

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Gabriel GARCÍA CANTERO, Beatriz GREGORACI FERNÁNDEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Gemma MINERO ALEJANDRE.**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Doctrina del abuso de derecho. En particular, en el ámbito de la propiedad horizontal.–Tal y como declara la sentencia de la Sala 1.^a de 1 de febrero de 2006 (Recurso de casación núm. 1820/2000) se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciada, como recuerda la Sentencia de 18 de mayo de 2005, con apoyo en reiterada doctrina jurisprudencial, una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho, exigiendo su apreciación una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo).

En materia de propiedad horizontal constituye doctrina de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo que «el abuso de derecho, se traduce en el uso de una norma, por parte de la comunidad o de un propietario, con mala fe, en perjuicio de otro u otros copropietarios, sin que por ello se obtenga un beneficio amparado por la norma». (STS de 26 de septiembre de 2012; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—En el presente caso se trata de unas obras realizadas por un copropietario de una comunidad de propietarios, integrada por dos únicos copropietarios, sin el consentimiento del otro copropietario y que han afectado a elementos comunes. En concreto, se ejecutaron dos tipos de obras: por un lado, obras realizadas en la cubierta, el muro y forjado en la vivienda; por otro lado, apertura de huecos. La actora solicita en su demanda que la demandada proceda a la supresión y demolición de las mencionadas obras por su cuenta, cargo y riesgo.

En primera instancia se estima parcialmente la demanda, en relación únicamente con la apertura de huecos.

En apelación se revoca la sentencia de primera instancia desestimando así completamente la demanda.

El Alto Tribunal mantiene la sentencia dictada en primera instancia pues considera que es aplicable la doctrina del abuso de derecho a la demanda interpuesta por la actora en relación con las obras realizadas por la demandada en la cubierta, el muro y forjado ya que dichas obras comportan una importantísima mejora en el conjunto del inmueble y no han afectado a la estabilidad del edificio, ni han ocasionado ningún daño o perjuicio a la vivienda de la actora. La restitución al estado originario es, además, casi imposible desde el punto de vista técnico, sin que suponga ningún beneficio al otro condueño, antes al contrario, se vería perjudicado en el supuesto de remoción al estado anterior a la realización de las obras litigiosas. (*B. G. F.*)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho al honor y libertad de expresión. Ponderación entre ambos derechos. Derecho a la réplica.—Es doctrina jurisprudencial la inclusión en la protección del honor prevista en el artículo 18.1 CE el prestigio profesional, si bien se exige que el ataque revista una cierta intensidad para que pueda apreciarse una transgresión de este derecho fundamental (SSTS de 25 de marzo de 1993, 12 de mayo de 1995, 10 de noviembre de 1997 y 29 de febrero de 2012, entre otras). La limitación del derecho al honor por el ejercicio de las libertades de expresión e información también afecta a la modalidad del prestigio profesional. Los posibles conflictos han de resolverse atendiendo a la técnica de la ponderación. En este sentido, el artículo 20.1.a) CE no reconoce un derecho al insulto, luego la protección al derecho al honor prevalecerá frente a la libertad de expresión siempre que se empleen frases ofensivas, sin relación con las ideas y opiniones que se expongan. Sin embargo, la libertad de expresión debe prevalecer cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, cuando se ponen en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en la que se desarrolla esa crítica ven disminuir su significación ofensiva, aumentándose con ello el grado de tolerancia exigible. Así sucede en los contextos de contienda política, pero también en los casos de conflictos laborales, sindicales, deportivos, procesales u otros (SSTS de 9 de septiembre de 1997, 13 de noviembre de 2002 y 23 de febrero de 2006, entre otras). Siguiendo las SSTC de 26 de febrero y 15 de octubre de 2001, el Tri-

bunal Supremo declara que cuando las expresiones son formalmente denigratorias hay que examinar el contexto en el que se producen, dado que la polémica suscitada, el sentido del discurso y su finalidad podrán justificar, en su caso, dichas expresiones, como ejercicio legítimo de la libertad de expresión en su vertiente de derecho a la réplica. (STS de 28 de septiembre de 2012; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Juan, decano del Colegio Notarial de Valencia, interpuso demanda de protección de su derecho al honor contra el Colegio Notarial de Madrid y contra Don José, ex decano de este Colegio Notarial. Entiende que las declaraciones anónimas contenidas en la revista editada por el Colegio Notarial de Madrid, dirigida por el demandado, supusieron una intromisión ilegítima en su derecho al honor.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Valencia, en su sentencia de 12 de diciembre de 2008 estimó parcialmente la demanda, declarando que había existido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante al calificar al demandante como bufón, siendo ésta una expresión claramente ofensiva, por innecesaria, insultante y no amparada en el ejercicio de la libertad de expresión e información. La sentencia de 4 de noviembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11.ª, desestima el recurso interpuesto por los demandados.

Contra dicha sentencia los demandados interponen recurso de casación, que es estimado por el Tribunal Supremo, declarando que en el supuesto en cuestión ha de prevalecer la libertad de expresión frente al derecho al honor. Entiende que si bien los términos empleados en la publicación litigiosa se podrían considerar inadecuados y resultar aisladamente ofensivos, al ser puestos en relación con el contexto en el que se producen, como crítica a actuaciones o comentarios anteriores efectuados por el demandante contra la actividad del demandado, no revisten trascendencia suficiente para concluir que existe una intromisión al derecho al honor del actor, sino que son expresión del enfrentamiento público en el que se acentúa la agresividad verbal y se eleva el tono de la discusión en su deseo de descalificar al adversario (*G.M.A.*)

3. La colisión entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen.—El artículo 20.1 CE recoge el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, y el derecho de comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. El artículo 18 CE reconoce, con igual grado de protección, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos, y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. El derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, atribuyendo a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública, y a impedir

la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien difunde. Sin embargo, el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, y se encuentra sujeto a las limitaciones derivadas de la existencia de otros derechos fundamentales y, en concreto, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. El conflicto entre ambos derechos debe ser resuelto a través de un juicio de ponderación. No obstante, el derecho a la libertad de expresión tiene una posición prevalente por resultar esencial como garantía de la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático. La protección de estas libertades alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través de la prensa.

A la hora de valorar el peso que debe tener cada uno de los derechos fundamentales en colisión, hay que tener en cuenta los siguientes criterios. En primer lugar, hay que determinar si la información tiene relevancia pública o interés general, o se refiere a personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública. En tales casos, el peso de la libertad de información es más intenso [art. 8.2.a) LO 1/1982]. En segundo lugar, la prevalencia de la libertad de información exige que ésta cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad hay que entender el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales, ajustándose a las circunstancias del caso, aún cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada. En tercer lugar, la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende. No se le puede dar un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, pues la Constitución no reconoce un derecho al insulto. En cuarto lugar, la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, pues respecto de la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de ésta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión. **(STS de 24 de julio de 2012; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El demandante considera que el reportaje «El nazi más buscado huye a Sudamérica», publicado por la revista V, vulnera su derecho a la imagen. La revista lo ilustra con varias fotografías donde aparecía el actor y donde se le relacionaba con el cobro de importantes cantidades de dinero efectuadas por familiares de miembros de las SS alemanas. Se solicita una indemnización por daños y perjuicios, por intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen, y la publicación de la sentencia.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al considerar que no hubo utilización indebida de la imagen del actor, pues éste ya había autorizado su difusión a un medio público. Una vez autorizada, no tiene sentido prohibir que se difunda ahora por la revista V. Además, los hechos relatados son ciertos y la fotografía fue tomada en un acto público en una localidad donde el actor es un personaje público. La imagen no muestra partes de la vida íntima del actor ni se utiliza su imagen con fines comerciales, sino que la demandada estaba ejerciendo su derecho a la información.

La Audiencia Provincial, en cambio, sí estimó el recurso de apelación planteado por el demandante. Según la Audiencia, en la medida en que se transmiten mensajes en la revista que desmerecen la persona del recurrente, se ha producido una vulneración del derecho al honor a través de la divulgación inconstituida de su imagen. La publicación por la revista V constituye una extralimitación porque no cumple la finalidad para la que se cedió la imagen. El actor cedió su imagen al periódico local para su difusión en un ámbito territorial más reducido que el de la revista –de tirada nacional– y para que su obra pictórica fuera conocida por el público, no para que se le relacionase con un médico nazi.

La editora de la revista interpone recurso de casación, alegando, básicamente, que las fotografías publicadas se enmarcan en la excepción que plantea el artículo 8.2 LO 1/1982, en la medida en que estamos ante un personaje público y su imagen fue captada en un lugar abierto al público. El Tribunal Supremo confirma el interés público de la información publicada, en la medida en que se trata de un tema de especial sensibilización en la opinión pública. Además, entiende que debe prevalecer el derecho de información en el presente caso, dada su influencia sobre la opinión pública libre. Por otro lado, el requisito de la veracidad de la información tampoco debe ser cuestionado. Respecto al derecho a la propia imagen, la veracidad es immanente salvo que se manipule la representación gráfica, lo que no se produce en este caso. El reportaje en cuestión se limita a transmitir información veraz sobre sucesos con trascendencia pública. Para que ceda el derecho a la propia imagen frente a la libertad de información, es necesario que: 1) ésta sea veraz; 2) exista un interés público en la captación y difusión de la imagen; 3) que dicho interés, a la vista de las circunstancias concretas, se considere constitucionalmente prevalente respecto del interés del perjudicado. En definitiva, el Tribunal Supremo concluye que en este caso la libertad de información debe prevalecer sobre la propia imagen del demandante.

NOTA.–Existe una abundante jurisprudencia en relación a la colisión de los derechos de intimidad y propia imagen por un lado, y el derecho a la libertad de opinión e información por otro. La prevalencia de uno u otro deberá hacerse después de haber realizado una labor de ponderación (SSTS de 13 de enero de 1999, de 29 de julio de 2005 ó de 21 de julio de 2008, entre otras). La libertad de opinión e información prevalece sobre los derechos del artículo 18 CE, en la medida en que estamos ante una libertad individual y, además, de interés general, puesto que contribuye a formar una opinión pública libre (SSTS de 20 de julio de 2005 y 11 de marzo de 2009). Así será siempre y cuando: 1) la información sea de interés y relevancia pública; 2) no se produzca humillación, o la información sea contraria a la dignidad de las personas; 3) la veracidad de la información –no reciben protección los simples rumores o meras insinuaciones–. No existe un derecho al insulto, pero sí un derecho a la crítica (SSTS de 18 de febrero de 2009 y 17 de junio de 2009). Por otro lado, la veracidad de la información que se da no necesariamente significa total exactitud, sino que requiere el haber utilizado la diligencia precisa para comprobar la exactitud de la

información (STS de 22 de febrero de 2006). Se producirá una intromisión ilegítima al derecho a la intimidad cuando se revelen hechos carentes de interés legítimo para la opinión pública. (S.L.M.)

4. Incapacidad y discapacidad: Enfermedad psíquica: Trastorno bipolar del sujeto: Recurso extraordinario por infracción procesal: Falta de motivación de la sentencia.—La sentencia razona adecuadamente la denegación de la designación de la persona propuesta como tutora por el interesado en previsión de ser declarado incapaz, y ello evaluando los siguientes factores: 1.º) Para el nombramiento de la persona encargada de la tutela, debe primar el interés superior del incapacitado; 2.º) El incapacitado es muy influenciado por personas ajenas, dada su enfermedad; 3.º) Estas mismas razones llevan a evitar el nombramiento de personas que pudieran administrar su importante patrimonio, de forma no conveniente a sus intereses; y 4.º) Todo ello se deriva del enjuiciamiento de la prueba obrante en autos. Por todo ello procede la desestimación del recurso extraordinario por falta de motivación de la sentencia.

Interpretación del artículo 12 del Convenio de la ONU de 2006: Incapacitación parcial respecto a los bienes: Doctrina de la STS de 28 de abril de 2009: no procede la curatela.—El presunto incapacitado, que se defiende por sí mismo, alega en el recurso de casación que según el informe del forense, es capaz de manejar el dinero de bolsillo y algo más, pero que sería recomendable que le supervisasen en este último aspecto, estimando el recurrente que procede constituir una curatela en lugar de una tutela parcial sobre los bienes; invoca el artículo 12 del Convenio de 2006 estimando que a la luz del mismo la curatela es también el mecanismo más idóneo para determinar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

Del artículo 12.1 del Convenio se deduce que, manteniéndose la personalidad, pueden someterse estas personas a un sistema de protección o de apoyo, precisamente para proteger su personalidad. Coincidiendo con este planteamiento, los artículos 215.2 y 287 CC establecen un sistema de protección distinto de la tutela, denominado curatela, que coexiste con la incapacitación parcial. Efectivamente el artículo 760 LEC, que derogó el artículo 210 CC, establece que «la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela a que haya de quedar sometido el incapacitado». En interpretación de dicho artículo, la STS 282/2009, de 28 abril declaró que: *En los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que sólo necesitan asistencia para actividades cotidianas, pero no requieren para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua STS de 5 marzo 1947 donde se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacitación a la realidad social, lo cierto es que no sólo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente se aceptó en la legislación posterior a la CE de 1978. De este modo puede afirmarse*

que la tradición interpretativa de esta Sala ha sido siempre favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad».

Esta tendencia interpretativa queda incorporada a la doctrina constitucional en la STC 174/2002, de 9 de octubre, que dice: *La incapacidad total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable.*

De acuerdo con esta doctrina debe concluirse que la decisión de incapacitar de forma limitada al recurrente únicamente en lo relativo a la disposición de sus bienes, sometiéndole a tutela únicamente en este aspecto, se ajusta a las normas vigentes en España, porque: 1.º) Se ha constatado que el recurrente está afectado por una enfermedad psíquica; 2.º) Que esta enfermedad impide al sujeto gobernarse por sí mismo, en el sentido de la STS 781/2004, de 14 de julio, que entiende que *el autogobierno se concibe como la idoneidad de las personas para administrar sus intereses.* En el presente caso se ha probado que la enfermedad que padece el sujeto le afecta en el aspecto patrimonial para todo tipo de transacciones y operaciones económicas, que llevan a declarar *la incapacidad total para la administración y disposición de sus bienes*, y que sólo es capaz de manejar dinero de bolsillo. Y 3.º) teniendo en cuenta el importante patrimonio mobiliario del sujeto, consistente precisamente en depósitos bancarios, inversiones mobiliarias y otras del mismo tipo, está plenamente justificado el sometimiento a tutela parcial, limitada exclusivamente a disposición y manejo de su patrimonio, sin que afecte a otros aspectos personales.

Autotutela: interpretación del artículo 234-1.º CC.—Además de rechazar la pretendida vulneración de la dignidad de la persona por inaplicación de la Convención de 2006, dado que la mencionada STS de 2009 declaró que la incapacidad es sólo una forma de protección de los discapaces y que por ello mismo no es una medida discriminatoria, sino defensora y que no vulnera la dignidad de la persona, se examinan y resuelven las siguientes cuestiones:

1.^a La previsión de designación de tutor por parte del mismo interesado para el caso de que el mismo debiera ser sometido a un procedimiento de protección de este tipo, no aparece establecida en la Convención de 2006.

2.^a En la llamada *autotutela* el artículo 223.2 CC establece que cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, «en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor»; consecuencia de ello el artículo 234.1 C establece un orden de prelación en el que el primer lugar resulta preferido para el nombramiento de tutor, el designado por el propio tutelado, de acuerdo, con el artículo 223.2 Cc. Se adopta así la llamada *autotutela* que concuerda con el Código civil catalán.

3.^a Sin embargo, el propio artículo 234.2 CC establece que «excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas si el beneficio [...] del incapacitado así lo exigiere». De todo ello se concluye que en los ordenamientos que han previsto la delación voluntaria de la tutela, el Juez no está vinculada por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección. En cualquier caso, debe efectuarse en resolución motivada.

Esta circunstancia concurre en el presente procedimiento (**STS de 17 de julio de 2012**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En el primer Fundamento de Derecho se contiene el siguiente *resumen de los hechos probados*:

1.º) Como consecuencia de las denuncias efectuadas el 25 de febrero de 2010 por los responsables de la agencia bancaria donde D. Obdulio tenía sus depósitos, el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Gijón abrió unas diligencias previas. El objeto de las denuncias fue que D. Obdulio había estado sacando cantidades importantes de dinero de su cuenta, ingresándolas en otra cuenta a nombre suyo y de Purificación, que le acompañaba en estos actos. Estas diligencias fueron sobreseídas.

