

Sentencias

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

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (Universidad Autónoma de Madrid), **Isué VARGAS BRAND** (Universidad Autónoma de Madrid)

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Préstamo hipotecario. Responsabilidad de los fiadores por las cantidades no cubiertas en la ejecución hipotecaria. Retraso desleal en el ejercicio de su derecho al cobro por la acreedora de tales importes: no procede cuando el dilatado transcurso del tiempo no ha creado la razonable confianza en el deudor de que tales importes no serían reclamados.–El

retraso desleal en el ejercicio de un derecho, que opera necesariamente antes de que se cumpla el plazo de prescripción del ejercicio de la acción, se fundamenta específicamente en que constituye una de las formas típicas de actos de ejercicio extralimitado de los derechos que lleva consigo una contravención del principio de buena fe (art. 7.1 CC). De manera que para su aplicación se requiere, además de la natural omisión del ejercicio del derecho y del transcurso de un dilatado periodo de tiempo, que suponga una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza creada en el deudor acerca de la no reclamación del crédito. Confianza, por ende, que debe surgir necesariamente de actos propios del acreedor a tal efecto encaminados (STS 15 de junio de 2012). Dichas circunstancias no concurren en el presente caso porque, quedó acreditada la interrupción del plazo de prescripción de la acción que, al margen de apurarse al máximo, se acompañó de negociaciones con las partes para el cobro de la cantidad pendiente. Lo que prueba a las claras que la entidad bancaria no llevó a cabo actos propios de los que pudiera derivarse una fundada creencia o convicción de su renuncia o condonación de la deuda. Ni cabe tampoco oponer la satisfacción del interés del acreedor con la adjudicación del bien, cuya revalorización con el paso del tiempo no elimina el hecho indubitado de que la ejecución patrimonial no trajo consigo la plena extinción de la relación obligatoria, que ha quedado aún pendiente de cumplimiento. (STS de 1 de abril de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La entidad BBVA demandó a los fiadores del deudor principal en reclamación de diversas cantidades (principal, intereses y costas), que quedaron sin abonar tras el procedimiento de ejecución del bien sobre el que se había constituido la garantía hipotecaria del préstamo concedido. Los demandados alegaron, entre otras cosas, la caducidad de la ejecución *ex* artículo. 518 LEC así como el ejercicio desleal del derecho, toda vez que entre el auto de archivo del procedimiento (enero de 1993) y la reclamación a los fiadores habían pasado 17 años; amén de que con el bien adquirido por el Banco en la ejecución hipotecaria, dado el tiempo transcurrido, se habría satisfecho sobradamente el interés económico de la acreedora. La demanda fue estimada en primera instancia pero la Audiencia Provincial de Bilbao acogió el recurso de apelación de los demandados, al considerar que se había producido un retraso desleal en el ejercicio de su derecho por la actora. El Tribunal Supremo casó la sentencia y estimó la acción entablada.

NOTA.—La doctrina del retraso desleal, con una clara tipificación en el derecho alemán a través de la *Verwirkung*, está en íntima relación con el principio de buena fe y el deber de los contratantes de actuar con probidad, pues es precisamente la buena fe la herramienta con la que calibrar las legítimas expectativas que el comportamiento de un contratante genera justificada y razonablemente en el otro. Al contrario que en el caso que nos ocupa, el Tribunal Supremo sí aplicó esta doctrina en su STS de 12 de diciembre de 2011, también en el marco del ejercicio tardío por una entidad bancaria de la pretensión de cobro de la parte pendiente de la deuda (principal e intereses) tras la ejecución hipotecaria (a destacar las sobresalientes observaciones que hace de esta sentencia el Profesor GARCÍA CANTERO, *Anuario*, 2013-II, p. 946). Sobre las dificultades

para establecer el carácter objetivo de la expectativa o convicción del deudor de que la deuda no será exigida, v. VAQUER ALOY y CUCURULL SERRA, *¿Solvencia recuperada en buen momento? Aplicaciones jurisprudenciales de la Verwirkung en el juicio ejecutivo*, InDret, 278, 2005; y MACÍAS CASTILLO, *Inexistencia de retraso desleal en el ejercicio de un derecho de crédito*, PDD, 91, 2011, pp.83-84. (L. A. G. D.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

2. Cláusulas no negociadas en contratos con consumidores y vicios del consentimiento.—La ausencia de vicios del consentimiento en un contrato predispuesto por el profesional no es óbice para que pueda declararse la nulidad de las cláusulas abusivas cuando, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que derivan del contrato (arts. 3.1 Directiva 93/13/CEE y 82.1 TRLGDCU).

Caracterización de una cláusula como condición general o como «no negociada».—Para que una cláusula de un contrato concertado con un consumidor pueda considerarse «no negociada» y, por tanto, le sea aplicable la Directiva 93/13/CEE y la normativa nacional que la desarrolla (TRLGDCU), basta con que esté predispuesta e impuesta, en el sentido de que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional o empresario. Tales requisitos se recogen en el artículo 3.2 Directiva 93/13/CEE cuando establece que «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión». El carácter impuesto de una cláusula no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas, cuando todas ellas están estandarizadas con base en cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por parte del consumidor medio (STS de 9 de mayo de 2013). Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas —y se excluya el control de abusividad— no alcanza con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de «condiciones particulares» o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado ni con afirmar, sin más, en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. La exclusión de la cláusula del control de abusividad requiere que el profesional o empresario justifique las razones excepcionales que le condujeron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor y que pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación, así como las contrapartidas que ese específico consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario.

Concepto de consumidor en contratos de préstamo.—Que el dinero prestado no sea destinado a bienes de primera necesidad resulta irrelevante para la conceptualización del prestatario como consumidor, toda vez que el artículo 2.b Directiva 93/13/CEE entiende por consumidor toda persona física que, en los contratos regulados por la Directiva, actúe con un propósito ajeno

a su actividad profesional. El artículo 3 TRLDGCU, por su parte, considera consumidor a las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

Control de abusividad de la cláusula de intereses moratorios en contratos de préstamo.—La cláusula que establece el interés de demora es susceptible de control de abusividad, además de control de transparencia (STS de 9 de mayo de 2013), por no figurar incluida dentro del ámbito de aplicación del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE, el cual sólo prevé el control de transparencia —pero no el de abusividad— sobre las cláusulas que definan el objeto principal del contrato. La cláusula de intereses moratorios no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre precio y contraprestación, sino que regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas (art. 1.108 CC).

Cláusulas abusivas de intereses moratorios e indemnización de daños causados por el incumplimiento del contrato.—El incumplimiento, por parte del consumidor prestatario, de su obligación de pago de las cuotas de amortización no justifica poder aplicar cualquier consecuencia a tal incumplimiento. Resulta admisible que una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor —como la cláusula de intereses moratorios— establezca una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor (que en ningún caso pueden ser los derivados del ejercicio de la acción judicial, puesto que éstos se ven resarcidos por la condena en costas), y que tal cláusula tenga un cierto contenido disuasorio. Sin embargo, no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusiva, que la indemnización ascienda a una suma desproporcionadamente alta (art. 85.6 TRLGDCU).

Abusividad de la cláusula de intereses moratorios en contratos de préstamo sin garantía real.—En contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio pactado.

Consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo.—La consecuencia de la apreciación de abusividad de la cláusula de intereses moratorios no debe consistir en la moderación de dicho interés hasta un considerado aceptable. Ello sería una «reducción conservadora de la validez» (*geltungserhaltende Reduktion*) y el tenor del artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE —junto con la interpretación reiterada de éste por el TJUE en sentencias como la de 14 de junio de 2012— reza que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. La abusividad tampoco puede implicar el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal (art. 1.108 CC). La consecuencia radica simplemente en la supresión del incremento que supone el tipo de interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada. Ello con independencia de que el prestatario haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado. (STS de 24 de abril de 2015; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Banco Santander interpone el 7 de julio de 2011 demanda de juicio ordinario contra don Cirilio, por impago de un préstamo personal por importe de 12.729,61 euros, celebrado y documentado en póliza intervenida por notario el 26 de noviembre

de 2007 y con vencimiento el 26 de noviembre de 2012. La cantidad prestada devengaba un interés anual nominal del 11,80 % (TAE 14,23 %) y se había fijado un interés de demora del 21,80 % anual nominal. Por tanto, la cláusula de interés de demora suponía la adición de diez puntos porcentuales al tipo de interés ordinario. Don Cirilio había dejado de abonar las cuotas de amortización del préstamo desde abril de 2008 y Banco Santander da por vencido anticipadamente el préstamo el 21 de mayo de 2010, liquidando lo adeudado en 16.473,76 euros. En la demanda se reclama esa cantidad junto con 4.942,13 euros por intereses moratorios pactados al 21,80 %.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda. Respecto del interés de demora entiende que no resulta abusivo porque únicamente se superaba el interés remuneratorio en diez puntos porcentuales. La Audiencia Provincial dicta sentencia por la que estima el recurso de apelación de don Cirilio, revoca la sentencia y le condena a pagar 16.473,76 euros más los intereses legales, absolviéndole del pago de la cantidad de 4.942,13 euros solicitada en concepto de interés de demora. La Audiencia Provincial considera la cláusula de intereses moratorios nula por abusiva y la tiene por no puesta. Para ello se vale, con carácter orientativo, de los criterios manejados por el legislador en supuestos próximos como los actuales artículos 20.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, y 89.7 TRLGDCU. Razona que el interés de demora establecido en el préstamo superaba en más de cuatro veces el interés legal del dinero en el año 2007 (5 % anual), y lo considera abusivo. El Banco Santander interpone sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. El recurso de casación es estimado en parte, porque la solución adoptada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, en cuanto a que continúe devengándose el interés remuneratorio al persistir la causa motivadora de su devengo –la entrega del dinero al prestatario y la disposición por éste de la suma entregada–, es más favorable para el Banco Santander que la acordada por la Audiencia Provincial. El fallo de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo estriba en la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio.

NOTA.–Las cláusulas que definen el objeto principal del contrato son excluidas del control de abusividad (art.4.2 Directiva 93/13/CEE), pero son sometidas al doble control de transparencia (STS de 9 de mayo de 2013), el cual consiste en que, además del control de incorporación (transparencia gramatical), el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la *carga económica* que asume. El artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (« [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»), ya que la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor que le priva de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado representándose fielmente el impacto económico derivado de contratar con una u otra empresa. En ese caso, estas condiciones generales sí pueden ser declaradas abusivas por alterar subrepticamente el equilibrio sub-

jetivo entre precio y prestación (STJUE de 30 de abril de 2014 y STS de 23 de diciembre de 2015).

Respecto de los préstamos hipotecarios, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha mantenido el criterio establecido en esta resolución para los préstamos personales, esto es, que la nulidad de la cláusula de intereses moratorios afecta al exceso respecto del interés remuneratorio pactado, sin que el artículo 114.3 LH (triplo del interés legal del dinero) sirva como pauta al control judicial de las cláusulas abusivas (STS de 23 de diciembre de 2015). En esta línea, el Auto del TJUE de 17 de marzo de 2016 ha reiterado que los artículos 3.1 y 4.1 Directiva 93/13/CEE no permiten que el Derecho de un Estado miembro restrinja la facultad de apreciación del juez nacional en lo que se refiere a la constatación del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional. (A. I. R. A.)

