unilateralmente sin causa preavise a la contraria, incluso cuando no

está así expresamente previsto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1258 CC, salvo que concurra causa razonable para omitir tal comunicación.

**Contrato de distribución. Aplicación analógica de indemnización por clientela del artículo 28 LCA: no puede descartarse con carácter general.**—De acuerdo con las características de la relación contractual de distribución que vincula a las partes, no puede descartarse, con carácter general, la aplicación analógica de la indemnización por clientela prevista en el artículo 28 LCA sobre la base de la regulación sectorial afectada.

**Contrato de distribución. Improcedencia aplicación automática y general del régimen de agencia: alcance.**—La doctrina jurisprudencial sobre la improcedencia de una aplicación mimética o automática del régimen jurídico del contrato de agencia al contrato de distribución se extiende no sólo a la compensación por clientela sino también a otras previsiones legales, como es la que se refiere a la obligación de preaviso en caso de resolución de un contrato de duración indefinida.

**Contrato de distribución en exclusiva. Preaviso: exigencia de buena fe y deber de lealtad.**—En supuestos de contratos de distribución en exclusiva que han operado durante largo tiempo, el preaviso es una exigencia de la buena fe con que deben ejercitarse los propios derechos y de la lealtad que debe imperar en las relaciones mercantiles. Por ello, aunque, sea innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida, el 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.

**Contrato de distribución. Preaviso: indemnización por incumplimiento.**—Los perjuicios derivados del incumplimiento del preaviso no quedan reducidos únicamente al daño emergente, como serían las inversiones realizadas por motivo de la distribución y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato, sino que pueden extenderse también al lucro cesante, al amparo de lo previsto en el artículo 1106 CC. En consecuencia, resulta indemnizable el lucro cesante sufrido por el distribuidor por el incumplimiento del concedente de un preaviso razonable, que hubiera permitido reorientar su actividad comercial, con base en las exigencias derivadas del principio de la buena fe contractual (arts. 1258 CC y 57 CCO).

**Contrato de distribución. Cálculo de la indemnización por clientela: determinación.**—En el contrato de distribución la remuneración está constituida por la diferencia del precio de compra y el precio de venta, pero no es concluyente sobre si dicho cálculo ha de hacerse sobre diferencias brutas o netas. No obstante, sí hay jurisprudencia que considera que en el contrato de distribución, para establecer la cuantía de la indemnización por clientela, ha de utilizarse como criterio orientador el establecido en el artículo 28 LCA, pero calculado, en vez de sobre las comisiones percibidas por el agente, sobre los beneficios netos obtenidos por el distribuidor, esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos, y no sobre el margen comercial, que es la diferencia entre el precio de adquisición de las mercancías al proveedor y el precio de venta al público.

**Contrato de distribución. Obligación del concedente de comprar el stock: criterio general.**— En principio, con carácter general, al margen de lo pactado por las partes, la obligación del concedente de comprar el stock del distribuidor no puede ser considerada un elemento natural del contrato, por lo que, a falta de pacto al respecto, su determinación debe de hacerse en el seno de la integración del contrato con arreglo al principio de buena fe y atendiendo a las circunstancias del caso. (STS de 19 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La representación procesal de la mercantil M. M. S. L., interpuso en el Juzgado de Primera Instancia núm. 64 de Madrid, demanda contra G. M. G.; CO. KG. solicitando se declare la existencia de un contrato de distribución en exclusiva entre ambas partes, el cual fue resuelto de manera unilateral e injustificada por la demandada por lo que, en consecuencia, solicita se le condene a indemnizarla con una suma de dinero, importe que desglosaba, básicamente, en atención a los siguientes conceptos indemnizatorios: por clientela, por falta de preaviso, por valoración del stock, por inversiones no amortizadas y por los «bonus» impagados de acuerdo con los objetivos del año. La demandada se opuso a la demanda. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda condenando a la mercantil demandada a que abone a la actora determinada cantidad, más los intereses legales de dicho importe desde la fecha de interposición de la demanda, debiendo hacerse cargo del stock de productos de ésta que la actora mantenía en sus almacenes, valorados a precio de coste y con deducción de la cantidad que la demandada adeude a la actora. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes litigantes, la Sección 25.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, desestimó el recurso de la demandante y estimó, en parte, el recurso de la demandada, al no compartir el criterio de la sentencia de primera instancia respecto a la indemnización derivada por el stock que tenía almacenado la distribuidora para el cumplimiento del contrato que finalmente fue resuelto y consideró que, en la relación negocial objeto del litigio, la demandante no había asumido una obligación de mantener en depósito una determinada cantidad de los productos de distribución, pues, en definitiva, la distribuidora compraba en firme a la concedente los productos que le eran solicitados por los clientes, a quienes los revendía, asumiendo los riesgos de esta comercialización, por lo que concluyó que no estaba probada la obligación de recompra del stock. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**31. Contrato de seguro. Acción subrogatoria: quantum.**—El artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) limita el ejercicio de la acción subrogatoria a la cantidad efectivamente satisfecha, pues la concede una vez pagada la indemnización y precisa que comprende los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieron al asegurado frente a las personas responsables del mismo hasta el límite de la indemnización. Así lo ha admitido la jurisprudencia precisando que el reembolso únicamente puede referirse a dicha indemnización cuando se halla dentro de la cobertura del contrato de seguro.