2.º) El 19 de febrero de 2010, seis días antes de la presentación de la denuncia, D. Obdulio había otorgado un poder general en favor de D.ª Purificación. Después de la denuncia y antes de la presentación de la demanda de incapacitación por el Ministerio Fiscal, el 5 de marzo de 2010, D. Obdulio otorgó una escritura pública en la que para el caso de que fuera necesario organizar una tutela respecto de sí mismo según lo establecido en el artículo 223 CC, disponía que fuera designada tutora D.ª Purificación.

3.º) D. Obdulio está afectado por un trastorno bipolar sujeto a tratamiento; dicha alteración es crónica y persistente y precisa supervisión para el cuidado de sus bienes, de modo que sólo es capaz de manejar el dinero de bolsillo, al tener afectada el área de cálculo. D.ª Purificación asiste al Sr. Obdulio, con quien no tiene ningún tipo de parentesco.

4.º) Con fecha 11 de mayo de 2010, y a consecuencia de la denuncia presentada por la entidad bancaria, el MF formuló demanda promoviendo la declaración de incapacidad de D. Obdulio. El demandado se opuso.

5.º) La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Gijón, de 21 de julio de 2010, declaró la incapacidad parcial de D. Obdulio para la disposición y administración de sus bienes, sujeto a la tutela de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. Argumentó en resumen lo siguiente: (i) la declaración de incapacidad debe afectar exclusivamente el cuidado y la administración de los bienes; (ii) debe nombrarse tutor a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias; (iii) no procede nombrar tutora a D.ª Purificación, dado el importante patrimonio de D. Obdulio, las actitudes de la citada señora en las visitas en que acompañó a D. Obdulio a la entidad bancaria, retirando importantes sumas de dinero, que ha colocado en una cuenta conjunta con la citada cuidadora, a quien se ha otorgado un poder general y se la ha contratado como empleada del hogar, de lo que se deduce que *existe en D.ª Purificación un interés distinto del mero cuidado y atención personal del demandado, debido al trastorno que padece D. Obdulio, y la cuantía de su patrimonio, procediendo, para proteger su interés, designar a la Administración pública tutora del mismo.*

6.º) Apeló D. Obdulio y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sec. 7 con sede en Gijón, de 29 de marzo de 2011 desestimó el recurso. Entendiendo esta sentencia: (i) que ha quedado acreditado el trastorno que sufre, apreciando la prueba practicada, un nuevo examen y analizando el visionado de la grabación de la vista; (ii) desde el punto de vista económico o patrimonial, son evidentes las dificultades señaladas por el perito en cuanto a los severos límites de cálculo que padece D. Obdulio, a lo que se viene a unir su forma de ser, sin parientes y viviendo solo, lo que posibilita fáciles manipulaciones por terceros, datos determinantes a la hora de no plantear excesivas dudas sobre la necesidad de someterlo a vigilancia en este terreno económico, no así en lo personal, en el que presenta cierta autonomía; (iii) entiende que el Sr. Obdulio es hábil para gobernarse a sí mismo en el terreno personal, *pero no así en el patrimonial en todas las esferas y para todo tipo de operaciones y transacciones económicas por lo que la incapacidad total para la administración y disposición de sus bienes deviene inevitable, por lo que se hace necesario someterlo a vigilancia en este terreno económico;* y (iv) por lo que respecta al tutor, entiende que debe nombrarse a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, porque *debe primar el interés superior del incapacitado, procurando designar a la persona más idónea, para salvaguardar sus bienes de la posible influencia de terceras personas ajenas con intereses espurios, que podrían administrar su patrimonio de forma no conveniente a sus intereses y en su claro perjuicio, razones que avocan ratificar la decisión de instancia en orden a la designación de tutor.*

NOTA.—Sorprende la rapidez de resolución firme del pleito, de algún modo poco frecuente en la reciente praxis de la Sala 1.ª, dado que entre la demanda de incapacitación instada por el Ministerio Fiscal y la sentencia firme del Tribunal Supremo, transcurren sólo dos años, dos meses y seis días. Dada la materia objeto del recurso hay que congratularse del especial esfuerzo que, sin duda, ha hecho la Sala para lograrlo y felicitarla por ello. Entrando en el fondo, esta sentencia viene a completar la doctrina establecida inicialmente por la STS de 29 de abril de 2009, luego ratificada por otras, estableciendo un *corpus* que ha venido a suplir la omisión del Legislativo al dejar sin desarrollo el ya famoso artículo 12 del Convenio de 2006, siguiendo la orientación interpretativa mayoritariamente civilista frente a una persistente doctrina que suele calificarse de «social» [Últimamente, GARCÍA PONS. *El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el Derecho civil de los Estados signatarios: El caso de España*, ADC, 2013, pp. 59 ss. cuya postura personalmente no comparto]. En el presente caso, la contraposición radica, de forma emblemática, entre la curatela solicitada por el propio enfermo y la plena incapacidad patrimonial que uniformemente han venido a decidir los tribunales de instancia y la Sala 1.ª del Tribunal Supremo (siendo, en ambas decisiones, idéntica la Magistrada Ponente).

Tampoco es frecuente que concurra una especial colaboración entre las entidades bancarias y los Tribunales a la hora de denunciar aparentes abusos cometidos sobre mayores con características de

personas dependientes. Por otro lado, cuando existe una persona acaudalada que vive sola, y carece de parientes, es lógico que busque persona de confianza que le ayude en la gestión de su patrimonio. La sentencia nada dice de la personalidad de D.^a Purificación, ni de la concreta ayuda por ella buscada; omite la edad, profesión, estado civil etc. de la mujer que entró a su servicio; sólo que parecía contar con la confianza del enfermo, pero que, sin embargo, ha suscitado graves sospechas en las oficinas bancarias y ante los tribunales (¿resucita en la realidad el antiguo *tutor suspectus*, otrora tan denostado? o ¿habrá que perseguir al moderno *caza-indiano*, que acaso actúe oculto en modestas agencias de colocación de personal doméstico?). Con todo conviene no olvidar la fuerza de convicción que tuvieron las pruebas aportadas, y que la descalificación que hace el Tribunal Supremo de una concreta forma de autotutela se hace a título *excepcional*. La tozuda realidad, a veces cruel, supera con creces bienintencionados idealismos (G.G.C.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

5. Compraventa de acciones: Resolución por incumplimiento: Presunciones judiciales: Pacto contractual de no concurrencia.—A diferencia del artículo 2727 CC. it. 1942, y del artículo 349 CC. port. 1966, el artículo 386.1 de nuestra LEC 2000 se limita a declarar que a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La STS de 19 de abril de 2002 dice que si bien las presunciones forman parte de la actividad intelectual probatoria, operando en la fase de la fijación de los hechos, la LEC no regula un medio de prueba, sino un método de razonamiento para la obtención de la convicción sobre hechos controvertidos en el litigio. La Exposición de Motivos de esta ley la califica de método de fijar la certeza de ciertos hechos. Y la STS de 7 de noviembre de 2002 afirma que las presunciones judiciales constituyen una actividad intelectual que exige partir de una proposición o dato conocido para sentar otra proposición o dato desconocido. En consecuencia el artículo 386 LEC ha sido interpretado en el sentido de que permite tener por demostrado un hecho que no ha sido acreditado por prueba directa o, en concurrencia con ella, a partir de uno o varios hechos probados, cuando exista un nexo lógico entre éstos y aquél que se trata de demostrar, pero no obliga al Juez a acudir a las presunciones, por lo que su control por vía del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del artículo 469.1.4.º LEC exige que el juzgador haya hecho uso de ellas y que la inferencia no se ajuste a las reglas de la lógica, sin que sea suficiente que la apreciación del Tribunal de instancia no sea unívoca o sea dudosa (SSTS de 19 de abril de 2002, y 19 y 22 de febrero y 21 de diciembre de 2007).

Valoración de la prueba testifical.—El artículo 376 LEC 2000, igual que en la derogada, no permite en el recurso extraordinario de infracción procesal la revisión de la valoración de la prueba testifical, salvo cuando sea irrazonable o incurra en arbitrariedad o error patente. La tacha de un testigo, no le convierte en inidóneo ni impide al Tribunal poder tener en cuenta su testimonio, y, en sentido inverso, puede no hacerlo, aunque no se admita la recusa-

ción o tacha. La sentencia recurrida, de forma expresa rechaza la «descalificación indiscriminada» de todos los testigos, dado el resultado adverso para la recurrente de la testifical.

Se rechaza la reinterpretación del contrato.—La recurrente al amparo de los artículos 1091 y 1124 CC pretende una reinterpretación del contrato, con olvido de que nuestro ordenamiento procesal articula un sistema de doble instancia, por virtud del cual las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en apelación agotan en el orden civil las instancias, lo que, a salvo de supuestos excepcionales que aquí no concurren, no permite revisar la interpretación del contrato, ya que otra cosa supondría convertir la casación en una tercera instancia, alejada de la finalidad que la norma asigna al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en el orden civil, como recoge el preámbulo del acuerdo de esta Sala sobre criterios de admisión de 30 de diciembre de 2011, en la unificación de la aplicación de la ley civil y mercantil.

Incumplimiento resolutorio: Doctrina jurisprudencial: Entrega de avales como obligación accesoria.—Esta Sala ha declarado de manera reiterada que para que pueda entrar en juego la facultad de resolución de los contratos generadores de obligaciones recíprocas se exige la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, prescindiendo de la «voluntad deliberadamente rebelde» exigida en etapas anteriores, lo que se ajusta a la criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de Viena de 1980. También apuntan en este sentido, aunque no constituyan Derecho positivo, el artículo 9:301.1 de los Principios de Derecho Europeo de contratos, según el cual «una parte puede resolver un contrato si existe un incumplimiento esencial de la otra parte», siendo esencial —a tenor del artículo 8:103b)— «cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado»; y el artículo 1199 de la propuesta de anteproyecto de la ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos de la Comisión General de Codificación, según el cual «cualquiera de las partes de un contrato podrá resolverlo cuando la otra haya incurrido en un incumplimiento que, atendida a su finalidad, haya de considerarse como esencial» (en este sentido la STS de 16 mayo de 2012 y las en ella citadas). La sentencia recurrida califica la obligación de entrega de los avales como incumplimiento de «una obligación accesoria» y la de primera instancia, en términos no contradichos por la de apelación, que el incumplimiento de la obligación de garantía «en absoluto frustra la pretensión de la parte», lo que se ratifica por el hecho de que su cumplimiento «parece no haber sido exigido en ningún momento dado que debía haberse cumplido a la firma del contrato y los compradores pagaron y dieron instrumentos de pago sin exigir dicha entrega», o, dicho de otro modo, la actuación de la propia demandante pone de relieve que la obligación accesoria, además, no era esencial.

Doctrina de los actos propios.—La clásica regla *venire contra factum proprium non valet*, constituye una manifestación del principio de buena fe que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuar cuando se han creado en un tercero unas expectativas razonables, de tal forma que impide un posterior comportamiento contradictorio. Para la aplicación de dicha regla es preciso que concurren: 1) una conducta jurídicamente relevante previa y consciente en sus consecuencias; 2) que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior; y 3) que las expectativas

defraudadas por la actuación posterior sean razonables (SSTS de 2 de mayo y 18 de octubre de 2011, y 8 de mayo de 2012). En el presente caso no procede aplicarla dado que se basa en una errónea valoración de la prueba sobre la ejecución por uno de los actores de actos prohibidos por el contrato, en manifestaciones vertidas en un procedimiento laboral en el que el Juez que conocía del mismo las tuvo por no probadas. **(STS de 5 de septiembre de 2012;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.] (G.G.C.)

6. Compraventa de vivienda: Inhabilidad del objeto: Falta de retranqueo: Demolición parcial administrativa: Cumplimiento por equivalencia.—La parte actora junto con la restitución de la cantidad entregada, solicitó la pertinente indemnización de daños y perjuicios, concretada en un importe similar al que precisaría para adquirir una vivienda de las mismas características, más los gastos de cancelación anticipada del préstamo hipotecario sobre la nueva vivienda. Sin embargo, en la sentencia recurrida se enfocan dichas partidas como gasto innecesario y no derivado de la resolución contractual, entendiéndose que basta con volver a la situación originaria de restitución de prestaciones, más las cantidades que la demandada reconoce y no impugna. Igualmente se rechaza en la sentencia recurrida el valor de tasación de una vivienda de análogas características a la en su día adquirida y cuyo contrato se resuelve pues las fluctuaciones del mercado no han de incidir en el marco contractual.

Este Tribunal debe manifestar que al amparo de los artículos 1124, 1101 y 1106 CC, invocados en el recurso y, en su día, en la demanda, se han de valorar la totalidad de los perjuicios padecidos con el fin de alcanzar una reparación integral, incluyéndose el importe y los gastos derivados del negocio de sustitución o *compraventa de remplazo* (STS de 14 de mayo de 2003), pues lo interesado por la parte recurrente, antes actora, es un cumplimiento por equivalencia, y optar por otra solución es primar el incumplimiento, pues en este caso el vendedor recuperaría el inmueble devolviendo el importe inicialmente pactado, y pudiendo obtener en el mercado un precio mayor, con lo que obtendría un enriquecimiento injusto, de forma que la resolución contractual acabaría otorgando al infractor una situación de privilegio que acarrea el empobrecimiento del perjudicado, quien con el importe obtenido no lograría una reparación efectiva, hasta el punto que como alega le habría resultado más rentable que la Audiencia Provincial hubiese acordado la desestimación de la demanda.

Valor para determinar el importe del cumplimiento por equivalencia.—Según la STS de 10 de marzo de 2009 tal valor es el que se deduce de su naturaleza, el correspondiente al momento en que debió producir el cumplimiento por equivalente (*aestimatio rei*). Ahora bien, el principio de pleno resarcimiento de los perjuicios causados —ligado a la aplicación del artículo 1101 CC, es decir a la concurrencia de algún género de dolo o culpa por el deudor en el incumplimiento, como es el caso—, exige que para determinar los perjuicios sufridos por la imposibilidad de adjudicarse los inmuebles en las condiciones pactadas se tengan en cuenta, entre otros posibles factores, los cambios de valor producidos hasta la fecha en que se satisfaga la indemnización. En el caso examinado, el incumplimiento lleva un retraso en el abono del equivalente económico con respecto del momento en que debió ser cumplida, y con ello un mayor costo del negocio de reemplazo necesario para la restitución del acreedor a la situación equivalente a la que hubiera obtenido mediante el cumplimiento *in natura*, el cual entra en los perjuicios indemni-

zables, para lo cual es necesario incrementar la cuantía ajustándola al cálculo que resulte del valor económico que tenga el negocio en el momento de fijarla. Propiamente no puede decirse que estemos en presencia de una deuda de valor, sino de una ejecución por reemplazo de la obligación subsistente (*perpetuatio obligationis*) y del abono de los perjuicios derivados del retraso en su cumplimiento, cifrados en la cuantía que supone la actualización de los costos económicos de la operación.

Fijación del *quantum*.—Ciertamente la fijación de la indemnización es una cuestión que queda a criterio de la sentencia recurrida, o tribunal de instancia, pero la concreción de los conceptos y bases en las que se funda, pueden ser objeto de examen casacional (STS de 10 de marzo de 2009). El restablecimiento al estado inicial como principio ideal acarrea que el perjudicado debe ser indemnizado «de forma total», tanto en el daño material como en el moral, tanto en el daño emergente como el lucro cesante (STS de 22 de febrero de 1982); es decir, el perjudicado debe ser restituido a la situación anterior a la producción del hecho que dio lugar al daño.

No ha lugar a devolver los frutos percibidos por el comprador.—El vendedor alegó que debió acordarse la devolución de frutos por el comprador, es decir el precio de un hipotético canon arrendaticio por el uso de la vivienda, pero ello no es de recibo dado que el comprador ha estado sometido a un disfrute no pacífico de la vivienda, derivado de la ilegalidad urbanística provocada por la vendedora y por la compensación que se produce por la mayor superficie edificada que se devuelve, y que no fue tasada por el perito de la actora (art. 1124 CC).