3. Condiciones generales de contratación. Cláusula suelo en préstamo hipotecario. Cláusula abusiva. Efectos de la declaración de nulidad. Doctrina de la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.—La Sentencia del Pleno de 9 de mayo de 2013 declaró la irretroactividad de los efectos de la sentencia de nulidad de la cláusula suelo abusiva en los siguientes términos:

1.º En principio, la regla general es que la ineficacia de los contratos —o de alguna de sus cláusulas, si el contrato subsiste— exige destruir sus consecuencias y borrar las huellas como si no hubiese existido y evitar así que de las mismas se deriven efectos, de conformidad con el artículo 1303 CC, en el mismo sentido la STS de 13 de marzo de 2012, así como al sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013.

2.º No obstante la regla general de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, destacando de entre ellos el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

3.º La limitación de la retroactividad no es algo anómalo, novedoso o extravagante, así lo atestigua el artículo 106 de la LRJAP, también el Tribunal Constitucional ha limitado los efectos retroactivos de las declaraciones de inconstitucionalidad (SSTC 16 de junio de 1994, 23 de octubre y 14 de diciembre de 1995, 12 de febrero de 1996 y 28 de mayo de 2011) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aplicando el principio de seguridad jurídica, ha limitado la retroactividad cuando concurren dos criterios esenciales, la buena fe de los interesados y el riesgo de trastornos graves (STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11, apartado 58).

4.º Los elementos básicos de la decisión de la Sala sobre la irretroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo se encuentran en los principios de seguridad jurídica, buena fe y riesgo de trastornos graves.

Existencia de riesgo de trastornos graves de orden público.—El riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, nace de la suma de dinero a devolver derivado de los muchos miles de procedimientos tramitados y en tramitación con análogo objeto.

Valoración de la buena fe de los círculos interesados.—La buena fe de los interesados tiene que valorarse a tenor de las siguientes circunstancias: a) La licitud de la cláusulas suelo; b) Su inclusión en los contratos responde a

razones objetivas; c) No son cláusulas inusuales o extravagantes; d) Su utilización fue tolerada durante mucho tiempo por el mercado; e) La condena a cesar en su uso y a eliminarlas por abusivas, no se debe a la ilicitud de sus efectos sino en la falta de transparencia; f) La falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información en los términos indicados en el apartado 225 de la sentencia; g) No consta infracción de las exigencias reglamentarias de la OM de 5 de mayo de 1994; h) La finalidad de la fijación del tope mínimo responde a mantener un rendimiento mínimo de los préstamos hipotecarios que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones; i) La cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, tenidas en cuenta por los prestatarios en el momento de decidir sus comportamientos económicos; j) La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, permite la sustitución del acreedor.

Concepción psicológica de la buena fe.—Los argumentos anteriores se compadecen con una concepción psicológica de la buena fe, por ignorarse que la información que se suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente por la STS del Pleno de 9 de mayo de 2013.

Desaparición de la buena fe tras la publicación de la STS, Pleno, de 9 de mayo de 2013.—A partir de la STS del Pleno de 9 de mayo de 2013 desaparece la buena fe, puesto que, una mínima diligencia permite conocer las exigencias jurisprudenciales en materia de suministro de información al consumidor sobre las cláusulas suelo. (**STS de 25 de marzo de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

HECHOS.—La parte actora ejerció una acción individual referida a una cláusula suelo, en donde se instaba la declaración de nulidad de la cláusula y además se solicitaba la devolución de las cantidades cobradas de más en virtud de su aplicación. El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad de la cláusula y condenó a la entidad financiera a la devolución del importe cobrado hasta la fecha de la presentación de la demanda. A pesar de tener conocimiento de la STS del Pleno 9 de mayo de 2013, la Audiencia Provincial desestima el recurso presentado. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

NOTA.—Se formuló voto particular por el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhirió el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, en el que se propugna, de conformidad a la naturaleza y función de las condiciones generales, del control de la abusividad y de la acción ejercitada, la devolución de las cantidades pagadas desde el momento de la perfección o celebración del contrato. En ese sentido, se sostiene que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justifique la retención de las cantidades pagadas y su atribución al predisponente. En caso contrario, se transmite el mensaje de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia sin sanción alguna. (*C. O. M.*)

4. Fundamento jurídico del control de transparencia de las cláusulas suelo.—El Tribunal Supremo ha declarado en muchas ocasiones la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, sobre todo aquellos que contienen las llamadas «cláusulas suelo». El control de transparencia no se refiere al equilibrio de las contraprestaciones, sino que tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez dos extremos: a) la carga económica que supone para él el contrato celebrado (la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener); b) la carga jurídica del mismo (la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo).

El clausulado de un contrato con consumidores debe estar redactado de tal forma que permita a éstos conocer realmente su contenido. De ahí que el control de transparencia implique: 1) que las cláusulas tengan una redacción comprensible; 2) que se hayan utilizado caracteres tipográficos legibles; 3) que no se usen cláusulas que impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

Por tanto, la cláusula suelo debe ser objeto de un control de transparencia que vaya más allá del control de incorporación, verificando que: 1) la información suministrada permite al consumidor saber si se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato y puede incidir de forma importante en el contenido de su obligación de pago; 2) que el adherente puede tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega en la economía del contrato. La razón que ha llevado al Alto Tribunal a considerar abusivas las condiciones generales que establecían la cláusula suelo, no era el desequilibrio entre el suelo y el techo, sino la falta de transparencia en el establecimiento del suelo por debajo del cual no bajaría el tipo de interés variables pactado.

Criterios para aplicar el control de transparencia.—Según el Tribunal Supremo, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios —hoy derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios—, trataba de garantizar razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor. Sin embargo, el cumplimiento de dicha norma no garantizaba, por sí solo, la necesaria transparencia de las condiciones generales que recogían la cláusula suelo.

El apartado 3 del anexo II de la Orden imponía que cuando se establecieran límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, se expresaran dichos límites en términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo, cuando pudieran expresarse así al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo, o de cualquier otro modo, siempre que resultara claro, concreto y comprensible por el prestatario, y fuera conforme a Derecho. No imponía: a) que suelo y techo se incluyeran en una misma cláusula; b) que se hiciera creando la apariencia de que el suelo tenía como contraprestación inescindible la fijación de un techo.

Por otro lado, la inserción de una condición general no transparente supone un perjuicio para el consumidor adherente cuando, como consecuencia de la fuerte bajada de los tipos de referencia, el interés que paga por el préstamo hipotecario sea superior al que resultaría de la aplicación de los diferenciales más altos ofertados por entidades financieras competidoras, que no incluyan en los clausulados de sus préstamos la «cláusula suelo». El consumidor debe poder hacer una comparación adecuada con otras ofertas de préstamos, teniendo en cuenta no sólo el importe del diferencial que debe sumarse al índice de referencia, sino también la existencia o no de un suelo por debajo del cual nunca bajará el tipo de interés, y conocer adecuadamente su posición jurídica y económica derivada del contrato que suscribe. La entidad financiera no puede alegar la imposibilidad de hacer simulaciones de escenarios diversos, pues se contradiría con la afirmación del Banco de España, en un informe que presentó al Senado, proponiendo que se hicieran.

Acciones colectivas y control de transparencia.—No es cierto que el control de transparencia sólo pueda ser apreciado caso por caso, pues ese entendimiento sería incompatible con la regulación española y comunitaria de la acción colectiva. Las acciones colectivas tienen una gran importancia en el control de las cláusulas abusivas utilizadas en contratos concertados con consumidores (*vid.* arts. 12 y ss. LCGC, y 53 y ss. TRLGDCU). A la hora de hacer un control abstracto de validez de las condiciones generales, debe tomarse en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa. Negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como garantiza el artículo 51.1 CE. La posibilidad de tal control abstracto está más que justificada: a) por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad de contratos; b) por la utilización por el predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa.

Intervención del Notario.—Conforme al artículo 84 TRLGDCU, el Notario no autorizará los contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Además, el artículo 7.3.2.c) de la Orden señalada prevé que el Notario advertirá sobre los límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esta circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes. Finalmente, la intervención del Notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada.

Falta de transparencia y carácter abusivo de la condición general.—A la hora de enjuiciar el carácter abusivo de una condición general, resulta fundamental tener en cuenta el pronóstico de evolución de las circunstancias relevantes en la contratación, es decir, que el empresario debe realizar diligentemente un estudio de cómo evolucionarán previsiblemente las circunstancias a corto o medio plazo. Por otro lado, no cabe afirmar, con carácter

general, que toda cláusula no transparente sea abusiva. La falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas. La misma puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para él.

Sin embargo, esto no ocurre con las cláusulas suelo. La falta de transparencia en este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá. Esto le privará de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permita percatarse de su importancia, se revela como engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia incluye de manera relevante en el comportamiento económico del consumidor. No hay que olvidar, no obstante, que las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. No cabe declarar la ilicitud de las cláusulas suelo en abstracto, sino únicamente cuando, pese a superar el control de inclusión, no es transparente en el sentido ya señalado. (**STS de 24 de marzo de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Una asociación de usuarios de servicios bancarios interpone una demanda contra el banco CS, ejercitando una acción colectiva, solicitando la cesación de una condición general que éste utilizaba en sus préstamos hipotecarios a interés variable. Dicha cláusula señalaba: «*Sin perjuicio de lo indicado anteriormente, el tipo de interés aplicable en cada período no podrá ser inferior [en unos préstamos era el 3 %, en otros, el 4 %] nominal anual ni superar el 12 % nominal anual. Si del cálculo efectuado según el criterio de variación pactado resultaran unos tipos inferiores o superiores a los límites fijados anteriormente, se aplicarán estos últimos*». Esta cláusula se encontraba incluida en una extensa estipulación de la escritura pública que contenía varias previsiones relativas al tipo de interés inicial, índice de referencia y diferencial, forma y plazos de revisión del tipo de interés e índices de referencia sustitutivos.

El Juzgado Mercantil apreció la nulidad de la condición general y condenó a CS a eliminarla de sus contratos de préstamo y a abstenerse de utilizarla de nuevo. Acordó asimismo la publicación del fallo de la sentencia y su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación que CS interpuso contra la sentencia del Juzgado, para lo cual se basó en la STS de 9 de mayo de 2013.

Finalmente, CS interpuso recurso de casación, alegando que la STS señalada, que declaró la nulidad de determinadas condiciones generales de la contratación que contenían cláusulas suelo por falta de transparencia, era errónea y que sus criterios debían ser revoca-

dos. En particular alega: 1) infracción del artículo 80.1 TRLGDCU, por incluir en él un deber de transparencia inexistente en nuestro ordenamiento jurídico; 2) aceptando lo anterior, infracción del artículo 80.1 TRLGDCU, al considerar no transparentes las cláusulas suelo con base en los criterios enunciados en la STS de 9 de mayo de 2013; 3) aceptando lo anterior, infracción del artículo 80.1 TRLGDCU, al considerar abusivas las cláusulas suelo con base en los criterios de la STS de 9 de mayo de 2013; 4) la sentencia de la Audiencia Provincial se ha limitado a transcribir determinados pronunciamientos de la STS citada, sin incluir ninguna consideración propia del caso enjuiciado. El Alto Tribunal desestima el recurso de casación. Concluye lo siguiente: a) en la STS señalada no se ha realizado una labor de creación judicial de Derecho, que exceda de su función de complemento del ordenamiento jurídico que le asigna el artículo 1.6 CC, sino que ha interpretado la normativa interna a la luz de la finalidad y tenor de la Directiva 93/13/CEE, tal como ésta ha sido interpretada por el TJUE; b) cabe el ejercicio de acciones colectivas para determinar la abusividad de una cláusula suelo; c) éstas sólo son abusivas cuando se produzca una falta de transparencia en el sentido arriba explicado; d) no es cierto que la Audiencia Provincial se limitara a transcribir pasajes de la STS de 2013, pues realizó consideraciones trasladando esa doctrina al caso enjuiciado. Entre esas consideraciones cabe destacar: 1) que falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; 2) se inserta de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma; 3) no existen simulaciones sobre el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; 4) no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que al cliente no se le ofertan las mismas.

