

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

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

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO (Universidad de las Palmas de Gran Canaria), Gabriel GARCÍA CANTERO (Universidad de Zaragoza), Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ (Universidad de las Palmas de Gran Canaria), Sebastián LÓPEZ MAZA (Universidad Autónoma de Madrid), Gemma MINERO ALEJANDRE (Universidad Autónoma de Madrid), Carlos ORTEGA MELIÁN (Universidad de las Palmas de Gran Canaria).**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Compra-venta. Retraso desleal: caracteres.—Son características del retraso desleal (*Verwirkung*): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) la creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará. Aunque esta Sala se ha pronunciado directamente sobre esta cuestión, en la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios (SSTS de 16 de febrero de 2005 y 8 de marzo y 12 de abril de 2006, entre otras), bien a la doctrina del abuso del derecho (SSTS de 17 de junio de 1988, 21 de diciembre de 2000 y todas las allí citadas). STS de 12 de diciembre de 2011.

Requisitos.—La doctrina del retraso desleal considera contrario a la buena fe un ejercicio del derecho tan tardío que lleve a la otra parte a tener razones para pensar que no iba a actuarlo (SSTS de 21 de mayo de 1982, 21 de septiembre de 1987 y 4 de julio de 1997, entre otras). Para la aplicación de la doctrina es necesario que la conducta de una parte pueda ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia al derecho, pues el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia, nunca presumible (STS de 22 de octubre de 2002). STS de 7 de junio del 2010.

Doctrina de los actos propios.—El principio general de derecho que sostiene la inadmisibilidad de venir contra los actos propios, como consecuencia del principio de buena fe y de la exigencia de observar una conducta coherente dentro del tráfico jurídico, exige que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una situación jurídica afectante a su autor y asimismo que exista una contradicción o incompatibilidad según el sentido de la buena fe que hubiera de atribuirse a la conducta precedente (SSTS de 18 de enero de 1990, 17 de diciembre de 1994, 25 de julio de 2000, entre otras muchas). (STS de 26 de septiembre de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fleitas.]

HECHOS.—Las partes suscribieron en documento privado, un contrato de compraventa que tenía por objeto parte de una finca registral. El contrato establecía, entre otras estipulaciones, la necesidad de la aprobación definitiva del P. G. O. U. de Molina de Segura en el plazo de seis meses a contar desde la fecha del contrato. Transcurrido este plazo, aún no se había aprobado el P. G. O. U. en lo relativo al sector en el que se encuadraba la finca objeto del contrato. Casi un año después, la demandante (compradora) comunica a la demandada (vendedora) su decisión de dar por resuelto el contrato de conformidad con lo dispuesto en su cláusula 5.^a que le posibilitaba su resolución si no se aprobaba el P. G. O. U. en el tiempo marcado. Tres días más tarde, la demandada notifica a la actora que hacía mes y medio que se había aprobado definitivamente el P. G. O. U. relativo al sector objeto del contrato, aunque estaba pendiente de publicación en el BORM.

El Juzgado estimó la demanda interpuesta por la compradora, declarando la resolución del contrato de compraventa y desestimando la reconvencción instada por la vendedora en la que se pretendía el cumplimiento del contrato. La audiencia confirmó en lo esencial esta sentencia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—La doctrina del retraso desleal al amparo de la buena fe impone que un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando su titular no solo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará. Véase la STS de 3 de diciembre de 2010. (I. D.-L.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho a la intimidad personal: colisión con el derecho a la información. Ponderación entre la libertad de información y el derecho a la intimidad personal y familiar.—El derecho a la intimidad personal y familiar, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. Cuando se produce un conflicto entre uno y otro derecho, debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 16 de enero de 2009, 15 de enero de 2009, 6 de noviembre de 2003). La técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático. La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información por medio del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC de 6 de junio de 1990 y 26 de enero de 2009). En segundo término, la técnica de la ponderación exige valorar el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde esta perspectiva debe tenerse en cuenta (i) si la información tiene relevancia pública o interés general en cuanto pueda contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales, lo cual es sustancialmente distinto de la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros, aunque se trate de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones. (ii) La libertad de información, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, por la que se entiende el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales. Este requisito resulta de menor trascendencia cuando se afecta al derecho a la intimidad personal y a la propia imagen. (iii) Cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no solo al personaje a quien corresponde el ejercicio de funciones oficiales o resulta socialmente conocido, sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a estas está justificada por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje político al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje político. (iv) La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de esta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión (STS de 19 de marzo de 1990). (v) La ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito

íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico (STS de 6 de noviembre de 2003). Quien divulgue aspectos de su vida privada debe soportar el conocimiento e investigación o seguimiento de los aspectos divulgados y la crítica de los mismos (STC de 27 de abril de 2010). (**STS de 30 de septiembre de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Una actriz de televisión en compañía de su pareja, también actor, fue objeto de un reportaje publicado, sin su consentimiento, por una revista en la que aparecen fotografiados en una playa en actitud cariñosa y con comentarios despectivos. Presentada demanda por intromisión ilícita en el derecho a la intimidad personal el Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial la desestimó. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*C. O. M.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

3. Contrato de permuta financiera de tipos de intereses (swap). Error como vicio invalidante del consentimiento. Representación equivocada o juicio falso sobre el contenido y resultado del contrato. No concurre cuando el negocio incorpora un factor de aleatoriedad que hace inseguro e imprevisible su resultado final.—Para que la representación equivocada en que consiste el error merezca la consideración de tal es necesario que se muestre no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias, sino como suficientemente segura para quien afirma haber errado, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecte sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo, en caso de operaciones económicas, de pérdida, correlativo a la esperanza de obtener una ganancia.

Cláusula *rebus sic stantibus*. Inaplicabilidad en los contratos en los que la incertidumbre del resultado constituye la base de la regulación contractual.—Cuando la previsión de los contratantes sobre la subsistencia o el cambio de situación económica en la que se celebró el contrato no hubiera sido minuciosa, resulta posible corregir los efectos en el contrato de una sobrevenida y extraordinaria mutación de las circunstancias que pueda romper, en medida inadmisiblemente, el equilibrio de las prestaciones. Pero para ello es imprescindible que dicha alteración resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual. (**STS de 29 de octubre de 2013**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La mercantil MP, S. L. concertó en 2006 con la entidad bancaria B. S., S. A. un contrato marco de operaciones financieras, en cuya ejecución se llevó a cabo una operación de permuta financiera de tipos de interés, en la modalidad «swap bonificado reversible», sobre un importe de cuatro millones de euros. Durante

los tres primeros años el cliente participó en las liquidaciones con diferentes resultados, favorables unas veces y no perjudiciales en otro. Tras dicho hubo una cuarta liquidación que se actualizó en su perjuicio, a raíz de lo cual MP interpuso demanda con solicitud de que se declarase la nulidad del contrato de swap por haberlo suscrito con una voluntad viciada por error, al desconocer cuáles eran los verdaderos riesgos económicos de la operación, dado el comportamiento desleal de la demandada y la insuficiente información suministrada por la misma. Subsidiariamente solicitó la declaración de nulidad de determinadas cláusulas y, en último término, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por considerar que los cambios de valor suponían una alteración sobrevenida y extraordinaria de las circunstancias y una ruptura del equilibrio entre las prestaciones de las partes. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca estimaron la demanda. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad financiera y desestimó el conjunto de pretensiones deducidas por la actora. (L. A. G. D.)

4. Contratos. Vicios de la voluntad. Intimidación. Interpretación actual de la coacción a la que se refiere el artículo 1267 CC.—La jurisprudencia, de acuerdo con la realidad social actual —art. 3.1 CC— interpreta el vicio de intimidación como coacción, no ya en el sentido clásico y tradicional que contempló el Código civil, sino en el sentido actual de viciar la voluntad en las relaciones comerciales de hoy en día, de rapidez o más bien inmediatez. En este sentido, la firma del acuerdo modificativo del contrato inicial, por el que la parte comitente renuncia tanto a los derechos económicos que pretendían compensar el retraso y la defectuosa ejecución del contrato, como a reclamar cualquier cantidad al contratista por incumplimiento, cuando es hecha, como en el presente caso, como único medio de obtener la entrega de la mercancía, indebidamente retenida por el obligado, y evitar así mayores retrasos y daños en la obra, debe catalogarse como intimidación invalidante del consentimiento prestado bajo su influencia. Ello porque la idea actual de intimidación alcanza también a las relaciones comerciales y económicas de quien la sufre, cumpliéndose los requisitos de inminencia y gravedad que caracteriza el mal con que se amenaza al sujeto. (STS de 29 de julio de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La comitente Z., S. A. contrató con la empresa D., S. A. la construcción de una grúa-puente que la segunda debía entregar a la primera en determinada fecha para ser enviada a Perú, pactándose diversas penalizaciones para el caso de demora en la entrega de la obra en el plazo acordado. En la ejecución del contrato se produjeron diversos retrasos y, una vez finalizada la obra, Z. contrató el flete aéreo para el traslado de la maquinaria a su destino. Días antes de la recogida y embarque de las piezas, D. instó a Z. a firmar un documento de modificación del contrato inicial por el que se eliminaban las cláusulas penales y se pactaba la renuncia de la comitente a exigir cualquier reclamación, todo ello como condición previa a la recepción de la obra contratada. Firmado el documento

propuesto Z. comprobó que la obra no se ajustaba a lo pactado y se negó al pago de la misma. D. demandó el pago de las cantidades acordadas y la recogida de la obra realizada. La comitente se opuso y reconvino pidiendo la declaración de nulidad del acuerdo modificativo del contrato por entender que había sido suscrito bajo intimidación y, en consecuencia se declarara resuelto el contrato principal por incumplimiento grave y reiterado de la constructora. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda de la constructora y rechazó la petición resolutoria de la comitente. La Audiencia Provincial de Oviedo estimó el recurso de apelación y declaró la nulidad del acuerdo de modificación del contrato inicial, resolvió el contrato principal por incumplimiento y condenó a la constructora al abono de las indemnizaciones solicitadas. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

5. Tratos preliminares: Aceptación de la oferta por mandatario: Revocación intempestiva de la oferta: Perfección del contrato: Compra-venta de finca: Resolución por incumplimiento.—La revocación, al igual que la propia oferta, ha de consistir en una declaración de voluntad recepticia, aunque no requiera ninguna forma especial. Debe ser dada a conocer por el oferente al destinatario antes de la aceptación de la oferta. En este sentido se pronuncian tanto la doctrina como los textos del Derecho armonizado (así los artículos 2.202 [1] de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, 16.1 de la Convención de la ONU sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, y 2.1.4 [1] de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 2010). Por tanto, el hecho de que los demandados vendieran la finca a un tercero mientras la oferta estaba vigente no supone una revocación eficaz de la oferta mientras no se hiciera llegar a la demandante.

La consecuencia de lo anterior es que la responsabilidad de los demandados no es *in contrahendo* por la infracción de las reglas de la buena fe (en el sentido objetivo del estándar de comportamiento que cabe legítimamente esperar en la negociación de un contrato caracterizado por la lealtad y la corrección) en las negociaciones del contrato, sino una responsabilidad contractual por infracción de las obligaciones que derivan del contrato perfeccionado por la aceptación de la oferta antes de la comunicación a la compradora de la revocación de tal oferta. Queda así incólume la conclusión de la Audiencia Provincial de que el contrato fue perfeccionado e incumplida por los vendedores la obligación sustancial que para ellos derivaba del contrato, por lo que procede también la pretensión resolutoria del contrato.

Indebida interpretación extensiva de la cláusula penal.—Dado que se estimó el último motivo de infracción procesal relativo a la incongruencia omisiva por no haberse pronunciado la Audiencia Provincial sobre la impugnación que en la apelación se hacía de la interpretación y aplicación de la cláusula penal, esta Sala debe anular este extremo y asumir la instancia en lo concerniente a esta cuestión. Según los recurrentes al expresar dicha cláusula: «Obligándose los vendedores a la devolución de las cantidades entregadas (hasta ese momento, más de 300.000 euros) en concepto de sanción», se anuda la aplicación de la cláusula penal a que la parte vendedora hubiera recibido, con anterioridad, alguna de las cantidades previstas como pagos parciales del contrato. Es doctrina jurisprudencial (SSTS de 18 de septiem-

bre de 2008, 22 de abril de 2009 y 26 de octubre de 2010) que las cláusulas penales «como excepción al régimen normal de las obligaciones, merecen una interpretación restrictiva». Al haber extendido la aplicación de la cláusula penal al supuesto de incumplimiento sin que se hubiera iniciado la ejecución del contrato, ni los vendedores hubieran percibido cantidad alguna, el Juzgado de Primera Instancia realizó una interpretación extensiva, más allá de la pura literalidad de la misma, y contravino la jurisprudencia de esta Sala.

Daños por incumplimiento: Falta de prueba.—La indemnización que podía exigir la compradora por el incumplimiento de los vendedores era el resarcimiento de los daños y perjuicios efectivamente sufridos, con la prueba de la efectiva causación de los mismos y su cuantía, lo que no se ha hecho por la demandante. (STS de 17 de septiembre de 2013; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. Don Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—A finales de 2006 la actora, a través de su mandatario, se dirigió a una Agencia inmobiliaria para adquirir una finca con vivienda, trabando conocimiento con el matrimonio propietario de una de tales características. Tras la visita a la misma, mediante su mandatario comenzó las negociaciones con los demandados. En una primera comunicación el 10 de abril de 2007 la actora manifestó su interés, originando una reunión en el despacho profesional del codemandado el 13 de abril siguiente, y una comunicación telefónica el 20 de abril en la que la actora expresó que la última oferta era de 335 millones de pesetas, solicitando una reunión en esa misma fecha en el domicilio de los demandados con el mandatario de la demandante para alcanzar el acuerdo sobre las condiciones de la venta. El mandatario remitió por fax, el 23 de abril, un borrador de contrato (consignándose la fecha de la firma el 27 de abril de 2007). Los vendedores contestaron remitiendo un fax de 24 de abril, a las 17,37 horas, al que se adjuntaba un documento que según la carátula del fax era un «contrato de compraventa», en el que figuraba la fecha de 25 de abril de 2007, se mantenía el precio, pero cambiaban algunas de las condiciones del contrato (fecha formalización de la escritura pública con entrega de llaves y desalojo de la vivienda por los vendedores, fecha de pago de uno de los plazos de 751.265 euros e instrumento de pago del último plazo), y se preveía que a la firma del contrato se pagaría la cantidad de 150.000 euros mediante cheque bancario nominativo. El mandatario comunicó telefónicamente a su mandante las condiciones definitivamente ofertadas, a las que ella dio su asentimiento y en la mañana del 25 de abril procedió a la liquidación y venta de fondos de inversión por importe superior al medio millón de euros para hacer frente a los primeros pagos de la compraventa. Hacia las 20 horas de ese día el mandatario llamó por teléfono a uno de los vendedores para comunicarle que ya se había dado orden de venta de los fondos de inversión para poder firmar el contrato al día siguiente, aceptando de este modo las condiciones de la contraoferta, y fue entonces cuando le comunicó al mandatario haber firmado un contrato por el que realizaba la venta a un tercero. La mañana del 26 de abril el mandatario remitió un burofax requiriéndole para que compareciera en su despacho profesional para otorgar la venta de acuerdo con el docu-

mento privado remitido el 24 de abril, recibido el 2 de mayo, al que no contestó.

Correcta solución de la revocación de una oferta que, además de otras normas mencionadas por el Tribunal Supremo, también corrobora el artículo 15.1 del Proyecto de Pavía («La oferta puede revocarse mientras el destinatario no haya expedido la aceptación»). (G. G. C.)