Este Tribunal asumiendo la instancia condena a la parte demandada, en los mismos términos que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, al pago de 347.063 euros en concepto de principal, en concepto de restitución, y por los gastos de adquisición y de cancelación de la antigua hipoteca, más los intereses legales desde la interposición de la demanda, manteniendo los demás acuerdos de la sentencia del Juzgado (**STS de 18 de julio de 2012**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La diferencia fundamental entre las sentencias de primera y segunda instancia radica en que la segunda fija el *quantum* indemnizatorio teniendo en cuenta el precio de compra de la vivienda inicialmente adquirida, mientras que el Tribunal Supremo, coincidiendo con el Juzgado de Primera Instancia, toman como punto de referencia el precio de adquisición de una nueva vivienda de análogas características en momento posterior. Los hechos discurren entre 1999 (fecha inicial de compra del piso) y 2005 (interposición de la demanda por incumplimiento). (*G.G.C.*)

7. Compraventa de vivienda por construir, sobre plano y precio cierto: Resolución por incumplimiento.—La actora había suscrito un documento denominado «reserva de vivienda», el 25 de julio de 2003, con la promotora Indelgestión, haciendo constar que entregaba 3000 euros «en concepto de señal», sobre la venta de la vivienda núm. 1-2D, más trastero y plaza de garaje, de futura construcción con determinada localización, de aproximadamente 71 metros cuadrados, siendo 102.172 euros el precio, más IVA, y se fijaba fecha para firmar el documento privado de compraventa. Por dificultades urbanísticas se modificó el proyecto, por lo que no pudo construirse la

vivienda contratada; a requerimiento de la compradora la promotora ofreció el cambio a elegir entre dos opciones de parecidas características, el piso Ñ con un costo de 114.489 euros, o bien el piso Q, con un costo superior a los 180.000 euros; ambas opciones fueron rechazadas por la compradora que insistió en el cumplimiento exacto del compromiso. La compradora demandó a la promotora pidiendo: a) que se condenara a la entrega de la vivienda descrita en el contrato; b) si ello no fuera posible, se condene «bien a entregar a esta parte la vivienda que sustituye en la nueva promoción a la adquirida, en este caso la letra Q de la segunda planta con la atemperación o disminución del precio ofertado o en todo caso a pagar a esta parte la diferencia entre el precio de compra de la vivienda que se señala en el contrato, al que en la fecha en que esa imposibilidad se constate corresponde a otro de las mismas características, edificado en la nueva promoción».

La promotora demandada alegó que no se trataba de un contrato de compraventa, ya que se habían pactado unas arras de desistimiento y que no hubo consentimiento.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vera en sentencia de 9 de marzo de 2007 estimó sustancialmente la demanda, con los siguientes razonamientos: a) el contrato celebrado no era una compraventa, pero generó obligaciones entre las partes; b) de lo allí establecido se deduce que la demandada se comprometió a reservar dicha vivienda sin ofrecerla a otro comprador, para que la actora pudiera comprarla, señalándose el periodo de venta e ingresando una cantidad; c) no puede entenderse justificado el incumplimiento por las razones administrativas alegadas, porque las limitaciones impuestas por el Ayuntamiento son ajenas a la compradora y podían haberse previsto por la promotora, «quien no debió asumir compromisos con terceros sin tener la certeza de poder proceder a su cumplimiento»; d) Al ser imposible el cumplimiento en forma específica, debía procederse a la indemnización de los daños y perjuicios y al no existir en los autos datos sobre el valor que pueda tener una vivienda de las mismas características que la que se quería comprar «se estima adecuado señalar el interés legal del dinero que se hubiese entregado a cambio de la vivienda, que es el valor de la misma para las partes, desde el momento en que se suscribió el pacto incumplido hasta la fecha de la interposición de la demanda, es decir 7.333.38 euros, debiéndose proceder a la devolución de los 3000 euros.

Apelaron ambas litigantes y la sentencia de 25 de abril de 2008 de la Audiencia Provincial de Almería, sec. 3.^a, desestimó ambos recursos. Los argumentos utilizados son los siguientes: a) La obligación de entrega de la vivienda era de imposible cumplimiento, porque fue vendida a tercero, y la propia actora reconoce la imposibilidad de cumplimiento de su primera petición, en cuanto que no existe tal vivienda; b) Es sin duda un verdadero contrato de compraventa de vivienda sobre plano, o de cosa futura, con precio cierto, medidas de superficie y modo de pago, que sin embargo no pudo consumarse en tanto que fue imposible la entrega de la vivienda pactada al no existir tras cambio de proyecto por exigencias urbanísticas y otros intereses privados de la promotora, resolviéndose el mismo y ofertando la demandada la entrega de parte del precio pactado más intereses legales; c) se trata de una resolución contractual conforme al artículo 1124 CC, de modo que debe devolverse el objeto del contrato, que nunca fue entregado, y del precio con sus intereses, en este caso, la señal dada, y ello aunque no fuese solicitado específicamente por la actora; d) no concurriendo razón objetiva alguna que impidiera a la actora fijar con exactitud el importe de la indemnización pretendida y articular en la

instancia los medios de prueba conducentes a su acreditación o cuantificación, aunque los conociera; e) el hecho de que la vendedora hubiera variado la ubicación de la vivienda acordada se estima como incumplimiento del contrato, dando paso a la acción alternativa que autoriza la restitución de la prestación y el resarcimiento de daños y perjuicios.

La compradora presenta recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, desestimándose el primero y estimándose en parte el segundo.

No hay incongruencia, ni falta de motivación, ni incongruencia omisiva, ni la prohibición de las condenas con reserva de liquidación.—Se confunden en general los aspectos procesales con los sustantivos. La congruencia solo exige una respuesta judicial motivada a las pretensiones suscitadas como objeto del proceso. Pero el recurso pretende que hay un error en la valoración de la prueba y que, en consecuencia, no acierta a identificar la relación jurídica contractual entre las partes, lo que es objeto de casación. No cabe confundir el deber de motivación con una argumentación extensa ni con una respuesta pormenorizada; es reiterada la jurisprudencia según la cual sólo una motivación que por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 CE. Sobre la incongruencia omisiva debe recordarse que una cosa es la incongruencia, por eludir resolver una pretensión debatida, que el hecho de que dicha pretensión reciba una respuesta desestimatoria, que es lo que verdaderamente ocurrió. Por último, la infracción del artículo 219 LEC, que prohíbe las condenas con reserva de liquidación, sólo resultaría posible si lo pedido hubiera sido una indemnización de daños y perjuicios, aspecto que el propio recurrente niega pues su tesis es que formuló una pretensión principal y dos subsidiarias, ninguna de las cuales tenían dicha naturaleza, sino la de una prestación sustitutiva de la imposibilidad de cumplimiento en forma específica.

Naturaleza del contrato de entrega de apartamento a construir como compraventa de cosa futura.—El contrato otorgado entre la promotora y la recurrente debe ser calificado como compraventa de cosa futura, que es aquel contrato por el que una de las partes se obliga, a cambio de un precio en dinero o signo que lo represente, a entregar una vivienda o local en proyecto o en construcción, una vez terminada. Constituye una modalidad característica de la compraventa de cosa futura, al menos como regla general (así en SSTs de 17 de febrero de 1967, 3 de junio 1970, 28 de noviembre de 1973, 1 de julio de 1992, 18 de febrero de 2010 y 30 de marzo de 2012, entre otras). Es un contrato complejo que requiere que la cosa futura no sea imposible en cuanto a su existencia, calificado dentro del tipo *emptio rei speratae*, es decir como un contrato conmutativo, a diferencia de la *emptio spei* que es aleatorio, por lo cual presupone ineludiblemente en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una vez que ésta haya alcanzado su existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar (STS de 30 de octubre de 1989). La STS de 1 de julio de 1992 dice que no se trata de una inexistencia total, a modo de venta de esperanza, sino de la concurrencia de una futuridad prevista, sin condicionalidades convenidas expresamente, pendiente únicamente de su consolidación mediante la efectiva y materializada función constructiva; lo que presupone en el vendedor la obligación de hacer entrega al comprador de lo enajenado, una vez alcance realidad exterior, con el deber de desplegar las actividades necesarias para que dicha existencia se produzca y así dar cumplimiento cabal y preciso al negocio en el que se obligó —por lo cual no reviste naturaleza precontractual (STS 17 de junio de 1986)— ya que

el comprador adquirió el local en función de su terminación, pues expresamente se pactó que el resto del precio, aún debitado, sería efectivo a la entrega del local de referencia. En aplicación de la doctrina anterior se llega a la conclusión de que el contrato celebrado entre la recurrente y la promotora constituye una c.v. de cosa futura consistente en el piso identificado con el número 1-2D, tal como acertadamente entendió la sentencia recurrida.

Cumplimiento por equivalente.—La compradora solicitó el cumplimiento mediante la entrega de un piso igual al que había contratado en cuanto a la superficie y al precio y para el caso de que ello no fuera posible, la prestación sustitutoria, consistente en la diferencia entre el precio que debería haber pagado caso que se hubiera entregado la vivienda contratada, y el que costaría un piso de las mismas características de aquel que compró y que estuviera edificado en la nueva promoción. Lo pedido no fue una indemnización, sino el equivalente caso de que fuera imposible el cumplimiento exacto.

Esta correcta petición no fue atendida por los tribunales en las sentencias de instancia dictadas en este litigio, al resultar imposible el cumplimiento específico por haber sido vendidos a terceros los pisos de las mismas o parecidas características de aquella promoción. En estas circunstancias, debería haberse aceptado la petición alternativa por incumplimiento de contrato, formulada en la demanda, que no consiste en una indemnización por los daños y perjuicios, sino en una prestación sustitutoria, que suple la de entrega de la cosa. No es posible la aplicación del artículo 219 LEC para excluir este tipo de condena, porque los elementos de la petición están perfectamente identificados: la diferencia entre el precio acordado, 102.172 euros, más IVA, y el precio que en el momento de la petición de cumplimiento del contrato tenía un piso de las mismas características en la misma promoción. (STS de 19 de julio de 2012; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G.G.C.)

8. Compraventa de inmuebles: Resolución a instancia de los compradores por incumplimiento del vendedor: Falta de entrega de la licencia de primera ocupación: Doctrina jurisprudencial: Sentencia del Pleno de 12 de marzo de 2009: Prueba.—En relación con el contenido de la obligación de entrega de la cosa vendida cuando se trata de venta de inmuebles destinados a vivienda, la STS de 3 noviembre 1999 ha declarado que la denominada licencia de primera ocupación o de primera utilización no tiene más finalidad que la de contrastar que se han respetado en la realidad la licencia de construcción, o sea comprobar si se han cumplido o no las condiciones establecidas en esta licencia de construcción y si el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y puede habilitarse al uso a que se le destina. Se trata de un compromiso asumido por el constructor-vendedor con la Administración, del que sólo se libera mediante la ejecución fiel y cumplida de la obra, caso en que la Administración, según declara la Sala 3.^a TS, está obligada a expedir la licencia de primera ocupación, que no es discrecional, sino una actividad reglada que no se suple por el transcurso del tiempo (SSTS, Sala 3.^a, sec. 5.^a, de 18 de julio de 1997, 1 de junio, 23 de junio, 20 de octubre y 14 de diciembre de 1998). Puesto que quien construye para vender no puede desconocer este deber, a él incumbe cumplir el deber administrativo —ajeno, en principio, a la parte compradora—, de gestionar la licencia de primera ocupación y de cumplir así la obligación nacida del contrato de compraventa de entregar la cosa en condiciones de ser utilizada para el uso o destino previsto. Pero ello no significa que siempre tenga un carácter esencial, de modo que su incumplimiento permita en todo caso ejer-

citar la pretensión resolutoria. Es preciso determinar en cada supuesto si el incumplimiento de esta obligación tiene o no carácter esencial.

(i) en primer lugar resulta concluyente lo que las partes hayan pactado, pues si la entrega de la cédula se convino con carácter de obligación esencial del vendedor, es obvio que su incumplimiento puede dar lugar a la resolución;

(ii) si la entrega de la cédula no se convino expresamente con tal carácter no puede emitirse un juicio definitivo aplicando en abstracto las reglas generales, sino que deben examinarse las concretas circunstancias; la entrega debe considerarse obligación accesoria cuando la falta de concesión responde sólo a la sobrecarga o retraso de la Administración concedente, y no a la ausencia de los presupuestos fácticos y jurídicos exigidos para su otorgamiento. Es así necesario que la falta de licencia no resulte impedimento sustancial para el uso del inmueble (habitabilidad) y el acceso a sus suministros dentro del plazo exigible para su entrega. En esta línea se sitúa la Ley del Suelo andaluz, y aparentemente las resoluciones del DGRN de 9, 12, 20 y 22 de diciembre de 2008, interpretando el TRLS de 2008, aunque surgen dudas interpretativas al respecto.

La Sala 1.º del Tribunal Supremo, en Pleno, en sentencia de 12 de marzo de 2009, con ánimo de sentar una doctrina general, considera oportuno fijar los siguientes criterios:

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

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

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

Aplicando esta doctrina al caso del recurso resulta lo siguiente:

Tras cumplirse el segundo y último de los plazos estipulados para la entrega (31 de octubre de 2005) las obras no se encontraban finalizadas y por ello los inmuebles no podían ser objeto de entrega en la forma que se había pactado, al faltar el certificado final de obra expedido por la dirección facultativa, que las partes había configurado como requisito para entender finalizada la obra y en condiciones aptas para ser entregada. Sin embargo, el referido certificado se expidió el 8 de noviembre de 2005, esto es poco más de una semana después. Esta pequeña demora, aunque susceptible de ser indemnizada, no resulta suficiente para permitir a la compradora desistir válidamente del contrato, dado que en un tiempo tan escaso no parece lógico que hayan podido quebrar sus expectativas contractuales, habida cuenta de que el plazo no se estableció en el

contrato como esencial; un indicio es el hecho de que la parte, después de expresar su voluntad resolutoria procedió a centrar su negativa a escriturar en otros incumplimientos que nada tienen que ver con dicho plazo, como la falta del certificado de final de obra y de licencia de primera ocupación.

Pero si el pequeño retraso en la conclusión de la obra no amparaba la resolución, esta sí encuentra justificación en el incumplimiento de la obligación de entregar la licencia de primera ocupación, la cual, a falta de pacto, su valoración como esencial debe resultar de las circunstancias concurrentes. La promotora, que solicitó la licencia de primera ocupación de los edificios en que se encontraban integrados la vivienda y el garaje objeto de la venta, dos días después de que la compradora formulara requerimiento resolutorio, no ha demostrado que la falta de licencia obedezca a una simple demora y no a la ausencia de los presupuestos fácticos y jurídicos, es decir, no ha demostrado que no existan obstáculos para su obtención. Esta tesis justifica la resolución contractual en el entendimiento de que no puede ser obligada a escriturar y a cumplir con su parte del contrato cuando subsiste la incertidumbre de si la promotora va a poder cumplir en un plazo razonable, siquiera tardíamente, con su obligación de entregar la referida licencia de primera ocupación, al no haber logrado, como le incumbía, disipar las dudas sobre la existencia de posibles impedimentos legales para su otorgamiento. **(STS de 10 de septiembre de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G.G.C.)

9. Reversión de donaciones.—El mecanismo de la reversión de donaciones se encuentra regulado en el artículo 812 CC. Producido el acontecimiento reversional (fallecimiento del donatario sin posteridad), la eficacia de la donación se extingue y concluye con efectos *ex nunc*, es decir, desde el momento del fallecimiento del donatario, con la caducidad de los actos dispositivos de éste. En estos casos, los bienes donados vuelven a las manos del donante en el estado en que se hallen jurídica y materialmente. De esta forma, la reversión da lugar inevitablemente a un procedimiento paralelo de liquidación posesoria, que comprende tanto las reglas de accesión, como las del derecho a las impensas realizadas.

