

SALA PRIMERA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

1. Derecho procesal.
 - 1.1. Exención del Consorcio de Compensación de Seguros de la obligación de consignar la indemnización para recurrir.
 - 1.2. Intervención en el proceso. El tercero no es parte demandada si el demandante no dirige contra él la demanda. Improcedencia de pronunciamiento ni condenatorio ni absolutorio del tercero.
 - 1.3. Apreciación como causa de inadmisión y, por tanto, de desestimación, de la utilización de un cauce procesal incorrecto. Proceso matrimonial en el que se intenta acceder a la casación por la vía de la vulneración de derechos fundamentales.
 - 1.4. Incongruencia omisiva. Necesidad de agotar previamente ante la Audiencia las posibilidades de subsanación mediante la solicitud de complemento de la sentencia prevista en el artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
2. Derecho concursal.
 - 2.1. Calificación del concurso. Criterios para describir la causa de que el concurso se califique como culpable. Irregularidad en las cuentas anuales.
3. Propiedad intelectual.
 - 3.1. Uso ilícito de unos manuales de educación en materia informática. Fijación de la indemnización concedida: el ámbito jurisdiccional se extiende a la ponderación de todos los factores, alegados o no por las partes, que sea preciso tomar en cuenta para acomodar la decisión a las circunstancias específicas del supuesto enjuiciado.
4. Derecho de familia.
 - 4.1. Criterio prioritario para la atribución del uso de la vivienda familiar cuando los hijos han alcanzado la mayoría de edad.
 - 4.2. Legitimación de los tutores del incapaz para interponer demanda de divorcio. Aplicación de las reglas de la representación legal.
 - 4.3. Temporalidad de la pensión compensatoria. Criterios para revisar las conclusiones alcanzadas por el tribunal de apelación.
 - 4.4. Adopción. Necesidad del consentimiento del progenitor natural del adoptado. Principio constitucional de igualdad de los hijos ante la ley.
5. Sociedades.
 - 5.1. Sociedades cooperativas. Prescripción de la acción social de responsabilidad. Aplicación de Ley autonómica.
6. Derecho de la competencia.
 - 6.1. Compatibilidad de un contrato de abastecimiento de productos petrolíferos en estaciones de servicio con el Derecho de la Unión Europea de defensa de la competencia. Aplicación de la regla de *minimis*.

7. Derecho hipotecario y registral.
 - 7.1. Validez de la notificación telemática de la calificación registral. Interés del presentante titular de la relación jurídico real, que es el afectado por la calificación.
 - 7.2. Legitimación del Registrador para impugnar la resolución dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Vinculación a una eventual responsabilidad civil o disciplinaria del Registrador.

8. Obligaciones y contratos.
 - 8.1. Nulidad de un contrato de compraventa de cosa común celebrado por uno de los condóminos. Alteración de la cosa común no consentida por todos los comuneros.

9. Propiedad industrial.
 - 9.1. Marcas: marca constituida por un título nobiliario. La distinción nobiliaria no tiene como función principal individualizar a la persona sino otorgar un tratamiento honorífico a favor de alguna.

10. Derecho honorífico.
 - 10.1. Disposición Transitoria Única, apartado 3, de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y de la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios. Incluye los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil.
 - 10.2. Aplicación retroactiva de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y de la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, al supuesto de cesión de un título nobiliario efectuada por el último poseedor del título con arreglo a la ley vigente en el momento de hacerse la cesión, en el que regía el principio de varonía.

La crónica de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo perteneciente al año judicial 2012-2013 contiene una recensión de las sentencias que abordan cuestiones de especial importancia respecto de las que se establece una doctrina autorizada. La presente crónica, mediante un breve resumen del contenido de las citadas resoluciones, pretende dar a conocer los criterios jurisprudenciales más novedosos de manera sintética y precisa¹.

1. Derechos fundamentales.

1.1. La **STS 03-07-2012 (RC 56/2011)** confirmó la condena por intromisión ilegítima en el derecho al honor de los demandantes tras precisar que la vulneración de la imagen que se invocaba en la demanda no debía entenderse referida al derecho fundamental a la propia imagen garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución, como derecho fundamental autónomo y distinto del derecho al honor y protegido civilmente, también como derecho autónomo, por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sino a la imagen en un sentido no estrictamente jurídico, como “imagen pública”.

1.2. La **STS 04-07-2012 (RCIP 716/2010)** desestima los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal sido interpuestos por la periodista demandada y confirma la condena impuesta en la instancia a la recurrente. La sentencia considera que la demandada no formuló una mera opinión sino que las manifestaciones vertidas durante la emisión del programa constituían información, por lo que la falta de veracidad del hecho de que la Fundación de un partido político a la que se hacía alusión financiara a otro partido político han dañado el prestigio de la Fundación demandante al imputar a esta unas actividades contrarias a sus estatutos y a la ley. En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal, se desestima porque la Audiencia goza de amplias facultades para revisar el pronunciamiento del Juzgado de Primera Instancia relativo a la difusión de la sentencia. Esta sustituyó la publicación de la resolución en dos periódicos de tirada nacional y en otros dos de tirada en Cataluña por otra solución menos gravosa, instada por el Ministerio Fiscal, como es su difusión en el programa *59 segundos* o en otro similar que lo sustituyera en cuanto a formato y horario de emisión. Por ello, la Sala considera que esta decisión de la Audiencia Provincial no es incongruente.

También es digna de mención la **STS 09-07-2012 (RCIP 2068/2010)** que confirmó la sentencia que condenó a la empresa editora de un diario y al autor de un artículo litigioso en el que se atribuía a la demandante la condición de “politoxícmana”, por intromisión ilegítima en el honor de la demandante, conocida por ser la pareja sentimental del agresor del profesor Neira. La Sala a rechaza en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal, al considerar congruente y motivada la resolución impugnada, e igualmente conforme a Derecho la condena a la rectificación de la información ofensiva. En

¹ La Crónica de la Sala Primera ha sido elaborada por D. ^a Luisa Torres Vargas y por D. Francisco Ángel Carrasco García, Letrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, con la supervisión general del Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

cuanto al recurso de casación, tras recordar la jurisprudencia relativa a que el juicio de ponderación entre los derechos fundamentales en litigio según la cual la preponderancia en abstracto de la libertad de información puede revertirse a favor del derecho al honor atendiendo al peso relativo de ambos derechos en función de las circunstancias del caso, concluye que esto es lo que acontece dada la falta de veracidad de la información publicada. Si bien se informó respecto de un hecho noticioso, de interés público, en el que también tenía relevancia pública la condición o no de toxicómano del agresor y de la demandante, los demandados no agotaron el deber de diligencia a la hora de comprobar la veracidad de ese dato, pues la remisión genérica a fuentes policiales no excusa al medio de comunicación de tener que practicar otra actuación de indagación o comprobación, sin que tampoco se estime suficiente la declaración testifical del abogado del Sr. Neira, puesto que su fuente de conocimiento también es imprecisa e indeterminada.

1.3. La STS 24-07-2012 (RC 355/2011) estima el recurso formulado por la editora de una revista dada la prevalencia del derecho a la libertad de información sobre el derecho a la propia imagen vistas las circunstancias del caso. Tras recordar de nuevo la doctrina que rige los conflictos entre los derechos fundamentales en litigio y la preponderancia de la libertad de información como cauce para la formación de una opinión pública libre, la Sala concluye que, en este caso, habida cuenta de las circunstancias concurrentes, no existen razones para revertir esa posición prevalente ni para apreciar intromisión ilegítima en el honor e imagen del demandante. En cuanto al honor, porque dicha acción no fue ejercitada, limitándose la petición del demandante a la protección de su propia imagen. Y en cuanto a la falta de ataque a este último derecho, porque el artículo publicado tuvo por finalidad divulgar una información de interés público respecto de un tema de especial sensibilización en la opinión pública, porque no se cuestionó su veracidad, porque el posible menoscabo a la fama o reputación deviene de los propios hechos sobre los que se informa y no del enfoque o tratamiento de la noticia y, fundamentalmente, porque la imagen del demandante no puede considerarse accesoria de la información publicada, dado que el mismo era protagonista de la noticia, sin que esté constitucionalmente justificado dar menor protección a la información gráfica que a la escrita.

La **STS-18-10-2012 (RC 2/2010)** tras realizar el oportuno juicio de ponderación de los derechos en conflicto, desestima un recurso de casación al considerar que no puede mantenerse la prevalencia de la libertad de información y expresión sobre el derecho al honor de la demandante, al no haberse ejercitado aquellos derechos de forma legítima pues el interés de las preguntas era escaso al ir referidas a la vida privada de una persona con proyección pública, las especulaciones sobre las causas de la disolución de su matrimonio no proporcionaban ningún tipo de información, y las preguntas sobre sus relaciones sexuales no resultaban veraces y, en todo caso, aunque lo hubiesen sido, al afectar a datos íntimos, no estaban amparadas por la libertad de expresión ni por el derecho a la información.

La **STS 18-02-2013 (RC 1245/2011)** considera que el interés público de la información es débil porque no contribuye al debate en una sociedad

democrática, siendo su finalidad el conocimiento de la vida privada de las personas. Los comentarios utilizados, en los que se califica al demandante como "machista, prepotente y mujeriego", no pueden enmarcarse dentro del derecho de crítica, sino que, al ser reiteración de las manifestaciones que dieron lugar a una sentencia a su favor, se consideran una nueva vulneración del honor y la intimidad de este. La sentencia también considera que la Audiencia Provincial no fijó los parámetros legales para la modificación de la cuantía de la indemnización, y revoca la cuantía concedida en apelación, considerando que, atendiendo al carácter íntimo de los hechos, los comentarios y expresiones utilizadas, la reiteración en el tiempo y en el espacio de los mismos, la importante audiencia del medio, las ganancias o beneficios obtenidos por la difusión y la condena sufrida anteriormente, estos factores determinaban que la cuantía concedida en primera instancia fuera la adecuada.

La **STS 25-02-2013 (RC 789/2010)** se refiere a las informaciones aparecidas en un diario en meses posteriores a septiembre de 2004, en las que se relacionaba al demandante con los acontecimientos que siguieron a los atentados del 11-M. La sentencia, aplicando la doctrina reiterada de la Sala sobre los parámetros que han de tomarse en consideración para la adecuada ponderación de tales derechos concluye que no se dan las circunstancias para revertir la primacía de la libertad de información toda vez que: a) la información publicada tenía indudable relevancia o interés público por la trascendencia social de los hechos en sí mismos considerados (posible implicación de un funcionario público en hechos delictivos de enorme repercusión social); b) el medio respetó el deber de veracidad, entendido en el marco de la libertad de información no como exigencia de verdad absoluta sino como necesidad de contrastar o verificar la información con la diligencia de un buen profesional, siendo compatible la veracidad con la constatación de errores o inexactitudes en la información, en tanto que indicó en todo momento las fuentes de donde procedía la información publicada, concurriendo además los requisitos del reportaje neutral, ya que el periódico no transmitió la información como propia sino que se limitó a divulgar el contenido de las declaraciones judiciales del confidente durante la instrucción del sumario del 11-M, en las que se vinculaba al demandante con el tráfico y venta de armas a miembros de bandas organizadas y traficantes de droga; y c) al transmitir la información no se emplearon términos innecesaria o desproporcionadamente insultantes, vejatorios u ofensivos, sin que la mera circunstancia de que los hechos que se imputaban al demandante dañen su honorabilidad implique necesariamente que se haya rebasado al ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de información habida cuenta lo dicho por la sentencia sobre su carácter veraz.

1.4. La STS 24-07-2012 (RCIP 280/2010) considera que, cuando existen indicios de la vulneración de un derecho fundamental, la carga de la prueba se desplaza hacia la parte demandada, por lo que la falta de acreditación del carácter privado o público de la playa en la que se captaron las fotos no podía operar en perjuicio de la demandante, como entendió indebidamente la Audiencia. En todo caso, el Tribunal Supremo precisó que la cuestión relativa al carácter público o privado de la playa no se convierte en el núcleo esencial para la resolución del presente caso pues, aunque la playa fuera pública y de uso no restringido, lo determinante en este recurso son las circunstancias del

caso concreto, todas ellas reveladoras de que las imágenes se captaron sin el consentimiento de la interesada, en un lugar apartado que fue buscado de propósito para la realización de una sesión fotográfica de un reportaje pactado, cuya publicidad quería evitarse.

1.5. La STS 24-07-2012 (RC 1705/2010) revoca la decisión absolutoria segunda instancia y, con estimación del recurso de casación interpuesto por el demandante, condena al demandado por intromisión ilegítima en el derecho al honor del primero. Para la Sala, puesto que las expresiones controvertidas no han sido cuestionadas, corresponde ponderar el interés público de las alegaciones de carácter subjetivo, tras lo cual llega a la conclusión de que fueron efectuadas en un contexto de polémica entre dos importantes medios de comunicación, escrito y radiofónico, y de que sus protagonistas tienen la condición de personajes públicos por su actividad profesional, lo que, en el caso del demandado, justifica que deba soportar un mayor grado de crítica, sin embargo, no justifica la reiteración y la insistencia del demandado en reprobar la conducta del demandante hasta un extremo desproporcionado e innecesario para aquel fin crítico perseguido.

La **STS 28-09-2012 (RC 205/2010)** revoca la sentencia de la Audiencia Provincial al estimar el recurso de casación interpuesto por el notario demandado. La Sala en su decisión tiene en cuenta el cumplimiento de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para mantener la prevalencia de la libertad de expresión e información. Así, en primer lugar, el interés público de la noticia no fue cuestionado, ya que se trataba de un artículo sobre la trascendencia de la aprobación de una normativa y la acogida sobre esta cuestión por los notarios. En segundo lugar, el hecho de que, pese a que las expresiones utilizadas son graves, puestas estas en relación con el contexto en el que se producen, de crítica a actuaciones o comentarios anteriores efectuados por el demandante contra la actividad profesional del demandado y de crítica de actividades desarrolladas por el demandante en su condición de decano, no revisten trascendencia suficiente para descartar la prevalencia de la libertad de expresión, a lo que añade que debe tenerse en cuenta la sección en la que se insertó la noticia, cuyo tono era fundamentalmente irónico.

La **STS 06-03-2013 (RC 129/2011)** resuelve acerca de la demanda interpuesta por un particular contra sus familiares por vulneración del derecho al honor por el envío de unas cartas a su entorno social, familiar y profesional en las que se ponía de manifiesto que había sido denunciado por violencia de género y por el envío al banco donde trabajaba de cartas en las que se le acusaba de obtener información privilegiada de las cuentas bancarias de sus padres. La Sala confirma la decisión adoptada en la instancia y considera que debe prevalecer la libertad de información, sin que se hubiera producido vulneración del honor del demandante, al cumplir la información el requisito de veracidad, entendida esta no como verdad material u objetiva de los hechos narrados sino como información contrastada independientemente de la total exactitud de los hechos. La sentencia razona que la utilización de los mecanismos legítimos para la defensa de los intereses propios no puede por sí misma considerarse una vulneración al derecho al honor y que, en el caso, el contexto, la situación de confrontación familiar y la veracidad de los hechos

impedían considerar vulnerado el derecho al honor pretendido por el recurrente.

La **STS 30-04-2013 (RC 1360/2010)** estima el recurso de casación formulado por el portavoz de un partido político del Ayuntamiento de Vinaròs, con el resultado de revocar la condena que se le impuso en la instancia, al no apreciar la Sala que sus palabras, dado el contexto político en el que se profirieron, constituyeran una intromisión ilegítima en el derecho al honor del alcalde de dicho municipio. La sentencia funda esta conclusión en las siguientes consideraciones: a) las manifestaciones críticas se hicieron por el portavoz del partido de la oposición en relación con un asunto de indudable interés general para los habitantes de dicho municipio (de los términos de la rueda de prensa resulta que el recurrente criticó los numerosos viajes realizados por el alcalde y otros concejales y tal actuación no solo es lícita, sino absolutamente necesaria para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a conocer como se gobiernan los asuntos públicos); b) por tratarse esencialmente del ejercicio de la libertad de expresión, no entra en juego la exigencia de veracidad, que solo cabe exigir respecto de las informaciones difundidas al hilo de la críticas vertidas, las cuales, por si fuera poco, también se reputan veraces; y c) tampoco cabe apreciar desproporción en el empleo de expresiones para transmitir la opinión crítica, ya que las palabras deben contextualizarse y no valorarse de manera aislada y en este caso fueron expresadas en un marco legítimo de crítica política hacia un comportamiento del alcalde que se consideraba inadecuado.