6. Contrato de servicios. Control de abusividad de cláusula de exoneración de responsabilidad. Presupuestos de aplicación: necesidad de que se trate de una cláusula predispuesta, no negociada y se incorpore a una relación de consumo.—La cláusula combatida no se encuentra dentro de las típicas que expresamente sanciona la LGDCU como abusivas, por la razón de que la misma no se establece de forma unilateral para una de las partes, sino bilateralmente para ambas, amén de que despliega una función transaccional y liquidatoria de la relación comercial precedente, buscada de común acuerdo por los contratantes al poner fin al vínculo que les unía. De esta manera, la voluntariedad de la cláusula, su carácter bilateral, la función transaccional que cumple y su naturaleza liquidatoria reflejan su carácter no abusivo, en la medida que no comporta una renuncia unilateral y abstracta de los derechos de una de las partes. Además, no concurren los presupuestos exigidos por la LGDCU para apreciar la abusividad de este tipo de cláusulas pues, de un lado, no fue redactada con la finalidad de ser incorporada a una pluralidad de contratos, esto es, no se trata de una condición general de la contratación no negociada; y de otro, porque el control de abusividad solo es posible en la contratación seriada predispuesta por un profesional en su relación con los consumidores, categoría ésta en la que no están incluidas las personas jurídicas. (STS de 24 de septiembre de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La cooperativa de viviendas P. C. M. y la entidad T. G. I. concertaron un contrato de prestación de servicios por el cual la segunda se comprometía a prestar todos los servicios de asesoramiento, gestión y administración conducentes a la construcción y entrega de viviendas a favor de la primera, mediante el pago de un canon. En la ejecución del contrato surgieron desavenencias por lo que las partes suscribieron un acuerdo resolutorio de su vínculo contractual, obligándose la cooperativa al pago de diversas cantidades en concepto de liquidación y la entidad de gestión a trasladar toda la documentación obrante en su poder. Igualmente se pactó la exención recíproca de responsabilidad por la ejecución del contrato extinguido, obligándose ambas partes a no reclamarse nada judicial o extrajudicialmente por consecuencia de aquél. La cooperativa presentó demanda solicitando la declaración de nulidad del acuerdo resolutorio por error en el consentimiento, así como interesando la resolución del contrato principal por incumplimiento y la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. La sociedad gestora se opuso y reconvinó solicitando el pago de las cantidades establecidas en el acuerdo resolutorio. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó la demanda de la cooperativa y estimó la reconvenición

formulada por la empresa de gestión. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la actora reconvenida.

NOTA.—La referencia a las personas jurídicas consumidores debe entenderse en la actualidad en el marco de la reforma del artículo 3 LGDCU llevada a cabo por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, dictada a fin de transponer al derecho interno la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores. La nueva redacción exige ahora que la persona jurídica no tenga ánimo de lucro y actúe además en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Esto puede originar problemas de interpretación, amén del distinto trato que supone prescindir, respecto de las personas físicas, del requisito de la actuación sin ánimo de lucro [Cf: Marín López, M. J., «El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU», CESCO, n.º 9, 2014, pp. 9-16.] (L. A. G. D.)

7. Resolución de contrato de compraventa de vivienda sobre plano. Incumplimiento resolutorio. Doctrina jurisprudencial.—En materia de resolución del contrato (art. 1124 CC) las SSTs de 10 de septiembre de 2012 (Pleno), 28 de junio de 2012, 31 de enero de 2013 han establecido una doctrina jurisprudencial en el sentido de entender que el incumplimiento que constituye su presupuesto ha de ser grave o sustancial, lo que no exige una tenaz y persistente resistencia renuente al cumplimiento, pero sí que su conducta origine la frustración del fin del contrato. Esto es, que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte, cosa que ocurre, en los términos de los Principios de Unidroit [art. 7.3.1 (2.b)] y de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (art. 8:103.b), cuando se priva sustancialmente al contratante de lo que legítimamente tenía derecho a esperar en virtud del contrato.

Incumplimiento de los plazos de entrega: el mero retraso no siempre produce la frustración del fin del contrato.—Respecto al plazo de entrega, constituye jurisprudencia de esta Sala que el mero retraso (en el pago o en la entrega de la cosa) no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento. La situación de retraso en el cumplimiento puede dar lugar a la constitución en mora cuando se dan los presupuestos que, entre otros, establece el artículo 1100 CC, con las consecuencias que indican los artículos 1101, 1096 y 1182 CC, pero no necesariamente a la resolución.

Constituye un incumplimiento resolutorio la paralización duradera de las obras como consecuencia de las irregularidades urbanísticas imputables a la promotora.—La paralización de las obras como consecuencia de las irregularidades urbanísticas imputables a la promotora que determinan con absoluta seguridad que la obra no podría estar finalizada en la fecha prevista y que incluso cuestionaban la propia terminación de las obras, constituye un incumplimiento con trascendencia resolutoria. Dicha paralización, en tales circunstancias, supone la frustración del fin del contrato ya que se priva sustancialmente a los compradores de lo que tenían derecho a esperar en virtud del contrato al imposibilitarse que los apartamentos pudieran entregarse en la fecha prevista o, al menos, en una fecha cercana y se creaba una situación objetiva de riesgo que ponía en peligro la posibilidad de los apartamentos fueran construidos y entregados a los compradores en las condiciones estipuladas.

Incumplimiento resolutorio previsible o anticipado.—Cuando con carácter previo a la fecha de cumplimiento de la obligación resulta evidente que una de las partes contractuales incumplirá de manera esencial, la otra parte tiene derecho a resolver el contrato sin esperar al vencimiento del plazo contractual. Sin que constituya un supuesto de fuerza mayor o caso fortuito la paralización de las obras por irregularidades del proyecto de edificación, pues no son hechos imprevisibles o inevitables, ni ajenos a su esfera de actuación. (STS de 18 de julio de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Las partes habían celebrado cuatro contratos de compraventa de apartamentos turísticos sobre plano. La vendedora se había comprometido a terminar la construcción en el plazo máximo de 24 meses, contados desde el inicio de las obras. Se estimó que el plazo máximo para la terminación de la obra era el 13 de enero de 2008. Debido a la anulación de la licencia de obra la construcción estuvo parada desde el 26 de octubre de 2006 hasta el 16 de enero de 2008 y fue finalizada el 6 de julio de 2009. La urbanización resultante difería de la prevista en el proyecto inicial. Los compradores requirieron en abril del 2006 a la vendedora para que tuviera por resuelto los contratos de compraventas y ante la negativa de la vendedora interpusieron demanda el 20 de julio de 2007. Tanto en el momento de la práctica de los requerimientos como en el de interposición de la demanda las obras seguían paralizadas. El Juzgado de 1.ª Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia y estimó sustancialmente la demanda. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación.

NOTA.—El incumplimiento resolutorio previsible está recogido en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (art. 1200) en línea con lo establecido en los Principios UNIDROIT (art. 7.3.3), CISG (art. 72.1) y en los PECL (art. 9: 304): En el derecho inglés se denomina *anticipatory non-performance*. La justificación de esta facultad gira en torno a la idea de que no se puede pretender que la parte de un contrato siga vinculada al mismo cuando resulta claro que la otra parte no puede cumplir o no lo hará en la fecha prevista (véase Lando, Beale, *Principios de Derecho Contractual Europeo* (Madrid 2003) p. 613). (C. O. M.)

8. Resolución por incumplimiento: Compraventa de inmuebles.—La pretensión resolutoria del comprador se basó en el incumplimiento por el vendedor de la obligación de entrega del objeto que los contratantes habían identificado al contratar, por dos causas: a) el terreno sobre el que se asienta el edificio está sujeto a un expediente de reparcelación forzosa con el fin de hacer efectivos los mínimos de superficie exigidos en el plan, y b), el vendedor no es el dueño exclusivo del edificio, pese a que ello se dio por supuesto en el contrato, sino un copropietario del mismo junto con otras personas que no habían intervenido en la perfección de la compraventa. La decisión del conflicto fue totalmente distinta en una y otra instancia. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al estimar que los incumplimientos al vendedor no eran tales o no tenían entidad resolutoria, porque la construc-

ción había terminado respondiendo a las exigencias urbanísticas y porque todos los copropietarios habían manifestado, después de la venta y en documento privado, su conformidad con ella. A su vez, estimó la reconvencción del vendedor, por lo que condenó al comprador a cumplir el contrato, entregando a aquél la parte de precio que le debía. En sentido contrario la Audiencia Provincial estimó la demanda y desestimó la reconvencción, al considerar que los incumplimientos atribuidos al vendedor se había producido y tenían entidad resolutoria, ya que el mismo no estuvo en situación de entregar el edificio en las condiciones pactadas, mediante el otorgamiento de escritura pública en la fecha establecida, que debía ser la de pago del resto del precio, porque el expediente de reparcelación había sido finalmente suspendido por el órgano judicial competente y porque la conformidad expresada por los demás copropietarios a la venta se había emitido, además, tardíamente, y en un documento privado, lo que impedía al comprador inscribir su título en el Registro de la Propiedad, tramite necesario para obtener financiación de la total construcción del edificio y proceder a su reventa.

Interpretación del artículo 1124 CC: Evolución jurisprudencial.–

Aunque el artículo 1124 CC no lo diga de modo expreso, su contenido se interpreta en el sentido de que no todo incumplimiento basta para provocar la resolución de la relación contractual. Dadas las consecuencias que esta produce, se mencionan argumentos tales como la conveniencia de potenciar el respeto a la palabra dada *–pacta sunt servanda–*, y de procurar la conservación del negocio *–favor contractus–* para impedir que una medida tan radical se aplique a cualquier caso de incumplimiento (SSTS de 16 de enero de 1975, y 7 y 22 de marzo de 1985, entre otras). Durante tiempo la jurisprudencia exigió en el deudor una voluntad deliberadamente contraria al cumplimiento (así, entre otras, SSTS de 3 de junio de 1970, 16 de mayo de 1978, 11 de octubre de 1982, y 21 de febrero y 23 de septiembre de 1986). Sin embargo, tal rebeldía deliberada para el triunfo de la acción resolutoria terminó pareciendo excesiva pues vinculaba el remedio a un comportamiento doloso o intencionado (STS de 4 de abril de 1991). Por ello en algunas sentencias se consideró que la rebeldía del deudor se mostraba por el mero incumplimiento unido a la falta de prueba de la concurrencia de factores impositivos no imputables al mismo (SSTS de 29 de abril y 19 de junio de 1985, y 4 de marzo de 1986). En otras se substituyó la rebeldía por una voluntad obstativa al cumplimiento (SSTS de 26 de enero de 1980, 20 de noviembre de 1984 y 13 de octubre de 1989), o de una frustración del fin del contrato (SSTS de 12 de mayo de 1988 y 5 de junio de 1989), o de una cierta gravedad de incumplimiento (SSTS de 27 febrero y 13 de mayo de 2004), lo que generó la dificultad de identificarla o medirla en cada caso. En la natural evolución que corresponde a las producciones humanas, la jurisprudencia ha precisado últimamente que, para reconocerle fuerza resolutoria, el incumplimiento, además de no excusable, ha de ser esencial, ya porque la estricta observancia de la obligación forme parte de lo pactado, ya, en su defecto, porque el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar según lo pactado, a menos que la otra parte no haya previsto ni podido prever razonablemente tal resultado; ya porque siendo intencional el comportamiento del deudor, la parte perjudicada crea razonablemente que no puede confiar en un cumplimiento futuro (SSTS de 19 de mayo de 2008, 14 febrero y 29 de marzo de 2012).

La Audiencia Provincial, en sus funciones interpretativas del contrato *–no impugnadas–* entendió que las partes pactaron, aunque no lo expresaran,

que la escritura de venta se otorgaría cuando el comprador pagase la parte del precio aplazada y que, en ese momento, los problemas urbanísticos aparecidos deberían estar resueltos, de modo que el vendedor estaría en posición de transmitir el dominio de la finca, con todos los requisitos precisos para poder inscribir el título en el Registro de la Propiedad. Además declaró incumplidas por el vendedor esas prestaciones en el plazo pactado, y que por su causa el comprador no había podido dar publicidad registral a su titularidad ni obtener préstamos con garantía real sobre el inmueble, ni vender las partes de la construcción a terceros. En consecuencia, aplicó correctamente el artículo 1124 CC.

Imposibilidad sobrevenida de cumplimiento.—Tampoco es inadecuada la referencia de la sentencia recurrida a los problemas urbanísticos (reparcelación) y a la imposibilidad sobrevenida de solventarlos pues como recordaron las SSTs de 23 de noviembre de 1964 y 24 de febrero de 1993, la imposibilidad de cumplir la prestación debida, cuando no sea originaria sino sobrevenida respecto del momento de perfección del contrato, además de absoluta, definitiva y no imputable al deudor, libera al mismo, y en caso de relación sinalagmática, constituye causa de su resolución, ya que determina una situación de incumplimiento, pese a no ser éste atribuible al obligado. El Tribunal de apelación tuvo en cuenta que el contrato se perfeccionó consensualmente, si bien declaró que las partes integraron, implícitamente, el contenido de la reglamentación contractual surgida con la previsión de que los problemas jurídicos afectantes a la construcción vendida estarían solucionados en la fecha de su entrega, mediante el otorgamiento de la escritura.

Venta de cosa ajena.—La circunstancia de ser válida la venta de cosa ajena (STS de 11 de mayo de 2004), e, incluso, la de cosa indivisa cuando falta el consentimiento de los demás copropietarios o parte de ellos (STS de 28 de marzo de 2011), no significa que el vendedor no incumpla si se considera pactado, como en este caso, que en el momento de su entrega debían desaparecer los obstáculos que de esa cotitularidad resultasen para el comprador para registrar a su nombre el título de venta. (STS de 22 de octubre de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.] (G. G. C.)

9. Contratos de leasing y concurso de acreedores. Calificación de los créditos derivados de las cuotas devengadas tras la declaración de concurso.—Para que un crédito contractual contra la sociedad concursada pueda ser calificado como crédito contra la masa es necesario, conforme al artículo 61.2 LC, que derive de un contrato con obligaciones recíprocas que estén pendientes de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso. Por tanto, son dos los criterios determinantes: la reciprocidad del vínculo contractual y la pendencia del cumplimiento de las obligaciones por ambas partes. La reciprocidad de las obligaciones exige que cada una de las partes sea simultáneamente acreedora y deudora de la otra y que cada una de las obligaciones sea contraprestación por depender la una de la obra. La reciprocidad no requiere la equivalencia de valores entre las dos prestaciones, sino únicamente que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de esa relación contractual. Para la aplicación del artículo 61 LC, la reciprocidad debe existir en la fase funcional del vínculo contractual después de declarado el concurso, de manera que en aquellos supuestos en los que las obligaciones inicialmente tuvieron la condición de recíprocas pero la perdieron con posterioridad, por haber cumplido su prestación una de las partes

antes de la declaración de concurso, habrá de entenderse que el crédito contra el concursado incumplidor es un crédito concursal. Del contrato de arrendamiento financiero se puede destacar el componente arrendaticio en la relación entre el arrendatario financiero del bien, que no adquiere un derecho real sobre él, sino un derecho a usar la cosa ajena, y el arrendador, que adquiere la obligación de mantener al primero en el uso pacífico de la cosa. Este contrato genera obligaciones recíprocas aunque el valor de las prestaciones no sea equivalente, pues en la renta se incluyen conceptos ajenos al uso. Sin embargo, las partes contractuales pueden modular o eliminar válidamente, en ejercicio de su libertad contractual, algunos de los elementos del contrato típico de arrendamiento cuando pactan una relación que quepa calificar como arrendamiento financiero. La obligación del arrendador de permitir el uso pacífico de la cosa arrendada constituye, a efectos del artículo 61 LC, un deber de conducta general, implícito en el *pacta sunt servanda*, en su contenido sustancial ya cumplido con la propia entrega y, en todo caso, insuficiente, por sí solo, para atribuir al crédito de la arrendadora el tratamiento de crédito contra la masa en el concurso. También es insuficiente a estos efectos la obligación de transferir la titularidad del bien al arrendatario una vez que éste ejerce la acción de compra y pague la cuota correspondiente al valor residual. Ésta es una obligación de la arrendadora que tan sólo nace en caso de que el arrendatario, después de haber pagado todas las cuotas, decida hacer ejercicio de ello, luego la compraventa nacida entonces no es un mero acto de ejecución del contrato de leasing, sino un negocio jurídico que exige nuevas declaraciones de voluntad. (STS de 11 de julio de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Banco A impugnó la lista de acreedores formulada por la administración concursal de la entidad MP, S. L. La demandante solicita que el crédito que ostentaba contra la concursada, correspondiente a las cuotas de tres arrendamientos financieros devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, fuera declarado crédito contra la masa en lugar de crédito concursal. La administración concursal se allanó a la impugnación respecto del crédito procedente de uno de los contratos y se opuso respecto de los otros dos.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona estimó la impugnación respecto del crédito del que la administración concursal se había allanado y consideró, en relación con los otros dos contratos, que debía mantener su calificación como crédito concursal privilegiado, en virtud del artículo 61.1. LC, al no tratarse de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento.

La Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 13 de abril de 2011, desestima el recurso de apelación interpuesto por la entidad financiera demandante. Considera que del contrato de leasing se desprende que las partes convinieron que la entidad financiera ya había cumplido todas sus obligaciones, salvo la de entregar la titularidad del bien en caso de ejercicio de la opción de compra por el arrendatario, de forma que, una vez perfeccionado el contrato mediante la puesta a disposición del bien a favor del arrendatario por el pago del arrendador del precio de compra al fabricante o distribuidor del bien, tan sólo estaban pendientes de cumplimiento las obligaciones de pago del arrendatario, esencialmente de las cuo-

tas en las que se convino el fraccionamiento de pago. Estas obligaciones ya habían nacido con la firma del contrato, sin perjuicio de que no fueran exigibles hasta el vencimiento de cada uno de los plazos pactados. Por ello, entiende la Audiencia Provincial que son créditos concursales, que deberán incluirse en la masa pasiva prevista en el artículo 49 LC, que están clasificados con privilegio especial conforme al artículo 90.1.4 LC, y que, sin perder esta condición, excepcionalmente pueden ser satisfechos por la administración concursal con cargo a la masa para evitar la realización del bien.

Banco A interpone recurso de casación, que es desestimado. El Tribunal Supremo reitera el contenido de las sentencias de instancia. La obligación de transferir la titularidad del bien al arrendatario una vez que éste ejercite la acción de compra es insuficiente para atribuir al crédito de la arrendadora el tratamiento de crédito contra la masa en el concurso, pues no se trata del cumplimiento de obligaciones recíprocas surgidas de la ejecución del contrato de leasing, sino que constituye un negocio jurídico nuevo. (G. M. A.)

10. Concursos de acreedores. Determinación del carácter oneroso o gratuito de los actos dispositivos a efectos de la aplicación de las presunciones del artículo 71 LC. Características de la presunción de perjuicio patrimonial de los pagos realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado y la prueba en contrario.—

En la distinción entre actos de disposición a título gratuito (art. 71.2 LC) y actos dispositivos a título oneroso (art. 71.3.1 LC) que se hace en la regulación de las acciones de reintegración ha de entenderse que se incluyen en la segunda categoría de actos todos los desplazamientos patrimoniales que no puedan subsumirse en la primera, sin que exista un tercer género o categoría. El régimen del artículo 71 LC a efectos de la apreciación del perjuicio contra la masa es mucho más severo en los actos de disposición a título gratuito que en los realizados onerosamente. Mientras que en los primeros se presume siempre el perjuicio a la masa activa, sin admitir prueba en contrario, salvo las liberalidades de uso, en los segundos se presume el perjuicio sin admitir prueba en contrario en el caso de que consistan en pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso, y admitiendo prueba en contrario, los realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.

Determinación del perjuicio patrimonial por pago de deudas existentes que suponga una alteración del orden de preferencia propio del concurso.—

La presunción de perjuicio patrimonial en los actos dispositivos onerosos realizados a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado en los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, prevista en el artículo 71.3.1.º LC, no exige que esos actos supongan una disminución injustificada de la masa patrimonial. Entre otras, en la STS de 6 de octubre de 2012, se ha afirmado que existe un perjuicio para la masa patrimonial cuando se paga algo debido y exigible pero al tiempo de satisfacer el crédito el deudor estuviera ya en un claro estado de insolvencia, y por ello se hubiera solicitado ya el concurso o debiera haberlo sido. En efecto, cuando el deudor se halla en estado de insolvencia actual o inminente, porque no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o prevé que no podrá hacer-

lo, no está justificado que el pago de las deudas se realice sin respetar los criterios concursales, sobre todo el de la *par condicio creditorum*. Los pagos realizados sin respetar estos criterios suponen un perjuicio para la masa, aun cuando el acto dispositivo suponga una correlativa disminución del pasivo de la sociedad concursada. Esta circunstancia se da cuando en una situación de crisis económica el socio con una participación relevante o el administrador, que tiene un conocimiento privilegiado de la situación y forma parte del concepto de persona especialmente relacionada con el concursado a las que se refiere el artículo 93 LC, pretende quedar al margen de un proceso concursal cancelando un préstamo, con preferencia al resto de los acreedores, obteniendo la devolución de unos fondos que debían haber integrado los recursos propios de la sociedad.

Rescisión de los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.—Conforme al artículo 71.5 LC, los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales no pueden ser objeto de rescisión. Tales actos serían aquellos negocios que explican la actividad cotidiana y plenamente normal de la empresa (STS de 28 de octubre de 1996). No basta con que no se trate de actos o negocios extravagantes o insólitos, sino que han de enmarcarse en la forma usual de realizar tales actos tanto por el deudor como en el sector del tráfico económico en el que opere. No cumple estas características el reembolso de unas cantidades al socio mayoritario y administrador de la sociedad en los dos años anteriores a la declaración de concurso cuando el acto de préstamo encubrió un supuesto de infracapitalización, que debió ser corregido mediante una aportación suficiente de capital social. (STS de 10 de julio de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La administración concursal de la sociedad SVR, S. L. interpuso una demanda contra la sociedad concursada y contra D. Pedro, su socio mayoritario y administrador único, en ejercicio de la acción de reintegración que prevé el artículo 71 LC, solicitando que fueran rescindidos y devueltos a la masa ciertos pagos efectuados por la sociedad concursada a D. Pedro, en los dos años anteriores a la declaración de concurso, en concepto de devolución de las aportaciones dinerarias efectuadas por dicho socio-administrador a la sociedad, realizadas para financiar a dicha sociedad en su actividad empresarial, que eran vencidas y exigibles. Entiende la demandante que dichos actos onerosos causaron un perjuicio a la masa, al haber tenido la consideración de subordinados.

En primera instancia se estima íntegramente la demanda. Se afirma que tales pagos eran actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de persona especialmente relacionada con la concursada y que el perjuicio a la masa se entiende existente por la proximidad de los actos dispositivos respecto de la fecha de declaración del concurso.

Tanto el socio-administrador como la concursada apelaron la sentencia, alegando, en primer lugar, que dichos actos no tienen la consideración de onerosos, por lo que no les es de aplicación el artículo 71.3.1.º LC; en segundo lugar, que son actos de giro ordinario de la sociedad, que no podrán ser rescindidos, conforme con-

templa el artículo 71.5 LC; y, finalmente, que no existió perjuicio alguno para la masa activa.

La sentencia de segunda instancia desestima el recurso de apelación. La Audiencia Provincial de Barcelona entiende que se trataba de actos a título oneroso y que los demandados no consiguieron probar que al tiempo de hacerse las devoluciones al socio-administrador la sociedad no se hallaba en situación de insolvencia. En segundo lugar, la Audiencia Provincial sostiene que ha existido un perjuicio para la masa activa, de carácter indirecto, por quebrar el principio de paridad de trato de los acreedores.

Los demandados interponen recurso de casación, reiterando la argumentación alegada en anteriores instancias. Dicho recurso es desestimado. El Tribunal Supremo entiende que las entregas dinerarias realizadas por la sociedad concursada al socio administrador en los dos años anteriores a la declaración de concurso, realizadas en cumplimiento de obligaciones que resultan de un negocio jurídico, como es la devolución de un préstamo, tienen un carácter oneroso a los efectos de la aplicación del artículo 71.3.1.º LC. En otro orden de cosas, el Tribunal Supremo llama la atención sobre la posibilidad del socio-administrador de haber probado la ausencia de perjuicio para la masa activa de los pagos realizados a su favor por la sociedad –por ejemplo, mediante la prueba de que al tiempo de hacerse los pagos al socio-administrador la sociedad no se hallaba todavía en situación de insolvencia o que no hubiera sobreseído en el pago de sus obligaciones exigibles–, pero la falta de dicha prueba implica la no destrucción de la presunción de perjuicio, prevista en el artículo 71.3.1.º LC. (*G. M. A.*)

11. Compraventa de vivienda. Garantía de las cantidades entregadas a cuenta del precio. Obligación esencial del vendedor. Evolución jurisprudencial.—La actual doctrina jurisprudencial rechaza la consideración de la prestación de esta garantía como una obligación accesorias del contrato de compraventa de vivienda, como muestran las SSTs de 11 de abril de 2013, de 10 de diciembre de 2012 y de 25 de octubre de 2011. Así, en el desarrollo de esta doctrina, el Tribunal Supremo ha considerado en una primera fase que la omisión de la garantía implicaba una vulneración de lo pactado que podía ser calificada de grave o esencial (STS de 25 de octubre de 2011). Posteriormente, en una segunda fase, se profundizó en la configuración de este deber como esencial pero contemplado en el contexto del régimen jurídico de las obligaciones recíprocas, de suerte que la resolución del contrato de compraventa a instancia del comprador por incumplimiento de dicha obligación dependerá de que, efectivamente, subsista dicha reciprocidad o, dicho de otro modo, siga teniendo sentido la constitución o mantenimiento de la garantía (STS de 10 de diciembre de 2012). De esta manera, una vez terminada la construcción de la vivienda carece de sentido la constitución del aval o garantía, pues no subsiste el objetivo jurídico que la misma asegura, cual es el de la eventual devolución de las cantidades percibidas como pago por una vivienda aún no construida. (**STS de 19 de julio de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Los compradores habían entregado a los vendedores la cantidad de 43.000 € como pago a cuenta por la compra de una vivienda futura a construir por estos últimos. Aunque en el documento privado de compraventa se había pactado la constitución del preceptivo aval en garantía de la devolución de dichas cantidades, lo cierto es que éste no se había constituido. Una vez terminada la obra y llegado el momento fijado en el contrato para hacer el pago de la parte pendiente del precio, los compradores se negaron a ello alegando la falta del aval referido, a lo que respondió la vendedora constituyendo uno por la cantidad ya recibida y ofreciéndose a constituir otro cuando se recibieran nuevos pagos. Los compradores, por su lado, rechazaron este ofrecimiento y demandaron solicitando la resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de constituir las garantías previstas en la Ley 57/1968 y en la D. A. 1.ª LOE de 1999. Tanto en instancia como en apelación la demanda fue desestimada al considerarse que la resolución contractual pretendida no estaba motivada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de los actores. (*L. A. G. D.*)

12. Resolución del contrato de compraventa por falta de licencia de primera ocupación.—El Tribunal Supremo ha reiterado en varias ocasiones los efectos resolutorios del contrato de compraventa por la falta de licencia de primera ocupación, lo que constituye un incumplimiento contractual del promotor-vendedor. Ahora bien, el incumplimiento de dicho deber sólo tiene carácter esencial cuando así se ha pactado en el contrato o cuando se pueda derivar de las circunstancias del caso concreto. Este segundo supuesto se producirá cuando las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable, por ser presumible una contravención de la legislación y/o planificación urbanística —se entiende que, en tales casos, se pone en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente—. Además, conforme a 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 ocupación— probar el carácter meramente accesorio 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. (**STS de 1 de octubre de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 24 de marzo de 2004 los litigantes suscribieron un contrato privado de compraventa de inmuebles en construcción. Según una de las estipulaciones, la vendedora se obligaba a entregar dichos inmuebles antes del 30 de junio de 2005, plazo que podía prorrogar hasta el 30 de septiembre del mismo año. Finalizadas las obras, la vendedora debía requerir a la compradora que compareciera ante el notario para el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa. El 20 de mayo de 2005 se expidió certificado final de obra. El 18 de noviembre de 2005, la vendedora envió un burofax al comprador para comunicárselo y exhortarle a que fijara la fecha del otorgamiento de la escritura. La vendedora solicitó al Ayuntamiento la licencia de primera ocupa-

ción y, ante la falta de respuesta expresa, interesó su concesión por silencio administrativo positivo, pretensión que le fue denegada por acuerdo de 19 de julio de 2006, con fundamento en una posible contravención de normas urbanísticas. Mediante burofax de 18 de diciembre de 2006, la compradora comunicó a la vendedora su voluntad resolutoria del contrato por falta de entrega efectiva de la vivienda, y exigió la devolución de las cantidades satisfechas más los intereses legales.

Los compradores, en su demanda, solicitaron ambas pretensiones. Alegaron la existencia de un incumplimiento esencial de la demandada, en la medida en que había una falta de entrega efectiva de la vivienda, al no concederle la licencia de primera ocupación. La vendedora se opuso a la demanda, negando que hubiera incumplimiento de sus obligaciones, pues la vivienda estaba finalizada el 20 de mayo de 2005, y que la licencia de primera ocupación fue solicitada y concedida por silencio positivo. Formuló también demanda reconventional en la que pedía el cumplimiento del contrato y la condena a otorgar escritura pública y al pago del precio restante. El Juez de Primera Instancia rechazó la demanda y estimó la reconvenición. Consideró que la parte compradora no había podido probar el incumplimiento esencial de las obligaciones de la vendedora y descartó las distintas causas de resolución aducidas. Señaló que no hubo demora en la entrega y que tampoco podía valorarse como incumplimiento esencial la falta de licencia de primera ocupación, que había que entender concedida por silencio administrativo.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de la demandante. Declaró resuelto el contrato con obligación de devolver las cantidades reclamadas. Entendió que la entrega efectiva de la vivienda constituye la obligación principal del vendedor, la cual no sólo exige la entrega física o material, sino esencialmente la entrega de la licencia de primera ocupación, a fin de que pueda ocuparse legalmente y usarse conforme a su destino. Por tanto, la ausencia de dicha licencia, que no consta concedida ni siquiera por silencio positivo por posibles irregularidades urbanísticas, justifica la resolución interesada por la compradora.

La vendedora interpone recurso de casación alegando la infracción del artículo 1124 CC, en relación con los artículos 1461 y 1469 CC, 57.1 y 43 LRJPAC, y 8 LGDCU. El Tribunal Supremo desestima el recurso, al llegar a la misma conclusión que la Audiencia Provincial. Añade, además, que la denegación de la licencia por posible contravención de la legalidad urbanística, colocó a los compradores en una situación de incertidumbre respecto al uso y disfrute del inmueble, que es determinante de la frustración de las legítimas expectativas que tenía al contratar.

NOTA.—El Tribunal Supremo reitera aquí la doctrina relativa a los efectos resolutorios de la falta de la licencia de primera ocupación que en tantas sentencias ha considerado. Cabe descartar, a estos efectos, las SSTS de 10 de septiembre de 2012, 11 de marzo de 2013 y 6 de marzo de 2013. (*S. L. M.*)

13. Efectos resolutorios del contrato de compraventa por la falta de licencia de primera ocupación.—El Tribunal Supremo tiene señalado que cabe atribuir eficacia resolutoria a todo incumplimiento del vendedor que prive sustancialmente al comprador del derecho a disfrutar la cosa. La entrega en tiempo, lugar y forma y en condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza constituye la obligación esencial y más característica del vendedor. Además, esa obligación debe entenderse en su aspecto no sólo físico, sino también jurídico, esto es, debe permitir que el comprador ejerza sus derechos sobre la vivienda adquirida libremente y sin obstáculos legales.