Las mejoras introducidas en el bien donado por la actividad de los cónyuges.—La plusvalía o aumento de valor que experimente el objeto donado como consecuencia de la actividad de cualquiera de los cónyuges, implicará un derecho de crédito a favor de la sociedad legal de gananciales por el importe del aumento de valor experimentado al tiempo de producirse el efecto reversional. No obstante, el artículo 1359.II CC no contempla ninguna presunción *iuris et de iure* o *iuris tantum* a favor de la ganancialidad del plusvalor experimentado, sino que éste debe probarse por quien lo alegue. La mejora no cambia la calificación privativa del bien, ni la condición de los posibles beneficiarios de dicha mejora, ya sean éstos los propios cónyuges o ascendientes donantes del bien, ya los herederos del cónyuge donatario fallecido. El fundamento de la ganancialidad del incremento del valor experimentado por la actividad de los cónyuges, cuando quede acreditado, se encuentra en los criterios de ganancialidad dispuestos en el artículo 1347.1.º CC. **(STS de 25 de septiembre de 2012; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—A contrajo matrimonio con B el 19 de mayo de 2001, que falleció sin descendencia el 17 de enero de 2008. El 21 de noviembre de 2000, C y D otorgaron escritura de donación pura y simple de una farmacia a favor de su hijo B, valorando el

inmueble en 10 millones de pesetas y el establecimiento en 90 millones, de los cuales 80 millones correspondían al fondo de comercio y 10 al mobiliario, instalaciones y útiles. La donación se consideró expresamente como mejora, sin obligación de colacionar. Simultáneamente, el 21 de enero de 2000, ambas partes suscribieron un documento privado por el que B, en compensación a la dispensa de colación efectuada en la escritura pública, se obligaba a abonar a sus padres 50 millones de pesetas, a razón de diez entregas anuales de cinco millones cada una, la primera de ellas el 31 de diciembre de 2001. Tras el fallecimiento de B, sus padres, conforme al artículo 812 CC, otorgaron escritura de reversión de la farmacia a su favor el 4 de abril de 2008.

El Juzgado de Primera Instancia confirmó el derecho de reversión y reconoció un derecho de crédito a la sociedad de gananciales frente a los donantes por el importe ya pagado en compensación de la dispensa de colación de la farmacia, así como por el importe de las existencias adquiridas y de los gastos e inversiones en concepto de nuevas instalaciones que se realizaron. El importe de ese crédito se concretó en un 25% de la diferencia de su valor existente en la actualidad. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso presentado por A, en el sentido de considerar como crédito de la sociedad de gananciales el 100% de la diferencia de valor apreciada en el fondo de comercio de la farmacia.

C y D interponen recurso de casación alegando: 1) no hay norma que haga depender los efectos de los artículos 1359 y 1360 CC de la causa de disolución del matrimonio; 2) estos preceptos determinan qué parte de la mejora en el bien privativo ha sido debida al trabajo o actividad del cónyuge no propietario; 3) la infracción de los artículos 812 y 456 CC. Según el Tribunal Supremo, se han introducido mejoras en el objeto donado constante el matrimonio del donatario bajo el régimen conyugal de gananciales (art. 1359 CC). Se configura una donación con causa onerosa, donde el incumplimiento de la prestación modal, pago establecido en compensación de no colacionar la farmacia adquirida, permitiría al donante proceder a su revocación (art. 647 CC). Sin embargo, en el presente caso no procede esta calificación, puesto que no se han cumplido los requisitos de publicidad sobre donación de bienes inmuebles (art. 633 CC), presupuestos necesarios para su perfección (*ad solemnitatem*). Todo elemento prestacional debe estar integrado en la escritura donacional para su posible juego en el mecanismo traslativo que define a la donación. Cuando falta dicha integración, como ocurre en este caso, no cabe apreciar la unidad causal del marco negocial resultante, de forma que dichos actos jurídicos operan de un modo independiente y autónomo. El documento privado se presenta como un negocio de finalidad *mortis causa*, que trae causa de la donación efectuada, y que tiene por objeto la compensación del donatario respecto de la dispensa de colación del bien donado. Por tanto, las mejoras introducidas en el objeto donado deben incluirse en el proceso de reversión. En atención a todas estas consideraciones, el Tribunal Supremo estima el recurso planteado.

NOTA.—El artículo 812 CC establece el derecho de reversión de las donaciones. Tiene lugar a favor de los ascendientes donantes cuando sus descendientes donatarios fallecen sin haber dejado posteridad y los bienes donados siguen existiendo en la herencia. La reversión legal se produce tanto en la sucesión testada como en la intestada. Los requisitos que se deben producir para aplicar el derecho de reversión son: *a)* que se haya producido una donación *inter vivos*; *b)* que exista un parentesco en línea recta entre el donante y el donatario, siendo indiferente el grado; *c)* la premoriencia del donatario sin posteridad; *d)* que las cosas que han sido donadas existan en la herencia en el momento de abrirse la sucesión *mortis causa* del donatario —cabe la subrogación en el caso de que el donatario haya enajenado las cosas—. Las consecuencias que se derivan del juego automático de la reversión son: 1) los actos de disposición realizados *inter vivos* por el donatario, incluso a título gratuito, de las cosas donadas no decaen; 2) los frutos de la cosa donada que haya percibido el donatario en vida le corresponderán a éste y a sus derechohabientes —no se les aplica la reversión—; 3) las accesiones que se hayan producido en vida del donatario seguirán el régimen de la accesión, sin perjuicio del reintegro por el donante a la herencia de las indemnizaciones que haya tenido que pagar; 4) el donante tendrá que abonar a la herencia las cantidades relativas a mejoras necesarias y útiles realizadas por el donatario, haciendo suyas estas mejoras —las voluntarias las hará suyas sin necesidad de abonar el gasto—; 5) los desperfectos, menoscabos y gravámenes impuestos por el donatario sobre la cosa deberá soportarlos el donante, sin tener derecho a indemnización. (S.L.M.)

10. Contrato de arrendamiento de obra (art. 1544 CC).—Del contrato de arrendamiento de obra surge la obligación del arquitecto no sólo de redactar un proyecto técnicamente viable, sino de asumir la dirección de la obra durante la ejecución, de manera tal que ésta pueda ser llevada a su práctica material de acuerdo con lo proyectado.

Condena al pago de intereses: *dies a quo*.—A este respecto la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha seguido el criterio con arreglo al cual, prescindiendo del alcance dado a la regla *in illiquidis non fit mora*, se atiende al canon de razonabilidad en la oposición a la reclamación del actor para decidir la procedencia o no de condenar al pago de intereses y para la concreción del *dies a quo* del devengo. Este moderno criterio, según precisan las Sentencias de 16 de noviembre de 2007 —que cita las de 4 de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio y 2 de julio de 2007— y de 19 de mayo de 2008, entre las más recientes, da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva a la plenitud de la tutela judicial, tomando como pautas de la razonabilidad (a) el fundamento de la reclamación; (b) las razones de la oposición; (c) la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de la adeudado; y demás circunstancias concurrentes. Lo decisivo a estos efectos es, pues —como precisa la Sentencia de 20 de febrero de 2008—, la certeza de la deuda u obligación, aunque se desconozca su cuantía, siendo procedentes desde la fecha de la intimación judicial que constituya en mora al deudor. (STS de 26 de septiembre de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La sociedad X contrató los servicios de la empresa de arquitectura Y para proceder a la ejecución de un edificio de viviendas con locales y apartamentos. En cumplimiento de esta relación contractual, redactó el proyecto de ejecución de obra y asumió la dirección durante la fase de ejecución, en la que se detectó un exceso en la altura de las construcciones sobre la altura de la cornisa por encima de 3,50 metros, siendo ésta la máxima permitida por las normas urbanísticas del Ayuntamiento en el que se estaba ejecutando la obra en el momento del otorgamiento de la licencia. Esta actuación causó un daño a la entidad promotora derivado de la demolición parcial de la cubierta para ajustar la cumbre a la normativa urbanística y licencia de obras. Intervino también en la obra el arquitecto E, a quien la empresa de arquitectura demandada solicitó se le notificase la pendencia del proceso.

En Primera Instancia se desestima la demanda.

La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación y estima en parte la demanda, en concreto, en relación con la empresa de arquitectura demandada. Ésta interpone recurso de casación. (B. G. F.)

11. Responsabilidad civil por accidente de tráfico: Daños sufridos por acompañante de ciclomotor de 15 años: Acción ejercitada por los padres de la víctima como herederos y no como perjudicados: Indemnización procedente a favor del perjudicado: Legitimación de los padres.—

No se discute que la víctima falleció antes de que sus padres formularan reclamación judicial en sede civil, y por tanto, antes del juicio y de que recayera sentencia, como tampoco se discute que el fallecimiento trae causa del propio accidente de tráfico y que los padres del fallecido, independientemente de su legitimación para reclamar la indemnización que con arreglo a la Tabla I les correspondía como perjudicados por el fallecimiento de su hijo, optaron por reclamar como herederos la mayor indemnización que le habría correspondido a éste por los daños personales sufridos (lesiones y secuelas), en el entendimiento de que se trataba de un derecho incorporado al patrimonio de la víctima desde el momento en que fue concretado con el alta definitiva, y que, por ende, estaban en disposición de adquirir *mortis causa*, dado que el daño se ha producido y se ha generado el derecho a la indemnización y como tal entra dentro de la herencia transmisible, conforme al artículo 659 CC.

El derecho de la víctima a ser resarcido por las lesiones y daños nace como consecuencia del accidente que causa este menoscabo físico y la determinación de su alcance está en función de la entidad e individualización del daño, según el resultado de la prueba que se practique, que no tiene que ser coincidente con la del informe médico-forense. La consolidación posterior de las lesiones supone, por un lado, que los daños sufridos quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y que se valoren, a efectos de determinar el importe de la indemnización, en el momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado; por otro, que la acción pueda ejercitarse puesto que la víctima tiene conocimiento del mismo, por lo que es a partir de entonces cuando comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización.

En el presente caso, el perjuicio extrapatrimonial trae causa del accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente

determinado a través de un informe del médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento. Como declara la STS de 10 de diciembre de 2009, a partir de entonces existe una causa legal que legitima el desplazamiento patrimonial a favor del perjudicado de la indemnización por lesiones y secuelas concretadas en el alta definitiva, tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida de la víctima, pasó desde momento a integrar su patrimonio hereditario, con lo que sus herederos —en este caso, sus padres—, son los que ostentan derecho —*iure hereditatis*—, y, por tanto, legitimación para exigir a la aseguradora su obligación de indemnizar lo que el causante sufrió efectivamente y pudo recibir en vida, a cuenta de la cual la aseguradora había entregado ya la cantidad de 312.527,75 euros.

Para determinar la cuantía de la indemnización no cabe invocar la STS de 10 de diciembre de 2009 por referirse a un supuesto sustancialmente distinto. El derecho incorporado al patrimonio del perjudicado por una lesión permanente es una indemnización fijada a priori con sujeción a parámetros determinados (gravedad fisiológica de la lesión, edad y progresión por gravedad y acumulación de lesiones) cuya consideración excluye la de cualquier otro, como la esperanza de vida. Pero aquí el fallecimiento trae causa del propio accidente y es un efecto más del mismo; por lo tanto debe ser considerado a todos los efectos relacionados con la fijación de la indemnización, tanto en sí mismo como en relación con el alcance de la lesión permanente sufrida. Ahora bien, como la ley solo regula el fallecimiento pero no su incidencia sobre el resto del daño, debe resolverse la laguna aplicando los principios de compatibilidad de indemnizaciones por distintos conceptos (incapacidad temporal, lesión permanente y daño a los familiares por fallecimiento) y proporcionalidad de la indemnización por lesión permanente con respecto al tiempo que medió desde el accidente hasta la muerte, durante la cual esta se ha sufrido.

Las consecuencias lesivas ya no atienden al futuro, porque desaparecieron con el fallecimiento, por lo que aquellos parámetros temporales y personales considerados en abstracto dejan de serlo porque se conocen los perjuicios, reales y ciertos, que ha sufrido desde la fecha del siniestro y que no quedan absorbidos por la muerte posterior por cuanto tienen entidad propia e independiente y han generado, hasta ese momento, unos perjuicios evidentes a la víctima susceptibles de reparación en un sistema que indemniza el daño corporal en razón de la edad y a las expectativas de vida del lesionado, las cuales no se han cumplido por fallecimiento anticipado de la víctima. Salvo el daño que resulta del fallecimiento, compatible con los anteriores, pero que no se reclama, ya no hay incertidumbre alguna sobre la duración de las lesiones y secuelas, por lo que el crédito resarcitorio que se transmite por herencia deberá hacerse en razón del tiempo transcurrido desde el accidente hasta su fallecimiento, y no por lo que le hubiera correspondido de haber vivido conforme a las expectativas normales de un joven de quince años, puesto que aquello que se presumía como incierto dejó de serlo a partir de ese trágico momento. **(STS de 13 de septiembre de 2012; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Importante sentencia que aclara la legitimación de los padres de un menor que tiene un accidente cuando circulaba como acompañante de una moto, sufriendo importantes lesiones y secuelas, falleciendo después de haber sido dado de alta. En realidad los padres eligieron una de las vías que la legislación de accidentes de

circulación les ofrece, precisamente la que creían más beneficiosa, dirigiéndose contra la aseguradora del dueño de la moto. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente su demanda reduciendo su petición que rebasaba el millón de euros, a algo menos de 900.000. Pero la Audiencia Provincial desestimó íntegramente su demanda. El Tribunal Supremo analiza minuciosamente la acción ejercitada y los daños inferidos a la víctima que los padres pueden reclamar *iure successionis*, rebajando considerablemente la indemnización a la suma de 14.207,75 euros. Pero en el FD 5.º añaden el párrafo siguiente: «Sin duda esta indemnización no puede quedar reducida a la proporción que impone una simple regla aritmética. El impacto que unas lesiones de esta naturaleza han producido en un corto espacio de tiempo [desde el 2 de octubre de 2006, fecha del accidente, al 14 de julio de 2007] a los bienes básicos de un joven de 15 años de edad, no puede indemnizarse únicamente en función de unas expectativas de vida truncadas prematuramente con motivo del accidente. Es cierto que la remuneración del daño moral ya viene incluida en la determinación de los días de baja y las secuelas y la edad de la víctima se tienen en cuenta a la hora de otorgar el valor del punto. Lo que no se tiene en cuenta es esa mayor concentración de dolor, sufrimiento y afectación, inmediato e imprevisible, causado a quien, a raíz del accidente, ha estado obligado a convivir durante un corto de tiempo con unas gravísimas lesiones, razones todas ellas que permiten incrementar en un 10% la indemnización que proporcionalmente le corresponde conforme a las reglas propias del sistema de valoración». Esta poco frecuente manifestación de sentimientos por parte de la Sala, que puede significar también una discreta disconformidad del Pleno con los criterios aplicados por el SLV, apoyado obviamente en la casi imposible «baremación» –aunque conveniente por regla general– del daño moral, no puede, en último término, dejar indiferentes a los juristas (G.G.C.)

12. Responsabilidad civil: Accidente circulación: Colisión recíproca y daños personales para un conductor: Concurrencia de causas: Falta de prueba sobre la mayor incidencia causal de uno de los conductores: Resarcimiento íntegro: Reposición de actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia.—En casos 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 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 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 indemnización contemplado expresamente en la ley como título de atribución de la responsabilidad y el reparto de la cuantía de la indemnización. El riesgo específico de la circulación aparece contemplado 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 causante del resultado dañoso. 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. En tales casos la particularidad no reside en una supuesta alteración de las reglas sobre la carga de la prueba o en la alteración de los criterios de imputación establecidos en la citada ley, 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 establecía la Ley de 1995 y la vigente en la actualidad.

La aplicación de esta doctrina determina la declaración de responsabilidad del demandado y la estimación del recurso. Es un hecho acreditado que en el siniestro se vieron implicados los dos vehículos, dato suficiente para presumir vinculación causal de su actuación generadora del riesgo y del resultado característico. Como regla de principio, ambos conductores deben responder del daño corporal causado a los ocupantes del otro vehículo en atención al riesgo creado por su propio vehículo; en particular, el demandado debe responder por el riesgo por él generado mediante la conducción, de los daños personales causados al demandante.

En relación con el porcentaje de responsabilidad de cada uno hay variedad de criterios; el llamado método de condenas cruzadas, acogido por la jurisprudencia francesa y por alguna Audiencia Provincial española, que supone que cada parte responde íntegramente, o al 100%, del daño ocasionado a la otra parte; en sentido opuesto, otras Audiencias Provinciales siguen el resarcimiento proporcional y no íntegro de los daños corporales recíprocos sin culpas probadas, por el efecto compensatorio de la carga de la prueba. de modo que, a falta de prueba, cada uno de los dos conductores contribuyeron en la misma proporción (es decir, al 50%).