**Contrato de seguro. Acción subrogatoria: sujetos afectados por mora asegurador.**—La redacción actual del artículo 20 LCS establece con mayor precisión los sujetos a los que afecta la mora del asegurador, entre los cuales se encuentra el tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil, figura en la que no puede incluirse la aseguradora que ejercita la acción de subrogación, entre otras razones, porque ésta puede tener lugar en general en los seguros de cosas (dado que el art. 43 LCS figura entre las disposiciones generales de los seguros de daños), mientras que la acción directa por parte del tercero perjudicado, a la que parece referirse específicamente el legislador, sólo cabe en el seguro de responsabilidad civil (art. 76 LCS), específicamente mencionado en el artículo 20 LCS.

**Contrato de seguro. Acción subrogatoria: carácter especial.**—Desde el punto de vista sistemático, no puede aceptarse la equiparación absoluta entre la acción subrogatoria que corresponde al acreedor, al cesionario de un crédito o a quien paga en interés del deudor, con arreglo a los artículos 1111 y 1212 CC, y el ejercicio de la acción subrogatoria que contempla el artículo 43 LCS. Esta es una acción de carácter específico legalmente prevista en favor de las aseguradoras fuera de los supuestos previstos en el Código civil y con unos requisitos determinados en función de la indemnización efectivamente satisfecha, del importe del daño causado y del ámbito de la cobertura del contrato.

**Contrato de seguro. Recargo por mora: determinación de su alcance.**—El carácter extraordinario que tiene el recargo por demora está previsto en el artículo 20 LCS, el cual, si bien no puede afirmarse que por sí mismo imponga una interpretación restrictiva, obliga, para determinar su alcance, a examinar la finalidad con que se concibe tanto el ejercicio de la acción subrogatoria del artículo 43 LCS, como el recargo por demora de la aseguradora contemplado en el artículo 20 LCS.

**Contrato de seguro. Recargo por mora: finalidad.**—La finalidad del recargo por demora previsto en el artículo 20 LCS radica en fomentar el rápido rescarcimiento del asegurado o perjudicado imponiendo sobre la aseguradora que retrasa injustificadamente el cumplimiento de su obligación un recargo indemnizatorio de notoria importancia, pero esta finalidad pierde su sentido cuando se trata de relaciones entre aseguradoras.

**Contrato de seguro. Recargo por mora: admisibilidad de la cesión de crédito.**—El recargo de demora, previsto en el artículo 20 LCS, puede formar parte del contenido contractual de una cesión de crédito expresamente contemplada en la reglamentación contractual del contrato de seguro que vincula a las partes. No hay disposición legal que la prohíba, por lo que las partes pueden acordarla al amparo del artículo 1255 del CC; sin que haya fundamento para una aplicación restrictiva de la cesión de los intereses de demora. En consecuencia, el recargo de demora previsto en el artículo 20 LCS, puede ser parte integrante de los derechos que conforman el contenido obligacional del crédito cedido.