1.6. La STS 4-10-2012 (RCIP 314/2010) confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial porque esta había realizado una adecuada ponderación de los derechos fundamentales en colisión en atención a que el interés noticioso de los comentarios y expresiones era débil, al ir referido a cuestiones que afectaban a la vida privada de un personaje público; y porque las informaciones difundidas, aunque ya eran conocidas, fueron reelaboradas otorgándolas un doble sentido, pero sobrepasando los límites de la libertad de expresión, al ridiculizar al personaje en una operación de descrédito prolongada en el tiempo, lo que supuso una agravación de los hechos.

1.7. La STS 18-10-2012 (RCIP 2050) declara que en los artículos de un diario de León predomina la libertad de información, dado que en ellos destaca la comunicación de hechos o noticias, por más que puedan deslizarse juicios de valor u opiniones. En este caso, la preponderancia que en abstracto tiene la libertad de información no puede ser revertida toda vez que no hay duda de la relevancia e interés público de la publicada (derivada de la naturaleza de las funciones públicas que desempeña la afectada y también de la materia de la que se informa, al tratarse de conductas o actuaciones irregulares o ilícitas llevadas a cabo por quien tiene encomendada la gestión de intereses públicos), sin que tampoco pueda cuestionarse su veracidad, en la medida en que los periodistas sustentaron sus conclusiones en datos contrastados, tratándose de conclusiones a las que el lector medio hubiera llegado igualmente con los mismos datos que los periodistas extrajeron de los documentos, de las manifestaciones de los interesados y de otras fuentes municipales y de la Diputación de León. A este respecto, se precisa que el archivo de las

actuaciones penales no condiciona la protección de la libertad de información, pues la falta de prueba en el proceso penal del hecho no implica su falta de veracidad, dado que la veracidad de información ha de examinarse no en términos de realidad incontrovertible o de exactitud total sino de diligencia en la búsqueda de la información.

La **STS 13-11-2012 (RCIP 323/2011)** concluye que debe entenderse que el semanario no se excedió en el ejercicio de su derecho de expresión y su libertad de información debido al gran interés público de la información publicada, tanto por la materia (la gestión y distribución de un recurso natural indispensable como el agua y la existencia de diligencias informativas por presuntas irregularidades en la gestión, control y distribución encomendadas a uno organismo público) como por la persona (presidente de un organismo autónomo de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio de Agricultura); el carácter veraz de dicha información, en tanto que el derecho a la presunción de inocencia no se traduce en la imposibilidad de informar sobre procedimientos penales no sentenciados, ni la protección de la libertad de información viene condicionada por su resultado si antes se obró de forma diligente en la búsqueda de dicha información, además de que la mayor parte de los artículos publicados entran dentro de la doctrina del reportaje neutral; y, finalmente, la ausencia de expresiones injuriosas o vejatorias y por tanto innecesarias o desproporcionadas para el fin de comunicación la referida información.

La **STS 6-03-2013 (RC 1032/2011)** resuelve un caso sobre unos reportajes referidos al médico alemán conocido como “Doctor Muerte”, perteneciente a las SS alemanas en la Segunda Guerra Mundial, al que vinculaban con los demandantes, quienes podrían estar colaborando con dicho criminal, al hilo de una investigación penal iniciada por las autoridades judiciales alemanas que habían solicitado la colaboración de las autoridades españolas, resultando posteriormente el archivo de las diligencias por la falta de relación con el prófugo, aunque existía una relación comercial con el hijo de este. La Sala valora la enorme relevancia pública e interés general de la materia, al tratarse de una información para evitar la impunidad del segundo criminal de guerra nazi más buscado y considera que el requisito de la veracidad de la noticia se cumple porque los datos básicos ofrecidos eran ciertos, aunque existieran algunas inexactitudes, y porque las informaciones había sido contrastadas. También considera que la veracidad no se excluye porque posteriormente los hechos no resultaran probados, sin que el tratamiento de la noticia fuera la causa del menoscabo sufrido, al entender que este menoscabo provenía de los propios hechos y no de la forma en que se transmitió la información.

La **STS 06-03-2013 (RC 1091/2010)** desestima el recurso de una sociedad mercantil que consideraba que la información difundida en un programa en la que se afirmaba que había obtenido importantes beneficios económicos mediante la falsificación de prendas de vestir menoscababa su derecho al honor. La Sala considera que la información difundida resultó proporcionada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo de informar a los ciudadanos sobre los resultados obtenidos en el curso de una operación

policial y judicial, sin que se realizara un juicio de culpabilidad, emitiendo los datos y resultados de las investigaciones efectuadas en el momento de la emisión. La sentencia destaca que lo relevante para la veracidad informativa no es que *a posteriori* se pruebe en un proceso la realidad de los hechos, sino el grado de diligencia observado para su comprobación con anterioridad a la publicación de aquéllos, circunstancias que concurrían en el caso examinado y que llevan a la confirmación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

Según la **STS 06-03-2013 (RCIP 1403/2010)**, en el caso que resuelve se da el requisito del interés público de la noticia porque del contenido del derecho al honor no cabe deducir la imposición de un deber de mantener en secreto las investigaciones policiales en tanto no haya recaído una decisión judicial sobre la responsabilidad penal de los inculcados, sino que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, la información sobre los resultados de las investigaciones policiales tienen relevancia e interés público. Al tratarse de un asunto de trascendencia social como es el terrorismo, la Sala considera que su relevancia e interés público justifica la difusión de las investigaciones en curso y ampara además el conocimiento de la identidad de las personas investigadas. También se cumple el requisito de la veracidad porque lo relevante para la veracidad informativa no es que *a posteriori* se pruebe en un proceso la realidad de los hechos, sino el grado de diligencia observado para su comprobación con anterioridad a la publicación de aquéllos. En el caso planteado, contrariamente a lo decidido por la Audiencia Provincial, la Sala Primera considera que la periodista había actuado con la diligencia exigible a un profesional de la información al haber acudido a fuentes fidedignas y mostrar la realidad de los resultados de la investigación policial. Finalmente, también se da el requisito de la proporcionalidad porque los términos utilizados y la forma objetiva de narrar los hechos tampoco revierten el juicio de ponderación de los derechos fundamentales en colisión.

La **STS 05-06-2013 (RCIP 1628/2011)** casa la sentencia que condenó a los demandados por intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante al considerar que el juicio de ponderación lleva a mantener la prevalencia de la libertad de información por las siguientes circunstancias: a) la información publicada tenía un incuestionable interés público por denunciar posibles irregularidades en materia de medio ambiente y en cuanto a la ordenación y control del cumplimiento normativo en materia de urbanismo, dado el respeto que es exigible por los partidos políticos y empresarios promotores a las reglas de planeamiento, a la adecuación de la política urbanística al bien común y a los principios de buen gobierno (entre ellos especialmente el de transparencia) en relación con los beneficios económicos obtenidos mediante la construcción; b) dicha información fue veraz, dado que debe considerarse intrascendente el hecho de que el demandante no ostentara el cargo de secretario de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias (COTMAC), pues la libertad de información es compatible con la existencia de errores e inexactitudes sobre aspectos que no alteran el núcleo de la información y, en el caso enjuiciado, la inexactitud relacionada con el puesto que ocupaba el demandante no afectaba a lo esencial de la información que era la existencia de una relación entre la Comisión y el demandante, que sí respondía a la realidad; y c) tampoco desde

el ángulo del posible carácter injurioso, insultante o desproporcionado puede ser revertido el juicio de ponderación en cuanto que los artículos cuestionados no imputan hechos concretos ni hacían un juicio de valor que lesionase la dignidad de la persona menoscabando su fama o su propia estimación, sino que se limitaron a informar sobre hechos relevantes para la opinión pública.

1.8. La STS 04-12-2012 (RC 1181/2010) confirmó la sentencia de la Audiencia que apreció la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad familiar del demandante. La Sala tiene en cuenta la jurisprudencia aplicable a los supuestos en los que se divulgan datos ya conocidos, implicando a familiares, en la valoración de la prevalencia o no de la intimidad familiar sobre la libertad de expresión, hay que atender a hechos como el fallecimiento de los personajes afectados, la desconexión temporal y espacial entre las declaraciones que en su día hicieran los protagonistas y la reconstrucción de los hechos que se hiciera en la noticia, teniendo en cuenta también la voluntad adoptada por los familiares, mantenida en el tiempo, de no divulgar los datos conocidos. Aplicando esta doctrina, la sentencia considera que existía una desconexión temporal entre los hechos divulgados y las declaraciones realizadas por el demandado, que las declaraciones afectaban a una persona fallecida y que su hijo, afectado por ellas, había mantenido una actitud de respeto y reserva sobre la vida íntima de su madre por lo que no podían enmarcarse dentro del ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

1.9. La STS 21-01-2013 (RC 26/2009) confirma la condena impuesta en la instancia al demandado y a la empresa editora por intromisión ilegítima en el derecho al honor del un magistrado. El empleo de expresiones como “montaje”, “linchamiento”, “interroga como un nazi”, “prevaricación” o “trampa política”, para referirse a la actuación judicial por la que el magistrado imputó a tres peritos de la policía durante las investigaciones del caso “11M”, llevó al magistrado a presentar una demanda para la protección de su derecho al honor, que fue estimada en ambas. La Sala ratifica esta conclusión y precisa que *“la actuación de los jueces y tribunales puede revestir un gran interés público y ser objeto de crítica por los medios de comunicación, pero la libertad de información y de expresión debe sujetarse a los límites impuestos por el respeto al normal desarrollo de la actividad jurisdiccional”* (FJ 4.º). Para la Sala, estas razones permiten colegir que *“los miembros del Poder Judicial, en atención a la naturaleza de la función que desempeñan, están especialmente protegidos frente a las informaciones inveraces o innecesariamente vejatorias, ya que, por exigencias éticas y de regulación profesional fundadas en la necesidad de mantener su estatus de imparcialidad y neutralidad, no pueden ni deben replicar a las críticas que reciban por el ejercicio de su función jurisdiccional ni, en general, hacer declaraciones sobre los asuntos judiciales en los que estén interviniendo o vayan a intervenir”* (FJ 4.º). En atención a esta especial protección, la sentencia afirma que los titulares, artículos, editoriales y cartas al director sobre los que se proyecta la demanda constatan informaciones, junto con apreciaciones, que pueden considerarse críticas, en principio y en abstracto, justificadas por el interés público de la noticia, relacionada con el “11-M” y por la relevancia pública del demandante y el carácter también público de la función que desempeñaba, pero que, sin embargo, desde la perspectiva concreta del peso relativo de los derechos en

litigio, rebasaron los límites constitucionalmente protegidos de las libertades de expresión e información para constituir una intromisión ilegítima en el derecho al honor ajeno, toda vez que no se guardó la debida proporcionalidad en su emisión y que se hicieron acusaciones de actuaciones poco dignas del demandante, contrarias a la imparcialidad judicial e incluso delictivas, todas ellas no demostradas, cuya formulación, aún con carácter hipotético, considera la sentencia que es innecesaria para los lícitos fines de informar y criticar.

La **STS 25-03-2013 (RC 354-2010)**, relacionada con la anterior, desestima el recurso de casación de un magistrado porque considera que la libertad de expresión del periodista se ejerció de forma legítima. En la sentencia se parte de la prevalencia de la libertad de información y expresión en un Estado democrático de Derecho, precisando que, cuando estas libertades van referidas a actividades jurisdiccionales, se debe actuar con rigor informativo para no alterar el desarrollo de la actividad jurisdiccional, recordando la doctrina relativa a que los miembros del Poder Judicial no pueden responder a las críticas que se les realizan en el ejercicio de su función. En la ponderación del derecho al honor como prestigio profesional del magistrado y el derecho a la crítica del periodista a las actuaciones del magistrado en su faceta profesional, la sentencia valora, para considerar que el ejercicio de su labor por el periodista no habría traspasado los límites de la libertad de información y expresión, las circunstancias relativas a la relevancia pública e interés general del asunto por la condición del recurrente de personaje público debido al ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y por el interés público del asunto en las actuaciones judiciales en relación con el terrorismo; la actuación diligente del periodista acorde con la noticia, no siendo elemento de valoración la veracidad cuando de libertad de expresión se trata; y la proporcionalidad de las expresiones, las cuales además han de ser valoradas en un contexto de contienda pública de notables diferencias entre las partes, en el que la prevalencia de la libertad de expresión se encuentra reforzada.

1.10. La **STS 29-01-2013 (RC 2021/2010)** ha resuelto un supuesto relacionado con la remisión de datos personales a los registros de morosos. Los hechos objeto de enjuiciamiento parten de la demanda interpuesta contra una Caja de Ahorros por la cesión de sus datos personales a un fichero de morosos sin cumplir, a juicio de los demandantes, los presupuestos esenciales. La Sala recuerda su doctrina jurisprudencial en materia de inclusión errónea en registros de morosos, concluyendo que esta imputación supone una intromisión ilegítima en el derecho al honor de tal trascendencia que obliga a quienes manejan estos datos a actuar con la máxima diligencia, siendo el elemento de veracidad de la información lo que determina la intromisión. La sentencia analiza los requisitos legales para la inclusión en este tipo de ficheros de datos de carácter personal, entre los cuales se encuentra el requerimiento previo de pago y concluye que, en el caso que resuelve, al haberse realizado los requerimientos de pago previos a la inclusión de datos en el fichero de morosos, ninguna infracción legal o aplicación indebida de la jurisprudencia se había producido, confirmando así la resolución recurrida.

La **STS 6-3-2013 (RC 868/2011)** resuelve un caso opuesto al anterior y desestima el recurso (y la demanda) de un cliente de una entidad bancaria,

declarando la existencia de intromisión ilegítima en su derecho al honor como consecuencia de la indebida incorporación de sus datos personales en dos registros de solvencia patrimonial. Se declara que ante una deuda de dudosa existencia y exigibilidad, no es lícito que las entidades de crédito utilicen la inclusión en dichos registros como método de presión. La sentencia recuerda que constituye doctrina jurisprudencial que la inclusión en un registro de morosos erróneamente, sin que concurra veracidad, es una intromisión ilegítima en el derecho al honor, por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación, siendo además intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por el público, sea o no restringido, y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública, de manera que si, además, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como la negación de un préstamo hipotecario) o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de la línea de crédito), sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3 de la Ley de protección de este derecho. A continuación se analiza la legislación especial aplicable, que, en línea con la jurisprudencia citada, condiciona la publicación de los datos del moroso a que la información resulte veraz. En el presente caso, del análisis de las circunstancias concurrentes, entiende la Sala que no cabe concluir que concurren los presupuestos de la certeza del descubierto y de la exigibilidad de la deuda.