En trance de unificar la doctrina existente, esta Sala en pleno se inclina por entender que la solución del resarcimiento proporcional es procedente sólo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados y que, en otro caso, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina de las condenas cruzadas. Las razones en que se basa esta conclusión son las siguientes: *a)* es la doctrina seguida por un número considerable de Audiencias Provinciales; *b)* Es una solución aceptada expresamente en la legislación francesa; *c)* es una doctrina próxima, aunque no sea coincidente, a la que inspira la jurisprudencia de esta Sala tendente a proclamar la solidaridad impropia entre los agentes que concurren a causar el daño cuando no puede establecerse la proporción en que cada uno ha contribuido; *d)* es acorde con los principios de Derecho europeo de responsabilidad civil (art. 3:102); *e)* es la doctrina más acorde con la presunción de causalidad, que rige en el sistema de responsabilidad objetiva por riesgo.

En consecuencia, ante un caso de incertidumbre causal en que no se ha podido acreditar el concreto porcentaje en que ha contribuido el riesgo de cada vehículo al resultado producido, procede declarar a cada uno de sus conductores plenamente responsable de los daños sufridos por los ocupantes del otro vehículo implicado en la colisión, de tal manera que corresponde al

demandado abonar el 100% de los daños personales reclamados por el recurrente que resulten acreditados.

Siguiendo el criterio establecido en STS de 29 abril 2009, refrendado por las SSTs de 25 de mayo de 2010, 3 de marzo y 18 de julio de 2011, en la medida que estamos ante un recurso formulado por razón de la cuantía al amparo del ordinal 2.º del artículo 477.2 LEC, no procede asumir la instancia y sí devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia en relación con la citada pretensión, con plena jurisdicción a la hora de valorar la prueba, pues esta solución no está excluida del artículo 487.2 LEC para los recursos como el presente, y se estima necesaria, en este caso, para evitar que la decisión del asunto se vea privada de una instancia **(STS de 10 de septiembre de 2010; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Sorprende que en ambas instancias se desestimara, sin más, la demanda reclamando los daños personales derivados de la colisión, basándolo en falta de prueba del lugar exacto del impacto, y también respecto de quien de ambos conductores invadió el carril contrario. Parece razonable la doctrina que el Pleno de la Sala 1.ª sienta con el propósito de unificar la jurisprudencia. Por otra parte, el decenio casi transcurrido desde la colisión sin que las partes tengan todavía sentencia firme ¿no parece motivo determinante para que el Pleno hubiera asumido la instancia? (G.G.C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

13. Nulidad de liquidación de gananciales: Recurso extraordinario: Valoración de la Prueba: Efectos de la cosa juzgada: Motivación.—Respecto a la valoración de la prueba cabe citar la STS del 17 de julio de 2012, invocando la sentencia del Pleno de 13 de abril de 2010, en donde se declara que «la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien de la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba en cuanto, según doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, bien de la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador. En defecto de todo ello la valoración de la prueba es función de instancia y es ajena a la casación y ahora al recurso extraordinario por infracción procesal». Tampoco puede admitirse que la sentencia de apelación haya incurrido en una motivación irracional e ilógica por comprender en sus razonamientos jurídicos el concepto de cosa juzgada material y los efectos o consecuencias jurídicas que se derivan para el pleito en cuestión; del mismo modo que la lógica de dicho concepto impide que se vuelva a replantear la prueba sobre cuestiones o extremos sujetos a la sentencia firme en un juicio sobre nulidad de testamento por incapacidad mental del esposo.

Usucapión extraordinaria de bienes muebles: Presupuestos objetivos: artículos 1941 y 1955 CC: Interrupción de la prescripción ex artículo 1945 CC.—Conforme a la STS de 11 de julio de 2012, la usucapión requiere de la posesión y del transcurso de tiempo como presupuestos generales de su propia configuración como fenómeno jurídico, conforme al artículo 1941 CC que articula la *possessio ad usucapionem* en relación a la posesión en concep-

to de dueño, pública, pacífica y no interrumpida. Dicho planteamiento queda reforzado con los artículos 447 y 444 CC que respectivamente establecen que «sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio», así como que «los actos ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa o con violencia no afectan a la posesión», con lo que *toda posesión ad usucapionem, ya sea ordinaria bien sea extraordinaria, debe reunir los presupuestos indicados*. Conforme a estos presupuestos, la rotundidad del artículo 1955 2.º CC no deja lugar a dudas: *También se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición*, y por tanto su irreivindicabilidad.

No se puede compartir la tesis de la sentencia de apelación que comunica, de forma directa y concluyente, los efectos invalidantes de la nulidad del testamento sobre el plano jurídico-real de los efectos adquisitivos de la usucapión extraordinaria, cuando ésta no requiere del justo título ni de la buena fe del adquirente. En el presente caso no puede negarse que, con la compra de acciones, el recurrente llevó a cabo una posesión en concepto de dueño mediante el ejercicio de los derechos inherentes a su condición de accionista, actuando públicamente como dueño de las acciones compradas.

En parecidos términos nos tenemos que pronunciar sobre la concurrencia del presupuesto de una posesión pacífica y no interrumpida. En este sentido tampoco se puede compartir el planteamiento de la sentencia de apelación que determina el momento interruptivo de la prescripción adquisitiva con la demanda en que se insta la nulidad del testamento de 2011, argumentando que el pleito de la nulidad del testamento era una cuestión de previo pronunciamiento para poder pedir la nulidad de la compraventa celebrada.

Para que se interrumpa la posesión se requiere la interposición de una acción específica y contradictoria de la posesión del demandado, lo que no se ha pronunciado en el presente caso, en donde el recurrente no fue parte del proceso que llevó a la nulidad del testamento y no consta que, a los efectos adquisitivos aquí analizados, haya sido citado judicialmente hasta el curso del presente procedimiento, diciembre de 2008, con lo que su posesión pacífica e ininterrumpida ha superado con creces el plazo de seis años establecido en el artículo 1955, 2.º CC. La consumación de este efecto adquisitivo se produce con total independencia de la condición hereditaria de los sujetos intervinientes. **(STS de 28 de septiembre de 2012; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Los miembros de un matrimonio sin hijos fallecen sucesivamente: El marido el 9 de octubre de 1995, habiendo otorgado testamento abierto un año antes, designando heredera universal a su esposa, la cual, en la misma fecha había testado igualmente a favor de su esposo. El 5 de agosto de 1996 la viuda liquida la sociedad de gananciales en escritura pública, aceptando su herencia y adjudicándose la mitad indivisa de las acciones ahora en litigio. El mismo día aquella vende a un sobrino nieto suyo, parte de acciones de tres sociedades que habían constituido los negocios conyugales y donde el comprador ya era accionista (empresa familiar). En marzo del 2000 fallece intestada la viuda, sucediéndole abintestato, sus hermanos y sobrinos, entre ellos la madre del comprador de acciones. En enero de 2001, unos sobrinos del marido premuerto piden y obtienen judicialmente la nulidad del testamento otorgado

en 1994, por incapacidad mental del testador. La sentencia firme de la Audiencia Provincial es del 8 de enero de 2004. Con fecha 31 octubre 2008, los actores, sobrinos del marido, piden la nulidad de la escritura de liquidación de gananciales y la adjudicación parcial de la herencia, así como la nulidad de la compraventa de acciones que efectuó la viuda. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó íntegramente el recurso de apelación.

NOTA.—Si se permite una imagen literaria cabría decir que el *alma en pena* de un testamento abierto otorgado en 1994, cuya nulidad por incapacidad mental se logra veinte años más tarde, ha distraído a los interesados para interrumpir con eficacia una prescripción extraordinaria del comprador de un paquete importante de acciones que, ganancialmente, había pertenecido al testador y se enajenó por la viuda tras la liquidación. ¿Tiene ahora mucho sentido rehacer la liquidación de la sociedad conyugal operada en 1996? Es probable que los últimos destinatarios —parientes colaterales— de los bienes de ambos cónyuges sean las mismas personas, o sus herederos. La dirección letrada no ha estado muy ágil ni atenta en el caso, incluso se le insinúa discretamente en la sentencia la vía no utilizada de la acumulación de acciones, porque el argumento de la Sala 1.ª para estimar el recurso resulta inapelable (*G.G.C.*)

14. Prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y adquisición del dominio por usucapión.—La correlación entre ambas figuras resulta inevitable a tenor de los artículos 1962 y 1963. II.º CC, que contemplan la prescripción de las acciones reales tras la pérdida de la posesión (aquél para los bienes muebles y éste para los inmuebles), sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio o derechos reales por usucapión.

La primacía o preferencia de los efectos de la adquisición del dominio respecto de las reglas de la prescripción extintiva, de suerte que actúan como presupuesto o condicionante para que esta última pueda producir sus plenos efectos, se desprende de la interpretación conceptual y metodológica que presentan ambas figuras, así como de la razón sistemática de su respectiva regulación en el Código Civil. La pérdida del derecho de dominio por el mero transcurso del tiempo, que implica la prescripción extintiva de la acción, carecería de fundamento, conforme a lo dispuesto en el artículo 348 CC, como pieza angular de nuestro sistema patrimonial, si previamente no se hubiera producido una pérdida de la posesión que resulte relevante para lesionar el derecho de dominio del titular de la acción, es decir, que represente una posesión para la usucapión en concepto de dueño (arts. 447 y 1941 CC).

Si bien es admisible el postulado general de que «los derechos reales pueden prescribir incluso subsistiendo éstos», no es plenamente adecuado establecer, desde este postulado genérico, la tesis que fundamenta la prescripción extintiva de la acción en el ámbito exclusivo de la culpa del titular por la inactividad o falta de defensa del derecho. Dicha cuestión viene a confirmar, en todo caso, el presupuesto ancilar en orden a que se dé una pérdida de posesión relevante para la adquisición del dominio mediante una posesión *ad usucapionem*, en la medida en que la falta de ejercicio o defensa por el titular del derecho es tenida en cuenta a los efectos de calibrar los presupuestos objetivos que deben concurrir para hacer hábil la nueva posesión iniciada,

particularmente respecto de los requisitos de que se trate de una posesión pacífica y no interrumpida.

La STS de 23 de junio de 1965 deja meridianamente claro que tanto para la prescripción adquisitiva ordinaria como para la extraordinaria se requiere la posesión en concepto de dueño y, por su parte, la STS de 18 de mayo de 2001 estima la prescripción de la acción reivindicatoria pero sobre la base de la constatación de la posesión del recurrente que considera consumada a los efectos de la citada prescripción.

Usucapión: presupuestos generales.—La usucapión requiere de la posesión y del transcurso del tiempo como presupuestos generales de su propia configuración como fenómeno jurídico, conforme a lo expresamente contemplado en el artículo 1941 CC, que articula la *possessio ad usucapionem* en relación a la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida. Dicho planteamiento queda reforzado en relación con la regulación general en materia de posesión, particularmente de lo dispuesto en los artículos 447 y 444 CC que, respectivamente, establecen que «sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio», así como que «los actos ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa o con violencia no afectan a la posesión»; con lo que toda posesión *ad usucapionem*, ya sea ordinaria o bien sea extraordinaria, debe reunir los presupuestos indicados.

Posesión *ad usucapionem*: no lo es la posesión clandestina.—La clandestinidad de la posesión constituye un vicio insubsanable de la posesión que la hace inhábil para la usucapión, mientras dicho vicio subsista o no se purgue.

Inscripción registral: protección al titular inscrito. Especial referencia a la brindada por los artículos 35 y 38 LH.—En nuestro Derecho la inscripción no viene configurada, por regla general, como una inscripción de naturaleza constitutiva. En esta línea, también cabe pensar que la regulación registral está principalmente orientada a otorgar su protección a los terceros adquirentes. Sin embargo, la generalidad de estos postulados no determina que la inscripción resulte simplemente declarativa con una función meramente informativa o probatoria respecto de los derechos de los terceros, sino que otorga, también, una especial protección al titular inscrito. En particular, los artículos 35 y 38 LH contemplan, respectivamente, la denominada usucapión *secundum tabulas*, y el principio de legitimación registral derivado de la presunción de exactitud del Registro, de forma que se opera un «reconocimiento posesorio» que permite acceder a su titular ya a una tutela interdictal, bien a la posesión hábil para usucapir y, en definitiva, a una situación de legitimación en virtud de la apariencia jurídica. No obstante, como puntualización esencial, debe señalarse que la protección dispensada en virtud de dicho reconocimiento posesorio queda establecida, conforme a la usucapión *secundum tabulas*, mediante una presunción *iuris tantum*, de suerte que debe de haberse producido fuera del Registro, aunque resulte presumida por la inscripción. La inscripción sirve, por tanto, de refuerzo de una posible usucapión extra-registral, pero de ninguna forma suple o convalida la ausencia o los vicios que puedan presentarse en la configuración de los presupuestos objetivos de la usucapión.

El recurso a la equidad.—Se configura como un elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de cada caso, especialmente cuando éstas no vienen contempladas por la generalidad de la norma. Nada que ver con una cuestión de valoración de prueba.

(STS de 11 de julio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—El 26 de noviembre de 1965 se otorgó escritura pública en la que se procedió a la agrupación de las fincas registrales núm. 000 y núm. 002, correspondientes a un mismo Registro de la Propiedad, y a la venta de dichas fincas, por mitad y pro-indiviso. Los títulos de adquisición del vendedor (a partir de ahora, V) eran los siguientes: la finca núm. 000 derivaba de una previa permuta con don Teodosio, otorgada en la misma fecha y ante el mismo notario y que estaba pendiente de inscripción; la finca núm. 002 tenía su causa de adquisición en la herencia de su padre. Los compradores eran C1, hermano de V, y C2.

La agrupación de fincas nunca fue inscrita por V ni por los compradores.

El 11 de mayo de 1970 V inscribe a su nombre, como titular único y exclusivo, la finca núm. 000.

El 14 de septiembre de 1996 fallece V y sus herederos otorgan cuaderno particional en donde la citada finca 000 se adjudica por mitad a los herederos y al cónyuge supérstite. La viuda fallece en 1998 y los herederos proceden a adjudicarse su mitad.

A fecha 5 de noviembre de 1998 los herederos de V aparecen como únicos titulares registrales de la finca 000.

C1 fallece el 22 de febrero de 1998 figurando en el haber de su herencia la mitad indivisa del total de la finca, de las agrupadas, de forma que en los pertinentes trámites sus herederos descubren que la finca núm. 000 estaba ya a nombre y titularidad de los herederos de V.

El 15 de octubre de 2001, el abogado de los herederos de C1 requiere a los de V para que se abstengan de cualquier acto de dominio sobre la finca.

El 30 de noviembre de 2001, los herederos de V venden dicha finca a T1, T2 y T3, que inscriben su dominio el 1 de diciembre de 2001.

Los herederos de C1 interponen acción declarativa de dominio y reivindicatoria frente a los herederos de V y frente a T1, T2 y T3 y, subsidiariamente, de reclamación de daños y perjuicios contra los herederos de V para el supuesto de que los actores no pudiesen recuperar la finca litigiosa por haber pasado legítimamente a poder de terceros.

En primera instancia se desestiman ambas acciones y se estima la usucapión de la finca reivindicada y consolidación de la posición de los adquirentes (T1, T2 y T3) como terceros adquirente de buena fe.

En apelación se estiman parcialmente los recursos interpuestos por los herederos de C1 (actores) respecto de la pretensión subsidiaria de indemnización de daños y perjuicios, lo que implica la desestimación de las excepciones relativas a la usucapión consumada y a la prescripción de la acción reivindicatoria.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia de apelación.

NOTA.—La tesis sobre la relación entre la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y la prescripción adquisitiva del domi-

nio mantenida por esta sentencia ha sido confirmada por la STS de 19 de noviembre de 2012 (núm. 540/2012). Sobre ambas, véase Luz M. Martínez Velencoso: «Prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y adquisición del dominio por usucapión: ¿dos figuras en liza?», *InDret*, abril 2013, 26 pp., en particular, pp. 22 a 26.

En el relato de los hechos de la sentencia analizada se aprecia una errata en los nombres de las personas implicadas, que puede llevar a confusión (dicha errata no existe, sin embargo, en la sentencia recurrida, Sentencia núm. 484/2009, de 30 de junio de 2009, de la Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Madrid). (B. G. F.)

15. Acción declarativa de dominio. Requisitos generales.—Esta acción va dirigida a obtener la mera declaración de existencia de la titularidad dominical, sin solicitar la condena a la restitución de la cosa. Su objeto, por tanto, se concreta en la verificación de la realidad del título, lo que la hace especialmente indicada en los siguientes supuestos: (a) perturbación sin despojo de la posesión; (b) inquietación de la posesión; y (c) integración de títulos incompletos o defectuosos de dominio.