Incumbe a la promotora-vendedora gestionar y obtener la licencia de primera ocupación (art. 1258 CC). Esa licencia no puede obtenerse por silencio administrativo positivo, pues no pueden entenderse adquiridas de esta manera licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística. La falta de cumplimiento de este deber sólo se valorará como esencial de haberse pactado como tal en el contrato o, en su defecto, en aquellos casos en que las circunstancias concurrentes conduzcan a estimar que su concesión no va a ser posible en un plazo razonable por ser presumible contravención de la legislación y/o planificación urbanística. En tales casos se estaría haciendo imposible o poniendo en riesgo la efectiva incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente. Además, la incertidumbre en que se coloca al comprador por la falta de entrega de la licencia y, en consecuencia, el posible riesgo de demolición de lo construido y adquirido, equivalen a un incumplimiento del vendedor de su obligación de entregar la vivienda en un determinado plazo. Esto implica que no pueda exigirse al comprador el cumplimiento de sus obligaciones (elevación a escritura pública, el pago del resto del precio, etc.). Corresponderá a la vendedora probar el carácter accesorio y no esencial de la falta de dicha licencia. (STS de 21 de octubre de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Estamos ante un caso donde se trata de determinar la relevancia resolutoria de la falta de licencia de primera ocupación respecto de contratos de compraventa de inmuebles en construcción en los que las partes no pactaron expresamente su carácter esencial. Los actores dedujeron demanda contra la entidad vendedora (recurrente), ejercitando la acción resolutoria del contrato privado de compraventa de 21 de noviembre de 2002 y de condena a la devolución de las sumas entregadas y al pago de los intereses legales. Se basan los demandantes en la existencia de un incumplimiento contractual esencial de la demandada, por la falta de entrega efectiva de la vivienda, al no obtenerse la licencia de primera ocupación.

En dicho contrato se estipuló que la entrega tuviera lugar una vez finalizada su construcción y antes del 30 de junio de 2004, pero aceptando ambas partes que la vendedora pudiera prorrogar esta fecha hasta el 30 de septiembre de 2004 como máximo. El 15 de noviembre de 2005 se expidió certificado final de obra, que fue visado por los correspondientes colegios oficiales de aparejadores y arquitectos los días 23 de noviembre y 20 de diciembre de 2005, respectivamente. El 19 de enero de 2006 la entidad vendedora solicitó al Ayuntamiento la licencia de primera ocupación y, ante la falta de respuesta expresa, interesó su concesión por silencio administrativo positivo. La pretensión fue denegada por acuerdo de 19

de julio de 2006, por una posible contravención de las normas urbanísticas, lo que llevó al inicio de un expediente de revisión de oficio de la licencia de obras y la impugnación en vía contencioso-administrativa.

La entidad vendedora se opuso a la demanda basándose en el cumplimiento de sus obligaciones, señalando que no hubo retraso porque se informó a la contraparte de la nueva fecha de entrega, la cual fue aceptada, que los compradores no tienen la condición de consumidores, que la vivienda se construyó conforme a lo anunciado y que la licencia de primera ocupación consta solicitada y ha de entenderse concedida por silencio administrativo positivo, sin que sea óbice la revisión de oficio de la licencia de obras, puesto que no consta hubiera sido denegada o dejada sin efecto.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Consideró que la parte compradora no había podido probar el incumplimiento esencial de la vendedora y que no hubo demora en la entrega, puesto que la vivienda se concluyó el día 15 de noviembre de 2005. Entendió, además, que no podía valorarse como incumplimiento esencial la falta de licencia de primera ocupación porque se trata de una obligación accesorias que, en todo caso, debía entenderse cumplida mediante su concesión por silencio administrativo positivo, sin que su validez resultara afectada por la revisión de oficio de la licencia de obras.

La Audiencia Provincial estimó en su integridad el recurso de la compradora, declarando resuelto el contrato con obligación de devolver las cantidades reclamadas. Argumentó que la entrega efectiva de la vivienda constituye la obligación principal del vendedor, la cual no sólo exige la entrega física o material, sino también la entrega de la licencia de primera ocupación, a fin de que pueda ocuparse legalmente y usarse con arreglo a su destino. La ausencia de dicha licencia, que no consta concedida ni siquiera por silencio positivo por posibles irregularidades urbanísticas perseguidas de oficio por la Administración, justifica la resolución interesada por la parte compradora.

La promotora recurre en casación por vulneración del artículo 1124 CC, en relación con el artículo 1461 CC, así como la jurisprudencia sobre si la falta de obtención de la licencia de primera ocupación determina el incumplimiento de la obligación del vendedor de entregar efectivamente la vivienda. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial, con los mismos argumentos que los apuntados en la reseña de la STS de 1 de octubre de 2013.

NOTA.—Sobre los efectos resolutorios de la falta de licencia de primera ocupación respecto de contratos de compraventa de inmuebles en construcción, *vid.* también las SSTS de 10 de septiembre de 2012, 6 de marzo de 2013, 11 de marzo de 2013, 20 de marzo de 2013 y 10 de junio de 2013. (*S. L. M.*)

14. Compraventa de inmuebles: efectos resolutorios del incumplimiento de la obligación del vendedor de entregar la cosa.—Cabe atribuir eficacia resolutoria a todo incumplimiento del vendedor que prive sustancial-

mente al comprador del derecho a disfrutar la cosa, por cuanto que su entrega en tiempo, lugar y forma y en condiciones para ser usada con arreglo a su naturaleza constituye la obligación esencial y más característica del vendedor (STS de 10 de octubre de 2011).

Resolución por falta de licencia de primera ocupación por presumible contravención de normas urbanísticas.—Se atribuyen efectos resolutorios del contrato de compraventa a la falta de entrega por el vendedor de la licencia de primera ocupación cuando su ausencia responda a la presumible contravención de la legalidad urbanística (STS de 6 y 11 de marzo de 2013). (STS de 31 de octubre de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Los litigantes suscribieron dos contratos de compraventa de inmuebles en construcción, cada uno de los cuales tenía por objeto una vivienda, con garaje y trastero anejos. En dichos contratos se estipuló que la entrega tuviera lugar una vez finalizada su construcción y antes del 30 de junio de 2005, pero aceptando ambas partes que la vendedora pudiera prorrogar esta fecha hasta el 30 de septiembre de 2005 como máximo. El 20 de mayo de 2005 se expidió certificado final de obra y el 14 de junio del mismo año la vendedora solicitó al Ayuntamiento la licencia de primera ocupación y, ante la falta de respuesta expresa, interesó su concesión por silencio administrativo positivo, pretensión que le fue denegada con fundamento en una posible contravención de normas urbanísticas. Los actores dedujeron demanda contra la entidad vendedora en ejercicio acumulado de acción resolutoria de los citados contratos y de condena a la devolución de las sumas entregadas a cuenta y al pago de los intereses de la citada cantidad, dada la falta de entrega efectiva de las viviendas por ausencia de licencia de primera ocupación. La vendedora a su vez reconvino solicitando se declarase la obligación de los demandantes de comparecer ante notario para el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa y pago del resto del precio.

La juez de primera instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción. La audiencia declaró resueltos los contratos con obligación de devolver las cantidades reclamadas más intereses legales desde su entrega a cuenta. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación de la vendedora.

NOTA.—Dada la naturaleza genuinamente sinalagmática del contrato de compraventa, el remedio resolutorio frente al incumplimiento (e incluso el temor a que éste se produzca) de uno de los contratantes, se presenta como una de las soluciones más características del presente contrato. Tal vez por ello, dentro del título que trata esta figura, el Código Civil dedica el capítulo IV a la resolución de la venta, su contenido no encaja del todo con dicha rúbrica, toda vez que, tras el artículo 1506 regula los retractos que poco tienen que ver con la resolución del contrato y, además, los supuestos específicos de resolución que recogen los arts. 1.503 a 1.505, así como los artículos 1454, 1460, 1469, 1470, 1471, 1479, 1483, 1486, se encuentran fuera de dicho capítulo. Véase LLAMAS POMBO, *La compraventa* (Madrid 2014) pp. 650 a 652. (I. D.-L.)

15. Contrato de obra: consideraciones previas de la Sala Primera del Tribunal Supremo.—En el litigio planteado, en el que se discute la liquidación de un contrato celebrado por las partes, la valoración conjunta de diversas pruebas (en concreto, la prueba pericial, la de interrogatorio de partes y testigos, y la abundante documentación) en orden a la determinación de numerosos y detallados extremos fácticos relativos a aquélla y la interpretación del contrato concertado por las partes son extremos fundamentales. La valoración de la prueba, la consecuyente revisión de los extremos fácticos del litigio, y la interpretación de los contratos tienen un acceso muy limitado a los recursos extraordinarios de que conoce este Tribunal Supremo por ser cuestiones que, en lo fundamental, han de quedar resueltas en la instancia. La jurisprudencia de esta Sala ha declarado reiteradamente que aquellos no constituyen una tercera instancia que permita exigir la total revisión fáctica y jurídica de las cuestiones litigiosas, como si este fuera un tribunal de apelación. Por el contrario, es un grado de enjuiciamiento jurisdiccional «limitado y peculiar», que exige que el recurrente identifique con claridad y precisión la norma que entiende infringida y razone por qué se ha infringido, para que el recurso cumpla la función nomofiláctica que le asigna nuestro sistema. Ello obliga a los recurrentes a observar determinadas reglas exigidas por la configuración de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. Además, los recursos de casación no pueden incurrir en el defecto de petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, en el sentido de erigir la denuncia casacional sobre presupuestos distintos de los establecidos en la sentencia impugnada, de modo que la infracción legal denunciada es ficticia pues se proyecta sobre los presupuestos que elabora el recurrente en su recurso, no sobre los fijados en la sentencia recurrida. En este caso, los recurrentes han formulado sus recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, y los escritos de oposición a los recursos de la parte contraria, como nuevos y extensos escritos de alegaciones más propias de la primera o de la segunda instancia que de recursos extraordinarios como los que formula, dispersándose en multitud de cuestiones de naturaleza preponderantemente fáctica que se plantearon en el litigio en correspondencia con la complejidad fáctica de la relación existente entre las partes derivada del contrato de obra y de las numerosas incidencias que en su ejecución acontecieron, y que se pretenden plantear en su totalidad de nuevo ante esta Sala, postulando, en definitiva, que se realice una nueva liquidación del contrato en esta sede. El examen de esta Sala ha de limitarse a las concretas infracciones procesales que tengan cabida en alguno de los apartados del artículo 469.1 LEC, en el recurso extraordinario por infracción procesal, y a las infracciones legales sustantivas denunciadas a través del recurso de casación, sin que proceda realizar la completa revisión fáctica y jurídica, en definitiva, la nueva liquidación del contrato de obra que pretenden las partes.

Pago con IVA.—Una Promotora celebra un contrato de obra con una constructora (ALJISA) el 24 enero del 2000, con aportación de materiales, para la construcción de quince viviendas y garajes conforme a los planes, mediciones y presupuestos elaborados por la arquitecta D.^a Visitación, así como los documentos que componían la oferta de ALJISA. El precio de la obra se fijó en algo más de 138 millones pesetas, y con IVA superando los 148 millones pesetas. El precio unitario de cada una de las partidas de obra sólo podría ser revisado cuando excediera del 6% lo figurado en el proyecto y lo realmente construido. Las obras debían estar terminadas en un plazo de 14 meses, a partir de su inicio fijado el 27 de mayo de 2000, prorro-

gado hasta el 27 de noviembre de 2001, debido a una cimentación especial de micropilotes. Cada día de retraso en la entrega autorizaba a la promotora a percibir 50.000 pesetas. Finalizada la obra las partes no se pusieron de acuerdo en la liquidación de la misma.

En la sentencia de la Audiencia Provincial no se excluye el IVA de la cantidad a pagar por la promotora a ALJISA por la obra inicialmente prevista en el proyecto. Lo que hace es incluirlo en el importe correspondiente a esa partida, que ha de considerarse integrada por el precio más el 7% de IVA con la finalidad de atenuar la sobrevaloración que resultaba de haberse realizado el informe pericial varios años después de ejecutada la obra. Por tanto no se ha producido la infracción legal denunciada.

Cláusula penal e incumplimiento recíproco en los contratos sinalagmáticos.—No se considera acertado el argumento de la sentencia de la Audiencia Provincial, pues el contrato expresa que «Las obras de que se trata deberán quedar totalmente terminadas en un tiempo de 14 meses a partir del acta del inicio de las mismas [...]. Si no estuviera terminada para dicha fecha, salvo casos de fuerza mayor, la Empresa contratante puede optar libremente entre la rescisión de este contrato, o que la constructora le abone la cantidad de 50.000 pts por cada día que se tarde en terminar la obra contratada, fuera del plazo pactado». Se trata, en realidad, de una cláusula penal moratoria, prevista para el caso de retraso en la terminación de la obra, y tiene una función liquidatoria de los daños y perjuicios derivados del retraso de la empresa constructora en el cumplimiento de su obligación. Es doctrina de esta Sala (SSTS de 4 de abril de 2003, 5 de diciembre de 2007, 5 de octubre de 2008 y 30 de marzo de 2012) que es presupuesto de su aplicación el incumplimiento de la obligación principal. Tratándose de obligaciones recíprocas, una de sus reglas específicas es la necesidad de cumplimiento simultáneo, por lo cual no se puede alegar incumplimiento (ni exigir la aplicación de la cláusula penal) aquél que está a su vez obligado y no ha cumplido. Para apreciar reciprocidad, aunque no exista equivalencia de valores, objetiva ni subjetiva, entre las dos prestaciones, es necesario que ambas tengan la condición de principales en el funcionamiento de la relación contractual de que se trate y que ambas sean exigibles. Así quien se ha retrasado en el cumplimiento de una obligación principal (la realización de la obra) no puede escudarse en que la otra parte del contrato no ha ejecutado su prestación (el pago de la totalidad del precio) si este no le era inmediatamente exigible porque, como en este caso, era precisa una previa liquidación.

En el contrato objeto de este litigio las prestaciones fueron simultáneamente exigibles para ambos contratantes durante buena parte de la ejecución de la obra. Pero en el tramo final se produjeron importantes modificaciones respecto de las previsiones iniciales; así, hubo mayores pagos que los inicialmente estipulados, la constructora acumuló un importante retraso y el contrato incluía una cláusula penal para este caso; por tales razones era necesaria una liquidación de la que resultara la cantidad líquida que había de pagarse.

Habida cuenta de la pequeña parte del precio que, de acuerdo con la liquidación realizada en el proceso, restaba por pagar a la dueña de la obra y el retraso que había acumulado la constructora, así como la cantidad prevista en la cláusula penal por cada día de retraso, no puede considerarse que haya existido un incumplimiento de la obligación principal de la dueña de la obra. El pago de esa pequeña cantidad final no era una prestación exigible en aquel momento pues era necesaria una liquidación. En consecuencia, la constructora no puede escudarse en un incumplimiento de la contraparte para excluir la

aplicación de la cláusula penal. En consecuencia ha de estimarse este motivo del recurso declarando la procedencia de aplicar la cláusula penal en los términos en que lo había hecho el Juzgado de Primera Instancia, esto es, partiendo del aplazamiento de la fecha de terminación pactado y descontando los días de paralización de la obra por el Ayuntamiento.

Inexistencia de contrato de obra por ajuste alzado o con precio cerrado.—El contrato de obra por ajuste alzado no implica la invariabilidad del precio inicial siempre y en todo caso, pues el inciso final del artículo 1593 CC permite el aumento del precio «cuando se haya hecho algún cambio en el plano que produzca aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario», aumento de obra que ha tenido lugar en el supuesto enjuiciado.