1.11. La STS 05-02-2013 (RC 1255/2011) confirma la decisión de no apreciar intromisión ilegítima en el derecho al honor de un empresario que demandó a una ex empleada tras no haberse podido probar en los tribunales de la jurisdicción social el supuesto acoso sexual que se le imputaba. Tanto el Juzgado como la Audiencia justificaron su decisión desestimatoria de la demanda diciendo que la empleada se había limitado a actuar dentro de su derecho de defensa, sin dar publicidad desmedida a los hechos que denunciaba, y sin tener intención alguna de menospreciar a su ex jefe. La Sala ratifica estos pronunciamientos y declara que la particularidad de presente caso es que la “libertad de expresión no se ejerce por o mediante un medio de comunicación, sino en un entorno forense, dentro de un procedimiento judicial social, reservado a las partes y al juez, y con el telón de fondo de una reclamación económica por acoso laboral” (FJ. 4.º). La Sala atiende fundamentalmente al contexto en que se vertieron, advirtiendo que es inherente a toda demanda que en ella se expresen opiniones y apreciaciones personales, en tono subjetivo, sin que esto signifique de por sí que se esté ofendiendo al honor ajeno si, como es el caso, no consta que la trabajadora empleara insultos u otros términos inequívocamente ofensivos e innecesarios para hacer valer su derecho. Concluye la Sala que esta contextualización de conflictividad laboral grave y la situación traumática generada por el despido, impide valorar las manifestaciones de la empleada como ofensivas, más allá del malestar que pueda derivarse de las mismas.

La **STS 25-03-2013 (RCIP 838/2010)** confirma la condena impuesta en la instancia a una Sociedad de Ginecología y Obstetricia y a su presidente por intromisión ilegítima en el derecho al honor de un perito. El perito demandó a los condenados tras considerar lesivo contra su honor el contenido de una carta publicada por el presidente de esa entidad en un número de la gaceta editada por la misma, en la que se criticaba abiertamente la actuación profesional del demandante en el procedimiento penal seguido contra un médico y dos comadronas, que culminó con sentencia condenatoria de todos ellos. En ambas instancias se apreció la vulneración del derecho al honor del demandante. La sentencia considera que no debe prevalecer la libertad de expresión toda vez que, a pesar del interés público de la crítica vertida (en tanto que afectaba a la intervención del demandante como perito en un procedimiento penal y su decisiva influencia en la condena de los acusados), y de que el elemento de la veracidad no tiene trascendencia cuando se trata de libertad de expresión y no de derecho a la información, entiende que lo esencial es el carácter desproporcionado de las expresiones utilizadas para verter esa opinión crítica, por el empleo en la carta de expresiones vejatorias, inequívocamente ofensivas y, por tanto, innecesarias para lograr el fin perseguido. Sobre este particular descansa la apreciación de la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, declarando la sentencia al respecto que cuando se cuestiona la participación profesional de un perito en un proceso debe estar especialmente protegida su independencia, a fin de favorecer su libertad de expresión científica y técnica.

1.12. Sobre intromisión ilegítima en la imagen de un menor de edad, la **STS 18-2-2013 (RC 438/2011)** confirma la condena en su día impuesta a la editora de una revista por intromisión ilegítima en la intimidad y en la propia imagen de los hijos menores de un conocido jinete con ocasión de un reportaje publicado en la revista en el que se le podía ver junto a los dos menores durante unas vacaciones en Kenia. La Sala destaca que, cuando se trata de menores, hay que valorar principalmente que tanto la normativa interna como la internacional otorgan una especial protección al interés del menor. Esto se traduce en que, estando en juego la intimidad y la propia imagen de menores, no resulta suficiente ni la proyección pública de estos, ni el interés informativo suscitado por su persona o por los hechos, ni el carácter público del lugar en el que se tomen las fotografías, puesto que la intromisión ilegítima en la imagen se produce en virtud del artículo 4 de la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que define esta como la utilización de la imagen de un menor que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. El interés social o la finalidad loable que pueda tener el reportaje son cuestiones que carecen de trascendencia frente a lo verdaderamente relevante: la publicación no consentida de su imagen en el ámbito de su intimidad.

En la **STS 08-05-2013 (RC 1241/2010)** también se resuelve un caso en el que resulta involucrado un menor. Esta sentencia analiza el conflicto desde la doble perspectiva de la protección general que se dispensa al derecho a la propia imagen y de la sobreprotección que merece la imagen de los menores. Estos criterios conducen en el caso enjuiciado a concluir que el derecho a la

propia imagen debe prevalecer debido a las circunstancias concretas que permiten revertir la preeminencia que en abstracto tiene la libertad de información. Tales circunstancias fueron, en resumen, que no hubo consentimiento de los padres con anuencia del Fiscal para la difusión de la imagen del menor y que esta imagen no puede considerarse accesoria de un acto informativo, pues aunque se captó por la televisión pública durante la inauguración de una escuela a la que acudieron personalidades públicas, lo relevante es que esa imagen se utilizó posteriormente en una campaña de un partido político de Manises para promocionarse y procurar el voto en las elecciones, ya sin ninguna justificación informativa.

1.13. La **STS 26-02-2013 (RC 1500/2011)** estima el recurso de casación y la demanda en su día formulada por un conocido cantante y condena a la empresa editora del periódico por intromisión ilegítima en el honor del artista. La sentencia centra la controversia jurídica a resolver en determinar la eventual responsabilidad de la demandada en relación con los contenidos alojados por terceras personas en su página web, esto es, la responsabilidad derivada del alojamiento y/o almacenamiento de aquellos datos, de conformidad con lo previsto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que incorporó al ordenamiento español la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000. En aplicación de este régimen legal, la Sala estima, en contra del criterio de la Audiencia, que sí existió conocimiento efectivo y, por tanto, que existen razones para apreciar la responsabilidad de la entidad demandada, toda vez que, como titular de la página web y creadora del foro de debate abierto, debió extremar las precauciones y ejercer un mayor control sobre las opiniones y comentarios alojados, cuyas connotaciones despectivas y peyorativas para el demandante no podían pasarle inadvertidas. La sentencia destaca el papel desempeñado por el titular de una página que permite realizar comentarios, incorporándolos a la noticia, en tanto que consta probado que rehusó recibir el fax remitido por el demandante impidiendo a este poder comunicarse con ella y así conseguir la interrupción de la difusión de los comentarios lesivos y ofensivos para su persona, facilitando su prolongación en el tiempo, todo lo cual permite concluir a la Sala que la entidad demandada incumplió el deber de diligencia que le incumbía.

Guarda relación con la anterior la **STS 04-03-2013 (RC 748/2010)**. Los hechos objeto de enjuiciamiento parten de la demanda interpuesta contra Google Inc y contra su director ejecutivo por la contribución de estos en la difusión en la web de artículos en los que se implicaba al periodista demandante en la operación Malaya, al permitir enlaces a dichas noticias. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda en aplicación del artículo 17 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, por falta de conocimiento efectivo de la ilicitud al no existir resolución de órgano competente que declarara la ilicitud de la información. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia al considerar que la actuación de Google no había sido negligente. La Sala primera confirma la aplicación de la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, al haberse probado en el procedimiento que Google Inc disponía de establecimiento permanente en territorio español. Confirma la exoneración

de Google por falta de conocimiento efectivo de la ilicitud, pues de la información publicada no se deducía de forma notoria su ilicitud conforme a la jurisprudencia de la Sala y porque, pese a que el periodista había tenido diversos contactos con la compañía demandada, no había remitido ninguna resolución judicial que declarara dicha ilicitud, sin que las afirmaciones realizadas por el ofendido puedan considerarse suficientes para provocar la retirada de los enlaces.

1.14. La **STS 07-03-2013 (RIP 645/2011)**, en materia de protección del derecho al honor y a la intimidad, estimó el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por un periodista y dejó sin efecto la condena impuesta en segunda instancia por intromisión ilegítima en los derechos antes citados. La razón de este decisión es que, por idénticos hechos, la parte demandante había seguido anteriormente otro pleito contra varios de los posibles responsables solidarios, a resultas del cual se le reconoció el derecho a una indemnización. La Sala considera que esta circunstancia, por razón del vínculo solidario que liga a los distintos posibles responsables, veda la posibilidad de pretender en un segundo pleito la condena de otro de los causantes de dicha lesión. La sentencia declara que todos los posibles responsables de un hecho dañoso están ligados entre sí por vínculos de solidaridad, la cual se ha venido a definir como impropia, y que las obligaciones in solidum solo pueden ejecutarse una sola vez, de tal manera que el principio indemnizatorio se opone a que una persona que ha recibido la reparación íntegra de su perjuicio (como ha sucedido en el caso que resuelve, en que la demandante se dirigió en un primer procedimiento, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.144 del Código Civil, contra varios de los deudores solidarios y obtuvo una condena al pago de una indemnización de 24.000 euros), pueda, por segunda vez, obtener nueva reparación (en este caso, por importe de 9.000 euros), a cargo de otro de los causantes de la misma lesión en el honor y la intimidad por la que recayó la primera condena. Según la Sala, “la concurrencia de dos o más autores en la producción del daño, o de dos o más personas en el deber de atendimento de su reparación, naturalmente no conlleva una multiplicación de reparaciones o un acrecentamiento del quantum realmente satisfactorio, sino que lo único que sucede es que se multiplican o acrecientan las posibilidades del lesionado de cara a su íntegra satisfacción” (FJ 4.º). Por ello, solo cabría pedir en este segundo pleito que se declarase al demandado responsable solidario respecto de la condena anterior.

1.15. La **STS 20-03-2013 (RC 1138/2011)** confirma la condena impuesta en la instancia a una asociación de guardias civiles y a su presidente por intromisión ilegítima en la intimidad y propia imagen de uno de sus asociados, pero rechazando que pueda analizarse por vez primera en casación la presunta infracción de la normativa de protección de datos. Dice la sentencia que constituye doctrina consolidada de la Sala que es función del recurso de casación corregir las posibles infracciones legales en que hubiera podido incurrir la sentencia impugnada, que únicamente resultarán predicables respecto de aquellas cuestiones sobre las que se haya pronunciado, por constituir objeto del recurso de apelación, pero no respecto de aquellas que quedaron fuera del mismo. En el presente caso, concluye la sentencia, en ningún momento se alegó por el ofendido la infracción de la normativa

correspondiente en materia de tratamiento de los datos de carácter personal ni se solicitó la condena de los demandados a la indemnización de los daños producidos al demandante a causa del incumplimiento de lo dispuesto en la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Su demanda se formuló al amparo de la Ley Orgánica 1/1982, por vulneración de los derechos a la intimidad e imagen, a la que se anudaba la correspondiente indemnización. También que las pretensiones deducidas en la demanda y la que ahora se pretendía deducir en casación son pretensiones basadas en títulos o fundamentos jurídicos distintos, siendo evidente que, cuanto menos, el elemento normativo de cada una de las dos causas de pedir es diferente del de la otra. Aunque podían haberse alegado en la misma demanda dada la homogeneidad de las pretensiones y la coincidencia de sus finalidades prácticas, la realidad es que no se hizo, por lo que planteamiento novedoso en casación ha de rechazarse, por sorpresivo y por ser susceptible de generar indefensión. En relación con la cuantía de la indemnización, se recuerda que su revisión solo cabe por error notorio o arbitrariedad, notoria desproporción o infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de su cuantía, lo que no es el caso.

La **STS 22-04-2013 (RC 1534/2011)** revisa la cuantía de la indemnización concedida en primera instancia y en apelación a un conocido presentador tras estimarse su demanda en la que, actuando en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad, había obtenido el reconocimiento de que las publicaciones realizadas en marzo y agosto de 2006 por una revista habían vulnerado el derecho a su intimidad y a la imagen e intimidad de sus hijos por realizarse comentarios sobre una posible relación con una persona famosa y por haberse publicado fotografías de los menores sin su consentimiento. La Audiencia Provincial concedió una indemnización de 5.000 euros, considerando acreditado que los beneficios de la demandada habían sido de 39.500 euros. La sentencia considera que deben concederse 5.000 euros por la intromisión en la intimidad del demandante y 34.500 euros, la diferencia de la primera cifra con la de los beneficios de la revista, por la intromisión en la imagen e intimidad de los menores de edad, casando así la sentencia recurrida, al estimar que la cuantía concedida era insuficiente dado que estaban acreditados los beneficios obtenidos por la demandada, se había producido una intromisión en la intimidad del demandante y en la intimidad e imagen de sus dos hijos menores de edad, con la especial protección que en esta sede tienen los menores.

La **STS 22-04-2013 (RC 1157/2010)**, por el contrario, confirma también la valoración realizada en cuanto a la indemnización concedida por ser objetivamente razonable y correcta atendiendo a las circunstancias del caso, recordando la doctrina de la Sala sobre el control limitado en casación de las indemnizaciones al ser una facultad que corresponde a los tribunales de la instancia.

1.16. La STS 11-02-2013 (RC 530/2010), de pleno, trata un supuesto donde se plantea un conflicto entre libertad de información y derecho al honor de personas jurídicas, siendo el objeto del procedimiento las declaraciones vertidas por una periodista en un programa de radio, que vinculaban a una cadena de supermercados con la banda terrorista ETA.

Sobre el derecho al honor de las personas jurídicas, la sentencia señala que aunque el honor es un valor que debe referirse a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste no es patrimonio exclusivo de las mismas (STC 214/1991). Según la jurisprudencia constitucional, el reconocimiento de derechos fundamentales de titularidad de las personas jurídicas necesita ser delimitado y concretado a la vista de cada derecho fundamental en atención a los fines de la persona jurídica, a la naturaleza del derecho considerado y a su ejercicio por aquella (SSTC 223/1992 y 76/1995). La persona jurídica puede así ver lesionado su derecho mediante la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la infame o la haga desmerecer en la consideración ajena. Y aunque el derecho al honor de las personas jurídicas no se presenta con la misma intensidad que el derecho al honor de las personas físicas, los derechos fundamentales de las personas jurídicas deben considerarse en relación con sus fines y su ámbito de actuación y, particularmente, el derecho al honor debe entenderse en relación con la protección para el ejercicio de sus fines y las condiciones de ejercicio de su identidad, aspectos que se proyectan sobre un ámbito externo y funcional.

En aplicación de la doctrina de la Sala, se estima que debe prevalecer el derecho a la libertad de expresión y de información sobre el derecho al honor, pues el programa radiofónico, informaba a los oyentes del programa de que la mitad de la fianza depositada en un Juzgado de Bilbao, para la libertad del imputado, correspondía a un aval prestado por una Caja de Ahorros, entidad que pertenecía a un grupo empresarial. Junto con estos hechos, la periodista demandada formuló una serie de opiniones personales a las que, por tanto, resultan aplicables los límites a que está sujeto el ejercicio de la libertad de expresión. La Sala recuerda que debe tenerse en cuenta que se trataba de un programa de radio y que las dos partes del programa (antes y después de la pausa) no deben separarse, pues no debe prescindirse de las características de este tipo de programas caracterizados por su inmediatez.

La sentencia destaca que, si bien las personas jurídicas pueden ver lesionado su derecho al honor, en términos generales este derecho no se presenta con la misma intensidad que el de las personas físicas, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, sino que los derechos fundamentales de las personas jurídicas deben considerarse en relación con sus fines y su ámbito de actuación y, particularmente, el derecho al honor debe entenderse en relación con la protección para el ejercicio de sus fines y las condiciones de ejercicio de su identidad, aspectos que se proyectan sobre un ámbito externo y funcional. Desde este punto de vista, por consiguiente, el peso de la libertad de expresión frente al derecho al honor es, en el caso examinado, de una importancia considerable.

Consecuentemente, el límite que representa el contenido del derecho al honor, ha de ceder ante la mayor virtualidad del derecho a la libertad de expresión, cuando se trata de una crítica al hecho objetivo de la prestación de parte de una fianza, que era una noticia de interés público, pues el grado de

afectación de la libertad de expresión es de gran intensidad y el grado de afectación del derecho al honor es débil.

La sentencia concluye que el juicio de ponderación por parte de la sentencia recurrida, no se ha ajustado de manera satisfactoria a las pautas fijadas jurisprudencialmente y, por ende, en ella se aprecia la infracción denunciada en el motivo de casación.