La acción declarativa de dominio se proyecta como una acción de defensa y protección del derecho real, cuyo ejercicio queda amparado en el contenido y reconocimiento que del mismo se dispone en el artículo 348 CC respecto del derecho de propiedad, como derecho paradigmático en el campo de los derechos reales.

Para su aplicación se exige los mismos requisitos que para el ejercicio de la acción reivindicatoria salvo el requisito de la posesión contraria del demandado que, por definición, no se contempla en el objeto de esta acción. Así pues, lo que debe demostrarse es el dominio de la cosa y su identificación.

Acción declarativa de dominio. La prueba del dominio por el actor.—La prueba del dominio viene referida al acto de adquisición del mismo y como *questio facti* se remite a la prueba del título que, en sentido material, viene a describir todo acto o negocio jurídico capaz de determinar la producción de efectos jurídicos de carácter real.

Esta prueba no se realiza de una forma apriorística, ni tasada, de modo que hay que estar a las reglas generales en la materia en orden a la demostración de un derecho mejor y más probable que el del demandado; el demandante puede valerse del juego de las presunciones, particularmente de la contemplada en el artículo 38 LH. esto es, de la *possessio ad usucapionem*, si bien con un alcance *iuris tantum*, dado el carácter no tabular que tiene la usucapión en nuestro sistema registral. En todo caso, en la confrontación de los medios de prueba, y dado el objeto y finalidad de la acción, deben tener preferencia aquellos que impliquen o favorezcan un título hábil para adquirir el dominio.

La acción declarativa tiene por objeto verificar la realidad del título, esto es, la prueba del dominio, lo cual presupone dos cosas: (1) que dicho título resulte puesto en duda o discutido; y (2) que esté legitimado activamente para su ejercicio el titular dominical actual de la cosa, no un titular que, aunque lo fue en tiempo pretérito, ha dejado de serlo en el momento en que se plantea la demanda, ni el que sencillamente no lo fue ni puede serlo con título hábil para ello.

Acción de enriquecimiento injustificado. El requisito de la subsidiariedad.—La categoría del enriquecimiento injustificado tiene como punto de parti-

da principal el debido resarcimiento de un desplazamiento o enriquecimiento patrimonial que carece de razón jurídica o justificación que lo legitime.

Su función de cláusula general de cierre parece clara: el Derecho de obligaciones aparece estructurado de tal modo que busca impedir que tenga lugar un desplazamiento o enriquecimiento injusto; ahora bien, si, a pesar de ello, dicho enriquecimiento injusto se produce, entonces el alcance sistemático del principio permite que la prohibición del enriquecimiento injusto se convierta en regla sancionadora de la atribución realizada, determinando la correspondiente restitución (STS de 21 de octubre de 2005).

La doctrina jurisprudencial de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo se mueve en la dirección señalada proclamando, a veces de modo explícito y terminante y otras de forma implícita, que la interdicción del enriquecimiento injusto tiene en nuestro ordenamiento jurídico el valor de un auténtico principio general del Derecho (entre otras, las SSTs de 12 de enero de 1943, 23 de noviembre de 1946, 22 de diciembre de 1962, 1 de diciembre de 1980, 12 de julio de 2000, 28 de febrero de 2003 y 6 de febrero de 2006).

La admisión de este fundamento se proyecta también como un criterio de interpretación del marco de aplicación de la acción, determinando su carácter subsidiario: y así, dicha caracterización puede inferirse directamente del carácter supletorio como fuente que comporta necesariamente la aplicación de los referidos principios generales del Derecho.

Este planteamiento, o caracterización general de la acción no resulta incompatible con el tenor de las sentencias que usualmente se citan en apoyo de la no subsidiariedad de la acción, particularmente de las SSTs de 12 de abril de 1955 y 28 de enero de 1956, pues antes que negar dicha caracterización lo que resuelven en realidad es la pertinente concurrencia en estos casos de la pretensión de enriquecimiento injustificado con otra distinta pretensión, independiente y autónoma de ésta, como es la del resarcimiento de daños y perjuicios causados. Casos claramente diferenciables del supuesto en donde el demandante opta por acumular la pretensión del enriquecimiento injustificado, de forma indiscriminada, en un contexto en donde hay normas concretas y preferentes de aplicación, solicitando, además, un idéntico resultado petitorio para todas las pretensiones formuladas.

De ahí que, salvada la posible concurrencia de acciones, en los términos señalados, la concreción de la aplicación subsidiaria de la acción comporte, entre otros extremos, las siguientes consideraciones: (1) Si con la pretensión del enriquecimiento injustificado se pide lo mismo o no que otra acción al servicio del actor; (2) si la pretensión de fondo del enriquecimiento injustificado viene ya regulada por normas concretas o por la previsión normativa; (3) si la norma preferente de aplicación elimina, expresa o indirectamente, cualquier otra vía que, teniendo idéntico o distinto fundamento, persiga un mismo resultado u otro parecido; (4) si el ordenamiento jurídico, al señalar una acción específica y preferente, otorga un plazo de prescripción con el que ha pretendido cerrar la cuestión ante cualquier otra posibilidad de reclamación referida al mismo objeto, a sus subrogados o parte de él; (5) si la acción específica y preferente ha perdido la viabilidad del éxito por defecto de prueba o interacción de alguna causa imputable al actor. **(STS de 19 de julio de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Don Sergio contrajo matrimonio con doña Antonieta, bajo el régimen económico conyugal de separación de bienes.

Don Sergio falleció el 20 de septiembre de 2002 sin descendencia y otorgó testamento instituyendo herederos a sus sobrinos.

Don Sergio, en el intervalo temporal 1959 a 1977, adquirió distintos inmuebles, todos ellos en la localidad de Sineu, constante matrimonio con la actora, y con el otorgamiento de la escritura pública a su nombre y titularidad.

La principal cuestión que se plantea en el presente litigio es la relativa a la posible aplicación de la acción declarativa de dominio y, en su defecto, la aplicación subsidiaria de la acción de enriquecimiento injustificado, en relación con la titularidad de unos bienes inmuebles respecto de los que la esposa del causante (demandante y recurrente en casación) alega que su adquisición respondió a la existencia de un patrimonio común o, en su caso, a la utilización del patrimonio privativo del cónyuge no adquirente (esto es, de la demandante).

Los hechos que destaca el Alto Tribunal son los siguientes: *a*) los cónyuges eran consecuentes en la aplicación del régimen de separación de bienes; *b*) una parte del dinero de la actora no se ingresaba en cuentas comunes, actuando con total independencia de su cónyuge en la administración de su patrimonio propio; *c*) el hecho de que algunas cuentas y productos bancarios, así como que una casa y un solar se pusiesen a nombre de ambos cónyuges, en comunidad ordinaria por partes iguales, pone de relieve que se ha tenido en cuenta a la esposa/actora en el destino del ahorro de ambos cónyuges; *d*) la titularidad del negocio principal correspondía al esposo, que lo había recibido por herencia; *e*) no resulta acreditado que el causante, al adquirir los inmuebles objeto del litigio, hubiese pagado su precio con dinero procedente del patrimonio de su esposa.

El recurso de casación interpuesto por la actora no prospera debido a que, por un lado, no acredita su dominio sobre los bienes inmuebles (requisito imprescindible para el éxito de la acción declarativa de dominio); y, por otro lado, el caso concreto no resiste el análisis de contraste que debe informar la aplicación subsidiaria de la acción de enriquecimiento injustificado, pues la pretendida indemnización del trabajo aportado por la recurrente al negocio familiar tiene un cauce específico y preferente de aplicación a dilucidar autónomamente en el curso de la pertinente liquidación del régimen conyugal. (*B. G. F.*)

16. Propiedad horizontal. Exigencias en materia de mayorías en la adopción de acuerdos que implican la modificación del título constitutivo. Especialidad de los locales comerciales.—El artículo 12 LPH, en relación con el artículo 17 LPH, exige la unanimidad de la junta de propietarios para adoptar acuerdos que impliquen la modificación de los elementos comunes, por constituir una modificación del título constitutivo. Sin embargo, esta regla se flexibiliza cuando hablamos de locales comerciales situados en edificios en régimen de propiedad horizontal. Aunque la fachada del edificio consta de plantas bajas donde están situados los locales y de pisos, la zona reservada a los primeros constituye una situación arquitectónica menos rígida, en atención a la naturaleza de la actividad a desarrollar en los locales. Ello

no significa que los propietarios de los locales comerciales puedan realizar cualquier tipo de obra, afecte o no a elementos comunes, en beneficio de la actividad comercial que desarrolla. Los propietarios de los locales comerciales solamente pueden ejecutar obras que supongan la alteración de la fachada del edificio cuando su utilización no menoscabe o altere la seguridad del edificio o su estructura general y cuando no perjudique los derechos de otros propietarios. Se debe tener en cuenta que cuando la existencia de puertas abiertas se recoja en el propio título constitutivo de división de la propiedad horizontal, la efectiva apertura posterior de los huecos no implica una modificación del título constitutivo. **(STS de 28 de septiembre de 2012;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—En su sentencia de 29 de septiembre de 2006, el Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Barcelona estima íntegramente la demanda planteada por la comunidad de propietarios de un edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal contra el propietario de uno de los locales comerciales del edificio. En ella se solicitaba que se declarase la ilegalidad de las obras realizadas por éste consistentes en abrir varios huecos de acceso al vestíbulo y pasillo de entrada al edificio. La apertura de los huecos se había sometido a votación de la comunidad, habiendo sido denegada. Entiende el Juzgado que la no impugnación de dicho acuerdo lo convierte en ejecutable y de obligado cumplimiento por el demandado.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por el copropietario demandado. Entiende que se ha acreditado que en el título de división de la finca en propiedad horizontal existía la previsión de que los locales tuvieran salida al vestíbulo del edificio, que los huecos estuvieron anteriormente abiertos y que todavía lo estaban en otros locales comerciales distintos a los del recurrente.

La parte demandante interpone recurso de casación, que es desestimado por el Tribunal Supremo, confirmando la sentencia de instancia.

NOTA.—En particular, en relación con otra STS reciente acerca de las exigencias en materia de mayorías requeridas para la adopción de acuerdos de la comunidad de propietarios que impliquen una modificación de los elementos comunes, se recomienda la lectura de la obra G. Minero Alexandre, «Comentario a la sentencia de 22 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1562)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 88, enero/abril 2012, pp. 147-167 (G.M.A.)

17. Legitimación de los comuneros para impugnar los acuerdos.—

El artículo 18 LPH establece una regla de legitimación y un requisito de procedibilidad. Limita la posibilidad de impugnar los acuerdos de la Junta de propietarios a los propietarios que hubiesen salvado su voto en la Junta, a los ausentes por cualquier causa y a los que indebidamente hubiesen sido privados de su derecho de voto.

Instalación de un ascensor *ex novo* ocupando espacio privativo o común de uso privativo.—Se puede plantear el problema de la instalación de un ascensor en aquellos inmuebles que no tienen este servicio, ocupándose

parte de un espacio de naturaleza privativa, ocupación que, con carácter general, no contará con el consentimiento del propietario afectado. El problema lo ha resuelto el Tribunal Supremo a partir de la ponderación de los bienes jurídicos afectados: 1) el derecho del propietario a no ver perjudicado su derecho de propiedad; 2) el derecho de la comunidad de propietarios a instalar un ascensor, como elemento que garantizará la accesibilidad y la habitabilidad del inmueble. En estos casos, dicha instalación, que constituirá una servidumbre, procederá cuando concurran los siguientes requisitos: 1) el oportuno resarcimiento de los daños y perjuicios cuando suponga la ocupación de parte de un espacio privativo; 2) las mayorías exigidas legalmente para la adopción de tal acuerdo, sin que resulte preceptivo el consentimiento del copropietario directamente afectado; 3) que el gravamen impuesto no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo.

La instalación de un ascensor en un edificio que carecía del mismo y que es necesario para la habitabilidad del inmueble, constituye un servicio o mejora exigible. Al ser una mejora, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.1 LPH, será suficiente una mayoría de 3/5 para su válido establecimiento, sin perjuicio de que, en caso de que se trate de suprimir barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, sea suficiente una mayoría simple (art. 17.1.III LPH). Al constituir una mejora, los demandantes también están obligados a hacer frente a los gastos de instalación. (STS de 20 de julio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Varios propietarios de un inmueble interponen demanda solicitando que se declarase la nulidad de los acuerdos adoptados en Junta de propietarios relativos a la instalación de un ascensor.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la nulidad de los acuerdos adoptados en las Juntas impugnadas. Añadió: 1) que los acuerdos impugnados no se habían aprobado con las mayorías exigibles; 2) que la instalación del ascensor perjudicaba a los propietarios que tenían un derecho de uso del lugar por donde se preveía su colocación; 3) que se había exonerado de su obligación de participar a algunos propietarios sin que estos acuerdos contaran con las mayorías exigibles; 4) que la instalación del ascensor era una obra de mejora, por lo que los demandantes tenían derecho de separación y de negarse a contribuir a su colocación en los términos previstos en la LPH.

La Audiencia Provincial estimó íntegramente el recurso de apelación, señalando: *a)* que los demandantes no estaban legitimados para ejercitar acción de impugnación de los acuerdos por el hecho de que se hubiera privado del derecho a voto a algunos copropietarios, pues ninguno de ellos había sufrido tal privación; *b)* que las obras de instalación de un ascensor no eran obras de mejora, sino que afectaban a la accesibilidad y habitabilidad del inmueble, por lo que su válida aprobación no requería más que la concurrencia de una mayoría de 3/5 de los propietarios que representaran las 3/5 partes de las cuotas de participación; *c)* todos los acuerdos adoptados se habían adoptado conforme a las mayorías exigibles y que el patio, lugar de colocación del ascensor, no hacía inservible todo un espacio común, sino que sólo limitaba en un 25% su uso, circuns-

tancia que había sido valorada para fijar una indemnización a favor del propietario afectado; *d*) en cuanto a la exención a la participación de gastos de algunos propietarios, ésta es válida por estar prevista en los estatutos; *e*) al no tratarse de una obra de mejora, no existía la posibilidad de negarse a costearla en los términos aprobados, sin que fuera necesario el consentimiento de los propietarios afectados para declarar plenamente válidos los acuerdos.

La parte demandada formaliza recurso de casación. Declara, en primer lugar, el Tribunal Supremo que sólo el comunero que haya acudido a la Junta y haya salvado su voto estará legitimado para impugnar. En segundo lugar, entiende que efectivamente uno de los propietarios demandantes verá afectado el uso, no de un elemento privativo, sino de un elemento común cuyo uso privativo tenía atribuido, como consecuencia de la instalación del ascensor. Sin embargo, su consentimiento para la validez del acuerdo no es necesario, acogiendo el punto de vista de la Audiencia Provincial. En cuanto a la exoneración de gastos, los estatutos de la comunidad preveían la exclusión de los copropietarios del parking en los gastos derivados de la instalación del ascensor. Por tanto, el Tribunal Supremo desestima el recurso.