NOTA.—Sobre la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, vid. SSTS de 22 de diciembre de 2009, 17 de junio de 2010, 1 de julio de 2010, 25 de noviembre de 2011, 18 de junio de 2012, 15 de enero de 2014, 17 de enero de 2013, 18 de enero de 2013, 11 de abril de 2013, 18 de noviembre de 2013 y 30 de junio de 2014. Respecto de las cláusulas suelo destacan las SSTS de 9 de mayo y 8 de septiembre de 2014. En relación al control de transparencia a nivel europeo, entendido como que no sólo se refiere al carácter comprensible de la cláusula en un plano formal y gramatical, vid. SSTJUE de 21 de marzo de 2013 (asunto C-92/11), 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13) y 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13). (S. L. M.)

5. Alcance de la formulación descriptiva contenida en el artículo 1091 CC.—La formulación, claramente descriptiva, del artículo 1.091 CC respondió al interés codificador de reforzar la noción de la «vinculación obligacional», que generaba el paradigma de acuerdo de voluntades inherente al nuevo concepto de contrato que se incorporaba como pieza central del siste-

ma patrimonial instaurado; todo ello frente a unos antecedentes históricos que primaban la vinculación jurídica surgida de actos o negocios formales (*estipulatio*). De esta forma, el alcance sistemático del precepto no interfiere o condiciona el plano diferenciado de la interpretación del contrato, que tiene su propia dinámica metodológica. Resulta incorrecto, por tanto, establecer una identificación en el plano interpretativo entre el artículo 1.091 CC y el 1.281.1 CC.

Interpretación de los contratos.—La búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes constituye el principio rector de la labor interpretativa, de modo que las demás reglas confluyen a su alrededor complementándola, pero nunca limitándola o alterándola. La averiguación de la intención común de las partes ha de proyectarse necesariamente sobre la totalidad del contrato, toda vez que éste se erige como una unidad lógica, y no como una mera suma de cláusulas. Con estos mimbres, la interpretación sistemática viene a constituir un presupuesto lógico-jurídico de todo proceso interpretativo (art. 1.286 CC). En este sentido, la interpretación literal (art. 1.281 CC) presenta un carácter instrumental, no pudiendo ser valorada como un fin en sí misma considerada o como un dogma del proceso interpretativo, pues el objeto de la interpretación no es otro que la voluntad realmente querida por las partes (art. 1.281 II CC). El sentido literal, como criterio hermenéutico destaca por ser el punto inicial del fenómeno interpretativo, pudiendo extenderse hasta el punto de llegada cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención común querida por los contratantes. Ahora bien, cuando el contrato, por su falta de claridad, contradicciones, vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones ambivalentes, el fenómeno interpretativo debe proseguir; en tal caso la interpretación literal pasa a colaborar a fin de obtener la intención realmente querida por las partes (STS de 18 de junio de 2012).

Principio de conservación del contrato, buena fe contractual e interpretación del contrato.—El principio de conservación del contrato constituye un auténtico principio general del Derecho, no sólo un canon hermenéutico. La conservación de los contratos se alza como un principio informador de nuestro sistema jurídico que comporta, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes inherentes a la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y la seguridad jurídica (STS, de Pleno, de 15 de enero de 2013).

El principio de buena fe, por su parte, no sólo destaca en el plano de integración del contrato (art. 1.258 CC), sino que su función como criterio decisivo en materia de interpretación y ejecución se ha visto reforzada (STS de 14 de enero de 2014). (**STS de 17 de febrero de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—El litigio se origina en el marco de un contrato de permuta de solar por obra futura celebrado entre una sociedad mercantil y una particular, por el cual la sociedad —como entidad promotora— se obligó a la transmisión a la particular de cinco viviendas unifamiliares, antes del 15 de marzo de 2009. A cambio, la particular debía transmitir el pleno dominio del 30 % de una finca registral. La sociedad ejercita acción de cumplimiento contractual interesando que, de acuerdo con lo pactado, fueran recibidas por la

particular demandada las cinco viviendas comprometidas de la promoción, con entrega de la suma de 36.000 euros acordada, y con devolución de los avales entregados en garantía. La particular contesta oponiéndose a la demanda y formula reconvenición, solicitando la condena a la sociedad al pago de la cantidad de 36.000 euros antedicha.

El Juzgado de Primera Instancia de Madrid estima la demanda y la Audiencia Provincial confirma su resolución, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la demandada. La controversia giraba en torno al correcto cumplimiento, por parte de la sociedad, de su obligación de entrega de las viviendas unifamiliares, con una superficie útil de 95,24 metros cada una de ellas, de acuerdo con el proyecto y memoria de calidades elaborado por un arquitecto. Concretamente, la particular demandada sostenía que las viviendas carecían, a la fecha límite en que debía efectuarse la entrega, de determinadas condiciones de hecho, pactadas específicamente en el contrato. A la escritura de permuta se anexaron unos planos y memorias extraños al proyecto inicial del arquitecto.

La particular interpone recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. En el fondo del asunto, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo concluye que, con arreglo a la interpretación del contrato y su contexto, el cumplimiento prestacional realizado resultó conforme con la base comercial informadora del contrato y con la conducta observada de las partes en su respectiva ejecución, no produciéndose una frustración de la finalidad perseguida que sea susceptible de provocar la resolución del vínculo contractual.

NOTA.—La referencia a la formulación «claramente descriptiva» del artículo 1.091 CC entronca con la idea expuesta en su día por Federico de Castro y Bravo —entonces respecto al artículo 1.089 CC— cuando llama la atención sobre lo siguiente: «La dificultad nace de que, a veces, en un mismo texto legal se encuentran juntamente, al lado de las reglas de valor normativo, otras sin más finalidad y alcance que el de facilitar el manejo y conocimiento de los textos, de enunciar o explicar el orden de los preceptos, su clasificación en títulos, capítulos y rúbricas. El descuido consistente en no distinguir las disposiciones de valor normativo de aquellas otras de carácter explicativo o teórico, encuentra posiblemente su origen en la recepción del Derecho romano. En los textos que nos han llegado, no se ha sabido siempre distinguir aquellos que deciden cuestiones jurídicas, de estos otros destinados a la docencia. Aquí está a nuestro parecer, la causa remota del valor normativo atribuido al citado art.1089». [vid. De Castro y Bravo, F., «Sentencias comentadas: Declaración unilateral de voluntad (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1975)», *ADC*, 1977, Fasc. I, pp.196-197]. (A. I. R. A.)

6. Contratos. La cláusula *rebus sic stantibus*. Caracterización de la figura y régimen jurídico aplicable.—La jurisprudencia reciente —SSTS 30 de junio y 15 de octubre de 2014— ha modernizado la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Las citadas sentencias establecen una aplicación plenamente normalizada de la cláusula *rebus sic stantibus*, en donde su prudente

aplicación deriva de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y su concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato. En este sentido, la concreción funcional y aplicativa de la cláusula *rebus sic stantibus* tiene unos fundamentos básicos de delimitación relacionados con el fundamento causal, la base del negocio y la asignación del riesgo contractual (STS 30 de junio de 2014). Hay dos criterios que determinan de modo objetivado la aplicación de la figura y la posible alteración de las circunstancias o la alteración causal del contrato: el primer criterio, tiene que ver con la doctrina de la base del negocio, en el que se contrasta el alcance de la mutación o cambio respecto del sentido o finalidad del contrato y la conmutatividad o equilibrio prestacional del contrato. Por ejemplo, cuando la finalidad económica primordial del contrato expresamente prevista, o derivada de la naturaleza del contrato, se frustra o se torna inalcanzable (SSTS 20 de febrero de 2012, 25 de marzo y 11 de noviembre de 2013). El segundo criterio, tiene que ver con la asignación del riesgo establecido en el contrato, es decir, el riesgo normal del contrato, en este criterio se contrasta entre la mutación o cambio de circunstancias y su imbricación o adscripción con los riesgos asignados al cumplimiento del contrato, ya sea, por su expresa previsión, o sea, porque se derive de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, de modo que la aplicación de la figura quede fuera del riesgo normal del contrato.

La crisis económica como factor de alteración causal del contrato.

Excesiva onerosidad.—La moderna aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* interpretada por el Tribunal Supremo tiene que ver con una configuración normalizada de dicha figura (no excepcional o extraordinaria desde el punto de vista tradicional), razonada conforme a los textos de armonización y proyectos europeos en materia de contratación —Principios UNIDROIT, PECL y Propuesta de la Comisión General de Calificación—, como cánones interpretativos, para una normal aplicación, sin más obstáculos que los impuestos por su debida diferenciación y el marco establecido de sus presupuestos y requisitos de aplicación, que garantizan *per se* una prudente aplicación de la figura. En este sentido, el factor de la actual crisis económica puede ser tomado en cuenta como un fenómeno capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases establecidas en la iniciación y desarrollo del contrato (SSTS 17 y 18 de enero de 2013). No obstante, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no se aplica de modo generalizado, ni automático. La crisis económica, como hecho notorio, no puede constituir por sí sola la aplicación de la cláusula *rebus* máxime. Respecto de la excesiva onerosidad, su aplicación debe ser relevante respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato, lo que se produce si la excesiva onerosidad, operada por el cambio de las circunstancias por la crisis económica, resulta determinante, tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutabilidad del contrato). Por tanto, el Alto Tribunal considera razonable apreciar la excesiva onerosidad cuando lleve a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica) o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta de carácter retributivo de la prestación).

La buena fe (art. 1258 CC) y la cláusula *rebus sic stantibus*.—El Alto Tribunal precisa la distinta delimitación funcional del principio de buena fe (art. 1258 CC) en el marco de la aplicación de cláusula *rebus sic stantibus*. La buena fe contractual del artículo 1258 CC cumple una clara función como

fuelle de integración de contrato celebrado, que constituye un criterio de determinación del alcance de las respectivas prestaciones de acuerdo a una conducta diligente, no abusiva y razonable de los contratantes (ámbito de la autonomía de la voluntad). No obstante, y en sentido diverso a la integración del contrato, la aplicación del principio de buena fe como fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus*, junto con el principio de conmutabilidad, constituyen una plasmación de las directrices de orden público económico, dirigida a valorar la incidencia de la alteración producida en la base del negocio que informó el contrato, centrándose así en el ámbito de la eficacia derivada del propio contrato, bien modificando provisionalmente el vínculo obligatorio, o bien determinando su resolución. (STS de 24 de febrero de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Los señores G, P y C interpusieron una demanda por el cumplimiento y pago del precio de un contrato de compraventa sobre unas fincas rústicas vendidas a la mercantil R, el 13 de diciembre de 2006. La mercantil R interpuso demanda de reconvencción, solicitando la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, ya que, por la crisis económica de 2008, el valor de los bienes inmuebles tuvo una caída de valor y el negocio tuvo como base negocial las expectativas de desarrollo urbanístico de la zona.