2. Propiedad industrial.

2.1. En materia de propiedad industrial, y en concreto sobre patentes, merece mencionarse la **STS-11-07-2012 (RCIP 513/2009)** en la que la Sala resolvió la cuestión jurídica relativa a la fecha de los efectos de una patente europea en España y las consecuencias de la falta de remisión de la correspondiente traducción a la Oficina Española de Patentes y Marcas. En la sentencia se determina, al amparo del artículo 64 del Convenio sobre la Patente Europea de 5 de octubre de 1973, que la patente europea produce sus efectos desde la publicación de la nota de concesión en el Boletín Europeo de Patentes. Este Convenio faculta a los Estados contratantes a exigir la traducción en el plazo de tres meses desde la publicación en el Boletín Europeo de Patentes, pudiendo establecerse su nulidad desde el origen. Esta facultad ha sido utilizada por España, que sanciona la falta de traducción con la ineficacia de la patente europea en España.

2.2. La **STS 18-07-2012 (RC 1807/2008)** ha resuelto el conflicto que enfrentaba a Vileda y Spontex, por violación del derecho de propiedad industrial y por competencia desleal, relativo al uso de un modelo de utilidad titularidad de la primera, consistente en un dispositivo que permite la unión entre palo de fregona y el mocho por el sistema de “click-clak”. La demanda, rechazada en primera instancia, fue parcialmente estimada en apelación, donde se declaró la violación de los derechos de propiedad intelectual y se condenó a Spontex a cesar en sus conductas, con embargo de los mochos de fregona con “cabezales universales” ya terminados o en proceso de fabricación. La Sala confirma este fallo y, además, concede a las demandantes una indemnización por los daños y perjuicios sufridos que había sido denegada por la Audiencia Provincial pese a declarar la existencia de perjuicio porque en la demanda no se habían fijado las bases para su determinación. La Sala aplica su doctrina que matiza el excesivo rigor del artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con respecto a la necesidad de concretar las bases o criterios que permitan la cuantificación de la indemnización sin reserva de liquidación.

3. Propiedad intelectual.

3.1. La **STS 18-01-2013 (RC 1869/2009)**, de pleno, resuelve un asunto en el que el autor de una obra escultórica demandó a un Ayuntamiento, reclamado su derecho a que dicha obra permanezca en el mismo lugar físico donde se instaló y para el que fue concebida.

La sentencia declara que el derecho del recurrente a la integridad de la obra, previsto en el artículo 14.4 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), se extiende a la tutela de la ubicación de la obra en el emplazamiento para el que fue específicamente creada, como derecho distinto del consistente en que la exposición de la obra se realice en condiciones que no perjudiquen su honor o reputación profesional regulado en el artículo 56.2 TRLPI. Además, el derecho del autor de la obra plástica no tiene carácter absoluto e ilimitado, no puede enjuiciarse exclusivamente desde una perspectiva individualista y no prevalece sobre el derecho del propietario del objeto en el que cristaliza la misma subordinándolo y relegándolo a un derecho residual, de tal forma que, en caso de discordancia entre ambos, no cabe imponer al dueño de la obra sacrificios desproporcionados susceptibles de ser encuadrados en el abuso que nuestro sistema repudia (artículo 7 el Código Civil).

Estos límites se acentúan cuando la obra se crea para ser exhibida en un espacio público, y para una Administración Pública. Y así:

1º el derecho del autor de la obra plástica, creada para ser colocada en un lugar específico, comprende el derecho a que no se modifique su ubicación.

2º La alteración del lugar de ubicación vulnera el derecho del autor a la integridad de la obra y afecta a sus legítimos intereses, aunque se exhiba en condiciones que no supongan un perjuicio a su reputación.

3º La integridad de la obra creada para un lugar específico no se vulnera necesariamente cuando se sitúa en otra ubicación, si la modificación del emplazamiento no interfiere en el proceso de comunicación entre el artista mediante su obra y la comunidad.

4º El derecho del autor a la integridad de la obra puede comportar el de que no se exhiba en una ubicación distinta a aquélla para la que fue creada, pero no es absoluto.

5º El derecho del autor, al igual que el del propietario del soporte material, debe ejercitarse de buena fe, de forma no abusiva ni anómala y debe coordinarse con los del propietario del soporte material y los de la comunidad.

6º La decisión en supuesto de conflicto debe ser el resultado de la ponderación del caso concreto.

En el caso concreto, la Sala considera que no se ha probado nada sobre la posible nueva ubicación futura, por lo que declara el derecho moral del autor a que no se modifique la ubicación de la escultura creada en ejecución del encargo por el Ayuntamiento, y declara que, al amparo del derecho moral del autor a la integridad de la obra, no ha lugar a prohibir la modificación de su emplazamiento, de forma absoluta, y en ninguna circunstancia, debiendo, en cada caso, ponderarse los intereses concurrentes.

4. Transporte aéreo de personas.

4.1. En materia de transporte aéreo debemos reseñar la **STS-03-09-2012 (RCIP 250/2011)**, que resuelve los recursos interpuestos por la empresa transportista en el caso del accidente ocurrido el 26 de mayo de 2003 en el que murieron 62 militares españoles que regresaban a España tras cuatro meses y medio de misión en Afganistán, al estrellarse un avión Yakovlev en Turquía cerca del aeropuerto de Trebisonda. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Zaragoza. Se declaró probado que la causa del accidente fue la ejecución por los pilotos del Yakovlev de un intento de aterrizaje de un modo técnicamente inadecuado a las circunstancias concurrentes. Esta sentencia fue recurrida por la empresa Chapman Freeborn Airmarketing GmbH, transportista contractual. La Sala desestima los recursos interpuestos y confirma la decisión de la Audiencia Provincial. En cuanto a las cuestiones procesales planteadas, considera que la competencia del asunto correspondía a los órganos judiciales del ámbito civil por tratarse de una acción de condena por responsabilidad civil contra un particular (responsabilidad del porteador por la deficiente ejecución de la prestación de transporte), responsabilidad distinta de la responsabilidad patrimonial de la Administración. También confirma la competencia objetiva para conocer del asunto de los Juzgados de Primera Instancia. En cuanto al fondo del asunto, la parte recurrente planteaba la existencia de un vínculo de solidaridad con el Ministerio de Defensa, lo que determinaba, a su juicio, que las cantidades abonadas por el Ministerio por las indemnizaciones concedidas en cumplimiento del Real Decreto Ley 8/2004, de 5 de noviembre, fueran descontadas de la indemnización a que fue condenada. Esta pretensión es desestimada porque la indemnización concedida por la Administración no tenía el mismo régimen jurídico que la concedida en el proceso civil, ya que no procedía de una responsabilidad del Estado por la deficiente ejecución de la prestación del servicio de transporte. Además, señala que el Real Decreto Ley 8/2004 preveía la compatibilidad de las indemnizaciones que concede con otras indemnizaciones posibles por otra vía.

5. Responsabilidad profesional de abogado.

5.1. La **STS 5-06-2012 (RC 187/2010)** revisa la cuantía de la indemnización fijada por la Audiencia Provincial. Los hechos enjuiciados se refieren a la demanda interpuesta por una arrendataria contra su abogado en reclamación de los daños y perjuicios causados por no haber ejercitado este su derecho de retracto al no interponer la demanda en el plazo de 60 días marcado por la ley. La demanda contra el abogado fue estimada, concediéndose una indemnización a la demandante en cuantía superior a 200.000 euros en primera instancia, que fue reducida a 50.000 euros por la Audiencia Provincial al considerar que, si bien la acción era viable, el éxito de la demanda era incierto debido a las causas de oposición que podían haber sido alegadas. La Sala estima el recurso de casación interpuesto por la arrendataria y recuerda que su doctrina acerca de la no revisión en casación de las cuantías de las indemnizaciones concedidas, salvo supuestos excepcionales como error notorio, arbitrariedad o infracción del ordenamiento jurídico en la determinación de las bases para su fijación. La sentencia considera que, en el caso que

resuelve, atendiendo a la base fáctica de la sentencia recurrida que, si bien determinó que la acción era viable, no fijó un porcentaje de viabilidad, el perjuicio de la demandante, dadas las posibilidades de éxito y de fracaso, debía fijarse en un 50 % y no reducirse, como hizo la Audiencia Provincial, en más de un 75%. En consecuencia, la Sala casa y anula la sentencia recurrida en cuanto al importe de la indemnización, que lo eleva.

También en materia de responsabilidad profesional del abogado, la **STS 22-04-2013 (RCIP 896/2009)** casa en parte la condena impuesta en segunda instancia a una abogada por responsabilidad profesional en la defensa de los intereses de su cliente, al considerar que la Audiencia apreció indebidamente una concurrencia de conductas negligentes y, consecuentemente, que no procedía moderar por este motivo la indemnización reclamada, cuya cuantía, no obstante, se mantiene, por considerarla adecuada al valor del daño patrimonial sufrido, consistente en la oportunidad procesal que resultó frustrada por la mala praxis de la letrada. La sentencia reitera su consolidada doctrina sobre la existencia y cuantificación de la responsabilidad profesional de los abogados en los casos en que el daño ocasionado tiene que ver con la frustración de una acción judicial. Según declara, cuando un abogado acepta un encargo, corresponde a este, en el desempeño diligente de su profesión, poner todos los medios jurídicos precisos para obtener el resultado perseguido por su cliente. Y aunque no toda deficiencia en el cumplimiento del encargo recibido puede ser determinante de responsabilidad, sí lo es cuando, como sucede en el caso, del examen de los hechos declarados probados resulta que la abogada no desplegó la diligencia que le era exigible en el cumplimiento del encargo profesional que asumió de su cliente. La Sala concluye que, en supuestos como el presente, en que el daño derivado de la frustración de la acción judicial es patrimonial, dado que la acción tenía por finalidad obtener una ventaja de contenido económico, y el daño se ha traducido en la pérdida de la condición de acreedor de dominio, la cuantificación del daño a los efectos de su indemnización exige un juicio o cálculo prospectivo sobre las posibilidades de éxito de la pretensión, sin que sea posible revisar en casación la suma concedida en la instancia más que en casos de notoria desproporción.

6. Propiedad horizontal.

6.1. La STS 20-07-2012 (RCIP 1678/2009) confirma la sentencia de la Audiencia que rechazó la demanda formulada por varios propietarios de inmuebles situados en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, en la que se instaba la nulidad de determinados acuerdos relativos a la instalación de un ascensor. Se plantearon como cuestiones a resolver la legitimación para impugnar acuerdos, la instalación *ex novo* de un ascensor y el régimen de mayorías para ello, los consentimientos precisos para la ocupación de parte de un espacio común de uso privativo y la exoneración en el pago para su instalación. La sentencia que resuelve el recurso de casación razona, en cuanto a la legitimación, que no puede sustentarse la acción de los condueños en el hecho de que se privara indebidamente del derecho a votar a algún copropietario distinto de los que formalizaron la demanda origen del pleito, pues solo este comunero estaría legitimado para impugnar el acuerdo por tal motivo. En cuanto a los problemas de instalación de ascensor con

necesaria ocupación de un espacio privativo, que deben ponderarse los bienes jurídicos afectados (derecho del propietario a no ver perjudicado su derecho de propiedad, y derecho de la comunidad de propietarios a instalar un ascensor, como elemento que garantizará la accesibilidad y la habitabilidad del inmueble), constituyendo doctrina jurisprudencial que esta instalación permite la constitución de una servidumbre con el oportuno resarcimiento de daños y perjuicios, incluso cuando suponga la ocupación de parte de un espacio privativo, siempre que concurren las mayorías exigidas legalmente para la adopción del acuerdo, sin que resulte preceptivo el consentimiento del copropietario directamente afectado y siempre que el gravamen impuesto no suponga una pérdida de habitabilidad y funcionalidad de su espacio privativo. En el caso enjuiciado, la Sala considera que concurrían las mayorías necesarias y que también fue indemnizado el propietario afectado por la privación del 25% de su parte. Y en cuanto al carácter necesario de la obra, que por tratarse de una instalación exigible para mejorar la accesibilidad y habitabilidad del inmueble es válido el acuerdo adoptado por mayoría de 3/5, sin que haya razones para revertir la interpretación de la Audiencia sobre la existencia de una previsión estatutaria para exonerar de los gastos de su instalación a los propietarios de plazas de parking.

6.2. La STS 20-09-2012 (RC 2217/2008) confirmó la estimación de la demanda formulada por una comunidad de propietarios que solicitaba se declarase la ilegalidad de unas obras y la desestimación de la reconvencción planteada por el comunero afectado, en la que interesaba se declarase la nulidad de un acuerdo adoptado por la referida comunidad. La sentencia comienza rechazando el motivo en el que el recurrente sostenía que la decisión comunitaria tomada en el año 2006 era nula y no meramente anulable, por ir en contra del principio de los actos propios. La sentencia recuerda la jurisprudencia según la cual son meramente anulables los acuerdos que entrañan infracción de algún precepto de la Ley de Propiedad Horizontal o de los estatutos de la Comunidad, mientras que los que entrañan la infracción de cualquier otra ley imperativa o prohibitiva o son contrarios a la moral o al orden público son nulos de pleno derecho y no meramente anulables, y, por tanto, insubsanables con el paso del tiempo. Sería por tanto nulo si se hubiera transgredido la doctrina de los actos propios. Pero tal cosa, según la Sala, no sucedió. La doctrina de los actos propios, sigue recordando la sentencia, tiene su fundamento último en la protección de la confianza y de la buena fe, a fin de evitar que se pueda limitar la libertad de actuación fundada en expectativas razonables, tratándose de una doctrina que solo es aplicable cuando lo realizado se oponga a actos anteriores que hubieren creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. Así, la Sala rechaza que la sentencia de la Audiencia haya infringido esta doctrina pues, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, no declaró el carácter no vinculante o no ejecutivo de un acuerdo comunitario válidamente aprobado, sino que consideró que el acuerdo adoptado en la junta de 1998 era nulo de pleno derecho, razonando además que, aún en el caso que no lo fuera, el ahora recurrente no realizó ninguna actividad a su amparo, sino que, al contrario, se dirigió a la comunidad antes de iniciar las obras y, ante la invocación del acuerdo del año 1998, se celebró una junta extraordinaria en agosto de 2006, en la que se acordó no autorizar la

realización de las obras que pretendía ejecutar el recurrente, todo lo cual permite concluir que la situación creada con el acuerdo de 1998 no fue dejada sin efecto unilateralmente por quien debía respetarla, porque ninguna actuación llevó a cabo el recurrente conforme a esa autorización y además se alteró la decisión que se adoptó por quien estaba facultado para ello, la junta de propietarios. A continuación, partiendo de la ya declarada distinción entre acuerdos meramente anulables por transgresión de la Ley de Propiedad Horizontal o de los estatutos y acuerdos nulos de pleno derecho, aborda el problema de su plazo de impugnación. Según la Sala, la consecuencia de que en el acuerdo de 1998 se autorizasen unas obras sin que tal cuestión figurase en el orden del día solo puede ser la anulabilidad de dicho acuerdo y no la nulidad radical del mismo, cuya validez no podía discutirse al no haberse impugnado en plazo. Además, también da la razón al recurrente cuando sostiene que el acuerdo del año 2006 por el que se dejaba sin efecto la autorización para realizar obras en su terraza concedida en el año 1998 exigía, para su validez, la unanimidad del consentimiento de los propietarios, circunstancia que no se respetó en la junta celebrada en el año 2006, con la consecuencia de que, al tratarse de un acuerdo adoptado sin respetar el régimen de mayorías establecido en la Ley de Propiedad Horizontal, el plazo para impugnar el acuerdo de 2006 no era de tres meses, como sostiene la Audiencia Provincial, sino de un año, y este plazo no había transcurrido cuando el recurrente lo impugnó en vía reconvenicional.