Por otra parte, el contrato firmado por las partes no puede calificarse propiamente como de precio cerrado o por ajuste alzado, y menos aun entenderse que implicara la imposibilidad de variar el precio inicial previsto. Se estipulaba que las partidas que componían el precio presupuestado podían ser revisadas si la diferencia entre lo que figuraba en el proyecto y lo realmente construido fuera superior, en más o en menos, al seis por ciento. Asimismo, en el contrato se encargan varias partidas de obras cuyo importe se desconoce en el momento de su celebración (trasteros, terrazas, etc. de edificaciones colindantes) y cuyos precios se calcularán en función de unos precios unitarios que figuran en el presupuesto (estipulación séptima). Y, por último, porque se prevé que si en el transcurso de la obra ocurriese algún imprevisto que hiciera necesario la designación de precios contradictorios, éstos deberán hacerse antes de que se ejecute la obra a que hayan de aplicarse (estipulación cuarta).

Arbitrio de la constructora en el pago del precio.—No es cierto que el pago del precio se deje al arbitrio de la constructora. El contratista tiene derecho a cobrar el precio de lo realmente ejecutado, no de lo fijado en las mediciones de la dirección facultativa. Si la Audiencia Provincial, al valorar la prueba practicada de modo conjunto y conforme a las reglas de la sana crítica, considera que dichas mediciones no son correctas en algunas partidas (aunque sí en otras), y opta por aceptar en su mayor parte, las mediciones y el precio resultante de la prueba pericial practicada en el juicio, no está dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio del contratista, ni se infringe el artículo 1256 CC. (STS de 23 de octubre de 2013; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

NOTA.—Sorprende un tanto la *admonición* o *advertencia* que constituye íntegramente el 2.º FD, dirigida por la Sala a las partes del proceso (especialmente a los redactores del recurso) y, en cierto modo, a los futuros recurrentes. Ciertamente las cláusulas de los contratos de obra en que se manejan sumas millonarias están dotadas de un creciente tecnicismo que pudiera perturbar y aun oscurecer su esencial contenido jurídico, que parece instrumentalizarse y someterse a aquél. ¿Hubiera sido en este caso, inadecuado aconsejar a los litigantes la vía de la mediación? (G. G. C.)

16. Derecho de la edificación: Interpretación del Derecho transitorio: Ámbito de aplicación retroactiva de la LOE: Prescripción de acciones.—La reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS de 22 de marzo

de 2010 y 19 de abril de 2012) se ha ocupado sobre los criterios interpretativos acerca de la posible aplicación retroactiva de la LOE en obras y procesos constructivos regulados por el artículo 1591 CC. La Ley 38/1999, de 5 noviembre, es una ley de aplicación a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se hubiera solicitado la correspondiente licencia de edificación a partir de su entrada en vigor. Es una ley que no traslada de forma automática todo el régimen normativo anterior, contenido en el artículo 1591 CC, y muy especialmente en la jurisprudencia que lo interpreta, sino que dota al sector de la construcción de una configuración legal específica, tanto respecto a la identificación, obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en el mismo, como de las garantías para proteger al usuario a partir, no solo de unos plazos distintos de garantía y de prescripción, sino de una distinción, hasta ahora inexistente, entre obras mayores y menores; de unos criterios también distintos de imputación, con responsabilidad exigible exclusivamente por vicios o defectos como causa de daños materiales y que es, en principio, y como regla general, individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a la ley, se deba responder, en armonía con la culpa propia de cada uno de los agentes en el cumplimiento de la respectiva función que desarrollan en la construcción del edificio, salvo en aquellos supuestos muy concretos que la propia ley tiene en cuenta para configurar una solidaridad expresa, propia o impropia o especial, según se trate del promotor y de los demás agentes.

El artículo 1969 CC señala que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse, y que para las acciones personales será el de quince años, conforme al artículo 1964. Es cierto que la LOE contiene un plazo específico de prescripción diferente al que el Código Civil asocia a la acción nacida del artículo 1591, pero también lo es que en aquella se establece un sistema de responsabilidad distinto e incompatible con el régimen del artículo 1591, que no es posible fraccionar para aplicar a la responsabilidad decenal el plazo de prescripción que delimita tales responsabilidades y garantías, entendiéndose de una forma simple que este «término especial», a que se refiere el artículo 1964, es el previsto en el artículo 18 de la LOE y que es posible trasladarlo a una acción distinta, cuando además existe una norma específica de Derecho transitorio en la LOE –Disposición Transitoria 1.^a– que acota su aplicación salvo en materia de expropiación forzosa, a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes para cuyos proyectos se solicita la correspondiente licencia de edificación, a partir de su entrada en vigor, excluyendo, por tanto, su aplicación retroactiva.

Este particular régimen transitorio de la LOE ha hecho que en la actualidad subsistan dos regímenes diferenciados de responsabilidad: el que se establece a partir de la aplicación del artículo 1591 CC, para las obras cuyos proyectos se había solicitado licencia de edificación con anterioridad al 5 de mayo de 2000, y el posterior a esta fecha. El primero regido por el artículo 1591, y el segundo por el artículo 17 de la LOE. Una cosa es que, aun no siendo directamente aplicable esta ley a los casos surgidos con anterioridad a su entrada en vigor, se tengan en cuenta principios esenciales para interpretar de forma adecuada la responsabilidad establecida en el artículo 1591, y otra distinta aplicar directamente una normativa prevista para otros casos. Lo con-

trario sería crear un problema donde no lo había, ni debía haberlo, dotando al sistema de una indudable inseguridad jurídica.

En el presente caso, tanto la solicitud de la licencia de obra, como la consiguiente concesión de la misma, son anteriores a la entrada en vigor de la LOE, de fecha 6 de mayo de 2006, por lo que no resulta de aplicación. (**STS de 4 de octubre de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.] (*G. G. C.*)

17. Contrato de obra: Legitimación activa para el ejercicio de las acciones establecidas en el artículo 17 LOE: Doctrina jurisprudencial.—El artículo 17.1 LOE dispone que los agentes de la edificación, sin perjuicio de las responsabilidades contractuales que les pudieran afectar, responderán, frente a los propietarios y terceros adquirentes de los edificios o de parte de los mismos, de los daños materiales ocasionados dentro de los plazos de garantía establecidos a tal efecto. Por tanto, son los propietarios del edificio, o de alguna de las unidades privativas en que se divide horizontalmente éste (art. 8.4. LPH) los que vienen legitimados para interponer las acciones previstas en la LOE. Tampoco hay duda acerca del alcance de la asimilación que el precepto efectúa respecto de los terceros adquirentes que resulta delimitada, conceptualmente, dentro de la necesaria condición de propietarios actuales de la unidad o elemento en que se trate, resaltándose que la legitimación se concede con independencia de que el tercer adquirente se haya relacionado contractualmente con los diversos agentes de la edificación; de modo que la ley, viene a establecer una excepción al principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC), plenamente justificada conforme a la función tuitiva perseguida.

Esta ampliación de la legitimación activa a los adquirentes o subadquirentes, también ha sido justificada, tanto por la doctrina académica como por la doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS de 5 de mayo de 1961), en el ámbito interpretativo del artículo 1951 CC, por el cauce de la sucesión en los derechos y acciones derivada de la transmisión adquisitiva.

Falta de legitimación del titular de servidumbre.—La interpretación extensiva que realiza la sentencia de la Audiencia Provincial respecto del alcance de la asimilación contemplada a favor, también, de los titulares de un derecho de servidumbre, no puede ser compartida. En primer lugar porque el fundamento tuitivo confluye en la condición de propietarios que, necesariamente, acompaña y distingue a los adquirentes de derecho real; en segundo lugar, porque la norma expresamente cierra o fija el ámbito de la legitimación resultante, conforme al principio de seguridad jurídica; por último, y en tercer lugar, porque la naturaleza del derecho de servidumbre, como derecho real autónomo sobre cosa ajena, no puede confundirse o asimilarse al derecho de propiedad, ni a la adquisición resultante con este título.

En el presente caso, la comunidad de propietarios actora carece de legitimación activa al no ser propietaria o tercer adquirente de la rampa de salida del garaje en cuestión, sino titular de un derecho de servidumbre de paso para personas y vehículos constituido, voluntariamente, por las distintas comunidades de propietarios a los efectos de establecer un uso y mantenimiento compartido de los accesos existentes a sus respectivas plantas de sótano; de forma que los defectos observados en la unidad funcional de acceso, deberán resolverse, si procede, ya por el referido título de constitución de la misma o por el cauce de la responsabilidad extracontractual. (**STS de 18 de octubre**

de 2013; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.] (G. G. C.)

18. Ley de Ordenación de la Edificación. Interpretación de la expresión «en todo caso» del artículo 17.3 de la LOE en cuanto a la responsabilidad solidaria del promotor por vicios o defectos de construcción.—Significa que responde aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo, pues otra interpretación no resulta de esas palabras «en todo caso» con las que se pretende unir a responsables contractuales con extracontractuales o legales y con la que se establece la irrenunciabilidad de la misma (SSTS de 24 de mayo de 2007, 13 de marzo, 26 de julio y 4 de diciembre de 2008, 19 de julio de 2010 y 18 de septiembre de 2012).

Incorporación al proceso de quien no ha sido demandado en su condición de agente de la construcción.—Se autoriza en la D. A. 7.^a de la LOE exclusivamente para las acciones de responsabilidad basadas en las obligaciones resultantes de su intervención en el proceso de la edificación previstas en la citada Ley, y se activa procesalmente a través del art. 14 de la LEC. El tercero cuya intervención ha sido acordada sólo adquiere la cualidad de parte demandada si el demandante decide dirigir la demanda frente al mismo (STS de 26 de septiembre de 2009).

Legitimación del Presidente de la Comunidad para reclamar la indemnización por daños y defectos de construcción en bienes privativos, e incumplimientos contractuales afectantes a viviendas en particular.—Las Comunidades de Propietarios, con la representación conferida legalmente a los respectivos Presidentes, *ex* artículo 13.3 de la LPH, gozan de legitimación para demandar la reparación de los daños causados tanto a los elementos comunes como a los privativos del inmueble (STS de 26 de noviembre de 1990), y no puede hacerse por los extraños discriminación en punto a si los distintos elementos objetivos son de titularidad dominical privada o común, pues tal cuestión queda reservada a la relación interna entre los integrantes subjetivos de esa Comunidad (STS de 24 de septiembre de 1991), sin perjuicio, por ello, de las obligaciones del Presidente de responder de su gestión (SSTS de 15 de enero y 9 de marzo de 1988), pero cuya voluntad vale como voluntad de la Comunidad frente al exterior (STS de 20 de abril de 1991). En definitiva, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha extendido las facultades del Presidente a la defensa de los intereses afectantes a los elementos privativos del inmueble, cuando los propietarios le autoricen. Lo anterior deriva de las peculiaridades de que gozan las facultades de representación conferidas legalmente a los Presidentes de las Comunidades de Propietarios, sin que haya razón alguna para reducir tal autorización a los vicios y defectos de construcción, *strictu sensu* considerados, por afectar también el interés de la Comunidad a los incumplimientos contractuales afectantes a viviendas en particular (SSTS de 10 de mayo de 1995, 18 de julio de 2007 y 23 de abril de 2013). (SSTS de 18 de julio de 2007, 16 de marzo de 2011 y 23 de abril de 2013, entre otras). (STS de 24 de octubre de 2013; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios de una Urbanización demandó a la promotora-constructora de ésta por los vicios y defectos constructivos e incumplimiento contractual. En la fase

procesal oportuna, y al amparo de la D. A. 7.^a de la LOE, fueron llamados al proceso, a instancia de la demandada inicial, el arquitecto y los aparejadores, además de la empresa instaladora de gas y calefacción, y la proveedora de la tarima flotante, habiéndose personado el arquitecto y los arquitectos técnicos.

El juzgado condenó en parte la promotora-constructora por los vicios y defectos existentes en los elementos comunes y privativos de la urbanización; así como, por incumplimientos contractuales. En cuanto a los llamados al proceso por la D. A. 7.^a de la LOE consideró que no cabía hacer pronunciamiento ya que la actora no dirigió su demanda contra ellos. La audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la demandada. (*I. D.-L.*)

19. Responsabilidad profesional del abogado: Doctrina jurisprudencial sobre sus requisitos.—Según la STS de 14 de julio de 2010, la responsabilidad civil profesional del Abogado exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

(i) El incumplimiento de sus deberes profesionales. En el caso de la defensa judicial estos deberes se ciñen al respeto de la *lex artis*, esto es, de la reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los mismos, sino que, únicamente, a título de ejemplo se han perfilado algunos ejemplos; así, informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso, cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, observar las leyes procesales, y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos (STS de 14 de julio de 2005);

(ii) La prueba del incumplimiento. Tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y de la existencia y del alcance de éste corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS de 14 de julio de 2005 y 21 de julio de 2007).

(iii) La existencia del daño efectivo consistente en la distinción cierta de las posibilidades de defensa. Cuando el daño consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada persigue una ventaja de contenido económico, lo que implica el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (ya que puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: así SSTS de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2010). El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La STS de 27 de julio de 2006 exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. En suma, debe apreciarse, una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que debe

ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC.

(iv) Existencia del nexo de causalidad, valorado con criterios jurídicos de imputación objetiva. El nexo de causalidad debe existir entre el incumplimiento de los deberes profesionales y el daño producidos, y solo se da si este último es imputable objetivamente al abogado. Este juicio de imputabilidad exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que, como regla general, no comporta la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador (SSTS de 14 julio y 14 de diciembre de 2005, 30 de marzo de 2006 y 26 de febrero de 2007, entre otras). La propia naturaleza del debate jurídico excluye que la producción del resultado desfavorable debe entenderse como razonablemente aceptable, y no atribuible directamente –aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad– a una omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones. Este criterio impone descartar la responsabilidad civil del abogado cuando concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar la influencia de su conducta en el resultado dañoso (como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales: STS de 23 de julio de 2008).

(v) Fijación de la indemnización equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades. No es necesario que se demuestre una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del obligado. Pero no puede reconocerse responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción; de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad de modo proporcional.

Concurrencia de negligencia.—En el caso examinado el motivo del recurso no es más que una relación pormenorizada de lo ocurrido desde el momento en que se formalizó el encargo profesional. Lo que se plantea como estrategia procesal no es más que una actuación negligente por parte del letrado que tuvo repercusiones indudablemente negativas para su cliente. Una cosa es que nadie pueda prever con absoluta seguridad que aquella reclamación de indemnización por accidente de circulación podía ser obtenida ante los Tribunales, y otra es que no se obtenga porque no fue planteada la aplicación del baremo vigente, al no haberla incluido en la demanda, teniendo en cuenta que se trataba de una pretensión asociada a unos criterios lógicos, razonables y muy conocidos de actuación profesional respecto del llamado *baremo del automóvil* cuyo carácter vinculante, ni la constitucionalidad del sistema, pueden obviarse. El planteamiento que hizo de demanda y el ejercicio de la acción al amparo del artículo 1902 CC, sin más explicaciones como las que ahora introduce en el recurso, traía causa en considerar la no obligatoriedad del baremo que consta en la Ley de Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Se han incumplido las reglas del oficio, y se ha causado un daño, causalmente vinculado a la conducta del abogado, y así queda acreditado pues no fueron reclamados aquellos factores de corrección referidos a daños morales complementarios, adecuación de

vivienda, invalidez, y perjuicios morales para la madre víctima del accidente, sin que los mismos se pudieran deducir de la documentación presentada ni de la audiencia previa.

Al justificable no se puede exigir, salvo que haya norma que así lo indique, que para el ejercicio de la acción de responsabilidad profesional hayan de agotarse los recursos contra la sentencia que se dicte en el asunto del que nace la pretendida responsabilidad, y ello no solo porque está en uso de su derecho, sino por lo penoso que podría resultar, como en el caso sucede, pretender que se agote la última instancia con el consiguiente lapso de tiempo que ello supone y los gastos económicos que genera, máxime cuando la situación de la salud física e incluso psíquica de la accidentada necesariamente impone realizar unos gastos que potencialmente pueden ser incompatibles con sostener una vía jurisdiccional alargada en el tiempo en exceso.