En su sentencia de 16 de abril de 2012, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Vitoria estima parcialmente la demanda y la reconvencción. El juzgado declaró probado el incumplimiento del pago del precio por parte de la demandada y la acción de cumplimiento instada. Por otro lado, en cuanto a la reconvencción, estimó que las circunstancias concurrentes en el año 2006 eran difícilmente previsibles, pues si bien se podía prever que la burbuja inmobiliaria estallase, no se podía prever la rapidez y violencia con que lo hizo, dándose así un acontecimiento imprevisto que se encontraba fuera la evolución del contrato y que altera notablemente las consecuencias económicas previstas en la celebración del contrato. Por tanto, el juzgado de primera instancia estima una reducción del precio pactado por circunstancias excepcionales sobrevenidas con posterioridad a la celebración del contrato de compraventa.

En la sentencia del 16 de diciembre de 2012, la Audiencia Provincial de Vitoria estima la demanda y desestima la reconvencción, revocando la sentencia de primera instancia. La Audiencia Provincial estima que, en cuanto a la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la bajada del valor de las fincas entre el año 2006 y 2009 no puede ser considerada como una circunstancia que constituya una alteración extraordinaria e imprevisto que afecte la base del negocio, sino que se trata de un mero riesgo.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandada. El Alto Tribunal considera que la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no puede estimarse, pues, pese a que la parte vendedora conociera la finalidad urbanizadora que impulsaba la celebración del contrato, la posible fluctuación posterior del valor del mercado, que podía afectar las fincas objeto de la venta, no queda excluida del riesgo normal e inherente que debía asumir la parte compradora, conforme a la naturaleza y el contenido negocial del contrato celebrado. (I. V. B.)

7. Cirugía estética: Responsabilidad médica por incumplimiento de contrato.—Doña Rosa acudió a la Clínica Dorsia con la finalidad de someterse a una intervención para mejorar su pecho, siendo atendida en esta primera visita por el facultativo Juan Enrique, quien le informó sobre las técnicas existentes, características y efectos de las mismas, acordándose descartar la elevación de pecho a través de la mastopexia dadas las cicatrices residuales que produce dicha técnica, optando únicamente por el aumento de pecho mediante el implante de prótesis mamarias. En fecha de 4 de julio de 2005 se suscribió contrato entre las partes para la práctica a la paciente de drenaje linfático manual y aumento de pecho. Asimismo en 19 de octubre del mismo año suscribió otro contrato para la eliminación total del vello de axilas e ingles mediante el sistema de fotodepilación. Para el pago de los referidos tratamientos suscribió la actora sendos contratos de préstamo por importes de 4.100 euros y 746 euros, respectivamente. La Sr.^a Rosa fue operada el 7 de septiembre de 2005 por Don Nicanor, al que conoció el mismo día de la operación y quien le informó que Don Juan Enrique no podía llevar a cabo la intervención, aceptando la paciente ser intervenida por el codemandado suscribiendo previamente los documentos de consentimiento informado, practicándose a la actora una operación de aumento de pecho —o mamoplastia de aumento— mediante el implante de sendas prótesis mamarias de gel cohesivo de silicona con superficie rugosa de 310 ml de volumen, de la casa francesa Poly-Implant-Prothesis en plano parcialmente subpectoral y por incisión periareolar. Tras esta intervención se aprecia que ha aumentado el volumen de los pechos, si bien continua la asimetría (mayor la izquierda) preexistente pero aun no ha disminuido la ptosis (caída). Descontenta la Sr.^a Rosa formuló queja ante los servicios de la clínica demandada sometiéndose a una segunda intervención el 24 de noviembre de 2006 llevada a cabo nuevamente por el doctor Nicanor sin coste alguno para la paciente en la que la técnica empleada fue la de la mastopexi peroareolar y vertical, previa suscripción del correspondiente consentimiento informado. En fecha de 18 de mayo de 2008 la paciente acude al servicio de urgencias donde tras el preceptivo reconocimiento se aprecia una tumoración de unos 2x2 cms. de tamaño en el cuadrante inferior externo de la mama derecha y adenopatía dolorosa en la axila derecha. En fecha 5 de junio de 2008 la Sr.^a Rosa es nuevamente intervenida por el doctor Edmundo extra-yéndosele los implantes mamarios que se encontraban en mal estado de colocación en el espacio retropectoral y la asociación de una mastopexia en T invertida. La demandante ha permanecido en situación de incapacidad temporal desde el 5 de junio de 2008 hasta el 2 de julio de 2008 siendo el diagnóstico de la baja: mastopexia. En cuanto al tratamiento de fotodepilación suscribió el consentimiento informado en 26 de octubre de 2006 recibiendo seis sesiones.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda con el argumento de que la técnica empleada fue correcta, de que la actora no cumplió el calendario de revisiones y de que lo que ocurrió realmente es que los implantes que se le pusieron pertenecían a una partida defectuosa, lo que no es normal. Se deterioraron y le produjeron graves molestias, lo que no fue debido a una mala praxis. La Audiencia Provincial resuelve el caso a partir de la doctrina jurisprudencial sobre la obligación de medios y de resultados, afirmando que la Sr.^a Rosa acudió a la clínica Dorsia con un propósito claro: el de conseguir una mejora de su imagen, a través de la cirugía estética. Y este resultado no se produjo ni en la primera ni a través de las operaciones practicadas por el Dr. Nicanor, tal como evidencia claramente la simple visualización de las fotografías obrantes en autos, en cuanto la primera operación no hizo más

que agudizar el problema de ptosis que la paciente intentaba solventar, y en lo atinente a la segunda porque concluyó con una serie de defectos o irregularidades que dos doctores enumeraron durante el curso de su intervención en el acto del juicio. Consecuentemente no indemniza más que el coste de las intervenciones.

Aplicación de la doctrina jurisprudencial de la obligación de medios y de resultados, como criterio general: Expreso aseguramiento del resultado por el médico a la paciente.—La STS de 7 de mayo de 2014, con cita de las sentencias de 20 de noviembre de 2009 y 19 de julio de 2013, dice lo siguiente: «La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no sólo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual» (SSTS 12 de marzo de 2008 y 30 de junio de 2009).

Es asimismo doctrina reiterada de esta Sala que los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS de 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 23 de mayo de 2007 y 19 de julio de 2013).

Falta de información: Régimen general: Prueba.—Los efectos que origina la falta de información, dice la STS de 4 de marzo de 2011, y reitera la STS de 16 de enero de 2012, están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa. Tienen además que ver con distintos factores: riesgos previsibles, independientemente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención; padecimiento y condiciones personales del paciente; complicaciones o resultados adversos previsibles y frecuentes que se pueden producir, sean de carácter permanente o tem-

poral, incluidas las del postoperatorio; alternativas terapéuticas significativas; necesidad de la intervención, con especialidades muy concretas en los supuestos de diagnóstico prenatal.

Esta falta de información que refiere la sentencia se pretende dejar sin efecto en el segundo motivo, que se enuncia «sobre la inversión de la carga de la prueba en sede de responsabilidad médica» con la cita de doctrina jurisprudencial. Pues bien, ni el recurso de casación es el instrumento adecuado para cuestiones de prueba, ni las posibles contradicciones en que la sentencia haya podido incurrir sobre la información, determinante de una posible incongruencia interna, son propias de este recurso. Lo cierto es que existe una imputación expresa de falta de información adecuada, y esta imputación no ha sido combatida en debida forma, con lo que la sentencia se mantiene, incluso en lo que se refiere a la indemnización por todos los perjuicios ocasionados puesto que el daño no es más que la concreción de una intervención innecesaria en principio aceptada por la paciente sin la información precisa de la misma. **(STS de 3 de febrero de 2015; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

8. Indemnización de daños y perjuicios. Lucro cesante: concepto y determinación.—La jurisprudencia considera como concepto indemnizatorio el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, o lo que es lo mismo, los incrementos patrimoniales que el acreedor esperaba obtener y que se han visto frustrados por la actuación de la parte contraria, cuya fijación, en cuanto que se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas, fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y ponderación de las circunstancias de cada asunto.

Indemnización de daños y perjuicios. Lucro cesante: cálculo.—Cuando para el cálculo se tiene en cuenta el beneficio obtenido antes de que se produjera el incumplimiento contractual, para proyectarlo en el tiempo en que hubiera debido operar el contrato resuelto, se advierte que el beneficio no se corresponde con la simple diferencia entre compras y ventas, sino que se debe tener en cuenta el resto de gastos a los que tuvo que hacer frente para obtener el producto de las ventas (gastos de personal, transportes, gastos financieros, y la repercusión de los gastos generales).

Indemnización de daños y perjuicios. Lucro cesante: no procede descontar el impuesto de sociedades.—La determinación de la ganancia dejada de obtener como consecuencia del incumplimiento del contrato no procede descontar el impuesto de sociedades, pues este impuesto no supone propiamente un gasto generado directa o indirectamente para la consecución del beneficio, sino que grava los beneficios de la compañía al término del ejercicio económico y, en su caso, la indemnización por lucro cesante, cuando se ingrese en la compañía, incidirá en el resultado de las cuentas anuales del correspondiente ejercicio económico, sobre el que procederá, caso de que afloren ganancias, aplicar el impuesto de sociedades.

Indemnización de daños y perjuicios. Lucro cesante: admisión.—Cuando se solicita y se acuerda la resolución de un contrato con obligaciones recíprocas, también cabe pedir y acordar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con el incumplimiento. Y estos daños y perjuicios

susceptibles de ser indemnizados pueden abarcar también al beneficio dejado de obtener.

Indemnización de daños y perjuicios. Lucro cesante: nexo causal.—La doctrina jurisprudencial considera la necesidad de que concurra el requisito del nexo de causalidad entre el incumplimiento contractual y los daños y perjuicios para que sea procedente el otorgamiento de una compensación indemnizatoria y consiguiente infracción del artículo 1101 CC.

Indemnización de daños y perjuicios. Lucro cesante: improcedencia.—La relación de causalidad entre el beneficio dejado de obtener que se pretende sea indemnizado y el incumplimiento contractual, viene determinada porque pueda razonablemente concluirse que se hubiera llegado a obtener aquella ganancia de no haberse producido dicho incumplimiento. En este sentido la jurisprudencia considera que la existencia de este tipo de perjuicio debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso.

Concurso de acreedores. Vigencia de los contratos: pendientes de cumplimiento por ambas partes.—La vigencia de los contratos, tras la declaración de concurso de una de las partes, pendientes de cumplimiento por ambas partes, en este sentido, la Ley Concursal permite invocar el interés del concurso para justificar dos decisiones judiciales extrañas al desenvolvimiento ordinario de los efectos del contrato a la vista de su (in)cumplimiento: i) acordar la resolución del contrato cuando su continuación no resulte de interés para el concurso; ii) en caso de se haya instado resolución del contrato por incumplimiento del concursado, y exista causa de resolución, acordar la continuación del contrato si ello resulta más beneficioso para los intereses del concurso.