7. Derecho de sociedades.

7.1. La **STS 02-11-2012 (RCIP 681/2010)** se pronuncia sobre la regularidad del procedimiento para el ejercicio del derecho de adquisición preferente y sobre la posibilidad judicial de controlar la valoración de las acciones. En esta sentencia se declara que la competencia para la adquisición de acciones es de los administradores previamente autorizados por la Junta General, sin que su actuación sin autorización previa haga esta actuación ineficaz, sino obligatoria para la sociedad. Analiza los estatutos de la sociedad demandada que atribuía a la Junta la competencia con posibilidad de delegación al Consejo de Administración, concluyendo que la decisión adoptada estaba dentro de la legalidad y de los estatutos, vinculando así a la compañía. Se analiza la figura del auditor y se califica, conforme a la jurisprudencia de la Sala, no como árbitro sino como “arbitrador” para desempeñar una función por encargo de las partes debiendo observar criterios objetivamente adecuados a los criterios normales del sector. Se afirma la posibilidad de impugnar ante los Tribunales su decisión y también la posibilidad de sustituir el valor fijado por el auditor conforme a los Principios de Derecho Europeo de los contratos. Sobre estas afirmaciones y atendiendo a lo planteado por las partes, se desestiman los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación afirmando que la prueba practicada no podía calificarse, conforme a la jurisprudencia de la Sala de ilógica o arbitraria.

7.2. Sobre asociaciones deportivas profesionales la **STS 12-12-2012 (RC 857/2010)** desestima el recurso de casación interpuesto por el ex presidente de un club de fútbol y parte de su Junta Directiva y confirma la decisión de la Audiencia, que les condenó a garantizar mediante aval la parte del total de

pérdidas computadas en el ejercicio 2002/2003, que resultaban imputables a su gestión. Esta sentencia analiza el núcleo de la controversia, referente a la obligación de avalar los eventuales resultados económicos negativos generados durante su gestión que pesa sobre los miembros de las Juntas Directivas de los clubes (Asociaciones Deportivas Profesionales), y atinente también al valor liberador de responsabilidad que pueda derivarse de la actuación de la Liga de Fútbol Profesional (cancelando el aval y eximiendo de prestarlo en lo sucesivo) y considera que la obligación de prestar aval es un deber legal, más allá de que para su cumplimiento se atribuyan funciones de control a la LFP. Además, al infringirse un deber legal, no es de aplicación el plazo de caducidad que rige para impugnar las infracciones meramente estatutarias. También se rechaza el argumento de que los que se incorporan a la Junta durante un mandato no deben avalar, pues la Ley del Deporte diferencia entre la responsabilidad mancomunada de quienes integran las Juntas Directivas por los resultados económicos negativos que se generen “durante el período de su gestión”, y la cuantía del aval que está referido al órgano en su conjunto. También se precisa que, aunque el aval debe prestarse antes de comenzar cada ejercicio, no cabe equiparar, como pretendían los recurrentes, el incumplimiento de la obligación en el plazo fijado por la norma con la imposibilidad de cumplir como modo de extinción de la obligación que, en consecuencia, no podría exigirse posteriormente, eliminando la posibilidad de cumplimiento retardado.

7.3. La STS 4-04-2013 (RC 1906/2010) desestima el recurso de casación de quien fue administradora de una sociedad condenada a devolver las disposiciones de efectivo que había realizado de la “caja B” de la sociedad que administraba, en el que planteaba la prescripción de la acción y la aplicación de la doctrina jurisprudencial en materia de enriquecimiento sin causa, alegando que en el caso existía un negocio jurídico válido adoptado por la sociedad para retribución de los administradores. La sentencia mantiene la resolución recurrida y, con argumentos distintos, considera que la Audiencia Provincial resolvió de forma correcta que la acción no estaba prescrita porque la acción de reintegro de las cantidades no pudo ejercitarse mientras que la demandada estuvo en la sociedad sino cuando el control pasó al liquidador de la misma. Considera que también debe desestimarse el recurso en cuanto al enriquecimiento injusto al no existir razón jurídica que justifique esas disposiciones, sobre todo cuando se va contra los intereses públicos por el fraude a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social, los intereses de los acreedores y las disposiciones del Derecho societario en materia de retribución de administradores, siendo por tanto, ilícita la causa del negocio jurídico alegada.

8. Obligaciones y contratos.

8.1. En la STS 29-10-2012 (RC 486/2010) se analizan estas dos cuestiones: los presupuestos de la acción de regreso y la responsabilidad por retraso en la entrega. Con relación a la primera cuestión, la entidad recurrente suscitó en casación de forma general la posible responsabilidad de los restantes intervinientes en el proceso constructivo, con objeto de que se estimara la acción “de regreso” ejercitada contra ellos (para el cobro a cada

deudor de su parte en la deuda). Con relación a esta pretensión, la sentencia niega que su desestimación se debiera a un error en su calificación, pues la razón verdadera para su rechazo estuvo en la falta de los presupuestos o requisitos para su ejercicio. En tal sentido, dice la sentencia que son requisitos para que prospere esta acción, de una parte, la regularidad del pago satisfecho, esto es, que se trate de un pago debido, válido y eficaz; y, de otra parte, que conste determinada la participación concreta de cada codeudor en la obligación extinguida con dicho pago. De acuerdo con lo declarado en ambas instancias, la condena de la promotora trajo causa de incumplimientos contractuales solo a ella imputables, por ausencias y defectos respecto a su oferta contractual, sin que, por el contrario, se probase la participación de los demás agentes en cuanto a los vicios ruinógenos, lo que justifica que no pueda prosperar la acción de regreso, en la medida en que, dice la sentencia, *“no se puede pretender una aplicación ipso iure del derecho de regreso, sino que el pago debe encontrar justificación en el negocio o causa que generó la obligación solidaria, ni tampoco una aplicación indiferenciada del mismo que no respete la correcta determinación de la participación de los deudores”*, cuya prueba incumbe a la parte que ejercita la acción de regreso.

Con relación a la segunda cuestión, la promotora planteó la procedencia de una reclamación indemnizatoria por el retraso en la ejecución de los trabajos de construcción, de acuerdo con la cláusula penal establecida en el contrato. También la Sala ratifica los argumentos por los que se rechazó esta pretensión en la instancia. Según recuerda, la cláusula penal contempla una obligación accesoria que sigue la suerte de la principal, de tal forma que la modificación de esta, es decir, la modificación del objeto de cumplimiento, o de la prestación resultante, condiciona a su vez la posible vigencia de aquella, de acuerdo con la posible extensión o alcance que dicha modificación proyecte sobre el cumplimiento inicialmente previsto. Esta doctrina lleva a considerar correcta la decisión desestimatoria por cuanto consta probado que las partes pactaron ampliar la obra y con ello, aplazar la fecha de entrega inicialmente prevista, *“de suerte que debe entenderse que dicha modificación también operó una prórroga del plazo que deja sin fundamento de aplicación a la meritada cláusula penal”*. Además argumenta, de una parte, que tampoco medió el requerimiento que la ley exige para que la constructora se constituyera en mora (párrafo tercero del artículo 1100 del Código Civil); y, de otra, que la indemnización por retraso en la entrega exige que esta se sustente en un interés jurídicamente atendible, esto es, que no se trate de una pretensión abusiva o contraria a Derecho, lo que tampoco fue el caso, pues también consta probado que la promotora no requirió el cumplimiento en el plazo inicial, solicitó y aceptó la ampliación del mismo por consecuencia de la ampliación de la obra, y liquidó la relación contractual con la constructora sin ninguna reclamación contractual en los cinco años transcurridos.

8.2. Sobre prescripción de acciones, cabe citar la **STS 31-10-2012 (RC1655/2009)** en la que la cuestión jurídica suscitada a lo largo del pleito y del recurso tiene que ver con el plazo de prescripción aplicable a las acciones de reclamación de honorarios por los agentes, si el de tres años contemplado en el artículo 1967.1 del Código Civil o el más amplio de quince años previsto con carácter general para las acciones personales en el artículo 1964 del mismo

Código. El Juzgado de Primera Instancia consideró que los servicios de intermediación prestados por la empresa demandante no tenían encaje en el contrato de agencia sino en el de mandato y se inclinó por aplicar el segundo plazo. Por el contrario, la Audiencia Provincial, aun sin calificar la relación como agencia sujeta a su ley especial de 1992, entendió que debía aplicarse el plazo de tres años al ser lo decisivo la labor de intermediación desarrollada por la demandante. El resultado fue entonces que declaró prescrita la acción por no existir reclamación alguna con efecto interruptor durante el periodo comprendido entre diciembre de 1998 a junio de 2003. La Sala confirma este pronunciamiento y recuerda su doctrina según la cual el plazo de prescripción de tres años previsto en el artículo 1967.1º del Código Civil es de aplicación a todos los que realicen labores de intermediación o gestión de negocios ajenos de forma o manera profesional, con independencia de si desempeñan esa función de forma estable o con carácter esporádico. En atención a esa doctrina, ratifica tanto la interpretación del contrato realizada por la Audiencia Provincial en ejercicio de la atribución que le competía en uso de su plena jurisdicción, como la conclusión alcanzada por dicha Audiencia en cuanto a que lo decisivo a efectos de plazo de prescripción no es la sujeción de la relación jurídica a la Ley de Contrato de Agencia de 1992 sino la profesionalidad de los servicios prestados por la empresa recurrente, circunstancia a su vez determinante de que no pueda calificarse dicha relación como mandato ni como mera prestación o arrendamiento de servicios.

8.4. La STS 16-11-2012 (RC 779/2010) concluye que el cambio de ubicación de unos condensadores no produce una mera molestia sino que se trata de una alteración sustancial del objeto del contrato, hasta el punto de que se producía una grave alteración del objeto adquirido, en cuanto quedaba sometido a las perturbaciones que se derivan de la instalación junto al dormitorio de los compradores de doce condensadores, y, por tanto, ante un incumplimiento esencial del contrato, lo que impide la conservación del mismo. La Sala razona, en contra del criterio de la vendedora recurrente, que, aunque el cambio de ubicación estuviera indicado por razones técnicas, los compradores tenían derecho a ser notificados de cualquier cambio relevante, a fin de salvaguardar su derecho a resolver el contrato, lo que no ocurrió pues esta alteración significativa no fue comunicada a los compradores.

8.5. La STS 11-03-2013 (RC 576/2010), en aplicación de la doctrina fijada en sentencia del pleno de la Sala de 10 de septiembre de 2012, vuelve a confirmar que la falta de licencia de primera ocupación, aunque nada se hubiera pactado expresamente en el contrato, ha de valorarse como incumplimiento esencial de la obligación de entrega de la vivienda por parte del vendedor, a los efectos de posibilitar la resolución instada por el comprador, cuando su concesión no va a ser posible en un plazo razonable. Además, la sentencia rechaza el argumento de la promotora sobre una pretendida obtención de la licencia por silencio administrativo positivo al constituir doctrina consolidada que no se pueden adquirir por silencio administrativo facultades o derechos contrarios a la legalidad urbanística. Tampoco tiene en cuenta la obtención posterior de la licencia, ya que, además de que era incompleta y no comprendía las piscinas comunitarias, era un documento de fecha muy reciente (junio 2012), lo que precisamente viene a confirmar que a la compradora se le

impidió disponer de esa licencia durante los años transcurridos desde que fue adquirida (en enero de 2004) y finalizó su construcción (finales de 2005).

En el mismo sentido que la anterior resuelve la **STS 06-03-2013 (RC 873/2009)** el recurso de casación interpuesto. La sentencia reitera la doctrina fijada por el pleno de la Sala según la que la falta de pacto expreso sobre el deber del vendedor de tramitar y obtener licencia de primera ocupación no es óbice, ni para considerarla dentro del elenco de obligaciones que le incumben, por tratarse de una obligación del vendedor que resulta del artículo 1258 del Código Civil, ni para atribuirle carácter esencial en orden a posibilitar el ejercicio de las acciones que el artículo 1124 del mismo Código atribuye a la parte perjudicada por el incumplimiento (en el presente caso, la acción de cumplimiento y no la resolutoria), porque, a falta de pacto expreso sobre tal carácter esencial, este le viene dado por las singulares circunstancias fácticas concurrentes, que no cabe revisar en casación. En consecuencia, como en el caso enjuiciado se probó que las licencias solicitadas se vieron paralizadas por razones de legalidad urbanística, no es posible hablar de simple demora o retraso en su entrega por causa no imputable a la vendedora (que nada demostró en tal sentido, como era su deber), sino que se trata de un supuesto en el que la posible contravención de la normativa urbanística generó incertidumbre respecto de la posibilidad final de que los compradores disfrutasen de las viviendas con arreglo a su uso y destino, situación en la que la Sala considera que no es razonable exigirles el cumplimiento de su obligación de pago mientras que la parte vendedora no cumpla con la suya.

8.6. La STS 07-11-2012 (RCIP 705/2010) desestima el recurso de casación interpuesto por la parte compradora de un contrato de compraventa. La Sala resuelve la cuestión doctrinal relativa a la legitimación activa para el ejercicio de la facultad resolutoria prevista en el artículo 1124 del Código Civil. Señala que la legitimación corresponde al contratante que sufre el incumplimiento de la obligación frente al contratante incumplidor, de tal forma que la compradora, que no firmó la escritura pública ni pagó el precio, no podía resolver el contrato por haberse convertido en incumplidora. Señala también, en aplicación de su propia doctrina, que la declaración unilateral de voluntad es necesariamente recepticia, de forma que no produce efectos el requerimiento notarial de resolución extrajudicial previsto en el artículo 1504 del Código Civil que no llega a ser conocido por la parte requerida, contrariamente a lo que decidió la sentencia de primera instancia.

8.7. La STS 16-01-2013 (RCIP 1202/2010) ha rechaza el recurso de una entidad vendedora, confirmando la resolución de un contrato privado de compraventa de inmuebles por incumplimiento de la vendedora del deber de facilitar a los compradores la financiación comprometida. La sentencia declara, en cuanto al fondo del asunto, en síntesis, lo siguiente: a) del contrato sí resulta que la parte vendedora asumía el compromiso de facilitar la financiación (se comprometía a que la entidad financiera aceptase sin condiciones la subrogación del reservista en el préstamo hipotecario gestionado por la aquella), y que a dicha obligación de facilitar financiación, aunque la jurisprudencia le viene otorgando carácter accesorio, en el presente caso debe concluirse que las partes quisieron darle carácter esencial en la medida en que

formaba parte de la atractiva oferta comercial; b) si la vendedora no se consideraba en condiciones de conseguir una subrogación incondicional, no debió ofrecerla al comprador; c) con ello no se ha dejado el cumplimiento del contrato al arbitrio de una sola parte (pues fue la propia vendedora la que ofreció esa posibilidad de subrogarse “en todo caso” a los compradores); d) en ningún momento los compradores han incumplido sus obligaciones con carácter previo al incumplimiento de la vendedora, ya que, si decidieron no pagar el precio de la compra, fue tras ver frustrada la subrogación prometida, de la que dependía su financiación; y e) el hecho de que los compradores intentaran obtener financiación de otras entidades bancarias, lejos de denotar que no tenían intención de subrogarse, lo que demostraría es que tuvieron en todo momento una actuación leal frente a la vendedora.

8.8. La STS 11-04-2013 (RC 1637/2010), en materia de resolución de contrato de compraventa, desestima el recurso de casación interpuesto por los compradores de dos viviendas que habían visto desestimadas sus pretensiones y fueron condenados en la instancia al cumplimiento de los contratos de compraventa. En la sentencia se establece que es presupuesto para la validez del contrato la determinación del objeto del mismo, bien determinándose en todos sus extremos o bien conforme a criterios de determinación que impliquen la no necesidad de subsanación o de un nuevo convenio, considerando que, en el caso enjuiciado, el plazo estaba determinado conforme a estos últimos criterios. La Sala recuerda su doctrina contenida en la sentencia de 18 de junio de 2012 que permite la compatibilidad de los criterios de interpretación contenidos en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en el Código Civil y que afirma que el control referido al criterio de transparencia tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica como la carga jurídica del contrato. También se recuerda la doctrina de la Sala en materia de avales o garantías de las cantidades entregadas a cuenta previstas en la ley 57/1968, de 27 julio, considerando que se está ante una obligación legal, de carácter esencial, que atañe o compete al vendedor de la vivienda en proyecto o en construcción. En su aplicación, diferencia los supuestos en los que la obra está proyectada o en construcción, en los que puede oponerse como excepción a la entrega de cantidades o como resolución del contrato si las cantidades se han entregado y el aval no se presta, de los supuestos en los que la vivienda está terminada, pues si la obligación del aval no ha resultado exigida por el adquirente, su constitución carece de sentido pues, con la entrega o puesta a disposición de la vivienda, su función se reconduce al ámbito propio del cumplimiento o incumplimiento contractual. Finalmente, se recuerda que el retraso en la entrega de viviendas puede considerarse no resolutorio cuando el término no fue configurado como esencial, no se frustra la finalidad del contrato y el cumplimiento tardío sigue siendo útil e idóneo para la satisfacción de los intereses, sin perjuicio de la aplicación de la doctrina de los actos propios.