NOTA.—La instalación de servicios que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalías, requieren la mayoría simple de votos de los propietarios totales, que a su vez representen la mayoría de las cuotas, incluso si tales obras o servicios implicaran la modificación del título constitutivo o de los estatutos. Esta misma mayoría se exige igualmente a la hora de aprobar el régimen de gastos y eventuales exenciones para sufragar la correspondiente instalación. En estos casos, todos, con independencia de que se haya votado a favor o en contra, estarían obligados a consentir las obras que requiera la eliminación de la barrera arquitectónica. En cualquier caso, será necesario el consentimiento expreso del propietario afectado (art. 11.4 LPH), que si se negase a prestarlo, podrá acudir a la vía judicial. No obstante lo anterior, la privación de esa parte de su espacio privativo deberá ir acompañada de la oportuna indemnización (art. 564 CC). Ahora bien, procederá la instalación siempre y cuando el gravamen impuesto no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo (STS de 10 de octubre de 2011). (*S.L.M.*)

18. Impugnación de acuerdos de la junta de propietarios. Doctrina de los actos propios.—El Tribunal Supremo recuerda la doctrina sentada en sus anteriores SSTS de 30 de enero de 1999, 25 de julio de 2000, 28 de octubre de 2009 y 16 de febrero y 20 de marzo de 2012, que, en relación con la doctrina de los actos propios, cuya base legal se encuentra en el artículo 7.1 CC, exige la concurrencia de los siguientes requisitos: i) el acto que pretende combatirse debe haberse adoptado o realizado libremente; ii) el acto ha de ser concluyente e indubitado, en el sentido de constitutivo de la expresión de un consentimiento para crear, modificar o extinguir un derecho generando una situación desacorde con la ulterior conducta de ese sujeto; iii) debe existir un nexo causal entre dicho acto y la incompatibilidad posterior; iv) el acto debe

ser susceptible de ser confirmado. En relación con actos acordados por una Junta de Propietarios, el Tribunal Supremo declara que no es posible la impugnación de los acuerdos que pretenda reconducir el debate a tiempos anteriores, cuando existe un acto jurídico firme y acatado por todos los propietarios, aceptado por unanimidad de la junta de propietarios, que ha sido objeto de una continuada aplicación durante un período de tiempo prolongado, para obtener una rebaja de las contribuciones comunales. De ahí que sea contrario tanto con la doctrina de los actos propios como con la ejecutividad y fuerza vinculante de los acuerdos comunitarios adoptados en junta de propietarios, que no sean radicalmente nulos y que no hayan sido impugnados, el hecho de que tras la incorporación de un nuevo propietario, y sin ninguna alteración de las circunstancias, la comunidad tuviera que hacer frente a la reclamación judicial de los nuevos vecinos discordantes. El Tribunal Supremo recuerda el contenido de las SSTs de 19 de noviembre de 1996, 28 de febrero, 19 de octubre y 30 de diciembre de 2005 y 7 de junio de 2006, en las que se declara que los acuerdos de este tipo que no han sido impugnados en el plazo de caducidad que se establece en la regla cuarta del artículo 16 LPH gozan de plena validez y eficacia, y obligan a los propietarios. **(STS de 13 de julio de 2012; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña Ana, Doña Sara y Don Antonio, propietarios de diferentes pisos en la Calle A, núm. 000, de San Sebastián, interpusieron demanda de juicio ordinario contra la Comunidad de Propietarios a la que pertenecen, así como contra todos los propietarios que la configuran. En ella solicitan la nulidad de determinados acuerdos adoptados por la Junta y de las cuotas de participación que se habían fijado para los demandantes en el título constitutivo de la comunidad. En segundo lugar, se solicita la fijación de nuevas cuotas de participación comunitarias y la condena a la comunidad a la regularización de las liquidaciones correspondientes a los trimestres afectados por las cuotas impugnadas.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Donostia-San Sebastián de 10 de junio de 2008 estimó parcialmente la demanda, por entender que la negativa a modificar las cuotas de participación existentes supone un abuso de derecho y vulnera el principio de igualdad. En consecuencia, se declaró la nulidad de uno de los acuerdos impugnados, se estableció que la copropietaria Doña Ana estaba exenta de abonar los gastos de agua, y se condenó a la comunidad de propietarios a regularizar las liquidaciones de saldo referidas en la demanda, respecto de esta propietaria, y a fijar nuevas cuotas de participación en la comunidad.

La comunidad de propietarios demandada interpuso recurso de apelación. Éste es desestimado por la Audiencia Provincial. Tras ello, la comunidad de propietarios interpone doble recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. Este último es estimado. En consecuencia, el Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida, en el único sentido de desestimar la demanda en cuanto a la nulidad del acuerdo de la Junta de Propietarios y la consiguiente fijación de cuotas. *(G.M.A.)*

19. El reconocimiento del derecho de paternidad de los autores.—El artículo 14 LPI reconoce a los autores el derecho moral de paternidad. Significa que en cada reproducción que se haga de una obra, debe aparecer el nombre del autor como reconocimiento de su condición de tal, so pena de incurrir en una infracción de los derechos de propiedad intelectual. Cuando se reproduce una obra plástica, la aparición de la firma del autor en esa reproducción supone el reconocimiento suficiente de la paternidad de la obra. **(STS de 10 de julio de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En 1906, el artista plástico H pintó, por encargo de la sociedad O, un cartel publicitario para promocionar la cerveza de esta entidad. El citado cartel incluía un personaje conocido como «Gambrinus». En 1946, C, antecesora de O, solicitó el registro como marca mixta del logotipo del personaje señalado, que obtuvo el 1 de julio de 1948, que ha ido renovando y está en vigor. A ello le ha ido sucediendo el registro de una pluralidad de signos con esa imagen asociados para diversos productos y servicios. La demandada HK procede de la fusión por absorción entre A y GC, por lo que es la sucesora de las relaciones de este último, que a su vez lo es por absorción de C. HK realizó entre enero y junio de 2005 una campaña en una página web en la que se utilizó la imagen del citado cartel original dibujado por H, en el que consta la firma del artista.

VEGAP, gestora de los derechos del pintor, interpone demanda contra HK alegando la utilización del personaje sin autorización y sin señalar a quién pertenece su autoría. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por entender que HK hizo un uso legítimo de su marca, concedida en 1948, bien en la misma forma en la que se había concedido, bien en forma similar sin alterar de manera significativa sus caracteres distintivos. Por su parte, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto rechazó la infracción basada en la utilización de la obra como marca, pero la revocó en cuanto la demandada había introducido en Internet la imagen enmarcada del cartel original del personaje, condenando a HK al pago de una indemnización.

Ambas partes interpusieron sendos recursos de casación. El recurso planteado por HK fue desestimado. En cuanto al de VEGAP, ésta alega que la utilización del personaje en la página web constituía una infracción del derecho moral de autor reconocido en el artículo 14.3.º LPI (derecho de paternidad). Sin embargo, el Tribunal Supremo, rechazando igualmente este recurso, entiende que la forma en la que la obra ha sido divulgada ofrece datos suficientes como para entender atribuida la paternidad a su autor, por lo que no se vulnera dicho derecho.

NOTA.—Un derecho moral muy importante que tienen los autores, junto con el derecho de divulgación, es el relativo a la paternidad. Los derechos de propiedad intelectual se reconocen desde el mismo momento en que se crea algo con los requisitos del artículo 10 LPI. El proceso creativo conlleva tanto esfuerzo, que la LPI ofrece la protección propia del derecho de propiedad, si bien especial. Hasta tal punto es así, que se convierte en un requisito imprescindible que en cada copia de la obra aparezca claramente quién es el autor de la

misma, con su nombre, firma o signo –o su seudónimo o nada si es que quiere mantenerse en el anonimato–. Incluso en aquellos casos en que el legislador ha previsto supuestos en que cabe hacer uso de las obras sin el consentimiento del autor (cita, ilustración en la enseñanza), es necesario identificarlo. El fin es claro: evitar el plagio, que alguien se atribuya a sí mismo una obra ajena. (S.L.M.)

20. Doctrina de los actos propios. Encaje en el ordenamiento español.—En ausencia de regulación expresa en el Código Civil, doctrina y jurisprudencia coinciden en que la doctrina de los actos propios es una manifestación del principio de buena fe, que, como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, impone el artículo 7 CC. En cita de la STS de 22 de julio de 2010, el Tribunal Supremo afirma que con ello se trata de proteger la confianza surgida por la apariencia creada por una relación jurídica o situación de hecho, limitando la libertad de actuar cuando se han creado unas expectativas razonables, esto es, impidiendo la admisión como legítimo de un comportamiento posterior contradictorio a esa previa expresión inequívoca de una determinada voluntad.

Criterios de interpretación de los contratos.—En un sistema consensualista como el español, la interpretación de un contrato no puede quedarse en el análisis de lo expresado con claridad por las partes en la letra de éste, sino que se debe investigar si ello coincide con lo querido o si, por el contrario, consciente o inconscientemente, los contratantes expresaron algo distinto. Si se demuestra una voluntad común diferente a lo que se deduce de lo expresado en el contrato, prevalece la voluntad realmente querida por las partes. Solamente cuando no existe prueba de lo consentido entra en juego la regla interpretativa que impone tener por consentido lo que con claridad expresaron consentir las partes. Ello es acorde con las tendencias doctrinales sobre la función de la interpretación contractual que se pusieron de manifiesto en los Principios UNIDROIT y la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones de la Comisión de Codificación de 2009. Sin embargo, dado que la normativa reguladora del derecho de autor no tiene un carácter dispositivo, incluso cuando las partes hubiesen querido reconocer y hubiesen reconocido en el contrato que el objeto de éste es una obra protegida por el derecho de autor, este reconocimiento no se traduce per se en una vinculación a los contratantes a aquel efecto.

Obras plásticas. Identificación de los objetos protegidos por el derecho de autor y por los derechos de propiedad industrial.—De entre los distintos regímenes de relación entre los bloques de protección de una misma obra plástica por el derecho de autor y por la propiedad industrial, el Derecho de la Unión Europea excluye el de separación absoluta, según el cual la propiedad intelectual de los autores plásticos no es susceptible de tutela por vía del diseño y viceversa, ya que la duplicidad vendría superflua. Así se declara en el artículo 17 de la Directiva 1998/71/CE, de 13 de octubre, de Protección jurídica de los dibujos y modelos y en el artículo 96.2 del Reglamento CE 6/2002, de 12 de diciembre, de dibujos y modelos comunitarios. Concretamente, en el ordenamiento español ambas tutelas se entienden independientes, acumulativas y compatibles. La Exposición de Motivos y la disposición adicional décima de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial es clara en este sentido. Las finalidades de las normas que tutelan derecho de autor y diseño son muy distintas. Mientras

que la primera otorga un reconocimiento y protección a quien contribuye a la formación y desarrollo de la cultura y ciencia de manera original, la segunda protege las innovaciones formales referidas a las características de apariencia de los productos en sí o de su ornamentación. De ahí que para acceder a la tutela por el derecho de propiedad industrial se exija la novedad o singularidad, y el nacimiento de la protección por el derecho de autor se condicione a la existencia de originalidad. Por ello, podremos encontrarnos obras plásticas puramente artísticas protegidas únicamente por el derecho de autor o bien obras de arte aplicadas a la industria y creaciones diseñadas o utilizadas para ser reproducidas artesanalmente o industrialmente en serie, que podrán merecer los dos tipos de tutela, en caso de cumplir las dos condiciones exigidas para ello. **(STS de 27 de septiembre de 2012; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos.]

HECHOS.—En junio de 1997, doña Laura, doña Marta e Industrias de Iluminación T suscribieron un contrato por el que esta última encargó a las dos primeras el diseño de una farola a fin de concurrir en un concurso convocado por la entidad PE, creada por el Ayuntamiento de Barcelona, en cuyas bases se establece la cesión a PE de los derechos de explotación del diseño ganador durante un plazo de diez años. El diseño creado por doña Laura resultó ganador. Un año más tarde, doña Laura e Industrias de Iluminación T suscribieron un nuevo contrato de cesión de derechos de explotación tanto del diseño ganador como de dos variantes del mismo. En octubre de 2000, PE autoriza la explotación del modelo de farola ganador del concurso a Industrias de Iluminación T y a la compañía AB. En junio de 2006 doña Marta comunica a Industrias de Iluminación T la resolución del contrato vigente entre ambas. Un mes más tarde, doña Marta cede a AB sus derechos de explotación del diseño ganador y de sus variantes con un carácter de cesión en exclusiva.

Doña Marta y AB interpusieron demanda contra Industrias de Iluminación T, alegando, por un lado, el impago por parte de esta última de las regalías acordadas en el contrato vigente entre ellas, y ejercitando, en segundo lugar, las acciones por infracción de derechos de propiedad intelectual sobre el diseño ganador por los actos de explotación de éste llevados a cabo por la demandada con posterioridad a la resolución del contrato.

En su sentencia de 20 de octubre de 2008 el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona estima la pretensión contractual pero desestima la pretensión basada en la infracción de los derechos de propiedad intelectual, pues entiende que la actuación de la demandada estaba amparada por el contrato de cesión de derechos de explotación existente entre Industrias de Iluminación T y la entidad PE.

Doña Marta y AB interponen recurso de apelación, que es desestimado por la sentencia de 27 de enero de 2010 de la sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona. En este caso, la Audiencia entendió no probada la existencia de originalidad requerida para la protección del diseño de la farola por el derecho de autor.

Contra esta última sentencia doña Marta y AB interponen sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. El Tribunal Supremo no acoge ninguno de los motivos alegados en ellos.

NOTA.—A la hora de exponer el carácter consensualista del sistema español, el Tribunal Supremo se apoya en el artículo 1278 de la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos redactada por la Comisión General de Codificación, sección civil, según el cual: «*Los contratos se interpretarán según la intención común de las partes la cual prevalecerá sobre el sentido literal de las palabras*», así como en el artículo 4 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, que establece: «*El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes*», y en el apartado 1 del artículo 5:101 de los Principios de Derecho Europeo de los contratos, que declara: «*El contrato se interpreta de acuerdo con la intención común de las partes aunque difiera del significado literal de las palabras*». Se recomienda la lectura de las siguientes obras: L. Díez-Picazo y Ponce de León, A. M. Morales Moreno, y E. Roca Trias, *Los principios del Derecho europeo de los contratos*, Civitas, Madrid, 2002; B. Gregoraci Fernández, «El moderno derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», *R.J.C.*, n.º 2, 2009, pp. 480 y ss; y A. M. Morales Moreno, *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, entre otros (G.M.A.)

21. Calificación negativa del registrador de la propiedad. Legitimación activa del registrador para interponer recurso ante la DGRN contra resolución dictada por este órgano.—El Tribunal Supremo reitera su doctrina jurisprudencial sentada en las SSTs de 20 de septiembre de 2011 y de 2 de enero y 28 de junio de 2012, estableciendo que la inseguridad jurídica creada por la nueva redacción del artículo 328 LH debe entenderse que el registrador de la propiedad únicamente está legitimado activamente para impugnar una resolución dictada por la DGRN cuando exista un interés legítimo suficiente. Interés que habrá de acreditarse de manera efectiva en la demanda y que normalmente se vincula a una eventual responsabilidad civil o disciplinaria del registrador relacionada con la función calificadora registral si su nota de calificación hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la DGRN. El Tribunal Supremo considera que el artículo 328 LH no contradice el texto de la Exposición de Motivos de la reforma de 2005 de la LH, sino que lo confirma al aclarar, por un lado, la regla general de la vinculación de todos los registradores a las resoluciones de la DGRN cuando resuelve recursos frente a la calificación, y la imposibilidad del registrador de recurrir la decisión de su superior jerárquico cuando revoca su calificación; y, por otro lado, en precisión de lo anterior, la excepción a esta regla general en aquel supuesto en el que la resolución de la DGRN pueda repercutir de modo efectivo en la esfera jurídica del registrador, como sucede cuando media amenaza de responsabilidad disciplinaria contra el concreto registrador, puesto que de no revisarse la causa que justifica el anuncio de amenaza o responsabilidad disciplinaria en cuestión el registrador podría ver vulnerado su derecho en el expediente que se tramite. No existe, sin embargo, una legitimación del registrador para recurrir resoluciones de la DGRN en base a razones que tengan que ver con la defensa objetiva y abstracta de la legalidad o a la simple disconformidad con la decisión del superior jerárquico.

Estatutos societarios. Elusión fraudulenta de la aplicación de la norma que regula un tipo societario.—No tiene sentido que los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada allí donde la Ley de Sociedades Profesionales exige certidumbre jurídica contengan ambigüedad y allí donde la ley trata de evitar que las sociedades profesionales eludan su responsabilidad frente a terceros, descargándola sobre personas naturales, opten por la alternativa más favorable a la elusión de esa responsabilidad. Es jurídicamente exigible que mediante cláusulas estatutarias dudosas no se desnaturalice el tipo societario escogido para el desarrollo del objeto social. (STS de 18 de julio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El registrador accidental del Registro Mercantil núm. 2 de Valencia y la registradora titular de este Registro interponen una demanda contra la resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 2007, solicitando que se declare la nulidad de dicha resolución y que se confirme la calificación negativa efectuada por el primer registrador. Estas actuaciones se acumulan a la demanda interpuesta por el Consejo General de la Abogacía Española, con un *petitum* equivalente.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia dicta sentencia de 23 de octubre de 2008, por la que estima parcialmente el recurso interpuesto por los registradores y desestima íntegramente el recurso interpuesto por el Consejo General de la Abogacía Española.

Los demandantes originarios interponen sendos recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia. El recurso presentado por el Consejo de la Abogacía Española es desestimado por la sentencia de 29 de abril de 2009 de la sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, por considerar que existe falta de legitimación del recurrente, mientras que el recurso interpuesto por los registradores es estimado, revocando la sentencia de primera instancia y anulando la resolución de la DGRN y, por tanto, manteniendo la calificación negativa parcial del Registrador.