Concurso de acreedores. Vigencia de los contratos: incumplimiento de la parte *in bonis*.—La parte *in bonis* que incumple no puede oponer judicialmente el interés del concurso para enervar una acción de resolución del contrato por incumplimiento suyo, pues en este supuesto el interés en la conservación del contrato ya lo habrá valorado quien representa los intereses del concurso antes de ejercitar la acción de resolución del contrato. (STS de 24 de febrero de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La mercantil V. H., S. L. U. concertó con V. G. (actualmente, T., S. L.) un contrato de colaboración mercantil, con la finalidad de ampliar la red comercial de V. H., S. L. U. obligándose T. S. L. a desarrollar la gestión y atención comercial de las oficinas en régimen de franquicia. Con posterioridad, T., S. L. fue declarada en concurso de acreedores. En esta situación, V. H., S. L. U. procedió a modificar unilateralmente el contrato sin la autorización de la administración concursal de la contraparte. La representación procesal de T., S. L. presentó demanda solicitando la resolución contractual y la consiguiente indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Valencia estimó parcialmente la demanda al apreciar que la demandada V. H., S. L. U. había incumplido el contrato lo que conllevaba su resolución, pero reduciendo el *quantum* de la indemnización de daños y perjui-

cios solicitada por la parte actora. La sentencia de instancia fue recurrida en apelación por ambas partes litigantes: la demandante para reclamar la totalidad de la indemnización solicitada en la demanda, lo que fue íntegramente desestimado, y la demandada por negar la existencia de incumplimiento y por errónea valoración de la indemnización. La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso, en el sentido de reducir la indemnización fijada en la instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

9. Concurso de acreedores. Rescisión concursal: exclusión.—La Ley Concursal expresamente excluye de la rescisión concursal todos aquellos actos que constituyen o forman parte de la actividad profesional o empresarial del deudor, y prejuzga que esta consideración de ordinarios excluye el perjuicio. Con ello, la ley pretende evitar la ineficacia de actos anteriores a la declaración de concurso que, por formar parte de su giro y tráfico ordinario, se habrían realizado ya se fuera a declarar el concurso posterior o no, y que por lo tanto no podían evitarse a riesgo de paralizar la actividad profesional o empresarial del deudor. Esta consideración requiere la concurrencia de una doble condición: deben tratarse de actos ordinarios ligados a la actividad empresarial del deudor concursado y, además, deben haber sido realizados en condiciones normales.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: concepto y prueba.—La jurisprudencia concibe el perjuicio para la masa activa como un sacrificio patrimonial injustificado en cuanto que tiene que suponer una minoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa, y, además, debe carecer de justificación. Fuera de los supuestos regulados en el apartado 2 del artículo 71 LC en los que se presume *iuris et de iure* el perjuicio (enajenaciones a título gratuito y pagos anticipados), en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el artículo 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.

Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: pagos.—Los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible. En principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la

condición de su acreedor, que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par conditio creditorum*, pero no basta su mera proximidad a la declaración de concurso, ha de concurrir alguna otra razón que ponga en evidencia la alteración de esta máxima concursal.

Concurso de acreedores. Rescisión de la ejecución de garantía financiera: improcedencia.—La ejecución de la garantía financiera no puede ser objeto de rescisión concursal, sino que, en todo caso, debería serlo la formalización o aportación de la garantía financiera y para que pudiera prosperar la acción rescisoria concursal sobre la formalización o aportación de la garantía financiera, es preciso que se hubiera en realizado en fraude de acreedores. Se trata de un complemento que se añade a los requisitos generales de la rescisión concursal. (STS de 10 de marzo de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La administración concursal de la entidad C. J. J. A. S. L., interpuso demanda de incidente concursal contra las entidades C. J. J. Alemán, S. L. y la financiera C. de A. de V. e O. e P., C., a consecuencia de la constitución de un garantía hipotecaria y de operaciones bancarias posteriores sobre los fondos obtenidos con dicha garantía. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta al no apreciar que hubiera perjuicio para la masa activa del concurso. Recurrida en apelación por la administración concursal, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia declarando que si bien el perjuicio no puede presumirse o inferirse, por sí mismo, de la constitución de la garantía hipotecaria, la apertura de la cuenta con la imposición a plazo fijo con fondos provenientes de la ampliación del préstamo y el destino dado a esas cantidades con el pago de las obligaciones derivadas de las pólizas de descuento, hasta su cancelación, y la venta de la finca hipotecada mediante la subrogación del comprador en la deuda derivada del préstamo garantizada con la hipoteca, supone una minoración injustificada de la masa activa. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

10. Cesión de créditos. Normas sobre notificación de la cesión de créditos.—La eficacia de la cesión del crédito no puede hacerse depender del reconocimiento o aceptación del deudor. En este sentido, la notificación al deudor cedido no puede ser reemplazada por el reconocimiento de la cesión por el deudor, esto es, no se puede otorgar al deudor un poder jurídico sobre la eficacia de la cesión del crédito (vid. art. 1.526 CC). La validez de la cesión no viene determinada por el conocimiento de la misma por parte del deudor cedido, aunque no se haya producido notificación. Tal conocimiento simplemente permite considerar acreditado que la cesión se produjo.

Solidaridad tácita.—Aunque la solidaridad no se presume (art. 1.137 CC), cabe la solidaridad tácita, cuando aparece de modo evidente una intensión de los contratantes de obligarse *in solidum* o dicha voluntad se desprende de la propia naturaleza de lo pactado, por entenderse, de acuerdo con las pautas de la buena fe, que los interesados habían querido y se habían comprometido a

prestar un resultado conjunto, por existir entre ellos una comunidad jurídica de objetivos (SSTS de 23 de junio de 2003 y 30 de julio de 2010, entre otras).

Facultad de moderación del interés remuneratorio excesivo.—El interés remuneratorio no puede considerarse, en ningún caso, como una cláusula penal a la que sea aplicable el artículo 1.154 CC. Tampoco procede la moderación, si se tratase del interés de demora (SSTS de 1 de junio de 2009, 1 de octubre de 2010 y 17 de enero de 2012). (**STS de 17 de abril de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Con fecha 8 de marzo de 2002 y 27 de enero de 2003 se celebran en Holanda dos contratos de préstamo, cuya finalidad era la financiación de un proyecto inmobiliario en San Pere Pescador (Girona). El prestamista y los dos prestatarios —que eran cónyuges— ostentaban la nacionalidad holandesa. El dinero prestado es transferido a una cuenta de una sociedad, constituida para desarrollar el proyecto inmobiliario, de la que era socia única uno de los cónyuges prestatarios.

El 18 de marzo de 2005 el prestamista, como cedente, y un tercero, como cesionario, suscriben un contrato de cesión de crédito, sometido al Derecho holandés. El 20 de mayo de 2005 la sociedad transfiere al cesionario un pago de 100.000 euros.

El cesionario interpone demanda el 24 de julio de 2006 reclamando 431.000 euros de principal y 880.912,99 euros de intereses devengados. Contestan a la demanda separadamente la sociedad y uno de los prestatarios, de una parte, y otro de los prestatarios, de otra. En la contestación a la demanda confeccionada conjuntamente por la sociedad y uno de los prestatarios se aduce, entre otros puntos, que no fue antes de finales de 2006 cuando las demandadas fueron informadas de la cesión del crédito.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, porque aprecia falta de legitimación pasiva de los demandados, quienes no habían intervenido en el negocio de cesión de crédito al efecto de prestar su consentimiento, por lo que no les era oponible. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación del demandante, porque afirma que la cesión de crédito había sido notificada a los demandados, como lo demostraba el pago de 100.000 euros efectuado al cesionario después de la cesión, por lo que —con independencia del Derecho aplicable— la cesión fue válida y obligaba a los demandados frente al cesionario del crédito. La Sala 1.^a del Tribunal Supremo no da lugar a los recursos de casación (y extraordinarios por infracción procesal) interpuestos por los demandados.

NOTA.—Aunque la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo haya declarado que no es posible moderar los intereses de demora aplicando el artículo 1.154 CC, ha dejado a salvo la posibilidad de controlar las cláusulas que establecen tales intereses cuando se trata de cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores. Así, la STS de 12 de febrero de 2011, antes de declarar la improcedencia de moderar la cláusula penal en que consiste el interés de demora, introdujo el inciso: «sin perjuicio de aquellos supuestos en los que resulta aplicable la legislación tuitiva de consumidores». (A. I. R. A.)

11. Procedimiento sumario del artículo 131 LH.—La doctrina, según la cual las causas de oposición a la ejecución han de plantearse en el correspondiente procedimiento de juicio ejecutivo y no en un procedimiento de juicio declarativo, no resulta de aplicación al procedimiento sumario del artículo 131 LH (antes de su reforma por la actual LEC), el cual presenta causas de oposición tasadas y recogidas en el derogado artículo 132 LH.

Caracterización jurídica de la cesión de préstamo hipotecario.—La adquisición de un préstamo hipotecario por parte de un nuevo acreedor, cuando el acreedor originario del préstamo ya ha cumplido la parte que le corresponde al haber transferido al deudor el importe del capital y quedando únicamente por cumplir la obligación de pago por el prestatario, constituye una cesión de crédito —y no una cesión de contrato—, la cual no precisa consentimiento del deudor.

Cesión de contrato y cesión de crédito. Doctrina jurisprudencial sobre la diferencia entre ambas.—La cesión de crédito (arts. 1.526 ss. CC), aunque contemplada por el Código civil dentro del contrato de compraventa, no es una verdadera venta sino una cesión, que puede tener como causa la venta u otro negocio jurídico (SSTS de 26 de septiembre de 2002 y 18 de julio de 2005) y donde el deudor no ha de consentir el negocio de cesión para que pueda llevarse a cabo (STS de 1 de octubre de 2001). Su concepto es la sustitución de la persona del acreedor por otra respecto al mismo crédito y supone un cambio de acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho del anterior y quedando el antiguo ajeno a la relación crediticia (STS 25 de enero de 2008). La cesión de contrato tiene su base en el propósito común de las partes de transferir al cesionario el contenido contractual de la relación negocial del cedente a los efectos de subrogarle en su misma posición contractual. A diferencia del contrato en favor de tercero y la cesión de crédito, el objeto de la cesión de contrato se circunscribe al estricto marco de la reglamentación o contenido contractual dispuesto en el contrato cedido, sin alcanzar a la ejecución o cumplimiento. La cesión de contrato requiere el consentimiento del promitente cedido, bien causalizado en el contrato, bien a posteriori (STS de 25 de febrero de 2013).

Cláusula de redondeo.—Son abusivas para los consumidores las fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto (arts. 8.2 LCGC y 10 bis LGDCU), al tratarse de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causan, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (STS 4 de noviembre de 2010). (STS de 11 de febrero de 2015; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Contrato de préstamo con garantía hipotecaria sobre una finca, suscrito en fecha 26 de marzo de 1992 entre una entidad bancaria y un particular. En fecha 1 de agosto de 1995 son transmitidos la totalidad de activos y pasivos a una caja de ahorros, formando parte de aquéllos el derecho de hipoteca en cuestión. La hipoteca queda inscrita a favor del nuevo titular. Ante el impago por parte del deudor de cuatro vencimientos, la entidad procede a declarar por vencido el préstamo, así como al cierre y liquidación de la cuenta en fecha 30 de septiembre de 1996. La ejecución se tramita conforme al procedimiento judicial sumario entonces regu-

lado en el artículo 131 LH (antes de su reforma por la disposición final 9.6 de la actual LEC). (A. I. R. A.)