8.9. La STS 24-04-2013 (RC 2063/2010) resuelve el caso en el que se declaró resuelto el contrato de compraventa por no haberse realizado a la compradora una oferta vinculante de préstamo hipotecario. La Sala recuerda que debe respetarse en casación la interpretación de los contratos realizada por los tribunales de instancia y considera que, en este caso, la interpretación

es correcta, pues las cláusulas del contrato resultaban confusas, pudiendo entenderse que la vendedora haría una oferta vinculante de préstamo hipotecario, lo que habría supuesto un aliciente para la compraventa, sin que esta oferta se realizara. Según la Sala, la interpretación propuesta por la parte recurrente relativa a que solo tendría obligación de facilitar información sobre el préstamo también resulta compatible con el contrato, pero la sentencia considera que, según el artículo 1288 del Código Civil, que se incluye entre la normativa de interpretación de los contratos, las cláusulas oscuras no pueden beneficiar a quien ocasiona esta oscuridad, por lo que a promotora debe sufrir las consecuencias derivadas del carácter confuso y oscuro de las cláusulas y su resultado legal, confirmándose así la resolución del contrato de compraventa.

8.10. La STS 15-11-2012 (RC 796/2010) resuelve un recurso de casación en relación con unos contratos financieros celebrados por una familia en la que el padre, actuando como representante y mandatario verbal del resto de la familia y administrador de varias empresas, habitualmente realizaba este tipo de operaciones. La Sala desestima el recurso de casación interpuesto y confirma la decisión de la Audiencia Provincial basada en los hechos probados relativos a que el cliente había sido advertido de los elementos relevantes y los riesgos de la operación. La sentencia desestima la pretensión de vincular los contratos de inversión a los de crédito, en cuanto a sus vencimientos, pues, si esta vinculación inicialmente existía, desapareció cuando se contrataron unos productos de inversión en sustitución de los primeros sin cancelar previamente ni proceder a la sustitución de los de crédito.

La **STS 15-11-2012 (RC 2091/2010)** desestima el recurso de casación interpuesto por un banco y confirma la sentencia de apelación que dio la razón a unos prestatarios frente a la reclamación del banco, en el sentido de no deber suma alguna en concepto de cancelación de un contrato denominado “de intercambio de tipos/cuotas”. La sentencia, centra la cuestión jurídica controvertida en la interpretación de las cláusulas reguladoras del citado contrato y, en particular la sexta. La Audiencia consideró que dicha cláusula contenía una relación de causas de extinción aplicables a cualquiera de las partes y otra en la que se contenían los supuestos en que el banco podía resolver por incumplimiento del cliente, de tal manera que los supuestos en que el banco podía repercutir gastos a este no eran todos los previstos en la cláusula como de extinción anticipada del vínculo sino solo los cuatro mencionados inmediatamente antes de ella referidos a determinados incumplimientos de los prestatarios. Tras recordar que el control de interpretación en casación es solo de legalidad, de tal forma que si las normas interpretativas son respetadas no cabe en casación discutir qué interpretación es la mejor o más adecuada a las circunstancias del caso, la Sala concluye que la compleja redacción del documento en que se consignó el contrato no justifica afirmar que los prestatarios aceptaron pagar un “*cargo por cancelación*” (que no venía establecido en la cláusula litigiosa ni en la referida a los datos de identificación de la operación) por el mero hecho de que, con ocasión de regular otros supuestos, las cláusulas tercera y quinta contemplaran la posibilidad de repercutir en la cuenta del cliente gastos adicionales o la de efectuar una liquidación, positiva o negativa, en la misma, en función de lo que

aconteciera en el mercado de tipos de interés. En definitiva, la interpretación sistemática o de la totalidad a que se refirió el banco para combatir la interpretación de la Audiencia no permite revisar las consecuencias derivadas de la interpretación literal. No cabe entender que los prestatarios debieran una comisión de cancelación que no aparecía expresamente pactada para el caso enjuiciado, siendo además esta interpretación también conforme con el canon “contra proferentem” (en contra del predisponente) dirigido a evitar abusos derivados de la confusa redacción de las cláusulas del contrato.

La **STS 21-11-2012 (RC 1729/2010)** declara válidos dos contratos sobre productos financieros derivados (swaps) por inexistencia de error en la prestación del consentimiento pese al cambio de los tipos de interés. De esta forma, revoca la sentencia de apelación que sí había declarado la ineficacia pretendida, tras apreciar dicho vicio del consentimiento. La Sala parte de que no es posible equiparar, sin matices, un defecto de información con la existencia de error. En cuanto a este, recuerda que constituye doctrina jurisprudencial que existe el error como vicio del consentimiento cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Pero la seguridad jurídica, asentada sobre el respeto a lo pactado, impone unos criterios rigurosos para su apreciación. Por ello, dice la Sala, para apreciar el error se exige en primer lugar que la representación equivocada merezca esa consideración, esto es, que se muestre, para quien afirma que ha errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias. El error ha de recaer sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones que principalmente hayan llevado a celebrarlo. Y debe ser esencial, en el sentido de proyectarse sobre esa sustancia o condiciones que hubieran sido la causa principal de su celebración. Aunque es cierto que se contrata en función de unos móviles, motivos o razones, el error sobre estos es irrelevante y no priva de eficacia al contrato mientras que no se hayan casualizado (es decir, elevado a causa del contrato por ambas partes). De esta forma, no es posible apreciar un error como vicio del consentimiento cuando la representación equivocada, lejos de ser segura, se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica una asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. A lo anterior añade la Sala que el error, además de relevante, ha de ser excusable, de manera que no se priva de protección al que erró por no haber empleado la diligencia exigible que le hubiera permitido haber conocido. La proyección de toda esta doctrina sobre el caso concreto determina que la sentencia rechace la existencia del error.

8.11. La STS 12-02-2013 (RCIP 1190/2010) desestima el recurso de casación interpuesto por dos de las empresas que habían sido demandadas por una empresa petrolera en reclamación de cantidades pendientes de pago por venta de combustibles servidos al un grupo empresarial como cliente de gran consumo. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, lo que fue luego confirmado por la Audiencia Provincial. En el procedimiento se fijó como hecho probado la existencia de un acuerdo verbal en el que una de las

demandadas hacia pedidos para ser servidos al grupo empresarial, que realizaba los pagos, beneficiándose este de las condiciones favorables de aquella empresa por su condición de “depósito fiscal” para liquidar el impuesto de hidrocarburos. Ante la constancia en el procedimiento de la existencia de un pacto ilícito para eludir obligaciones tributarias, ordena comunicar la sentencia a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria por si considerase procedente emprender acciones en el ámbito de sus competencias o comunicar los hechos al órgano competente.

8.12. La **STS 05-02-2013 (RC 1440/2010)** estima el recurso de casación en relación con la validez y eficacia de un precontrato de trabajo de jugador de fútbol profesional de un menor de trece años celebrado entre un club de fútbol y los padres del menor. En la sentencia se declara la nulidad del contrato litigioso, aunque condena al jugador al pago de treinta mil euros al club de fútbol en concepto de indemnización por extinción anticipada del contrato de jugador no profesional. La Sala considera que este tipo de contrataciones de menores debe ser objeto de especial protección por el ordenamiento jurídico, en garantía del principio constitucional y supranacional del *superior interés del menor*. En el caso planteado, la sentencia señala que la representación de los padres se extendió a una decisión que afectaba al futuro futbolístico profesional de su hijo y que, en estos casos, “el poder de representación que ostentan los padres, que nace de la ley y que sirve al interés superior del menor, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico que claramente puede materializarse a los 16 años (artículo 162.1º del Código Civil)”. La sentencia argumenta también la necesidad de que exista autorización judicial para este tipo de contratos, al implicar contenidos obligacionales económicos relevantes para el menor y su futuro. Atiende también al orden público laboral y considera que se atentaría el principio de libertad de contratación del menor con cláusulas de vinculación y económicas que impedirían la posterior decisión del menor sobre este aspecto cuando pudiera tomarla. Se valora también la existencia en el contrato de una cesión de los derechos de imagen del menor, lo que implica la cesión de derechos fundamentales de especial protección por el ordenamiento jurídico. Todos estos argumentos, que se giran en torno al principio de la protección del superior interés del menor, determinan, a juicio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que deba decretarse la nulidad del contrato celebrado, lo que ocasiona la estimación del recurso de casación del jugador.

8.13. La **STS 15-01-2013 (RC 1578/2009)**, de pleno, trata sobre la validez obligacional de la venta de una cosa común sin el concurso o consentimiento de todos los comuneros. En el caso, se solicitaba por dos hermanos la nulidad de pleno derecho de la compraventa de varias fincas frente al resto de hermanos, la madre, como mandataria, y la sociedad compradora, por extralimitación del mandato.

La sentencia de primera instancia estimó la demandada declarando la nulidad, y la de apelación confirmó la sentencia. La Sala declara que la validez de este tipo de compraventa se proyecta exclusivamente en el plano de su

inmediata eficacia obligacional, que no alcanza el ámbito de su eficacia jurídico real. Tampoco se altera o modifica el marco de los derechos que pudiera corresponder a los comuneros que no prestaron su consentimiento. Se deja abierta la posibilidad de que la compradora pudiera plantear la nulidad por error sustancial y excusable, sobre la plena titularidad de la cosa, por parte de los vendedores.

La sentencia, con base en la naturaleza jurídica obligacional de la compraventa y en el principio de conservación de los contratos, declara la validez obligacional del contrato entre las partes contratantes, con la consiguiente disposición de las cuotas de los condóminos partícipes del mismo, y sin trascendencia jurídico-real respecto de la enajenación y transmisión de las cuotas de los condóminos que no prestaron su consentimiento.

En consecuencia declara la ineficacia o carencia de efectos jurídico-reales de la escritura pública en relación con los condóminos demandantes.

8.14. También sobre obligaciones y contratos, la **STS 16-01-2013 (RC 740/2010)**, de pleno, resuelve sobre un supuesto donde se plantea la nulidad de la compraventa, simulada, respecto de bienes inmuebles y, consecuentemente, de la donación disimulada, y la inclusión de tales bienes en la masa hereditaria de la causante. La contraparte se opone a la nulidad y subsidiariamente pide que se dé validez a la donación disimulada, de carácter remuneratorio, y lícita, a favor de su sobrina, y no habiendo herederos forzosos, y subsidiariamente se le otorgue validez como donación pura y simple.

Se solicita la revisión de la doctrina jurisprudencial relativa a la nulidad de la donación de bien inmueble, disimulada en escritura de compraventa, cuando el *animus donandi* resulte acreditado en la sucesión testamentaria.

La sentencia confirma el criterio jurisprudencial desarrollado por la STS 10-01-2007 (RC 5281/1999) que declara la nulidad de pleno derecho de las donaciones de inmuebles disimuladas en la escritura de compraventa, porque la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que encubría, pues tanto el *animus donandi* como la aceptación deben constar en la escritura pública.

La sentencia establece que la anterior doctrina no exceptúa las donaciones remuneratorias. De forma que esa doctrina no admite excepciones en el ámbito donde se exige la forma de escritura pública.

Sentado lo anterior, la sentencia, efectúa una puntualización sobre el alcance de la doctrina jurisprudencial expuesta: “En este sentido, su alcance se proyecta, mientras no resulte modificado, sobre todos aquellos casos que resulten iguales o similares a los que dieron lugar a esta jurisprudencia, entre otras, Sentencia de 2 noviembre 2011 nº (43, 2009), esto es, respecto de aquellas causas de pedir cuya identidad refiera como hecho esencial la validez inter vivos de la donación de bien inmueble disimulada en escritura pública de compraventa, o negocio resultante. Con ello se quiere señalar que la referida

interpretación de la nulidad derivada puede resultar no determinante en aquellos supuestos en donde la causa donandi, como causa digna de tutela, venga integrada en otros hechos esenciales que diferencian la causa de pedir hacia otros ámbitos de aplicación del Derecho, particularmente del Derecho de sucesiones”.

8.15. La **STS 17-01-2013 (RCIP 1579/2010)**, de pleno, resuelve un recurso en el que se planteaba la correcta aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que hace la sentencia de la Audiencia, en un contrato de compraventa de vivienda, por no obtención de financiación bancaria por parte de los compradores, debido a la crisis económica presente.

La sentencia mantiene la vigencia de la jurisprudencia vigente respecto de la regla o cláusula *rebus sic stantibus*, que se concreta en una muy cautelosa aplicación, dado el principio general de que los contratos han de ser cumplidos, siendo de más excepcional aplicación a los contratos de tracto único, como es la compraventa (SSTS 10-2-1997, 15-11-2000, 22-4-2004 y 1-3-2007), y por regla general se ha rechazado su aplicación a los casos de dificultades de financiación del deudor de una prestación dineraria (SSTS 20-5-1997 y 23-6-1997).

Lo anteriormente razonado no significa, sin embargo, que la regla *rebus sic stantibus* haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurren en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las respectivas prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla.

La sentencia concluye afirmando que la posibilidad de aplicarse la regla citada a determinados casos de imposibilidad de financiación, no significa que la crisis económica por sí sola, permita al comprador desistir del contrato, porque se propiciarían incumplimientos oportunistas, y, en el caso concreto, deniega su aplicación, pues se basa solamente en el hecho de existencia de la crisis económica, y la consiguiente restricción generalizada de los préstamos hipotecarios, no habiéndose probado nada sobre la situación económica de los compradores antes y después del contrato, y de la capacidad económica de uno de los cónyuges compradores, identificar la imposibilidad de financiación con la denegación de financiación por una sola entidad de crédito y fundada en un alto endeudamiento, que bien podía ya existir al tiempo de celebrarse el contrato, y no dar la debida relevancia al dato de que el propio contrato ya contemplaba expresamente la posibilidad de que los compradores no obtuvieran la financiación prevista sin por ello exonerarles del pago del precio.

En suma, la posible aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a compraventas de viviendas afectadas por la crisis económica no puede

fundarse en el solo hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, sino que requerirá valorar un conjunto de factores, necesitados de prueba, tales como el destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia, o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública; la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean; la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación; o en fin, las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia.

8.16. La **STS 18-01-2013 (RCIP 1318/2011)**, de pleno, trata sobre dos cuestiones: sobre la distinción entre la compraventa en construcción y el contrato de obra y sobre la imposibilidad sobrevenida (*rebus sic stantibus*).

Los compradores demandaron a la sociedad vendedora la resolución del contrato de compraventa, con devolución de las cantidades pagadas, deducido el importe de la cláusula penal, y la sociedad vendedora reconviene solicitando el cumplimiento del contrato.