**Contrato de seguro. Recargo por mora: legitimación en cesión de crédito.**—La legitimación resultante de la cesión del recargo por mora no es extraordinaria o legal, pues deriva del propio título contractual acordado por las partes. De forma que, una vez perfeccionada la cesión, el cesionario adquiere la titularidad del crédito cedido con el contenido contractual que tenía en origen, por lo que puede exigir dicho crédito a el deudor cedido sin

ninguna restricción o limitación al respecto (arts. 1112 y 1528 CC). (**STS de 19 de junio de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La representación procesal de la mercantil S. F. E. O., S. L., interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, contra la aseguradora A., S. A., solicitando se condene a la demandada al abono de determinadas cantidades, y en consecuencia al pago de los intereses legales moratorios especialmente previstos en la Ley del Contrato de Seguro. Esta reclamación trae causa de unos contratos de cesión de crédito por los que los familiares de doña S., habían cedido a la entidad demandante los créditos que pudieran derivarse de un contrato de seguro de decesos que ostentaban frente a la demandada. Esto es, el presente caso plantea, si el cesionario de un crédito, de un seguro de defunción, tiene legitimación activa para reclamar al deudor cedido (la entidad aseguradora) el recargo por demora que contempla el artículo 20 LCS. La demandada se opuso alegando que no procedía dicho pago al estar reservada la posibilidad de sustituir los servicios cubiertos por el seguro únicamente en casos de fuerza mayor, igualmente negó la legitimación activa de la demandante por no ser ésta la titular que había asumido el pago de los sepelios al no constar la cesión de crédito de los herederos de los finados. La sentencia de instancia estimó la demanda y condenó a la demandada al abono de ciertas cantidades y a satisfacer los intereses del artículo 20 LCS. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la aseguradora A., S. A., la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso de apelación y revocó la sentencia recurrida en cuanto a la condena a los intereses que serán los legales, confirmándola en el resto de pronunciamientos y sin hacer expresa imposición de costas. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación.

NOTA.—Conviene señalar que la sentencia del TS 206/2016, de 5 de abril, había precisado que la finalidad del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización por el asegurador que, conoedor del siniestro, haya constatado, o habría podido constatar empleando la debida diligencia, que, en caso de litigio sobre la cuestión, la probabilidad de que los tribunales terminen apreciando culpa del asegurado es claramente más alta que la probabilidad de que acaezca lo contrario. Con carácter general, el propósito del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización, o de ofrecimiento de una indemnización adecuada, a partir del momento en que un ordenado asegurador, teniendo conocimiento del siniestro, la habría satisfecho u ofrecido. Siempre a salvo el derecho del asegurador de que se trate a cuestionar después o seguir cuestionando en juicio su obligación de pago y obtener, en su caso, la restitución de lo indebidamente satisfecho. Por tanto, no puede considerarse justificada la negativa al pago o consignación del asegurador que elude el deber de observar una actitud diligente a fin de lograr la rápida liquidación del siniestro (SSTS de 1 de julio de 2008, RC núm. 372/2002 y 7 de enero de 2010, RC núm. 1188/2005, entre otras), adoptando una conducta pasiva al

margen de su deber de poner en marcha los mecanismos a su alcance para determinar económicamente el valor del daño y lograr la pronta satisfacción de la víctima, con omisión de la obligación de pagar o consignar en los tres primeros meses siguientes al siniestro al menos el importe mínimo de lo que fuera debido. (N. D. L.)