12. Fianza.—Liberación del fiador por concesión de prórroga al deudor sin consentimiento de aquél. Interpretación del artículo 1851 CC. No ha lugar cuando la modificación de la obligación no altera ni prolonga el tiempo durante el cual el fiador debía responder.—Como regla general la modificación de los términos de la obligación principal no extingue la fianza, sin perjuicio de que al fiador solo podrá exigírsele el cumplimiento en los términos inicialmente convenidos. No obstante, cuando la novación afecta al plazo de cumplimiento resulta de aplicación el artículo 1851 CC, y la fianza sí se extinguiría como consecuencia de la prórroga (STS de 3 de marzo de 2014). Ahora bien, la finalidad protectora del fiador contenida en el mencionado precepto se pone de manifiesto cuando con la prórroga del plazo inicial se alarga la incertidumbre y, con ello, se empeora la situación económica del deudor, haciéndose ilusoria la vía de regreso. De suerte que ha de permitírsele al fiador liberarse de la garantía en la medida en que, una vez pagada la deuda, no puede subrogarse en el derecho del acreedor para ejercer el regreso inmediato contra el deudor. De esta manera, el artículo 1851 CC tiene sentido en cuanto protege la vía subrogatoria, y siempre que ésta sea procedente en beneficio del fiador. Sin embargo nada de esto acontece en el presente caso, pues la novación que conlleva la resolución y posterior rehabilitación del contrato no perjudica al fiador alargando la incertidumbre y haciendo ilusoria la vía de regreso, sino que, manteniendo los mismos términos de la obligación afianzada por él, supuso una reducción de la deuda garantizada. Y, de otra parte, en el otro contrato afectado, la novación consistió en la concesión al deudor principal de unos plazos fraccionados para el pago de las obligaciones derivadas del incumplimiento, dentro siempre del inicial plazo de vigencia del contrato, lo que tampoco perjudicaba al fiador. (STS de 17 de marzo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La mercantil MRV, SA concertó diferentes contratos de *renting* a favor de OC, SL en los que figuraron indistintamente como fiadores solidarios J. y P. Debido a las dificultades económicas por las que pasaba la arrendataria de los vehículos se resolvieron todos los contratos excepto uno, en el que se modificaron los importes y las fechas de pago con el fin de facilitar su ejecución, pero manteniendo como fecha de vencimiento la inicialmente acordada en el contrato. Igualmente, uno de los contratos resueltos fue rehabilitado posteriormente por acuerdo entre la compañía financiera y la beneficiaria aunque, como en el caso anterior, pese a incorporar nuevas estipulaciones se mantuvo la fecha de vencimiento original. En ambos casos los fiadores no tuvieron intervención en los nuevos acuerdos. Los pagos volvieron a dejar de ser atendidos por lo que MRV, SL demandó, además de la recuperación de la posesión de los dos vehículos, la condena solidaria de OC, SL y de los fiadores para el pago de las cantidades pendientes de abono. La sentencia de instancia estimó la demanda respecto de la arrendataria y absolvió a los fiadores al entender que, con la reneociación de los contratos, se había producido una novación en la que se había concedido un nuevo plazo a la deudora principal sin el

consentimiento de los garantes; lo que había traído consigo su liberación por efecto del artículo 1.851 CC. La Audiencia Provincial de Alicante estimó el recurso de apelación de MRV, SL y condenó también a los fiadores. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

13. Contrato bancario *swap*. Obligación de información: medios.—La jurisprudencia ha señalado que el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos de la operación especulativa de forma imparcial, clara y no engañosa, incluyendo además, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y, también, orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados para lo que, con el fin de salvar el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, se establece un instrumento, el test de idoneidad, en el que se suma el test de conveniencia (sobre conocimientos y experiencia en materia financiera del cliente) a un informe sobre su situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y sus objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) para recomendarle los servicios o instrumentos que más le convengan.

Contrato bancario *swap*. Obligación de información: incumplimiento.—En la contratación en el ámbito del mercado de valores de productos y servicios de inversión con clientes no profesionales, el incumplimiento por la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y los riesgos del producto, y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso, la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. En este sentido, la omisión del test que debía recoger la valoración del conocimiento del cliente de los concretos riesgos asociados al producto complejo, aun no determinando por sí la existencia del error vicio, sí permitía presumirlo.

Contrato bancario *swap*. Obligación de información: contenido y test de idoneidad.—Lo relevante no es si la información debía incluir o no la posible evolución de los tipos de interés, sino que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que debía hacerse por medio del test de idoneidad. En suma, la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad. (**STS de 26 de febrero de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La representación procesal de la mercantil presentó demanda Y. D., S. L. U. contra la entidad financiera B. de S., S. A. solicitando se declare la nulidad de un contrato suscrito por ambas partes denominado confirmación de permuta financiera de tipo de interés (Swap Flotante Bonificado), por vicio en el consentimiento prestado por la actora. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de

Santa Cruz de Tenerife estimó íntegramente la demanda declarando nulo el contrato suscrito entre las partes por vicio en el consentimiento prestado por la actora con la obligación de devolución recíproca de los beneficios con los intereses legales en virtud de la nulidad. Recurrida en apelación por la representación procesal de la entidad financiera demandada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife desestimó el recurso interpuesto y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID) tiene como objetivo prioritario reforzar las medidas dirigidas a la protección de los inversores, como consecuencia de la complejidad y sofisticación de los productos de inversión y el constante aumento en el acceso de los inversores a los mercados, la protección del inversor adquiere una relevancia prioritaria, quedando patente la necesidad de diferenciar entre distintos tipos de inversores en función de sus conocimientos. El problema que se plantea en operaciones como la que constituye el objeto de la presente *litis*, es distinguir entre lo que debe considerarse como interés antagónico entre las partes con el legítimo interés comercial de la entidad de crédito para obtener un lucro. Esta distinción tiene especial importancia porque, si se aprecia la existencia de un interés antagónico, el banco tiene obligación de informar a su cliente de la existencia de dicho interés contrario al de su cliente, con la consecuencia inevitable de producir vicio en el consentimiento por error si no se hace así. Son dos conceptos distintos introducidos por la Ley 47/2007 en nuestro ordenamiento jurídico. Si la entidad de crédito concede un préstamo a una persona, sea física o jurídica, ambas partes tienen un interés comercial legítimo. Al ser antagónicos los intereses de los firmantes del contrato y al no haberse informado de esa circunstancia a los clientes, la entidad financiera ha infringido lo dispuesto en el artículo 70 quáter LMV, lo que afecta a la posibilidad que tenían de prestar un consentimiento libre e informado como pleno conocedor del contenido de los contratos suscritos. Pero, además, cualquier capacitación profesional, relacionada con el derecho y la empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a que tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume y los meros conocimientos generales no son suficientes. (*N. D. L.*)

14. Inversión en acciones. Información suficiente por parte de la entidad financiera.—De acuerdo a la LMV, las empresas de servicios financieros asumen obligaciones frente a sus inversores, como la del deber de información (art. 79 bis LMV). El Tribunal Supremo se pronuncia sobre si la

información que recibió el inversor, teniendo en cuenta la naturaleza del producto y perfil del cliente, fue suficiente para que el cliente fuera consciente del riesgo que asumía al invertir en sociedades mercantiles con proyectos inmobiliarios. El Alto Tribunal señala que la información es adecuada y suficiente si se tiene en cuenta que: primero, el producto financiero no es de naturaleza compleja y, segundo, que el perfil del cliente es de carácter «moderado», es decir, que por su experiencia profesional conocía el funcionamiento de las sociedades mercantiles. Por tanto, lo sucedido en la crisis inmobiliaria de 2008, que supuso una fluctuación de los mercados no garantizada por la empresa de servicios financieros, no nace de un erróneo asesoramiento por el riesgo del producto en relación con el perfil del cliente, sino por un notorio desmoronamiento del mercado inmobiliario, no implicando entonces una ocultación de información causa del fracaso posterior de la inversión. (STS de 20 de marzo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—El señor P demanda a la entidad financiera B, solicitando la responsabilidad contractual por haber comercializado las acciones de la sociedad S presentándolas como productos financieros, cuando eran inversiones directas de capital en sociedades mercantiles.

En su sentencia del 5 de mayo de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Barcelona desestimó la demanda.

En la sentencia de 22 de marzo de 2013, la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante. En su sentencia, la Audiencia Provincial estimó, en primer lugar, probado que el actor fue calificado de «moderado» en relación con el riesgo de las operaciones financieras y que tenía conocimiento pleno del contrato suscrito, así como los derechos y obligaciones derivados de la condición de accionista de las sociedades mercantiles. En segundo lugar, la Audiencia Provincial consideró que las operaciones de inversiones en SDI hechas por el señor P, fueron realizadas por decisión personal del cliente y en años donde había un alza desproporcionada del sector inmobiliario. En tercer lugar, la Audiencia señaló que la compra de las acciones se realizó previa solicitud del cliente, con la información de la sociedad cuya suscripción de acciones se solicitó, previa a la adquisición. Finalmente, la Audiencia consideró que la fluctuación de los mercados que influyeron posteriormente en la inversión no la asumió la gestora. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la demandada. (I. V. B.)

15. Responsabilidad médica: responsabilidad del ginecólogo por diagnóstico erróneo.—Se da cuando el médico no ha practicado pruebas complementarias de la simple exploración, a la vista de la sintomatología evidente y constante que presentaba la paciente, y dichas pruebas hubiesen evitado o disminuido el daño posteriormente sufrido.—En una medicina de medios y no de resultados (STS 10 de diciembre de 2010), la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad

cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Así, es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles. En segundo, que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen (SSTS 15 de febrero de 2006; 19 de octubre de 2007; 3 de marzo y 10 de diciembre de 2010). En el presente caso, el error de diagnóstico inicial, fundado principalmente en una simple exploración por el médico, además incompleta, derivó, a consecuencia de no practicarse pruebas complementarias fácilmente previsibles y completamente accesibles en aquel momento, en un tratamiento equivocado y gravemente perjudicial para la paciente, que debe ser imputado en exclusiva al demandado y por el que, evidentemente, debe responder. (STS de 18 de febrero de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña S. fue atendida por el doctor don E., con ocasión del parto por cesárea de la primera. Tras la intervención quirúrgica, S. sufrió una infección que fue tratada con antibióticos sin que se hicieran otras pruebas ni se tomaran más medidas. Considerando el médico que había mejorado, le dio el alta tras una semana ingresada en el centro hospitalario. Sin embargo, el mismo día dado el empeoramiento que presentaba se decidió que volviera a ingresar en el mismo hospital. Al día siguiente se dispuso la realización de pruebas de diagnóstico por imagen, de las que resultó la necesidad de intervenir quirúrgicamente a la paciente para practicarle una histerectomía subtotal con extirpación del útero. Como consecuencia de la intervención le quedaron secuelas que motivaron la necesidad de ser intervenida quirúrgicamente otra vez un año después. Doña S. demandó a E. al considerar que había incurrido en negligencia, derivada de no haberse percatado de la existencia y gravedad de la infección que sufría la paciente. A juicio de la actora esta inadvertencia fue motivada por no haber ordenado el médico la realización de pruebas complementarias de diagnóstico por la imagen, tipo ecografía o scanner, con las que se habrían podido evitar fácilmente las dañosas consecuencias padecidas por mor de la intervención quirúrgica posterior y las secuelas que le depararon, como fueron la pérdida del útero y de la capacidad de engendrar, un fuerte trauma psicológico, depresión, daño estético, baja laboral, etc. Por todo ello solicitó una indemnización de 160.000 €. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Barcelona desestimaron la acción, al considerar que era de aplicación la teoría de la imputación objetiva en cuya virtud no era posible para el médico prever, en el momento del diagnóstico, la posible evolución de la paciente. Sin embargo, el Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación al considerar

que dicha doctrina no era aplicable, y sí que se constataba la ausencia de la diligencia necesaria y elemental en relación con las circunstancias del caso. Por lo que, asumiendo la instancia, estimó la acción y concedió la indemnización solicitada.

NOTA.—En el caso de autos el Tribunal Supremo utiliza las normas del Baremo para la valoración de los daños y perjuicios causados en accidentes de circulación vigentes en el momento de los daños, y que figuraba como Anexo del TR-LRCSCVM de 2004. Dicha normativa, aplicable en otros ámbitos de manera orientativa, ha sido modificada por la Ley 35/2015, de 23 de septiembre, que introduce importantes cambios en esta regulación a efectos de la valoración de los daños y de las personas legitimadas para reclamarlos. En este sentido, v. LLAMAS POMBO, *Algo más que un nuevo baremo*, Práctica de Derecho de Daños, n.º 127 (2016), pp.1-ss. (I. D.-L.)