Se ha causado, por tanto, un daño resarcible en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC. (**STS de 14 de octubre de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.-Sobre el mismo tema *cf.* STS de 28 de junio de 2012 (Ponente Xiol Ríos), en ADC, 2014, p. 349-352, nota de García Cantero. (G. G. C.)

20. Régimen de prescripción y caducidad en materia de responsabilidad extracontractual de los registradores.—Los términos del artículo 311 LH no son contradictorios con los previstos en el artículo 1968.2 CC y la jurisprudencia que lo ha interpretado. En materia de prescripción, la acción para pedir indemnización de daños y perjuicios causados por actos de los registradores, en caso de error o negligencia, prescribirá al año de ser conocidos por la persona que pudiera reclamarlos. Por tanto, como ya se ha señalado en las SSTS núm. 274/2008 y 528/2013 y como se desprende del tenor del artículo 1968.2 CC, el parámetro a utilizar para el cómputo del plazo anual de la acción es el criterio subjetivo, el conocimiento por el agraviado. Teniendo en cuenta que no siempre resulta fácil determinar en la práctica cuándo se produce o se ha producido el conocimiento del perjudicado, el artículo 311 LH cierra la incertidumbre fijando el plazo máximo de prescripción de las acciones personales, al establecer como días a quo cierto la fecha en la que la falta se cometió.

Surgimiento de la responsabilidad del registrador por error o negligencia en su actuación.—La determinación de la responsabilidad del registrador ha de seguir lo dispuesto en el artículo 522.1 LEC, según el cual todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los registros públicos, deben actuar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surjan de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio registro conforme a su legislación específica. Pues bien, la función calificadora del registrador está sujeta al artículo 20 LH, que le exige, bajo su responsabilidad (art. 18 LH), que para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles, conste previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se otorguen los actos referidos, debiendo el registrador denegar la inscripción solicitada si el derecho figura inscrito a favor de una persona distinta. A la

hora de llevar a cabo su función calificadora, el registrador no sólo debe tener en cuenta el documento presentado, sino también lo que resulte de los asientos del Registro y los obstáculos que surjan (art. 18 LH y art. 100 RH). No puede practicarse ningún asiento que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los vigentes sin el consentimiento del titular o a través de procedimiento judicial en que haya sido parte. Siguiendo esta línea, en la Resolución de la DGRN de 30 de abril de 2009 se concluye que, en defensa del principio de tracto sucesivo y la proscripción de la indefensión consagrada en el art. 24 CE, se ha de impedir que pueda operar en el registro cualquier resolución judicial que determine la cancelación de asientos que afecten a personas que no ha sido demandadas. (**STS de 21 de octubre de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Rapiol.]

HECHOS.—B ejercita una acción ordinaria en solicitud de declaraciones y condenas indemnizatorias como consecuencia de haber sido cancelada, sin haber sido condenada ni llamada a juicio, la inscripción de dominio de la finca registral que resultaba a su favor, debido a un error, primero en la expedición y, posteriormente, en la calificación de los mandamientos judiciales y de la inscripción de la finca a favor de terceros. La acción se dirige contra el registrador y sus herederos y contra los demandantes en el pleito seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Reus.

Las sentencias de primera y segunda instancia condenaron exclusivamente al Registrador de la Propiedad, obligando a indemnizar a la actora, por daños y perjuicios, por error o negligencia en el desempeño de sus funciones. Entienden que la responsabilidad del Registrador es incuestionable, al haber procedido a cancelar la titularidad de la finca inscrita a nombre de la empresa demandante, cuando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Reus se refería a la titularidad de la cooperativa C, que ya estaba cancelada a favor de B, cuando esta última nunca fue parte en el procedimiento judicial, luego en modo alguno podía afectarle esa resolución.

Se desestima el recurso de casación interpuesto por los herederos del Registrador demandado. En relación con el régimen de prescripción y caducidad en materia de responsabilidad extracontractual de los registradores en su función calificadora, el Tribunal Supremo declara que ha sido probado en el pleito que el conocimiento que tuvo el actor de la actuación negligente del registrador demandado se produjo cuando obtuvo testimonio de lo actuado en el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Reus, tras haber realizado determinados actos interruptivos de la prescripción. En segundo lugar, se recuerda que quedó probado en la instancia que el pleito del que dimanó el mandamiento judicial y la providencia se siguió exclusivamente contra C, y no contra la recurrida, titular del dominio inscrito. Por ello, el registrador debería haberse negado a practicar la cancelación e inscripción ordenada en las resoluciones. Las consecuencias del defectuoso proceder por parte del registrador supuso la pérdida de la titularidad de la finca por parte de B y la adquisición de la misma por parte de un tercero hipotecario, protegido por el artículo 34 LH, por lo que ha de surgir la responsabilidad exigida por los artículos 296.2.º y 312 LH. (*G. M. A.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

21. Modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal por el promotor.—El promotor dispone de la facultad de instar la modificación del título constitutivo en tanto que los propietarios no hayan adquirido la posesión de los distintos inmuebles, es decir, en tanto que sea el propietario único (art. 5.2 LPH). Dicha facultad cesará cuando se produzca una verdadera transmisión patrimonial a los propietarios, lo que ocurrirá cuando: 1) se otorgue la escritura pública de compraventa con reconocimiento de haber recibido el total del precio; 2) el cese de la reserva de dominio a favor de la promotora. Hasta ese momento estamos en una situación de prehorizontalidad, preparatoria de la propiedad horizontal.

Ahora bien, esta facultad no puede ejercitarla el promotor de manera abusiva. Se deben respetar unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos. Como institución de equidad, el abuso de derecho exige: a) una actuación aparentemente correcta que represente en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos —normalmente, daños y perjuicios—; b) ausencia de finalidad seria y legítima, es decir, voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo. (**STS de 4 de octubre de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La demandada vendió las diferentes viviendas del edificio cuya construcción promovía. La transmisión se documentó privadamente. En los diversos instrumentos se hacía constar que el comprador autorizaba a otorgar y, en su caso, a modificar la escritura de declaración de obra nueva, en construcción o terminada, y la división en propiedad horizontal del edificio, si así lo aconsejaban las exigencias técnicas o jurídicas. La demandada otorgó escritura de declaración de obra nueva en construcción y constitución en régimen de propiedad horizontal el 6 de marzo de 2003, donde se disponía: 1) que el titular de los locales comerciales de la planta baja se reservaba para sí y los futuros propietarios el derecho y facultad de poder hacer segregaciones, divisiones y posteriores agrupaciones en dichos locales, así como las obras necesarias de embellecimiento, adorno y luminotecnia, según el uso a que se destinan; 2) que la terraza superior sería utilizada únicamente por los dueños de las viviendas del edificio, y sería destinada a zona de tenderos y zona de esparcimiento y ocio. La escritura causó sendas inscripciones en el Registro de la Propiedad el 20 de mayo de 2003. Los locales comerciales, conforme a dicha escritura, quedaron propiedad de la promotora demandada. El 16 de febrero de 2005, la demandada otorga escritura de rectificación de la de 6 de marzo de 2003, modificando la cláusula relativa a la terraza superior. Se indicaba que los titulares de los locales comerciales de la planta baja tendrían derecho a instalar rótulos o anuncios luminosos en la terraza superior, incluso sin el consentimiento de los restantes copropietarios del edificio. El 7 de marzo comenzaron a otorgarse las escrituras de compraventa, constando en alguna de ellas la anterior escritura como presentada en el libro diario y pendiente de despacho y omitiéndose toda referencia a dicho instru-

mento en otras. Poco después de otorgadas dichas escrituras, la parte demandada colocó un cartel luminoso encima del casetón de las escaleras y ascensor, ocupándolo casi en su totalidad. La colocación del cartel fue objeto de abierta oposición por parte de los adquirentes de las viviendas desde su instalación.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, entendiendo: a) que se producían perjuicios por los efectos lumínicos, por la imposibilidad de situar aparatos de aire acondicionado y por la atracción de insectos; b) que se incurrió en abuso de derecho al modificar la cláusula estatutaria cuando ya se habían suscrito los documentos privados de compraventa; c) añadió que el promotor había incumplido la obligación de entrega del objeto en la forma determinada en el proyecto, efectuando una rectificación unilateral que es nula por vulnerar los actos de disposición sobre los elementos comunes (art. 17 LPH); d) que los compradores, antes de escriturar, no tuvieron la oportunidad de conocer la rectificación (art. 10 bis LGDCU de 1984).

La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia. Declara la existencia de abuso de derecho, dado que aun cuando los demandantes no fuesen propietarios al no haber adquirido la posesión, sí ostentaban una expectativa de derecho protegida por el ordenamiento jurídico. Además, añade que aunque la escritura de rectificación generó un asiento de presentación, ello sólo le otorgaba los beneficios del principio de prioridad registral.

La promotora demandada interpone recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 7.2 CC y 5 LPH, en relación con los artículos 609 y 1095 CC, así como la doctrina jurisprudencial interpretativa de los mismos. Según el Tribunal Supremo, la promotora se autolimitó, al convenir en los documentos privados de compraventa que sólo modificaría la escritura de declaración de obra nueva y división de propiedad horizontal si así lo aconsejaban las exigencias técnicas o jurídicas (art. 1255 CC). Ninguna de estas dos circunstancias se ha producido. Además, el propio representante de la demandada manifestó que la única razón era el mero deseo de reservarse ese derecho y para que ninguno de los vecinos le pusiese obstáculos. Al no existir causas jurídicas o técnicas que justificaran la modificación, el Tribunal Supremo apreció el abuso de Derecho.

NOTA.—Existen muchas sentencias que se refieren a la legitimación del promotor para modificar el título constitutivo en tanto sea el propietario único y los distintos adquirentes no hayan conseguido la posesión (SSTS de 27 de mayo de 2004, 23 de octubre de 2009, 11 de diciembre de 2009, 2 de diciembre de 2010 y 29 de abril de 2010, entre otras). Sin embargo, también ha declarado el Tribunal Supremo la aplicación a esta facultad de la doctrina del abuso de Derecho (SSTS de 1 de febrero de 2006, 12 de diciembre de 2011 y 9 de febrero de 2012, entre otras). (*S. L. M.*)

22. Instalación de un ascensor en un inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal.—El Tribunal Supremo ha señalado que la instalación de un ascensor, en aquellos inmuebles que no tienen este servicio, puede

exigir la ocupación de parte de un espacio de naturaleza privativa. Para resolver el conflicto con los propietarios afectados, habría que ponderar los bienes jurídicos en juego. Al constituir un servicio de interés general, debe permitirse la constitución de esa servidumbre. Ahora bien, como contraprestación a la obligación impuesta al propietario que se ve privado de su espacio, el artículo 9.1.c) LPH le reconoce el derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios causados. Esa indemnización se fijará conforme a los siguientes criterios: a) una indemnización a precio de mercado, según locales de iguales características y ubicados en la misma zona e idéntica localidad, correspondiente a la superficie en m² invalidada, según dictamen pericial, incluida la superficie de vuelo que se va a ocupar y calculada conforme al tiempo en que se proceda a la ejecución de las obras; b) una cantidad a tanto alzado por el demérito experimentado por el local como consecuencia de su menor superficie en la zona de trastienda precisando que, a falta de acuerdo sobre dicha cantidad y siendo necesario acudir en ejecución de sentencia a la designación de un perito judicial, los gastos que se generen correrán a cargo de la Comunidad de propietarios; c) una indemnización dineraria para el supuesto de que, como consecuencia de la ejecución de las obras precisas, se causen daños al local previa acreditación fehaciente de los mismos. **(STS de 17 de octubre de 2013; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La demandante es titular de un local comercial ubicado en la planta baja de un inmueble, que ha estado dedicado a la actividad de bar. La actora se ha venido aprovechando de un espacio situado bajo la caja de la escalera, dedicándolo a la cocina de la que se sirve el establecimiento y los aseos. El 20 de junio de 2007 la Comunidad de propietarios decidió en Junta instalar un ascensor. Esto implicaba la invasión de la zona señalada para ubicar el foso. En la Junta celebrada el día 11 de julio siguiente, se aprobó por unanimidad un acuerdo por el cual la demandante permitía la ocupación de la parte del local que fuera necesaria y, a cambio, ésta tendría permiso para segregarse el local y cambiar la utilidad de una de las partes del mismo a viviendas. Igualmente aceptaban la instalación de salida de gases y ventilación necesarias para las viviendas. El inicio de las obras de instalación del ascensor tuvo una doble consecuencia. Por un lado, el cese en la actividad de bar del local de la actora, por la eliminación de la cocina y los aseos. Por otro lado, se inició la polémica sobre las características de las salidas de gases y ventilación que habían sido pactadas para servir a las viviendas que se iban a instalar en el local comercial, así como su trazado, ratificándose no obstante la autorización de la Comunidad para ejecutar dicha instalación y la forma de llevarla a cabo a costa de la actora, en la Junta de propietarios de 14 de enero de 2008. En la Junta de 19 de febrero siguiente, se discutió que las obras de salida de gases y ventilación que la demandante pretendía eran distintas y más gravosas para la Comunidad que las sugeridas en la Junta de 11 de julio. En Junta celebrada el 29 de septiembre de 2008 se acordó por unanimidad denegar la autorización para la ejecución de dicha obra.

La actora pretende el resarcimiento de los daños y perjuicios que dicha decisión le ha ocasionado, solicitando una indemniza-

ción equivalente al presupuesto para rehabilitar el local y destinarlo de nuevo a la actividad de bar. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda al entender que, al basarse en el artículo 9 LPH, estábamos ante un incumplimiento contractual y, en consecuencia, debió pedir la restitución del local a su estado anterior y no una indemnización para poder utilizar nuevamente el local.

La Audiencia Provincial desestimó la demanda y declaró que no podía enfocarse la cuestión desde la óptica contractual y que la actora debió haber impugnado el último acuerdo.

La actora interpone recurso de casación, alegando la interpretación errónea e inaplicación de los artículos 9, 11, 17, 18 y concordantes LPH. Según la recurrente, tiene derecho a que la Comunidad le resarza los daños y perjuicios, pues con la negativa de la Comunidad tiene el bar cerrado y debe readaptar el local. Según el Tribunal Supremo, el artículo 9.1.c) LPH es claro en esta cuestión. Habiéndose aceptado la constitución de una servidumbre, el propietario afectado es acreedor de la indemnización de daños y perjuicios correspondiente. La impugnación del acuerdo que deja sin efecto la autorización inicial sólo tendría sentido si la actora pretendiera mantener la adaptación en la vivienda y los tubos de ventilación por las escaleras, algo a lo que renunció por la oposición de la Comunidad. Por tanto, lo que puede pedir es la indemnización a que alude el artículo 9.1.c) LPH, por la instalación del ascensor en el espacio ocupado por el mismo dentro de su local, que deberá incluir el precio de los metros cuadrados ocupados, la depreciación del local y los gastos de adaptación para ubicar de nuevo los aseos y la cocina.

NOTA.—El Tribunal Supremo ha declarado en diversas sentencias que la ocupación de un espacio privativo para establecer un servicio común constituye una servidumbre (SSTS de 22 de octubre de 2010 o de 6 de septiembre de 2011, entre otras). En concreto, cuando se trata de instalar un ascensor en un inmueble que no dispone de él previamente, el propietario que se vea privado de su espacio tendrá derecho a una remuneración (SSTS de 22 de diciembre de 2010, 4 de octubre de 2011, 10 de octubre de 2011 y 20 de julio de 2012). La STS de 15 de diciembre de 2010 vino a fijar los criterios para fijar dicha indemnización, y que han sido reproducidos por la sentencia aquí reseñada. (S. L. M.)

23. El requisito de procedibilidad del artículo 18.2 LPH para la impugnación de acuerdos de la Junta y su excepción.—El artículo 18.2 LPH establece que, para impugnar acuerdos de la Junta, el propietario deberá estar al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la Comunidad o proceder previamente a la consignación judicial de las mismas. Esta regla tiene una excepción: no será necesario tal requisito para la impugnación de acuerdos relativos al establecimiento o alteración de las cuotas de participación a que se refiere el artículo 9 LPH. La finalidad de esta excepción es evitar que prospere un acuerdo comunitario que consagre una forma de repartir el gasto de forma contradictoria con las reglas de la Comunidad, exigiendo al propietario moroso un requisito añadido de procedibilidad.