Sobre la distinción entre compraventa de vivienda en construcción y el contrato de obra, sobre todo en los casos en los que el vendedor se compromete a construir, y a aportar los materiales, tiene importancia, en cuanto permitiría, de calificarse como contrato de obra, la aplicación del artículo 1594 CC, a cuyo tenor el comitente podría desistir del contrato simplemente indemnizando al contratista. La sentencia, declara que para inclinarse por una u otra opción, hay que atender a la interpretación del contrato, según se dé más importancia al *facere* inicial, o al *dare*, teniendo en cuenta lo expresado al contratar y, también, aquellas circunstancias objetivas concurrentes que hubieran podido dar lugar a una representación común jurídicamente significativa a estos fines. Concluye la sentencia confirmando la calificación del contrato como compraventa, confirmando en este sentido las sentencias de instancia.

Sobre la cuestión de la imposibilidad sobrevenida, o aplicación de la regla o cláusula *rebus sic stantibus*, alegada por los demandantes solo al contestar a la reconvencción, la sentencia recuerda que los contratantes deben cumplir sus obligaciones aunque les resulten más onerosas de lo que habían previsto, tanto por un aumento de los costes de la ejecución como por una disminución del valor de la contraprestación a que tuvieran derecho. Y, también, que es valorable la posibilidad que tienen de prever, mediante el establecimiento de condiciones suspensivas o resolutorias o cláusulas estabilizadoras, la subsistencia o el cambio de la situación económica en la que se celebró el contrato.

No obstante, la jurisprudencia, utilizando especialmente la regla *rebus sic stantibus*, se ha referido a la cuestión de los efectos que, en la reglamentación contractual, puede producir una imprevista y extraordinaria mutación de aquellas circunstancias, ya sea porque las representaciones mentales de los contratantes se forman a partir de una determinada realidad (criterio subjetivo), ya porque la alteración puede llegar a romper, en medida inadmisiblemente, el equilibrio de prestaciones y, en función del tipo negocial elegido, a privar de todo sentido a la reglamentación pactada (criterio objetivo), para destacar la admisibilidad en nuestro sistema de los medios de corrección de la frustración económica del contrato, en determinadas situaciones particulares.

En el caso concreto no se ha razonado suficientemente sobre la variación imprevista y extraordinaria de circunstancias, y no ha sido esa doctrina la ratio de la resolución recurrida, pero sí se alega una imposibilidad de cumplimiento que la sentencia recuerda que para producir efectos de liberación del deudor debe cumplir dos condiciones:

1º Que la prestación imposible sea la diseñada a cargo del deudor en el acto constitutivo del vínculo y no otra.

2º Que la imposibilidad liberatoria ha de ser posterior a la celebración del contrato.

Como consecuencia, no cabe atribuir efectos extintivos a los impedimentos sobrevenidos que fueron tomados en consideración por las partes al contratar o que, razonablemente, deberían haberlo sido, ya para evitarlos o superarlos, ya para evitar o superar sus consecuencias.

Concluye la sentencia que en este caso no se dan estas condiciones, en cuanto en el propio contrato, suscrito por ambas partes, se preveía las consecuencias de la no obtención de financiación, bien por subrogación, o por cualquier otra vía.

8.17. Sobre un contrato de gestión de cartera de valores, la **STS 17-04-2013 (RCIP 1826/2010)**, de pleno, confirma las sentencias de instancia, declarando la responsabilidad del banco gestor por la pérdida total de la inversión, por haber mantenido una inversión contraria a su perfil conservador, plasmado en el contrato, y sin facilitarle la más mínima información sobre el riesgo del fondo en cuestión como le exigían todas las normas.

La demanda se fundaba en los artículos 1101, 1104 y concordantes del Código Civil y, en cuanto a los hechos, en no haberse atendido la entidad demandada al perfil conservador del demandante, expresamente señalado en el “Contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión”, celebrado en 2006 entre las partes, al recomendarle, tras haber ordenado el demandante un reembolso de todas sus inversiones (3.325.483’68 euros) en octubre de 2008, mantener la inversión de 500.000 euros en aquel fondo, que según extracto de 11 de enero de 2009 quedó finalmente reducido a cero. Y lo pedido en la demanda fue, primero, se determinara que la orden dada por el demandante “en el contrato firmado al efecto” en ningún caso autorizaba a la

gestora demandada a invertir 500.000 euros en *hedge funds* [fondos de cobertura], y mucho menos cuando esta cantidad representaba ya el total de sus inversiones; segundo, que el fondo no cumplía el calificativo de conservador ni le fue ofrecido en ningún momento al demandante, a quien no se comunicó la trascendencia económica de su contratación ni tuvo conocimiento de “en qué tipo de producto estaba invertido su dinero”; y consecuentemente, que la demandada era “responsable del fallido producido en la referida inversión por haber vulnerado las obligaciones a que su condición de gestora le sujeta, así como las contraídas en el único contrato firmado al efecto, al quedar reducido el valor de la misma a 0 euros”, por lo que procedía su condena a reembolsar al demandante la cantidad de 500.000 euros más los intereses correspondientes.

La Sala aplica su jurisprudencia que exige la identificación precisa de la norma o normas infringidas, carga que solo a la parte recurrente corresponde y cuya omisión no puede ser suplida o subsanada por esta Sala. Sobre la alegación de caso fortuito, por estimar la recurrente que era imprevisible el riesgo del fondo en cuestión por ser también imprevisible el fraude del Sr. Madoff, cometido “contra toda la comunidad financiera internacional” y engañando a todas las “administraciones públicas”, la sentencia no acepta que este caso pueda considerarse caso fortuito, pues, definido el caso fortuito en el art. 1105 CC como un suceso que no pudo preverse, esta definición no conviene a la pérdida total de la inversión del demandante, porque la entidad recurrente hizo correr al patrimonio del demandante un riesgo que este, contractualmente, no deseaba, y solamente ya este incumplimiento contractual comportaba de por sí una falta de la diligencia exigible a todo profesional del sector, que entre sus obligaciones, frente al cliente, tiene la de protegerle frente a riesgos de su inversión, no deseados, entre ellos, un posible fraude, y porque que el fraude no fuere detectado, no es oponible por la entidad gestora a su cliente, porque frente a este se obligó a respetar su perfil conservador y, por tanto, a no invertir su patrimonio en fondos cuya denominación no permitía comprender de forma mínima su funcionamiento real ni el verdadero riesgo que comportaban.

8.18. Sobre un contrato de gestión discrecional de cartera de valores, la **STS 18-04-2013 (RCIP 1979/2011)**, de pleno, estima el recurso de casación, imputando a la empresa gestora la responsabilidad por los daños sufridos por la inversión en valores de riesgo, en este caso la adquisición de participaciones preferentes de la entidad “Lehman Brothers Holdings Inc”, cuyo valor se ha visto reducido en la cantidad reclamada como indemnización como consecuencia de la quiebra de la entidad, cuando los demandantes habían optado por un perfil de riesgo muy bajo al suscribir el contrato, pues es obligación de la empresa gestora la de la buena fe y la de la información suficiente, completa , clara y precisa.

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de gestión discrecional de cartera de inversiones, la Sala afirma, en línea con lo declarado en la sentencia de la STS 11-07-1998 (RC1195/1994) y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 21 de noviembre de 2002, dictada en el asunto C-356/2000 (caso Testa y Lazzeri contra Comisiones Nazionale per le

Società e la Borsa, Consob), que su esquema contractual responde fundamentalmente al mandato o comisión mercantil.

En cuanto a la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), aunque no vigente en la fecha del contrato, la sentencia dice que ha de ser tomada también en consideración en la interpretación de las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión aunque cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición (Sentencia de 8 de octubre de 1987, caso “Kolpinghuis Nijmegen”, asunto 80/86). En tal sentido, la sentencia resalta que la Sala ha utilizado Directivas cuyo plazo de transposición no había finalizado, y que no habían sido efectivamente transpuestas a nuestro Derecho interno, como criterios de interpretación del mismo (STS 8-11-1996, RC 126/1993).

Las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato, fundamental en el caso del mandato (arts. 1719 del Código Civil y 254 y 255 del Código de Comercio), haciendo la función de instrucciones al gestor para el desarrollo de su obligación básica. La Sala dice que las normas reguladoras del mercado de valores exigen un especial deber de información a las empresas autorizadas para actuar en ese ámbito, como resulta del artículo 79.1.e de la Ley del Mercado de Valores en la redacción vigente cuando se concertó el contrato.

La sentencia estima que una información como la facilitada por el banco a los demandantes podría ser suficiente en el caso de otra relación contractual más simple, pero no lo es en el contrato de gestión discrecional de cartera de valores pues no alcanza el estándar de la conducta exigida al profesional con base en la normativa que lo regula y que ha sido expuesta. Concretamente, no se suministra una información completa y clara al inversor ni se actúa de buena fe cuando en el contrato existe una contradicción evidente entre la respuesta que da el inversor cuando se le pregunta por su perfil de riesgo y la elección de los valores en que se puede invertir. Los demandantes optaron por un perfil de riesgo “muy bajo”, que era el más conservador de los cinco posibles. Si la empleada del banco que les atendió marcó a continuación, y tras preguntar a los clientes, en las casillas que posibilitaban invertir en valores de riesgo elevado (pues marcó todas las casillas salvo la residual de “cualesquiera contratos u operaciones”), es evidente que existe una contradicción no explicada ni resuelta. Es significativo que en la cláusula del contrato relativa al perfil de riesgo, tras indicar a qué responde cada uno de los perfiles posibles (de “muy bajo” a “muy alto”) se añade: “además, se tomarán en cuenta los activos seleccionados en la cláusula cuarta [valores a contratar], de modo que sea coherente el perfil inversor y las operaciones que pueden realizarse”. En este caso, la incoherencia es palmaria y no ha sido justificada. No se acepta la tesis de la sentencia de la Audiencia Provincial que justifica la corrección de la actuación del banco en que la normativa reguladora del mercado de valores no

impide a clientes conservadores solicitar inversiones en productos de riesgo. Lo relevante es que ese plus de buena fe y diligencia a observar por la empresa que actúa en el mercado de valores exige que ésta ponga de manifiesto al cliente la incoherencia existente entre el perfil de riesgo elegido (que por los términos en que se define, riesgo muy bajo, bajo, medio, alto o muy alto, es fácilmente comprensible) y los productos de inversión aceptados por el cliente (productos cuya comprensión cabal exige conocimientos expertos en el mercado de valores) y de este modo asegurarse que la información facilitada al cliente es clara y ha sido entendida.

La sentencia concluye que el banco no cumplió el estándar de diligencia, buena fe e información completa, clara y precisa que le era exigible al proponer a los demandantes la adquisición de determinados valores que resultaron ser valores complejos y de alto riesgo (así los define la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y así se acepta en la sentencia de la Audiencia Provincial) sin explicarles que los mismos no eran coherentes con el perfil de riesgo muy bajo que habían seleccionado al concertar el contrato de gestión discrecional de carteras de inversión. Este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas.

8.19. En materia de responsabilidad contractual, destaca la **STS 10-04-2013 (RCIP 2134/2010)** que examina el supuesto en el que una sociedad mercantil demandó a un banco en reclamación de indemnización por su responsabilidad contractual derivada de un contrato de depósito o, subsidiariamente, por su responsabilidad extracontractual derivada de la estafa penal por la que habían sido condenados varios empleados del banco al crear una “banca paralela” que desviaba los fondos de los clientes para dar préstamos a quienes tenían dificultades para obtener crédito regularmente. En este proceso penal, el banco había asumido su responsabilidad civil frente a los perjudicados, pero no frente a la ahora demandante. En la sentencia se recuerda la doctrina de la Sala sobre el carácter excepcional de la posibilidad de revisar la prueba a través del recurso extraordinario por infracción procesal y, en aplicación de la misma, se concluye que lo pretendido en el recurso extraordinario por infracción procesal es que se realice una valoración conjunta de la prueba mediante la negación de lo evidente y la tacha de arbitrario de lo que resulta racional y acreditado documentalmente, proponiendo una valoración que resulta, a juicio de la Sala, inverosímil, pues, estando acreditada la falta de prueba del depósito a plazo fijo, su colaboración en la financiación de la “banca paralela” y que el dinero que reclama salió del banco por orden de su representante legal, las acciones pretendidas por la parte recurrente no pueden prosperar.

9. Donación.

9.1. La **STS 06-03-2013 (RC 1585/2010)** delimita el alcance jurisprudencial de su doctrina sobre la necesidad de escritura pública en la

donación de bienes inmuebles al resolver un recurso de casación interpuesto por un Arzobispado. La sentencia resuelve la cuestión de si eran aplicables al caso las exigencias formales del artículo 633 del Código Civil para la validez de la donación cuando en esta se había establecido una carga que no había sido instrumentada claramente en la escritura pública. Se declaró probado en la instancia que, tanto en el testamento abierto como en los documentos de compromiso de venta de solares celebrados con anterioridad a la escritura pública de donación, se establecía que el destino de los bienes debía ser la construcción de un complejo parroquial, si bien en la escritura pública no se había recogido esta carga, salvo en la parte relativa a la petición de excepciones fiscales, en las que se señalaba el destino. El Arzobispado pretendió en su recurso que se declarase que esta condición, al no estar en la escritura pública, era ineficaz, con lo que eran válidas las donaciones. La sentencia recuerda la doctrina de la Sala sobre la exigencia de especial forma para la donación de un bien inmueble, que se aplica fundamentalmente en los supuestos en los que existe una escritura pública de compraventa que resulta ser simulación de una donación, considerando en estos casos que la forma de escritura pública de la compraventa no convalida la donación. Señala que esta doctrina tenía una limitación que se puntualizó en la STS 16-01-2013, en la que se decía que “dicha interpretación puede resultar no determinante en aquellos supuestos en donde la causa donandi, como causa digna de tutela, venga integrada en otros hechos esenciales que diferencien la causa de pedir hacia otros ámbitos de aplicación del Derecho, particularmente del Derecho de sucesiones”. Este supuesto se produce en el recurso de casación resuelto, en el que la causa donandi resultaba del testamento del donante, causalizando todos los contratos celebrados posteriormente.

10. Derecho concursal.

10.1. En esta materia destaca la **STS de 19-02-2013 (RC 802/2012)** que resuelve un recurso dimanante de un incidente concursal sobre calificación de créditos, en el que estaba en cuestión la calificación del crédito por cuotas derivadas de un leasing financiero (en particular, las pendientes a partir de la fecha de declaración del concurso). La Sala rechaza la tesis de la recurrente, que defendió el carácter de crédito contra la masa de las cuotas pendientes de pago a partir de la fecha de declaración del concurso con el argumento de que las obligaciones de la sociedad de leasing (principalmente la de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa cedida durante todo el tiempo de vigencia del contrato) subsisten después de declaración del concurso y, desde luego, después de haberse entregado la cosa, lo que permite hablar de la reciprocidad que exige el artículo 60.2 de la Ley Concursal. Según la Sala, siendo la reciprocidad del vínculo contractual el dato determinante de la calificación del crédito, dicha reciprocidad debe analizarse a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, que considera son obligaciones recíprocas las que, con causa en el mismo negocio, nacen a cargo de las dos partes, entre las que existe interdependencia o mutua condicionalidad. La reciprocidad exige que ambas prestaciones sean principales, y si bien puede ser advertida en fase genética del negocio, a los efectos del artículo 61.2 de la Ley Concursal lo que se exige es que la reciprocidad subsista después del concurso (ya que, desde el punto de vista concursal, las obligaciones recíprocas en su origen, pierden

tal condición si una de las partes ha cumplido enteramente su prestación antes de declararse el concurso). Partiendo del tipo de contrato litigioso, la Sala declara que, si bien es cierto que el arrendador financiero que adquiere el bien para cederlo al usuario ostenta un dominio, un poder real, mientras que el arrendatario solo puede usarlo si el dueño le mantiene en su goce pacífico, de esto solo no se extraen argumentos para estimar la tesis de la recurrente. La solución exige examinar el contenido específico del contrato, pues solo es posible concluir que la relación siguió siendo recíproca a partir del concurso si así resulta de las cláusulas válidamente convenidas por las partes. En el caso, del análisis de dichas cláusulas la Sala extrae la conclusión de que, a partir de la entrega del bien, desapareció la reciprocidad, ya que el banco quedó liberado de las obligaciones propias del dueño al quedar a cargo de la arrendataria las reparaciones para mantener la máquina en estado de uso y resultar exonerada la propietaria del saneamiento por evicción y por defectos de la misma.