## DERECHO PROCESAL

**32. Recurso de revisión. Caducidad del plazo de tres meses para interponerlo. Diferencia entre plazo procesal y plazo sustantivo. Necesidad de permitir que el plazo sustantivo se agote en su totalidad.**—Notificada la sentencia el 27 de enero de 2014, la interesada comparece ante el Juzgado en solicitud de justicia gratuita el 28 de abril del mismo año. La acción de revisión no había caducado al finalizar el día 27 de abril, que fue domingo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 133.4 LEC. Y ello a la luz de la doctrina establecida acerca de la regla del artículo 135.1 LEC y los plazos de caducidad de Derecho sustantivo, pues la posibilidad de presentar escritos sujetos a plazo hasta las quince horas del día siguiente hábil al del vencimiento, es una regla prevista para los plazos procesales y no para los sustantivos. La diferencia entre unos y otros es evidente, ya que únicamente ofrecen carácter procesal los que tengan su origen en una actuación de igual clase (notificación, citación, emplazamiento o requerimiento), entre los que no están aquéllos a los que se asigna un determinado plazo para el ejercicio de una acción (STS de 29 de abril de 2009). Al hilo precisamente de la regla del artículo 135 LEC, se ha declarado que las normas que establecen plazos para la realización de trámites procesales suponen el «reconocimiento» del derecho a disponer del plazo en su totalidad (SSTC de 30 de octubre de 2000, 26 de septiembre de 2005 y 24 de septiembre de 2007), por lo que vulneran el derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), por el desproporcionado sacrificio que comportan, las resoluciones judiciales que producen como resultado final una reducción del correspondiente plazo legal, convirtiendo en impracticable el citado derecho a disfrutar del plazo en su integridad (SSTS de 14 de marzo de 2005, 12 de febrero y 10 de septiembre de 2007).

**Documentos anteriores a la sentencia firme objeto de revisión. No sirve a la revisión que los documentos fueran posteriores a la sentencia revisada.**—De acuerdo con el artículo 510.1.º LEC, se requiere que los documentos hayan sido obtenidos o recuperados después de pronunciada la sentencia firme cuya revisión se pretende (SSTS de 27 de junio de 2012 y 27 de diciembre de 2013), y no se haya podido disponer antes de ellos por fuerza mayor o por obra de la otra parte; por lo que tiene que tratarse de «documentos que tuvieran existencia ya en el momento de dictarse la sentencia que se pretende revisar, no aquellos otros que sean posteriores o sobrevenidos a ella (ATS de 16 de diciembre de 2015 y SSTS de 19 de enero de 2011, 18 de julio de 2011, 25 de enero de 2005 y 23 de noviembre de 2002, entre otras). Siendo, en consecuencia, doctrina de esta Sala que «el documento recobrado ha de tener existencia con anterioridad al momento en que precluyó para la parte la posibilidad de aportarlo al proceso, en cualquiera de las instancias, ya que la causa de no haber podido el demandante de revisión disponer de él ha de

ser, en la previsión legal, no su inexistencia en aquel momento, sino la fuerza mayor o la actuación de la otra parte» (SSTS de 22 de diciembre de 2010, 4 de abril de 2011, 10 de junio de 2013, 18 de diciembre de 2013 y de 13 de octubre de 2015; así como ATS 16 de diciembre de 2015). (**STS de 9 de febrero de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—La Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en enero de 2014 confirmando la de instancia en la que se estimaba la demanda formulada contra A., y se declaró resuelto el contrato de arrendamiento de la vivienda propiedad de la actora, al entender que procedía la denegación de la prórroga forzosa por necesitar la vivienda la propietaria arrendadora para sí, y condenó a A. a dejarla libre y a disposición de la dueña. La demandada planteó demanda de revisión basada en el motivo 1.º del artículo 510 LEC («Si después de pronunciada —sentencia firme—, se recobraren u obtuvieren documentos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado»). En este sentido, ha de señalarse que mientras se tramitaba el recurso de apelación, posteriormente desestimado, falleció el padre de la actora, por cuya virtud ésta vino a ser propietaria por herencia de veintiuna viviendas sitas en la misma ciudad, alegando la demandante en revisión que la actora del juicio de desahucio había ocultado tales hechos a la demandada, quien vino a tener conocimiento de esta situación de forma casual y una vez dictada sentencia de desahucio por la Audiencia Provincial, acudiendo posteriormente al Registro de la Propiedad para obtener las correspondientes notas informativas que acreditaban la referida adquisición hereditaria por parte de la promotora del desahucio. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de revisión. (*L. A. G. D.*)