16. Responsabilidad civil médica: Transfusiones de sangre con secuelas de infecciones de VIH y de sida: *Dies a quo* de la acción: Doctrina jurisprudencial.—Es reiterada y pacífica doctrina de esta Sala (STS 19 de enero de 2011) la de que en los supuestos de lesiones que dejan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de curación o mejora, mediante el oportuno tratamiento continuado de las mismas, el cómputo del plazo para el ejercicio de la correspondiente acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual no puede comenzar a contarse desde la fecha del informe de sanidad o de alta, en el que se consignan o expresen las referidas secuelas, sino que ha de esperarse a conocer el alcance o efecto definitivo de éstas, consecuente al tratamiento que de las mismas se ha venido haciendo, en cuyo supuesto ha de determinarlo el juzgador con arreglo a las normas de la sana crítica. También es doctrina reiterada (SSTS 27 de mayo de 2009 y 16 de junio, entre otras) que la determinación de este día inicial para el cómputo del plazo de prescripción corresponde, en principio a la Sala de instancia, no revisable en casación. Pero en el presente caso la apreciación de la prescripción presenta una dimensión eminentemente jurídica, lo que ha permitido a esta Sala revisar la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables, que, en el caso, no se advierte haya sido vulnerada.

Como dice la STS de 18 de diciembre de 2014, es el conocimiento del padecimiento de la enfermedad y de su origen, junto con la confirmación médica de su posible evolución según el estado de la ciencia, el que ha de determinar el inicio del plazo de prescripción, pues desde ese momento «supo el agraviado» (art. 1968.2 Cc.) tanto la existencia del daño indemnizable como la identidad del responsable. Es evidente, como señala con acierto la recurrida, que con independencia de que en algunos documentos de 1997 y 1998 se hable del sida, y de que en los informes médicos de 2006 y 2008 se catalogue el estado de la paciente de VIH, lo que interesa a efectos de prescripción es, en primer lugar, que ha existido una progresión negativa de la enfermedad y, en segundo lugar, que no se pudo alcanzar el diagnóstico del sida hasta que el VIH no se estadía como C3, lo que se produjo en abril de 2008, en que lo fija la sentencia. A partir de este momento, que es el más grave, según la OMS, sólo cabe el agravamiento del estado del paciente en función de las infecciones oportunistas que le afectarán dada la inmunodefi-

ciencia que padece, o lo que es lo mismo a partir de este estadio C3 la enfermedad se cronifica, de tal forma que este daño, aun siendo continuado en sus efectos, dado su carácter crónico, no permite sostener que pueda quedar indefinido el día a partir del cual pudo ejercitarse la acción. Lo contrario eliminaría, en la práctica, la prescripción, pues dada la posibilidad de cualquier nuevo acontecimiento sobrevenido, hasta el momento del fallecimiento del afectado, no comenzaría a computarse el plazo de prescripción aplicable, con la consiguiente creación de una indefinida situación de inseguridad jurídica, que es precisamente lo que trata de evitar, a toda costa, el instituto de la prescripción extintiva que, por lo demás, aun siendo de aplicación no rigurosa sino cautelosa y restrictiva, la jurisprudencia no puede derogar por vía de interpretación, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico (SSTS de 22 de febrero de 1991, 15 de octubre de 2008 y 16 de marzo de 2010).

En el recurso la inexistencia de responsabilidad se relaciona con hechos distintos de los que ha valorado la sentencia, tanto sobre las pruebas de detección de los anticuerpos del VIH a toda sangre donada, como sobre la urgencia de la transfusión, por lo que se hace supuesto de la cuestión, basándose el motivo en hechos, si no opuestos, sí distintos de los que parte la sentencia recurrida.

Cuantía de las indemnizaciones por daños materiales o compensación de daños morales: Doctrina jurisprudencial.—Esta Sala viene reiterando que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, solo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de la cuantía (STS de 28 de junio de 2012, y las que en ella se citan), lo que no ocurre en este caso en el que la fundamentación del motivo es insuficiente para desvirtuar las apreciaciones de la sentencia recurrida, amparado exclusivamente en no haberse tenido en cuenta los criterios jurisprudenciales sobre indemnización en materia de contagio del sida, sin establecer los criterios que, a su juicio, hubieran sido los correctos. Es cierto que el RD-Ley 9/1993, de 28 mayo, no es de aplicación obligatoria por los Tribunales, pero la recurrida lo utiliza con carácter orientativo, valorando y considerando el dolor, el daño y todas las circunstancias del caso, pasadas y futuras (enfermedades, ingresos hospitalarios, consecuencias psicológicas padecidas y que padecerá, afectación social) por lo que puede considerarse que la cantidad concedida no es desproporcionada, excesiva o infundada. **(STS de 2 de febrero de 2015; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La enferma nació en 1985, y a los ocho meses de vida fue ingresada en la UVI del Hospital Vall d'Ebron y se le realizaron dos transfusiones de plasma y una de concentrado de hemáties. Entre 1987 y 1997 sufrió diversos episodios febriles y catarrales así como bronquitis, conjuntivitis, blefaritis, faringoamigdalitis, otitis, diarreas, sinusitis, neumonía de repetición y otras, además de adenopatía cervicolaterales, axilares y inguinales, y mesentérica. A consecuencia de estas transfusiones se detectó que estaba infectada por VIH y en 2008 fue diagnosticada de sida. La enferma y sus padres formularon demanda en reclamación de los daños y perjui-

cios que se les irrogaron a resulta de las transfusiones de sangre en la UCI del Hospital Vall d'Ebron, de cuya actividad era aseguradora la demandada, Zurich. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y fijó las indemnizaciones a percibir por los actores en 659.286,96 euros para la enferma y 60.240,96 euros para cada uno de sus padres. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia afirmando en particular que el Hospital es responsable del daño al transfundir sangre contaminada con el VIH a la enferma ya que a tenor de la doctrina del Sala 3.^a del Alto Tribunal plasmada en numerosas sentencias, cuando el virus VIH ha sido inoculado con anterioridad a su aislamiento y en ausencia de marcadores para detectarlo en sangre «la infección no puede considerarse una lesión o daño antijurídico porque el riesgo de soportarlo recae sobre la paciente, luego *a sensu contrario* la solución debe ser la existencia de responsabilidad del establecimiento sanitario». Asimismo que la indemnización a la paciente se establece teniendo en cuenta lo prevenido en el RD-Ley 9/1993, de 28 mayo, que se utiliza como criterio orientativo dados «los padecimientos que para la actora ha supuesto la enfermedad durante toda su vida y supondrá, por desgracia, en el futuro» (dando por reproducido lo señalado en la resolución de primera instancia), manteniendo la indemnización a favor de los padres por el daño moral padecido, sin devengar, en ambos casos, el interés del art. 20 LCS. (G. G. C.)

17. Responsabilidad extracontractual: Accidente de circulación: Indemnización de la Aseguradora por daños corporales: Cuantía: Doctrina jurisprudencial.—A partir de las dos STS de 17 de abril de 2007, del Pleno de la Sala 1.^a, constituye doctrina jurisprudencial constante y reiterada que *los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado*. Doctrina recogida posteriormente en otras muchas sentencias: Así las de 17 y 22 de noviembre, y 17 de diciembre de 2010; 9 de febrero y 19 de mayo de 2011; 12 marzo y 30 de abril de 2012; y 21 de enero de 2013. En aplicación de esta doctrina procede estimar el motivo primero, lo que comporta que, en ejecución de sentencia, la indemnización correspondiente a los diferentes conceptos concretados en la sentencia recurrida respecto del único perjudicado recurrente que formula pretensión sobre este particular, deba calcularse con arreglo a las cuantías publicadas para el año 2008 en la resolución de la DGS de 17 de enero de 2008, al ser un hecho no controvertido que la estabilización de las lesiones tras el periodo de baja (alta definitiva) tuvo lugar el 15 de abril de 2008.

Improcedencia de la aplicación de intereses moratorios del artículo 20 LCS.—El accidente de circulación tuvo lugar el 24 de julio de 2007 cuando, durante una maniobra de adelantamiento a un autobús, el conductor del turismo asegurado en la entidad demandada perdió el control, colisionó lateralmente con el autobús, se salió de la calzada y chocó contra un talud rocoso; resultaron lesionados dos ocupantes del turismo y, al parecer, el chófer. En virtud de atestado de la Guardia Civil se incoaron las diligencias previas

núm. 1038/07 por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Plasencia. Dentro del plazo legal de tres meses la aseguradora Mapfre presentó escrito indicando haber consignado 39.005,26 euros a favor de uno de los ocupantes y del conductor, sin mencionar el otro ocupante lesionado. El 25 de octubre de 2007 el Juzgado acordó no hacer entrega de las sumas hasta que los perjudicados formularan la denuncia, demorando su pronunciamiento hasta que el informe médico forense objetivase la realidad y entidad de las lesiones. Con fecha 16 de noviembre de 2007 los dos ocupantes lesionados presentaron escrito en el Juzgado solicitando que se les hiciera entrega de las cantidades consignadas «sin que proceda hacer pronunciamiento alguno en cuanto a la suficiencia o no de la cantidad consignada», manifestando además que no tenían intención de formular denuncia. El 5 de diciembre de 2007 la aseguradora interesó del Juzgado que se entregaran las cantidades consignadas a cuenta de las indemnizaciones que en su día pudieran corresponder a los ocupantes, y que también se entregara al conductor la suma de 16.562,58 euros «como indemnización total y definitiva de las lesiones, daños y perjuicios sufridos». Por providencia de 7 de diciembre de 2007, visto el estado de las actuaciones y la falta de denuncia, se acordó por el Juzgado de Instrucción estar a lo acordado en providencia de 25 de octubre de 2007, y devolver a la aseguradora la totalidad de la suma consignada. En la demanda contra la Aseguradora, los ocupantes admitieron haber recibido en concepto de indemnización las sumas respectivas de 20.797,28 euros y 22.442,68 euros, acompañando los recibos del pago efectuado en los que los demandantes renunciaban a reclamar los intereses previstos en el artículo 20 LCS. En el escrito de contestación a la demanda la aseguradora se allanó parcialmente a la demanda reconociendo una indemnización de 49.033,88 euros a favor de uno de los ocupantes, y de 20.033,88 euros a favor del otro.

Las razones para rechazar el motivo son las siguientes:

1.^a) De los hechos probados se desprende que la aseguradora actuó con arreglo a las exigencias impuestas por la regulación singular de la mora en el pago de las indemnizaciones derivadas de accidentes de circulación. En contra de lo que se sugiere en el motivo, la sentencia recurrida no declara probado que al tiempo de realizarse la primera consignación en las actuaciones penales, la compañía aseguradora tuviera posibilidad de conocer –sin esperar al resultado del informe forense– la concreta entidad de las lesiones, por lo que no cabe sostener que la consignación, por el concreto importe por el que se hizo, respondiera a una voluntad más aparente que real de la aseguradora de cumplir con sus obligaciones. Además, una vez que la aseguradora solicitó un pronunciamiento judicial sobre la suficiencia de la consignación, ha de entenderse que su conducta se ajustó a las exigencias legales y jurisprudenciales, sin que la inactividad del Juzgado a la hora de declararla o no suficiente pueda operar en contra de dicha entidad. Tampoco cabe hacer responsable a la aseguradora del retraso en la entrega de su importe, pues expresó por escrito su voluntad de ofrecer en pago la cantidad consignada, y nada tuvo que ver la conducta de dicha entidad con el archivo de la causa penal, debido exclusivamente a la inactividad de los perjudicados que, al no formular denuncia en plazo, abocaron al Juzgado de Instrucción a un pronunciamiento de archivo que comportó la devolución de la cantidad consignada a la aseguradora. Finalmente, en cuanto al deber de consignar al comienzo del proceso civil, la renuncia a reclamar los intereses del artículo 20 LCS, expresada por los perjudicados en el momento de recibir las sumas a cuenta de su indemnización, justificó la ulterior conducta de la aseguradora.