11. Derecho de familia.

11.1. La **STS 29-04-2013 (RC 2525/2011)** ha fijado doctrina en torno a la interpretación de los apartados 5, 6 y 7 del artículo 92 del Código Civil en lo relativo a los presupuestos que han de concurrir y valorarse para que pueda adoptarse, en interés del menor, el régimen de guarda y custodia compartida. La Sala recuerda que tras la sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre, la adopción del régimen de guarda y custodia compartida ya no depende del informe favorable del Fiscal sino, únicamente, de la valoración que merezca al Juez la adecuación de dicha medida al interés del menor, siendo punto de partida que la guarda y custodia compartida no es lo excepcional sino que debe ser la regla general siempre que no resulte perjudicial para el menor, pues el mantenimiento de la potestad conjunta resulta sin duda la mejor solución para el menor en cuanto le permite seguir relacionándose establemente con ambos padres. Sentados estos postulados, la Sala concluye que la adopción de la medida de la guarda conjunta, además de exigir petición de parte (de ambos progenitores o de al menos uno de ellos), requiere la constatación de que esta no resulta perjudicial sino conveniente para el interés del menor, para lo que deben concurrir determinados requisitos expuestos con reiteración por la Sala y que nuevamente se afirman en la sentencia con valor de doctrina jurisprudencial. Estos requisitos son los siguientes: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente; y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, sin que la mera constatación de que el régimen de guarda y custodia se adapta mejor al interés de los progenitores resulte suficiente para deducir que se adapta mejor al interés del menor, que es el que debe primar.

11.2. La **STS 30-04-2013 (RC 988/2012)** resuelve la controversia por existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la cuestión relativa a cómo afecta el nacimiento de hijos posteriores de una nueva relación en las pensiones alimenticias de los hijos anteriores. La sentencia de la Sala Primera fija la siguiente doctrina jurisprudencial: «Se declara como doctrina jurisprudencial que el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad». La Sala considera que el nacimiento de nuevos hijos puede suponer una redistribución económica de los recursos en la que debe primar la igualdad constitucional de los hijos a percibir alimentos de sus progenitores, y que para proceder a esta redistribución es necesario conocer la nueva situación económica del alimentante, en la que puede afectar la convivencia con la nueva pareja, debiendo atenderse a los medios de la nueva unidad familiar y a la distribución de los gastos de sostenimiento de los nuevos hijos.

11.3. La **STS 31-01-2013 (RC 2248/2011)**, de pleno, trata un supuesto de modificación de medidas respecto de la guarda y custodia de un menor. El cambio se solicitaba con base en el incumplimiento por la madre del régimen de comunicaciones establecido, residiendo la madre y el menor en los Estados Unidos de América y el padre en España. El menor residió en Estados Unidos de América, bajo la guarda de su madre, que dejó sin cumplir los compromisos asumidos en orden a facilitar las comunicaciones con el padre. El menor vivió seis años con su madre en Estados Unidos, país en el que está integrado en todos los aspectos (alimentación, hábitos sociales y círculo de amigos), con fuerte vínculo afectivo hacia su madre.

El problema en este caso consistía en determinar si la decisión adoptada en ambas instancias había tenido en cuenta ese interés superior del niño, de aplicación obligatoria, en el momento en que se dictan, partiendo para ello de la norma que se dice infringida en el motivo (artículo 776.3 LEC).

La sentencia argumenta que el artículo 776.3 LEC constituye un aspecto importante en la determinación de los derechos y deberes de las partes en orden a posibilitar el régimen de visitas y comunicaciones de los hijos con el progenitor no custodio y de garantizar, en suma, el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia que se proclama en el artículo 39 de la Constitución, con la consecuente posibilidad de modificar la medida acordada, no como sanción, sino como una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio del régimen de guarda y visitas pues, en definitiva, tampoco se presta a una aplicación automática, sino facultativa ante los incumplimientos tanto del guardador como del no guardador. Este carácter facultativo, hace que se deba tener en cuenta, que para el cambio de guarda y visitas, se debe tener presente el prioritario interés del menor, y que esas medidas deben poder ponerse en práctica.

Ese interés del menor exige que sea cual fuere el miembro de la pareja con el que conviva el niño, debe asegurarse que tanto la función paterna como la materna estén garantizadas, porque de ambas funciones precisa el niño para un correcto desarrollo emocional. Ocurre, sin embargo, que en este caso concreto, se han creado unos vínculos muy distintos del menor con el padre que ahora pretenden reforzarse a través de un cambio de custodia que tiene como punto de partida una primera etapa de acercamiento progresivo del padre con su hijo en Pontevedra en el que la madre seguirá con la custodia, lo que exige que tanto este como su madre se trasladen a España para cumplimentar el régimen de visitas que se establece a favor del padre, y una fase posterior que concluye con la madre residiendo en España, con el hijo ya bajo la custodia del padre. La primera parte tiene una duración de dos años. La segunda de cuatro. Una y otra prorrogables, sin que este periodo intermedio de transición hacia el sistema de custodia paterno, a desarrollar en España, ofrezca ninguna garantía de que pueda materializarse en una nueva relación, hasta ahora prácticamente inexistente, del padre con su hijo.

Por ello, concluye la sentencia que, en este caso concreto, "iniciativas de esta clase, con el padre en Pontevedra y la madre y el hijo en Estados Unidos donde están perfectamente integrados desde hace tiempo, no son aconsejables en estos momentos" y que para el menor, "supondrá un auténtico trauma el verse sometido al cambio de custodia, con lo que ello a mayores conlleva el traslado de su lugar de residencia a otro país muy distante del anterior y de imposición de convivencia con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce".

12. Derecho hipotecario y registral.

12.1. Sobre derecho hipotecario y registral, la **STS 04-04-2013 (RCIP 2211/2010)**, de pleno, resuelve sobre la cuestión de una doble inmatriculación en el Registro de la Propiedad, reafirmando la jurisprudencia de la Sala que señala que en estos supuestos se debe aplicar las normas de derecho civil, con exclusión de las normas hipotecarias.

Resulta acreditado que existió una transmisión a la parte demandada de una finca con una descripción inexacta y fraudulenta en cuanto el perito puso de manifiesto que el supuesto "error" en la inscripción de la finca 27.474, adquirida por el Ayuntamiento, supondría que pasaría a medir 14.488,48 metros cuadrados cuando en la escritura de segregación se habían fijado 9.881 metros cuadrados.

En definitiva, en los supuestos en que una misma porción superficial aparece incorporada a dos fincas inscritas en el Registro de la Propiedad, la cuestión no puede resolverse mediante la aplicación de las normas hipotecarias, sino en consideración a las normas de derecho civil puro y en estos casos de duplicidad de inscripción, "no prevalece el derecho del tercero hipotecario, y la misma se resuelve según la preferencia que se ostente, conforme a las normas de derecho civil", además de que la fe pública registral se extiende únicamente a la titularidad de las fincas y no a sus datos físicos, entre ellos, la realidad de su extensión superficial.

Igualmente, la sentencia declara que, en base al artículo 79-2º de la Ley Hipotecaria, que establece como supuesto en que procede la cancelación total de las inscripciones aquél en que se extinga por completo el derecho inscrito, lo que en el caso, es consecuencia necesaria de la declaración, en virtud de la cual se priva al demandante de su propiedad, sobre la finca. En tal caso, la declaración judicial de cancelación del asiento correspondiente viene impuesta, sin necesidad de petición expresa, por la propia pretensión alternativa, que ha sido acogida.

13. Consumidores y usuarios.

13.1. En materia de derecho de los consumidores, la **STS 09-05-2013 (RCIP 485/2012)**, de pleno, declara la nulidad de determinadas cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos con consumidores, condena a las entidades predisponentes a eliminar esa cláusulas de los contratos en los que se insertan y a cesar en su utilización, y declara la subsistencia de los contratos de préstamo hipotecario, en los que se hayan utilizado esas cláusulas, sin retroactividad de la sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en al fecha de publicación de la sentencia.

En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal, lo destacable es el reconocimiento a una asociación de consumidores de la capacidad procesal para ejercitar la acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación impuestas por entidades financieras pese a que había sido expulsada del Registro de asociaciones de protección de los consumidores.

La nulidad declarada de las condiciones generales de la contratación lo es por los siguientes motivos, que expresa el propio fallo de la sentencia:

a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.

b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por una entidad bancaria.

e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.

f) La inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

En cuanto a la legitimación procesal de la asociación de consumidores demandante, la Sala le reconoce legitimación. Se funda, en síntesis, en que la resolución administrativa de exclusión del Registro, fundada en el incumplimiento por la asociación de sus deberes, tiene un contenido materialmente sancionador y en que el principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, en cuanto habla de “restricción de derechos individuales”, ha de equipararse a la idea de sanción.

Así, el rechazo de la legitimación como consecuencia de una sanción que no era firme en los momentos de la interposición de la demanda y de la sentencia de primera instancia, supone en cierta medida dotar de efectos retroactivos a la sanción restrictiva de derechos. La pérdida sobrevenida de las condiciones legales para litigar afecta al principio *pro actione*, y debe ser objeto de interpretación restrictiva, siendo esta interpretación restrictiva especialmente intensa cuando la demandante no tiene una legitimación ordinaria ni litiga en defensa de un interés propio, sino que actúa en defensa de intereses ajenos, ya que las consecuencias se proyectan sobre terceros, en este caso consumidores, cuyos intereses colectivos, los tribunales tienen el deber de tutelar.

En cuanto al fondo de la cuestión la sentencia declara que las cláusulas suelo son lícitas siempre que cumplan una serie de condiciones, que son, en esencia, que su transparencia permita identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato, y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos; es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo firmado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio. No es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo; la cláusulas suelo son lícitas incluso si no coexisten con cláusulas techo.

La sentencia declara que existe un control limitado sobre las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y cita la STS 18-06-2012 (RC 46/2010) que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al del equilibrio de las “contraprestaciones“, que identifica con el objeto principal del contrato, a las que se refería la Ley de Consumidores Y Usuarios en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de forma que no cabe un control de precio, pero esto no implica que no pueda controlarse el carácter abusivo, a través del doble control de transparencia.

La declaración de nulidad se produce, en este caso, porque las cláusulas anuladas no son transparentes, ya que falta información suficientemente clara de un elemento definitorio del objeto principal del

contrato. Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible de los tipos de interés en el momento de contratar. No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo de otras modalidades de préstamo, y en el caso concreto de una entidad, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

A su vez, la nulidad parcial procede porque la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de algunas de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia, y no procediendo la integración y reconstrucción “equitativa” de los contratos, pues tal posibilidad, que permite el artículo 83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, ha sido declarada contraria al Derecho de la Unión por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, apartado 73, por lo que seguirán siendo obligatorios esos contratos para las partes, en los mismos términos, suprimiendo las cláusulas abusivas.

En cuanto a la retroactividad de la nulidad, aunque la regla general, en los supuestos de nulidad es que producen efectos *ex tunc*, es decir, desde la conclusión del contrato, destruyendo sus consecuencias, y evitando que produzcan efectos, se inclina la sentencia por declarar la irretroactividad, en síntesis, en base a ser las cláusulas suelo, en sí, lícitas, su inclusión en los contratos responde a razones objetivas, no son inusuales ni extravagantes, su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado, la condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas, se basa en la falta de transparencia, y no en la ilicitud intrínseca de sus efectos, y que es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas.

14. Arrendamientos Urbanos.

14.1. Sobre arrendamiento de vivienda, la **STS 16-04-2013 (RC 1034/2009)**, de pleno, fija como doctrina jurisprudencial que la Disposición Transitoria primera de la LAU se ha de entender de manera que, tras la entrada en vigor de la LAU de 1994, los contratos de arrendamiento de vivienda concertados a partir de 9 de mayo de 1985 se encuentran sometidos a una tácita reconducción de tres años, tras lo cual le es de aplicación lo establecido en los artículos 1566 y 1581 del CC.

La cuestión se planteaba como consecuencia de dos interpretaciones diferentes, de las Audiencias Provinciales, en cuanto a los arrendamientos de vivienda, concertados a partir de 9 de mayo de 1985, en vigor por tanto el Real Decreto Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, una

que aplicando la citada Disposición Transitoria estimaba que, aplicada la tácita reconducción de tres años que establece la misma, entra en juego la tácita reconducción conforme al artículo 1566 del CC, es decir, por meses o años, según se pagase la renta; y otra, donde una vez transcurrido el plazo del arrendamiento, se aplicaba la tácita reconducción por tres años, conforme a la misma, y transcurrida ésta se aplicaba la prórroga del contrato del artículo 10 LAU 1994, por plazos anuales.

14.2. También sobre arrendamientos urbanos de vivienda, la **STS 22-04-2013 (RC 365/2010)** reitera, como doctrina jurisprudencial, que el contrato de arrendamiento concluido por uno de los cónyuges, constante matrimonio, no forma parte de los bienes gananciales, y se rige por lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos en lo relativo a la subrogación por causa de muerte del cónyuge titular del arrendamiento.

En este caso, el contrato de arrendamiento fue suscrito en el año 1970 solo por el marido y, producido el fallecimiento de éste, la notificación del óbito y la petición de subrogación se hizo ya transcurridos los noventa días fijados por la Ley de Arrendamientos urbanos de 1964, lo que impide la subrogación arrendaticia.

La sentencia declara extinguido el contrato de arrendamiento aplicando la doctrina de la Sala que declara que el contrato de arrendamiento suscrito por uno solo de los cónyuges constate matrimonio no forma parte de los bienes gananciales.

La sentencia, entrando en las formalidades para que esa subrogación hubiese podido operar, aplicando lo dicho en la STS 22-05-2012 (RC 1978/2008), declara que una válida subrogación exige la comunicación formal, en el plazo de 3 meses desde el fallecimiento del arrendatario, del hecho mismo de su muerte y de la persona que desea subrogarse, pues es muy posible que sean varias las personas que puedan ejercer ese derecho, y que de hecho lo ejerciten, circunstancia por la que el artículo 16 LAU 1994 no solo fija un plazo, sino también las personas legitimadas y su orden de prelación. Esta conclusión impide que pueda considerarse que el conocimiento del fallecimiento, por el arrendador, y de que la vivienda está siendo ocupada por un familiar con ese derecho, pueda ser considerado como un consentimiento tácito a la continuación del arrendamiento.

14.3. En materia de arrendamientos urbanos, la **STS 18-04-2013 (RC 2100/2010)** ha estimado parcialmente un recurso de casación reiterando la doctrina jurisprudencial contenida en su sentencia de 27 de diciembre de 2010, relativa a que el arrendador debe reclamar fehacientemente con anterioridad a la presentación de la demanda al arrendatario el pago del IBI, si lo que se pretende es la resolución del contrato, confiriéndose un plazo de treinta días al arrendatario para que se oponga o acepte, tras lo cual podrá instarse judicialmente la resolución, debiendo acompañarse a la reclamación copia del recibo del IBI para que el arrendatario conozca la causa de la reclamación. En el caso planteado ante la Sala la arrendataria de un local destinado a ferretería adeudaba dos rentas que fueron consignadas. El juzgado había desestimado la

demanda por inadecuación del juicio de desahucio por tratarse de una cuestión compleja. La Audiencia Provincial estimó parcialmente la demanda declarando el desahucio por el impago del IBI, cuyo recibo se había comunicado al arrendatario con la demanda. La Sala estima el recurso interpuesto por la arrendataria y considera que, si bien procede mantener la condena al pago del IBI, su impago, al no haberse requerido previamente el abono, no puede tener efectos resolutorios del contrato de arrendamiento conforme a la doctrina jurisprudencial de la Sala.