Se incluyen en el ámbito de la excepción: 1) los acuerdos que modifiquen la cuota de participación fijada en el título y prevista en el párrafo segundo del artículo 5 LPH; 2) los acuerdos de la Junta que establezcan un sistema de distribución de gastos, bien sea de manera general, bien para algunos gastos en particular, tanto de manera permanente como ocasional. Los acuerdos que liquidan la deuda de un propietario con la Comunidad, los que aprueban el presupuesto del ejercicio o lo liquidan y fijan de este modo el importe de lo que cada propietario debe pagar o los que establecen derramas extraordinarias para atender determinadas contingencias, no pueden entenderse incluidos en la excepción referida en tanto no se altere el sistema de distribución de gastos que se venía aplicando por la Comunidad. El sistema de distribución puede ser el que correspondía al coeficiente o cuota previsto en el título constitutivo (art. 5.2 LPH) o el establecido especialmente en un acuerdo anterior de la Comunidad, cuya eficacia no haya sido anulada o suspendida cautelarmente. **(STS de 22 de octubre de 2013; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—A y S presentaron en mayo de 2009 demanda contra la Comunidad de propietarios V. Se pedía que se declarara la nulidad de los acuerdos segundo y cuarto adoptados en la Junta de propietarios de 16 de febrero de 2009, y que se declarara correcta la aplicación del sistema de reparto de gastos y coeficientes efectuada por los actores. El acuerdo segundo trataba sobre los estados de las cuentas y certificación de deudas. Liquidaba la deuda que los demandantes mantenían con la Comunidad, que había sido fijada en aplicación del sistema de distribución del pago de los gastos de la Comunidad establecido en acuerdos adoptados en sendas Juntas de propietarios de 2004 y 2005, que no habían sido anulados ni suspendidos cautelarmente. El acuerdo cuarto trataba sobre los pagos por la obra de bajada de ascensor. Se trataba de eximir de tales pagos a los propietarios de los bajos, bien entendido que el coeficiente de los dos bajos, que asciende al 12%, sería asumido por las viviendas. En la demanda se alegaba que no era necesario cumplir el requisito establecido en el artículo 18.2 LPH porque no existe deuda vencida y es aplicable la excepción prevista en dicho precepto.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar aplicable el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 18.2 LPH, esto es, por no estar los demandantes al corriente de las deudas vencidas con la Comunidad ni haberlas consignado. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia anterior, al entender que no se cumplía el requisito del artículo 18.2 LPH y que no era aplicable la excepción invocada por los recurrentes.

Los propietarios interponen recurso de casación, alegando la infracción del artículo 18.2 LPH. Señalan que un acuerdo que reclama, impone o reparte un gasto sería un acuerdo relativo a la cuota de participación en este gasto. Comienza señalando el Tribunal Supremo que los recurrentes pretendían impugnar dos acuerdos de la Junta. La impugnación del segundo acuerdo no debe considerarse incluida en la excepción del artículo 18.2 LPH, puesto que su objeto no es un acuerdo que establezca o altere la cuota de participación. En él simplemente se contabilizó la deuda fijada conforme

al sistema de participación previamente establecido. En cuanto al acuerdo cuarto, supone una alteración del sistema de participación en los gastos comunes, puesto que no se ajusta al sistema especialmente establecido en esas Juntas anteriores. A su juicio, la excepción se aplica aunque dicha alteración se refiera a un gasto concreto, puesto que el precepto no distingue entre alteraciones puntuales o permanentes.

Por tanto, el Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación. Entiende que la desestimación de la demanda fue correcta por lo que al acuerdo segundo se refiere, puesto que no se cumplió el requisito de estar al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la Comunidad. Pero la aplicación de tal requisito a la impugnación del acuerdo cuarto, y la consiguiente desestimación del mismo, sin entrar en el fondo, no fue correcta, pues dicha impugnación estaban exenta de aplicación del requisito del artículo 18.2 LPH

NOTA.—Sobre el requisito de procedibilidad del artículo 18.2 LPH y sus excepciones, *vid.* también la STS de 14 de octubre de 2011. (*S. L. M.*)

24. Propiedad horizontal. Fundamento del principio de protección al discapacitado en el ámbito de la propiedad horizontal.—Los principios de protección al discapacitado que deben de tenerse en cuenta en el régimen de propiedad horizontal derivan del artículo 396 CC que faculta a todos los copropietarios, incluyendo los discapacitados, a utilizar los elementos comunes, del artículo 49 CE que proclama la atención especializada y el especial amparo para el discapacitado, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 que declara el derecho de los mismos al entorno físico y otros servicios e instalaciones en igualdad de condiciones con las demás personas y de leyes especiales que se han dictado, como la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad. (**STS de 11 de octubre de 2013**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS. Al objeto de poder seguir accediendo a su puesto de trabajo el actor, que sufría una discapacidad que le impedía andar, subir escaleras o salvar barreras arquitectónicas, demandó a la comunidad de propietarios para que reconociese el derecho a que se mantengan las obras realizadas de instalación de un ascensor entre las plantas baja y primera del edificio perteneciente a dicha comunidad. El Juzgado de 1.ª Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima la apelación y admite la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—Sobre la misma cuestión, protección de los discapacitados en el ámbito de la propiedad horizontal, véase la STS de 10 de octubre de 2013. (*C. O. M.*)

25. Actos y títulos inscribibles. Especificaciones complementarias al derecho real o aspectos de interés de la situación jurídica inscrita.

Cláusulas de vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas con hipoteca.—En el sistema registral español en el que los asientos producen efectos sustantivos y, una vez practicados, quedan bajo la salvaguarda de los tribunales y producen todas sus consecuencias mientras no se declare la inexactitud, resulta esencial el principio de legalidad, en cuanto excluyente de la posibilidad de registrar títulos que no sean perfectos y válidos, material y formalmente. Pues bien, una correcta identificación de la materia inscribible constituye tanto el presupuesto de la efectiva legalidad como el dato determinante del ámbito de la calificación registral. Tal y como determina el artículo 1 LH, son materia inscribible los actos jurídicos por los que se constituyan, declaren, transmitan, modifiquen y extingan los derechos reales sobre bienes muebles. Pero, además, hay ciertos actos y títulos que, sin constituir derechos reales, aportan especificaciones complementarias para las que la publicidad registral resulta plenamente indicada, en la medida en que sirven, siquiera indirectamente, para determinar aspectos de interés de la situación jurídica inscrita. Pertenecen a esta categoría los pactos de vencimiento anticipado de deudas sometidas a plazo y garantizadas con hipoteca, en la medida en que, a la vez que normalmente implican un pacto de extinción de la relación contractual garantizada, regulan la exigibilidad del pago, como condición imprescindible para hablar de incumplimiento y, por tanto, como presupuesto del ejercicio por el acreedor del derecho real de realización del valor. Desde el punto de vista literal, el tenor actual del artículo 12 LH dispone que las cláusulas de vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas con hipoteca se harán constar en el asiento, pero sólo en los términos que resulten de la escritura de formalización, lo que significa que, por tener una naturaleza básicamente obligacional, no se califican por el Registrador y no se inscriben, pero sí se transcriben para dotarles de publicidad los solos efectos de dar noticia a los terceros interesados. **(STS de 13 de septiembre de 2013; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La Registradora de la propiedad y autora de la calificación dejada sin efecto por la resolución de la DGRN solicita la declaración de nulidad de dicha resolución. En ella se estimaba el recurso del notario autorizante de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria y se revocaba la calificación negativa de la Registradora respecto de tres cláusulas contractuales de vencimiento anticipado de la deuda documentada en un título inscrito. En la resolución de 24 de julio de 2008 de la DGRN se concluye que la Registradora debía haberse limitado a calificar e inscribir las cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria relativas al importe del principal de la deuda y los intereses pactados, con expresión del importe máximo de responsabilidad hipotecaria, identificando la obligación garantizada y su duración, pero que no eran susceptibles de calificación ni de inscripción, sino únicamente de transcripción, las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras de la obligación garantizada por la hipoteca.

La demanda de la Registradora es desestimada en primera instancia. La Audiencia Provincial de Tarragona, en sentencia de 1 de abril de 2012, sí estima su recurso de apelación y anula la resolución de la DGRN.

Contra esta última sentencia el notario autorizante de la escritura de préstamo hipotecario interpone recurso de casación, que es estimado por el Alto Tribunal, que casa la sentencia recurrida y desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—Téngase en cuenta que la calificación registral sobre la que versa el litigio se había emitido estando vigente el tenor del artículo 12 LH introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Reforma del Mercado Hipotecario. Conforme al texto actual, «En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración». En un segundo párrafo se establece: «Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización». Sin embargo, la redacción de esta disposición vigente desde el 20 de marzo de 1946 hasta el 8 de diciembre de 2007 se limitaba a señalar o siguiente: «Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubieran estipulado». Conforme establece el apartado VII, párrafo cuarto, de la exposición de motivos de la ley 41/2007, con esta reforma se trata de «precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa». Esto es, «circunscribir la actuación del registrador al contenido de su verdadera función, calificación del contenido de los actos y negocios jurídicos y de las cláusulas de contenido real inmobiliario». Con ello se hace hincapié en la distinción «entre las cláusulas de trascendencia real, concretadas por la ley en el párrafo primero del mencionado artículo 12, que son las que debe calificar el registrador, y las restantes cláusulas que no son objeto de inscripción ni, por tanto de calificación, sino de mera transcripción en los términos pactados y que resulten del título». Por tanto, la referencia a «la calificación registral favorable» contenida en el párrafo segundo del artículo 12 LH debe entenderse referida únicamente a las cláusulas relativas al importe principal de la deuda, los intereses y el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria. En caso de merecer éstas una calificación registral positiva, el registrador podrá transcribir en los correspondientes folios registrales los términos de las cláusulas de vencimiento anticipado y de otras cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas. La función del Registrador respecto de este último tipo de cláusulas se limitará a la mera reproducción literal, pero no así a la calificación ni a la inscripción. (G. M. A.)

DERECHO DE FAMILIA

26. Acogimiento de menores: Competencia para interrumpir visitas de la madre biológica: Judicial, no administrativa: Integración del Convenio internacional de 1989 en el sistema español.—La Dirección General de Protección del Menor y de la Familia del Gobierno de Canarias, con fecha 23 de julio de 2009, dictó resolución acordando: 1.º) Interrumpir, de forma cautelar, durante un periodo de seis meses, las visitas, estancias y comunicaciones de la menor con su madre y con el resto de su familia biológica. 2.º) Instar inmediatamente la correspondiente suspensión ante el órgano judicial. Esta resolución fue impugnada por la madre biológica, resolviendo desestimar la demanda el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Las Palmas, así como autorizar la atención psicológica de la menor para favorecer la desvinculación paterno-filial, si ello fuera necesario. La Audiencia Provincial desestimó los recursos presentado por la madre y por el Ministerio Fiscal.

La necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, determina que el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijos se considera como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa. Así los artículos 3, 9 y 18 de la Convención de 1989 sobre los Derechos del Menor, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, en los que se instaura como principio fundamental el interés superior del menor y obligan a los Estados Partes a respetarlo y tomar todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas garantizando el derecho del niño a relacionarse con ambos padres; así también el artículo 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por el Parlamento europeo en resolución de 18 de julio de 1992, y el artículo 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE.

La afirmación de la sentencia recurrida de que, acordada la suspensión de las visitas por el órgano administrativo, no es preceptivo dar cuenta a la autoridad judicial de tal medida, por lo que la medida cautelar, en sí misma, no es nula y lo que podía haberse atacado es la falta de notificación al tribunal, lo que no se hizo, no se corresponde ni con el artículo 161 CC, ni con lo dispuesto en la Convención de 1989. Si conforme al artículo 160 CC los progenitores tienen derecho a relacionarse con sus hijos, incluso si han perdido la patria potestad, con mayor razón ostentarán tal derecho si esa patria potestad se encuentra suspendida, como es el caso del acogimiento del menor, del artículo 172.1 CC. La medida de impedir la relación de la niña con su madre biológica es una medida importante en cuanto le priva del derecho que tiene a relacionarse con su familia y sólo se podrá acordar para limitarla o suspenderla en casos muy excepcionales y mediante una resolución judicial fundada, lo que no ocurre en este caso, en la que no existiendo norma autonómica de cobertura, se otorga esta competencia a la administración competente por extensión y sin fundamento, en vez de declarar su nulidad por no contar, para acordarla, con la debida autorización judicial. **(STS de 4 de noviembre de 2013; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Plenamente de aprobar esta sentencia para impedir se consume una nueva *invasión* de lo público en lo privado con supuesto apoyo en el propio texto del Código Civil. Aunque la sen-

tencia es parca a la hora de explicar los antecedentes de hecho, parece estamos en presencia de un acogimiento residencial subsiguiente a un desamparo de la menor, la cual al dictarse esta sentencia tiene menos de 12 años, modalidad de acogimiento meramente aludida en el artículo 172 CC apartado 3, párrafo 1.º, disponiendo simplemente que se ejercerá por el Director del Centro donde se ha acogido al menor. La Sala afirma categóricamente que según el artículo 161 la competencia para suspender el derecho que a los padres corresponde de visitar y relacionarse con un menor acogido es exclusiva competencia de los órganos judiciales, sin que dicho precepto haya sido expresa o tácitamente derogado por ningún otro de igual o superior rango y sin que prevea la suspensión de este derecho por decisión administrativa. Sorprende un tanto que, a continuación, se diga que «este artículo 161 tiene el mismo rango legal que las leyes autonómicas», pues ello sólo resulta aplicable a la legislación autonómica de regiones con Derecho civil propio, y que el Tribunal Supremo considere apoyarse incluso en la Convención de 1989 sobre los Derechos del niño o menor.

Por otro lado hay algunos indicios en contra de la situación jurídico-fáctica de la madre biológica recurrente. Estimado el primer motivo del recurso de casación hubiera bastado con hacer constar la innecesariedad de seguir examinando los restantes motivos. Sin embargo, la Sala entra en la argumentación para rechazar el segundo (el derecho del menor a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecta a su esfera personal, familiar o social), que juzga innecesaria cuando la menor ha dado su opinión a lo largo del proceso administrativo, e incluso ha sido explorada por el Gabinete Psicosocial. Rechazando asimismo el tercero acerca de la doctrina jurisprudencial sobre un peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor que justifique la suspensión de las visitas, ya que la sentencia ha valorado el interés superior de la menor directamente afectada por la *influencia perniciosa* que ejerce sobre la misma su madre. Todo ello pudiera explicar la unánime postura de las dos instancias judiciales en contra de la madre. (G. G. C.)