La Administración del Estado interpone recurso de casación por interés casacional en su modalidad de aplicación de norma que no llevaba más de cinco años en vigor, a saber la modificación del artículo 328 LH por la Ley 24/2005, de 19 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, y, por otra parte, la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

El Tribunal Supremo desestima los dos motivos del recurso. En primer lugar, reitera como doctrina jurisprudencial que el registrador de la propiedad está legitimado activamente para impugnar la resolución dictada por la DGRN siempre que acredite su derecho por el anuncio de apertura de expediente disciplinario. En este caso, al contener la resolución de la DGRN recurrida una advertencia al registrador sobre las consecuencias de su calificación negativa en el plano disciplinario, el Tribunal Supremo entiende que era innegable la legitimación de los registradores demandantes. En segundo lugar, el Tribunal Supremo entiende que la resolución de la DGRN responde a un criterio que permite burlar con gran facilidad la Ley de Sociedades Profesionales.

NOTA.—Acerca de la legitimación de los registradores frente a la DGRN resulta aconsejable la lectura de L. Prats Albentosa,

«Legitimación en el proceso verbal de revisión de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 825/2011, parte Comentario. Este autor señala que el artículo 328 LH debe interpretarse restrictivamente, al ser una norma extraordinaria de legitimación, lo que conlleva la exigencia acumulativa de dos condiciones: 1) la DGRN, mediante resolución expresa, debe haber revocado la calificación negativa del registrador que pretende combatir esa resolución; y 2) esta resolución debe afectar a un derecho o interés del que sea titular este registrador en el sentido de atribuir a dicho registrador defectos manifiestos en el ejercicio de la función calificadora, determinantes, de manera real, y no meramente hipotética, de su responsabilidad civil o disciplinaria. (G.M.A.)

DERECHO DE SUCESIONES

22. Renuncia traslativa como forma especial de aceptación de herencia.—La interpretación y el alcance del artículo 1000.1 CC como un supuesto de aceptación de la herencia requiere una previa delimitación conceptual en la medida en que dicha aceptación se la suele ejemplificar con las denominadas *renuncias traslativas*. Nuestro Derecho patrimonial admite como principio general la renunciabilidad de los derechos subjetivos, siempre que no sea contraria al interés o al orden público o se realice en perjuicio de tercero. Pero como sucede en el ámbito de las relaciones jurídico-reales, en donde las renunciaciones traslativas no constituyen, en rigor, auténticas renunciaciones, pues carecen del efecto extintivo, también su aplicación a este supuesto de aceptación especial de la herencia resulta equívoca y debe matizarse. En este sentido debe señalarse que *la renuncia traslativa, entendida en términos de aceptación de herencia, no comporta, en ningún caso, la transmisión directa del «ius delationis» al beneficiario de la misma; por tanto, el adquirente lo será siempre del heredero y no del causante cuya herencia es aceptada con esta fórmula*. El marco interpretativo del artículo 1000 debe realizarse en atención al artículo 990 CC, en donde, *a sensu contrario*, y a diferencia de la repudiación en sentido estricto, que es siempre pura o neutra, se infiere la admisión de la renuncia traslativa, como aceptación de la herencia, en beneficio ya de coherederos, o bien de extraños (terceros u otros vocados); también debe tenerse en cuenta el artículo 999 CC, referido a las formas que puede presentar la aceptación pura de la herencia, ya expresa o tácita, pues a diferencia de lo en él dispuesto, que en última instancia permite que la labor interpretativa alcance subjetivamente a la propia declaración de voluntad o actos que presuman dicha aceptación, el artículo 1000 debe interpretarse objetivamente en el ámbito de la tipificación contemplada, de suerte que contrastado el hecho de referencia —en nuestro caso, venta, donación o cesión del derecho—, queda determinada implícitamente la aceptación de la herencia. Delimitado, de este modo, el contexto interpretativo, no hay inconveniente alguno en señalar, conforme a la doctrina reciente, que *la renuncia traslativa, a tenor del artículo 1000.1 CC comporta una implícita aceptación ex lege de la herencia y, por tanto, del «ius delationis», que causaliza al inmediato negocio de atribución intervivos realizado, particularmente el de una cesión gratuita del derecho hereditario*.

Problemas interpretativos.—La utilización de estas fórmulas de aceptación de la herencia suelen realizarse con la finalidad de eludir la tributación de la correspondiente transmisión intervivos que se opera, sin reparar, debidamente, en los problemas de interpretación y adjudicación de la herencia que posteriormente se pueden derivar. En el presente caso no hay duda alguna de que la declaración del padre del causante, manifestada en la escritura de 29 de mayo de 2003, comporta una necesaria aceptación de sus derechos hereditarios en la herencia de su hijo conforme a la expresa cesión de los mismos a sus restantes hijos. La interpretación del negocio testamentario otorgado el 23 mayo 1996, queda extramuros de la interpretación que resulte de la renuncia traslativa, rigiéndose por sus propias reglas. Y en este ámbito la interpretación viene presidida por *la regla de la preponderancia de la voluntad real del testador (art. 675 CC) del que se desprende que el resultado final de la interpretación debe ser la fijación de la voluntad querida por el testador. Dicha fijación o averiguación debe proyectarse en el plano de la declaración formal testamentaria que realiza el testador, y no en el marco subjetivo de la interpretación de las meras intenciones que pudiera encerrar su voluntad interna.*

En consecuencia, la interpretación literal del testamento resulta tanto el punto de partida como también el punto de llegada del curso interpretativo, en la medida en que los términos de la declaración formal testamentaria son claros y no dejan lugar a duda; a saber, atribución al padre de un legado en pago de la legítima, mediante la cuota legal que le corresponda, ausencia de gravamen sobre el mismo, y la falta de disposición testamentaria relativa a la posible renuncia o imposibilidad de aceptación del legado por parte del legatario. De este modo cabe concluir que *la vocación hereditaria por la vía testamentaria conflujo en una plena existencia y efectividad del «ius electionis» como derecho actual de aceptar la herencia, esto es, la existencia de una sucesión abierta, la designación del beneficiario a través del negocio testamentario, su determinación y supervivencia respecto del causante y su pertinente aptitud y capacidad para heredar.*

Extensión del ámbito de legitimación de la aceptación a favor del legatario legitimario.—Si la renuncia traslativa comporta una implícita aceptación *ex lege* de la herencia lo es, en la medida en que también presupone el ejercicio de aceptación del pertinente *ius delationis*, como presupuesto de legitimación para adquirir el derecho hereditario. Desde esta perspectiva se comprende mejor que la cuestión debatida no se centra tanto en saber si la aceptación del legatario legitimario debe entenderse condicionada, en todo caso, a su aceptación como heredero de la herencia, sino más bien si en el ámbito de legitimación para adquirir el derecho hereditario el legatario legitimario ostenta en la sucesión un propio y efectivo *ius delationis*. Al respecto no cabe duda alguna que *en nuestro Derecho de sucesiones, con independencia de que se estructura la legítima como una vocación más de las consignadas en el artículo 658 CC o, en su caso, del concreto título por el que se le instituya, el legitimario tiene reconocido ex lege un propio y diferenciado «ius delationis» respecto del quantum legal que le corresponda como derecho hereditario, reconocimiento o atribución que, sin lugar a dudas, le permite aceptar su derecho hereditario a través de las formas especiales dispuestas o tipificadas en el artículo 1000.1 CC.*

Nulidad de la partición.—Desestimado el primer motivo del recurso de casación en el sentido de apreciar la plena validez de la renuncia traslativa del padre a favor de sus restantes hijos, y, por tanto, de la implícita aceptación

de la herencia de su hijo, hace innecesario entrar en la valoración de los restantes motivos de casación formulados, por cuanto la partición practicada por el contador-partidor no sólo no se realizó conforme a la voluntad testamentaria sino que infringió además la intangibilidad cuantitativa y cualitativa del padre legitimario al vaciarla de todo contenido económico resultando, por tanto nula de pleno derecho. (STS de 20 de julio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—El testamento básico otorgado el 23 mayo 1996 contiene las siguientes disposiciones: 1.º Lega a su padre la cuota legal que como legítima le corresponde. 2.º Lega a uno de sus hermanos, sin perjuicio de lo anteriormente dispuesto, el usufructo vitalicio de la herencia, con relevación de inventario y fianza. 3.º. Instituye por partes iguales como herederos a tres sobrinos hijos de tres hermanos suyos. También designa contador-partidor. El testador fallece el 25 de febrero de 2003, y el padre en escritura notarial de 29 de mayo de 2003 renuncia a la herencia, sea testada o intestada, de su hijo, a favor de sus restantes hijos y por partes iguales. En 2005 los restantes hermanos del testador, excepto el beneficiado con el testamento, impugnan la partición llevada a cabo por el contador-partidor, así como la capitalización realizada del usufructo vitalicio en favor de uno de los hermanos, y también la valoración de los bienes hereditarios. Demandan a la que se allanan uno de los sobrinos designados herederos y su padre. La demanda es estimada en ambas instancias, y el recurso de casación interpuesto por el hermano usufructuario vitalicio se desestima.

NOTA.—La sentencia destaca por el profundo análisis de la singular modalidad de renuncia hereditaria traslativa del artículo 1000.1 CC y por la labor exegético-práctica tanto sobre esta modalidad de aceptación tácita *ex-lege*, como sobre el tema recurrente de la naturaleza jurídica del legado en pago de legítima, resuelta con elegancia y acierto. Dijérase que un padre de familia numerosa acude a *desfacer el entuerto que un hijo suyo, acaso poco conscientemente, causa en su testamento desigualando a hermanos y sobrinos*, norma de igualdad, por lo demás, no escrita (no hace falta recordar que, en Galicia, región de donde procede el litigio, no tenían en 2003, —fecha de fallecimiento del causante—, cualidad de herederos forzosos ni los hermanos ni menos los sobrinos, hijos de éstos; la Ley de 2006 ha eliminado, además, la legítima de los ascendientes). En todo caso en el litigio sólo se invoca el Código civil (G.G.C.)

23. Liquidación de gananciales y partición hereditaria: Cuándo no es obligatoria la previa liquidación.—La no liquidación previa de los gananciales no comporta la nulidad de la partición realizada cuando de las circunstancias concurrentes pueda identificarse el objeto de la partición, es decir el caudal relicto. Este supuesto concurre en el presente litigio por las siguientes razones: 1.º) Existe una única finca ganancial; los derechos que corresponden a la causante sobre esta finca se han atribuido a los dos hijos, legatarios de los tercios de mejora y libre disposición con la siguiente fórmula: «Una mitad indivisa de los derechos gananciales que pertenezcan a la causante en la finca

inventariada bajo el núm. 1»; 2.º) En virtud de la transformación de la comunidad de gananciales en comunidad por cuotas a consecuencia de la finalización de la sociedad, lo único que puede atribuirse es el derecho que la causante ostenta en dicha comunidad, que en el caso litigioso será el que se determine en la posterior división de la comunidad subsistentes entre el cónyuge supérstite y los tributarios de este derecho en la partición. 3.º) Aunque no se haya partido la sociedad, se cumple con atribuir el derecho que tiene el difunto en los bienes gananciales, porque esto es lo que tiene en su patrimonio; 4.º) Las disposiciones citadas como infringidas no se refieren a la cuestión planteada, porque ninguna disposición en el Código civil exige la previa liquidación de los gananciales, que normalmente existirá, pero puede no coincidir con la de la herencia; 5.º) La jurisprudencia que se aporta como infringida no imponen esta liquidación. En la STS de 20 de octubre de 1952 se efectúa al mismo tiempo la partición de ambos patrimonios; en la STS de 7 de diciembre de 1988 se discutía si unas casas tenían o no carácter ganancial y no aclarado este extremo se afirma que nadie puede disponer de lo que no tiene; en las SSTs de 8 de marzo de 1995, 22 de febrero de 1997 y 17 de octubre de 2002 se discutían problemas de liquidación de la anterior sociedad de gananciales, ya que el causante había contraído dos matrimonios y no se había liquidado el correspondiente al primero, de donde la jurisprudencia de esta Sala entiende que no se había determinado el patrimonio del difunto. Ninguna de estas sentencias se ajusta al actual litigio en el que la albacea contadora partidora se ha limitado a adjudicar la parte correspondiente a los derechos que se ostenten en la sociedad de gananciales, con lo que el capital hereditario está definido.

Partición y lesión de la legítima.—La intangibilidad de la legítima afecta al causante que no puede ni gravar al legitimario, ni dejarle menos de lo que por legítima le corresponda y abre las acciones que éste tiene para corregir las disposiciones que le perjudiquen. Cuando la lesión la produce la partición, no se puede hablar de intangibilidad, sino de corrección de las operaciones particionales. En realidad, la cuestión la centran las recurrentes en la revisión de la prueba pericial, lo que no es posible efectuar en casación. Si la legítima se ha lesionado en las operaciones particionales, se conceden las acciones de complemento de legítima, sin que ello comporte declarar la nulidad de las operaciones particionales. La jurisprudencia que se invoca como infringida no resulta aplicable a este caso. La STS de 20 de noviembre de 1990 resolvió un caso en que la legitimaria denunció la omisión de determinados bienes y la infravaloración de los demás, manteniendo la nulidad por los defectos detectados; la STS de 21 de noviembre de 2004 se refería a un legado de parte alcuota, distinto del actual; la STS de 16 de mayo de 1997 es un caso de liquidación de gananciales.

Pago de las legítimas en dinero.—Del artículo 841 CC se deducen los siguientes requisitos legales: a) que el testador lo haya autorizado; b) que estén de acuerdo en la conmutación o que se autorice judicialmente; y c) que se atribuye a los autorizados el patrimonio relicto. Estos requisitos concurren por lo que es válida la cláusula que atribuye la opción a los hijos para que paguen a los nietos su legítima en dinero.

Desde un análisis puramente teórico llevan razón las recurrentes al afirmar que esta autorización de pago de legítima en dinero convierte en un crédito la legítima *pars hereditatis*, pero lo autoriza el artículo 841 CC.

Objeto de la conmutación.—El heredero o contador partidador autorizado para pagar las legítimas en dinero, puede hacerlo con dinero no hereditario.

Es evidente que cuando el testador ha previsto la posibilidad de conmutación, ha tenido presente un interés más general que el pago de las correspondientes legítimas. Preservando este interés, la ley permite cambiar la cualidad con que el legitimario va a participar en la sucesión y por ello autoriza este legado de crédito. Al ser un acreedor, no se requiere que el dinero que sirve para pagar la legítima forme parte del caudal relicto, teniendo en cuenta, además, el carácter fungible del dinero.

Realización del pago en metálico.—Conforme al artículo 844 CC, los autorizados para efectuar el pago de las legítimas en dinero, deben comunicarlo a los afectados en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión y, a partir de aquí, tienen otro año para realizar el pago. De la prueba práctica se deduce: 1.º Una vez realizada la partición, se ofreció a las nietas de la causante, el pago de las cantidades resultantes, de acuerdo con las operaciones de cálculo llevados a cabo por la contadora partidora, y que este pago fue rechazado. 2.º Como consecuencia de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se modificaron las cantidades a abonar, pero la sentencia aun no es firme porque las nietas han seguido recurriendo. Sólo en el momento en que sea firme la sentencia que condene al pago de la cantidad de 43.424, 06 euros a cada legitimaria, empezará a contar el segundo plazo de un año para el pago en metálico de la legítima.

Gastos notariales generados en interés común.—El artículo 1064 CC recoge una regla general de todo este tipo de operaciones particionales; los gastos generados en interés común deben correr a cargo de los beneficiados por dichos pagos. La parte recurrente entiende que los gastos notariales no son deducibles, porque no era necesario el otorgamiento particional en escritura pública, pero esta alegación es demasiado simple, puesto que la escritura no favoreció sólo a los herederos que la otorgaron, sino a todos los interesados en la herencia, de donde debe deducirse que no se trata de un gasto generado en interés particular de uno de los herederos. Lo mismo debe concluirse en relación con el peritaje realizado para la valoración de los bienes, que era necesario para fijar la cuantía de las legítimas.

Intereses de la legítima.—Es cuestión nueva pues no los pidieron en la demanda y rechazaron de plano el pago que en su momento les fue ofrecido (STS de 18 de julio de 2012; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G.G.C.)