27. Divorcio: Atribución de la vivienda familiar: Situación al acceder el hijo a la mayoría.—El recurso de casación se formula en interés casacional por oposición a la STS del Pleno de esta Sala, de 5 de septiembre de 2011, relativa a la atribución de la vivienda familiar al hijo mayor de edad, con el progenitor con el que ha elegido vivir. Sus antecedentes son: El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de divorcio en cuya virtud fue atribuida a la esposa la guarda y custodia del hijo común, menor de edad, asignándose a éste el uso del domicilio familiar, de naturaleza ganancial, fijando a su favor y a cargo del progenitor no custodio, una pensión de alimentos de 66 euros mensuales. Ambos progenitores, en la instancia habían postulado para sí la guarda, siendo que, de hecho, este hijo, próximo ya a la mayoría, permanecía en tiempos prácticamente iguales con uno y otro. Ocurrió que en el momento de dictarse la sentencia de apelación, el hijo había alcanzado la mayoría y había establecido, de manera voluntaria su domicilio con el padre,

con el que pasó a convivir desde el 5 de marzo de 2011. Previamente a entablar el proceso de divorcio, ambos esposos contemplaron la posibilidad de enajenar la vivienda ganancia y repartir el importe a partes iguales, reconociendo uno y otro que con ello no quedaban desamparados los intereses del hijo común, todavía menor, al no concurrir razones determinantes de la atribución a su favor, por más que, de hecho, pasara a convivir con uno u otro, o incluso que se estableciera una custodia compartida alternativa, circunstancias todas ellas que le sirven a la Audiencia Provincial para mantener a favor del hijo la asignación que hizo el juez, aunque en compañía del progenitor masculino, si bien limitando esta atribución a dos años a computar desde la fecha de la sentencia, transcurrido el cual, quedará automáticamente extinguida la asignación pasando esta a una atribución alternativa a uno y otro litigante, ambos titulares dominicales del inmueble en cuestión, por periodos de un año, y comenzando por la esposa. La sentencia dispone que se mantiene a favor del hijo común la atribución del uso del domicilio familiar y enseres de empleo ordinario existentes en el mismo, si bien ahora beneficiándose el padre con el que convive, en lugar de la madre.

El motivo se va a analizar desde la óptica de la infracción de la sentencia del pleno citada, y no desde la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales al haberse fijado doctrina jurisprudencial como recoge el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, tras la reforma operada por Ley 37/2011 de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal.

Es doctrina jurisprudencial que la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3.º del artículo 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que adquirida la mayoría por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del inicial motivado por la minoría de edad. Como dice la sentencia citada «ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regula conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y ss. CC, tienen derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1.º sino del párrafo 3.º del artículo 96 CC».

La aplicación de esta doctrina determina la estimación del motivo, pues la decisión del hijo mayor de convivir con el padre no debió considerarse factor determinante a la hora de privar a esposa de su derecho a usar el domicilio familiar, como venía haciéndolo hasta ese momento una vez acreditado que las circunstancias en ella concurrentes lo hacían aconsejable por ser su interés el más necesitado de protección, no sólo porque ya estaba en la casa

sino porque carece de sentido que quien salió de la misma vuelva para ocuparla en un tiempo tasado, y que quien estaba en ella, salga por la decisión del hijo de trasladarse a vivir con su padre, cuando no está enfrentado a su madre con la que de hecho ha venido conviviendo hasta que decidió residir en la vivienda de su padre. Este uso se mantendrá hasta el momento de la liquidación del régimen matrimonial, si antes no se produce su venta. (STS de 11 de noviembre de 2013; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

28. Divorcio: Vivienda propiedad del marido: Atribución del uso a la madre y al hijo menor: Limitación temporal: Recurso del Fiscal.—Se trata de la asignación del uso de la vivienda familiar del matrimonio, contraído el 17 de julio de 2006, hasta la ruptura. En este momento el hijo tiene cuatro años de edad (dos tenía entonces) y el uso de la vivienda, contra el criterio del Juzgado de Primera Instancia, que lo atribuyó a la esposa e hijo sin limitación temporal, la Audiencia Provincial, aunque mantuvo la medida, la limitó hasta septiembre de 2015. El recurso de casación, interpuesto por el Ministerio Fiscal, al que se adhirió la esposa, se dirige contra el criterio de la Audiencia Provincial de Valladolid en SAP de 13 de diciembre de 2011 que sintetiza otras anteriores en los siguientes términos: Es de tener en cuenta cuando *la vivienda es privativa del recurrente, el matrimonio ha durado sólo tres años hasta la presentación de la demanda y el padre dispone de recursos económicos para procurar al menor un alojamiento digno mediante el cumplimiento de su obligación alimenticia en metálico. Además consta el hecho demostrado de que la esposa salió del domicilio familiar en el mes de septiembre de 2011 y desde entonces hasta que volvió a la vivienda familiar contó con un domicilio en casa de sus padres. Añade además, que la limitación temporal que se pide no es de aplicación inmediata sino que se pospone hasta tres años más, en cuyo momento se podrá señalar una mayor pensión alimenticia a cargo del padre para compensar que el uso del domicilio deje de pertenecer con carácter exclusivo a esposa e hijo y conseguir con esa compensación que el derecho al alojamiento del hijo quede suficientemente cubierto.*

El recurso de casación se estima, aunque esta Sala valora los razonamientos de la Audiencia Provincial, como valora las críticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida del uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del artículo 96 CC, especialmente en unos momentos de crisis económica en que se han puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inexcusablemente necesaria una nueva y completa regulación.

Dice la STS de 17 de junio de 2013, que hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permite calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios, solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233-20 CCcat, que establece que en el caso en que las otras residen-

cias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragones) (SSTS de 10 de octubre de 2011 y 5 de noviembre de 2012), lo que no sucede cuando pasan a residir en casa de los padres del progenitor custodio porque podrían ser desalojados.

Se ha llegado a decir que la atribución del uso al menor y al progenitor (SSTS de 29 de marzo de 2011 y 5 de noviembre de 2012), se produce para salvaguardar los derechos de este, pero no es una expropiación del propietario y en ocasiones supone también un abuso de derecho que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el artículo 7 CC. Por ello, junto con la STS de 17 de junio de 2013, se contemplan excepciones a la norma derivadas: a) del hecho de que la esposa y su hijo residen en una nueva vivienda que aquélla ostenta en copropiedad con una nueva pareja con la que convive (STS de 29 de marzo de 2011), b) de que la madre ha adquirido una nueva vivienda que cubre las necesidades de alojamiento de la hija menor en condiciones de dignidad y decoro, además, el padre recupera la vivienda lo que le permite disfrutar de un status similar al de su hija y exesposa (STS de 5 de noviembre de 2012), y c) de que no es contrario al interés del menor el hecho de mantener durante tres años al hijo y a su madre en la vivienda para pasar luego a la otra, cuya habitabilidad no se ha cuestionado, cuando el domicilio familiar conlleva el uso de la finca e impide la disposición de un patrimonio común importante, afectando necesariamente a la liquidación del haber conyugal y a su reparto entre ambos cónyuges (STS de 17 de junio de 2013).

Pero no es este el caso. Sin duda, el interés prevalente del menor –STS de 17 de junio de 2013– «es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de la que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartidas, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status, si no sí similar al que disfrutaba hasta ese momento, y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlo en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges, impidiendo un cobertura económica mayor, no sólo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre».

La infracción del artículo 96 CC se produce porque la sentencia deja absolutamente indeterminada la situación del menor una vez que transcurran los tres años a los que limita el uso, y aboca a una posterior modificación de medidas para que el coste de la habitación, antes cubierta, sea incluida con un incremento de la pensión de alimentos. Dice la sentencia que el padre dispone de recursos económicos para procurar al menor un alojamiento digno mediante el cumplimiento de su obligación alimenticia, lo que contradice en cierta forma sus argumentos puesto que si los tiene para el en nada le afecta el que, mientras no se alteren las circunstancias, pueda prescindir de la vivienda de su propiedad para que la ocupe su hijo, además de su esposa,

beneficiaria del derecho de uso. El artículo 96 establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras, incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio protegido por dicho precepto es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en las crisis matrimoniales o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla. La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS de 14 de abril de 2011).

Como reiteran las sentencias de 1 y 14 abril y 21 de junio de 2011, «aunque esta (la impugnada) pudiera llegar a ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE)». Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida se opone lo que dispone el artículo 96.1 CC.

Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá, a su vez, ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento (arts. 14 y 39 CE), y que después han sido desarrollados en la LOPM de 1995. **(STS de 17 de octubre de 2013; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Sobre la doctrina casacional sobre la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar, cfr. STS de 27 de febrero de 2012 (Ponente Encarna Roca Trías), en ADC, 2013, p. 1478 s. (G. G. C.)

29. Divorcio: Pensión compensatoria: Extinción de la fijada en fase de separación por transcurso de tiempo o cambio de circunstancias.—En demanda de divorcio se solicita extinción de la pensión compensatoria que venía abonando a la esposa desde la sentencia de separación dictada en 2003 (460 euros, revisable anualmente conforme al IPC) y subsidiariamente, que se redujera a 150 euros limitándola con carácter temporal a dos años. El Juzgado de Primera Instancia redujo la pensión compensatoria a 450 euros, sin limitación temporal y sin perjuicio de posteriores revisiones por variación de circunstancias. La Audiencia Provincial mantuvo su importe pero se limitó la percepción a un año, lo que unido al tiempo transcurrido desde la separación considera que es un tiempo más que suficiente para garantizar a la demandada la obtención de independencia económica. La sentencia tiene en cuenta la edad de la demandada cuando contrajo matrimonio, la edad de la hija común

(18 años), el tiempo transcurrido de ocho años desde la separación y la edad que tenía de 39 años, no habiendo intentado desde entonces incorporarse al mercado laboral, sin causa justificada, no estando Audiencia Provincial unta da al INEM ni haber mejorado su formación de manera relevante, todo ello sin causa alguna que lo justifique, intentando demostrar ella que su salud de había estabilizado; en el juicio de separación se le diagnosticó trastorno depresivo mayor, con un primer brote con síntomas psicóticos, encontrándose desde hacía cinco años en tratamiento, psiquiátrico y farmacológico, mostrando una actitud obsesiva con relación a su marido, que manifestaba delante de su hija.

En este caso, las circunstancias determinantes del desequilibrio y de la subsistencia del mismo ya venían analizadas en la sentencia de separación y en ella se justifica la concesión del derecho y su cuantía de duración indefinida, sin que nada se dijera de la posibilidad que tenía entonces la esposa de superar en un tiempo determinado el desequilibrio que le generó la ruptura, y esta situación se mantiene hasta el momento de tal forma que no es posible extinguir el derecho, como se instó con carácter principal, o transformarlo en temporal, solo acomodándolos a la fortuna del esposo que se hace cargo de los ingresos de la hija. La decisión de la Audiencia Provincial, favorable a la temporalidad de la pensión compensatoria se asienta en criterios distintos de los afirmados por la jurisprudencia, y no se muestra como resultado de un juicio prospectivo razonable, lógico y prudente. Primero, se ha de descartar la posibilidad de extinguir una pensión concedida con carácter vitalicio atendiendo únicamente al mero transcurso del tiempo y no al dato objetivo de la subsistencia o no del desequilibrio que la motivó (SSTS de 27 junio y 3 de noviembre de 2011); segundo, el estado de salud de la esposa no se tuvo en cuenta para establecer la pensión, amparada exclusivamente en los ingresos del esposo reflejados en las nóminas y declaración del IRPF; tercero, ningún dato de los que valora la Audiencia Provincial permite concluir que se ha producido una notoria y sobrevenida mejora patrimonial o financiera de la esposa y ninguna prospección razonada y concreta se hace sobre la posibilidad de que pueda reintegrarse al mercado laboral en el que tampoco consta que estuviera desde que se produjo la separación, la que, por otra parte, resulta particularmente complicado en una persona que padece una severa enfermedad mental que no consta, de forma fehaciente y rigurosa, que se haya estabilizado. (STS de 24 de octubre de 2013; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

30. Partición hereditaria: Naturaleza jurídica y alcance del *ius transmissionis*: artículo 1006 CC: Doctrina jurisprudencial.—El presente caso plantea como cuestión de fondo, de índole doctrinal y sustantiva, la fundamentación correcta a la situación producida en un procedimiento de división de la herencia en el que uno de los herederos, llamado a suceder, fallece antes de aceptar o repudiar la herencia, pasando a sus propios herederos el derecho que él tenía (art. 1006 CC). Esta cuestión ha sido ampliamente debatida por la doctrina científica dando lugar a la existencia de dos corrientes doctrinales: la denominada *teoría clásica* o de la *doble transmisión*, según la cual en la sucesión por derecho de transmisión existen dos movimientos o

pasos de los bienes, uno primero desde el primer causante a la masa hereditaria del heredero transmitente y otro segundo, desde la masa hereditaria del citado transmitente al heredero transmisario que acepta las dos herencias; y la *teoría moderna*, de la adquisición directa o de la doble capacidad, según la cual los bienes pasan directamente del primer causante al heredero transmisario cuando este ejercita positivamente el denominado *ius delationis* (derecho a aceptar o repudiar la herencia).

Interesa destacar que el derecho de transmisión del artículo 1006 CC refiere sustancialmente a la cualidad del *ius delationis* de poder ser objeto de transmisión, esto es, la aplicación *ex lege* de un efecto transmisivo en la adquisición de la herencia por el que el derecho a aceptar o repudiar la herencia que tenía el heredero transmitente, que fallece sin ejercitarlo, pasa a sus propios herederos, denominados herederos transmisarios. De esta forma, el derecho de transmisión, en sí mismo considerado, ni configura ni altera la naturaleza y caracterización del *ius delationis*. Fenómeno que debe enmarcarse en la progresiva flexibilización del rigorismo de la tradición romanista, que no admitía la transmisión de la cualidad de heredero adopta y desarrolla nuestro Código Civil, y que también se produce en los Derechos forales, en donde el *ius transmissionis* goza de plena carta de naturaleza (arts. 461.13 CCcat, 39 LSCM y Ley 317 FNN).

Esta Sala en Sentencia del 30 de octubre de 2012 ha profundizado la naturaleza y caracterización del *ius delationis* en la figura del fideicomiso de residuo, que se integra en la estructura y unidad del fenómeno sucesorio, de suerte que el fideicomisario trae directamente causa adquisitiva del fideicomitente o testador, ya que el fiduciario, a estos efectos, no fracciona la unidad del fenómeno sucesorio que no estuviese ya en la esfera hereditaria del heredero fideicomisario. Por su parte la STS de 20 de julio de 2012, destaca que la fórmula de 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 no se transmite al haberse ya ejercitado, de forma que dicha aceptación es la que causaliza al inmediato negocio de atribución que se realice.

Esta equivalencia encuentra apoyo interpretativo en los precedentes del Código Civil, y así el artículo 2365 del Proyecto de 1836 ya establecía que aquel derecho podían ejercitarlo los herederos en su propio nombre; por su parte el artículo 836.1 del Proyecto de 1851 recalca que por la muerte del heredero, sin aceptar o repudiar la herencia, se transmitía a los suyos el mismo derecho que él tenía, norma mantenida en el artículo 1018 del Anteproyecto de 1882.

Del contexto interpretativo realizado debe concluirse, como fijación de la doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida, que *el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 CC no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria, o fraccionamiento del ius delationis en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización transita o pasa al heredero transmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el ius delationis, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el ius delationis integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán*

directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente.

La inalterabilidad del *ius delationis*, junto con la debida diferenciación de los procesos sucesorios en liza, determina, a su vez, que los derechos hereditarios de los herederos transmisarios se ejerciten plenamente conforme a la sucesión del causante de la herencia, ya testamentariamente o bien de forma intestada, quedando comprendidas en dicha ejecución sucesoria la concreción e individualización propia de las operaciones particionales cuando estas tengan lugar, sin que dicha ejecución venga condicionada por las disposiciones que deban seguirse respecto de la sucesión o partición de la herencia del heredero transmitente. Esta misma razón de inalterabilidad o subsistencia del *ius delationis* hace que cumplidos ya los requisitos de capacidad sucesoria por el heredero transmitente y, por tanto, la posibilidad de transmisión de aquél, la capacidad sucesoria de los herederos transmisarios en la herencia del causante deba ser apreciada cuando éstos acepten la herencia del fallecido heredero transmitente. (STS de 11 de septiembre de 2013; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—Cuestión debatida de antiguo entre nosotros, que pretendió resolver Albaladejo, como resumió luego O'Callaghan (*Comentarios del Ministerio de Justicia*, 1.ª ed., I, ad art. 1006, p. 2378 s., con referencias bibliográficas) y reiteró en *Código civil. Comentado y con jurisprudencia*, ed. 2008, p. 977 s.). La STS de 30 de octubre de 2012 (Ponente Orduña Moreno) se encuentra extractada y anotada en *ADC*, 2014, p. 1157 ss por Sebastián López Maza). (G. G. C.)