2.ª) Incluso en la hipótesis de que no se hubieran cumplido las anteriores exigencias, también resulta acorde con la doctrina jurisprudencial favorable a la existencia de causa justificada (regla 8.ª del art. 20 LCS), aun cuando esta Sala no pueda compartir el argumento relativo a la liquidez de la deuda, pues la jurisprudencia no permite apreciar justificación cuando la incertidumbre surge únicamente acerca de la cuantía de la indemnización. Pero la doctrina sobre la falta de efecto útil del recurso o de la equivalencia de resultados lleva a la desestimación del recurso cuando, como en este caso, el fallo de la sentencia recurrida, sustentado en gran parte en una argumentación no del todo aceptable jurídicamente, resulta, sin embargo, el procedente conforme a fundamentos distintos, ya contenidos en la propia sentencia, o bien que podrían haber concurrido para decidir la cuestión. En el presente caso, de la sentencia se desprenden otras razones fácticas y jurídicas que conducen a considerar que el no cumplimiento puntual de la aseguradora tuvo que ver, no con su negativa a hacer frente a sus obligaciones, sino con la propia conducta mostrada a lo largo del pleito por los perjudicados quienes, según la sentencia, no formularon denuncia, se opusieron a que se declarase suficiente la suma consignada y, además, expresaron en un momento determinado su voluntad de no reclamar intereses, conjunto de circunstancias que avalan la razonabilidad de la oposición de una aseguradora que vino mostrando a lo largo del pleito, tanto en las previas actuaciones penales como en el ulterior proceso civil «una actitud colaboradora y no obstruccionista al cumplimiento de sus obligaciones derivadas del seguro» (STS de 29 de julio de 2013). **(STS de 30 de marzo de 2015;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Mientras la estimación del primer motivo era, desde el principio, cuestión clara y pacífica en aplicación de la doctrina jurisprudencial en vigor, debe destacarse que la parte más extensa de la sentencia anotada (FD 5.ª a 7.ª, pp. 3 a 8 del texto oficial de la sentencia) se dedica a rechazar el segundo motivo, para lo cual se hace una minuciosa y encomiable explicación de una poco frecuente sucesión de hechos complejos, y en ocasiones contradictorios, que han concurrido, y acudiendo a la doctrina de falta de efecto útil del recurso se mantiene el fallo recurrido con argumentos diferentes, destacando ante todo la conducta claramente colaboradora con el Juzgado de la aseguradora. No se vislumbran las razones que han podido inspirar, en cambio, la actuación procesal de los perjudicados del accidente, únicos responsables en realidad del considerable retraso en resolverse el recurso. Sentencia merecedora de un juicio favorable. (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

18. Montes vecinales en mano común.—Configuración histórica como bienes de titularidad colectiva, inalienables e imprescriptibles.— Los aprovechamientos de montes vecinales en mano común sientan sus bases en las estructuras económicas, sociales y políticas que marcaron las señas de identidad de la propiedad en el Antiguo Régimen, alejadas del concepto uni-

tario y pleno del derecho de propiedad que alumbró el pensamiento liberal, propio del Código Civil (art. 348) y caracterizadas por su carácter vinculado con la consiguiente prohibición de enajenar, elemento configurador, por otra parte, de la razón de su imprescriptibilidad. Connotaciones que ya figuraban en los textos normativos de la época (Ley 7.^a, Título XXIX, Partida Tercera), y que hizo a estos bienes resistentes a la acción de las leyes desamortizadas.

Reconocimiento legal de la figura en el Derecho civil gallego y en el Código civil. Conformidad con el modelo constitucional de organización del derecho civil.—El reconocimiento legal de estos aprovechamientos en la Compilación del derecho gallego, con sus características innatas de inalienabilidad e imprescriptibilidad, no se produjo *ex novo*, sino que trajo causa del Derecho foral consuetudinario vigente, aplicable en tanto se trata de una institución no decaída por el desuso, como fuente del derecho compilado. Por ello, debe entenderse el artículo 89 de la Compilación, al reconocer estos bienes como inalienables e imprescriptibles, que tales cualidades forman parte no solo del régimen normativo de las relaciones jurídicas actuales sino también, y especialmente, de las constituidas desde tiempo inmemorial que son, precisamente, de las que trae causa el presente instituto, tal como ha tenido ocasión de proclamar la jurisprudencia recaída en la materia (SSTS de 2 de febrero de 1965, 17 de enero de 1967 y 18 de noviembre de 1996). Este reconocimiento se cohonesta con el modelo autonómico de organización del derecho civil implantado por la CE de 1978, que atribuye la competencia exclusiva a la comunidad autónoma para regular en materias de conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego, en cuyo contexto debe enmarcarse la legislación gallega sobre montes vecinales en mano común. (STS de 3 de marzo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La Comunidad de montes vecinales de Figueirido (Pontevedra) ejercitó una acción reivindicatoria contra el Ministerio de Defensa sobre dos parcelas ocupadas por el Ejército, al entender que las mismas formaban parte desde tiempo inmemorial del monte vecinal perteneciente a los vecinos del Concejo de Vila-boa. La Administración del Estado se opuso aduciendo que la alegada inalienabilidad e imprescriptibilidad de esta clase de bienes no vino a formar parte de su régimen jurídico sino después de publicarse y entrar en vigor la Compilación del Derecho Civil de Galicia de 1963. De manera que, las parcelas habrían sido adquiridas por el Estado por usucapión, dada la posesión que se venía ostentando de las mismas, desde 1898 y 1968 respectivamente. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron la acción y declararon la nulidad de las cesiones llevadas a cabo, así como la imprescriptibilidad de dichas fincas, por lo que ordenaron su devolución a sus legítimos titulares. La Abogacía del Estado interpuso recurso de casación al considerar que se hacía una aplicación retroactiva de la Compilación de 1963, vulnerando con lo dispuesto en el artículo 2.3 CC y en la propia norma gallega. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso. (I. D.-L.)

19. Garantías para el cobro de las cantidades debidas a la comunidad conforme al artículo 9.1.e) LPH.—El artículo 9.1 LPH establece cuáles son las obligaciones de cada propietario. De todas ellas, cabe destacar la de contribuir, con arreglo a la cuota de participación, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización (letra e). Junto a esta norma, otro precepto importante es el artículo 21 LPH, que tiene una naturaleza eminentemente procesal, al establecer el procedimiento para exigir el cumplimiento de las obligaciones de contenido económico, como la del precepto antes señalado, cuando el comunero se constituyese en mora.

El deudor de la obligación establecida en el artículo 9.1.e) LPH es el propietario, algo que confirma el artículo 21.1 LPH. Y será responsable quien sea el propietario en el momento de producirse la obligación de satisfacer el gasto comunitario. El legislador es consciente de los graves problemas que plantea la morosidad de cara a que la comunidad pueda hacer frente a las necesidades más elementales para el adecuado sostenimiento del inmueble y de sus servicios. Con el fin de tutelar y proteger a las comunidades y asegurarles el cobro de las deudas de los propietarios morosos, se han previsto una serie de garantías.

En primer lugar, los créditos a favor de la comunidad derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales correspondientes a las cuotas imputables a la parte vencida de la anualidad en curso y a los tres años anteriores, tienen la condición de preferentes a efectos del artículo 1923 CC. Preceden, para su satisfacción, a los citados en los números 3.º, 4.º y 5.º de dicho precepto, sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores [art. 9.1.e). II LPH].

En segundo lugar, el adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la que tenga lugar la adquisición y a los tres años naturales anteriores. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación [art. 9.1.e). III LPH].

En tercer lugar, la obligación del propietario de comunicar a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad, por cualquier medio que permita tener constancia de su recepción, del cambio de titularidad de la vivienda o local. Quien incumpla esta obligación seguirá respondiendo de las deudas con la comunidad devengadas con posterioridad a la transmisión de forma solidaria con el nuevo titular, sin perjuicio del derecho de aquél a repetir contra éste. No obstante, tal responsabilidad no será de aplicación cuando los órganos de gobierno establecidos en el artículo 13 LPH hayan tenido conocimiento del cambio de titularidad de la vivienda o local por cualquier otro medio o por actos concluyentes del nuevo propietario, o bien cuando de dicha transmisión resulte notoria [art. 9.1.i) LPH].

El titular registral estará legitimado pasivamente para reclamarle el pago de la deuda en los siguientes casos: 1) cuando fuese propietario del piso o local en la época en la que surgió la obligación de la que nace aquélla; 2) cuando, sin perjuicio del derecho de repetición, sea el actual propietario del piso o local inscrito en el Registro de la Propiedad, por las deudas contraídas por los anteriores titulares dentro de los límites temporales que prevé el pre-

cepto con afección real del inmueble; 3) cuando el titular registral sea el propietario que ha omitido la comunicación del cambio de titularidad. En estos dos últimos supuestos, sin perjuicio del derecho de repetición contra el verdadero obligado. Fuera de estos casos no existe obligación legal por parte del titular registral al pago de las deudas por gastos de la comunidad, por lo que no tendría legitimación pasiva.

Ahora bien, cuando la comunidad, además de ejercitar la acción obligacional contra el que deba responder del pago, pretenda ejercitar la real contra el piso o local afecto al mismo, existiendo discordancia entre el deudor y el titular registral, será preciso que demande a éste para garantizar la ejecución de la deuda sobre el inmueble. Así debe interpretarse el artículo 21.4 LPH. (STS de 22 de abril de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios reclamó a la mercantil D una cantidad de dinero como propietaria de una vivienda sita en ese edificio, por los gastos comunes no satisfechos y gastos extraordinarios correspondientes a la rehabilitación de la fachada, adeudados a fecha de 30 de junio de 2010, en base a la liquidación aprobada en la Junta General Ordinaria de 14 de agosto de 2010. La parte demandada negó tener legitimación pasiva para la reclamación que se le dirigía, ya que si bien era titular registral de la vivienda, no era propietaria de ella, siendo propietario N.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, al acoger la excepción de falta de legitimación pasiva. Argumentó lo siguiente: a) la reclamación frente al titular registral lo será al objeto de soportar la ejecución sobre el inmueble, pero no puede ser condenado al pago de la deuda, cuya obligación sólo recae sobre el propietario [arts. 9.1.e) y 21.1 LPH]; b) en la demanda se solicita única y exclusivamente la condena al pago de la cantidad reclamada, pero no la pretensión de soportar las consecuencias que la ejecución de la sentencia pudiera tener sobre la finca inscrita a su nombre; c) se considera probado que a la comunidad le constaba que la mercantil demandada no era la propietaria de la vivienda.

La actora interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso, revocando la sentencia de primera instancia y condenando a la mercantil demandada al pago de la cantidad reclamada. La motivación de la Audiencia se basa en los siguientes argumentos: 1) el titular registral viene obligado a soportar la obligación cuyo pago se reclama porque el artículo 9 LPH extiende la legitimación pasiva no sólo al propietario actual de la vivienda, sino también al anterior por la anualidad vencida y la corriente al tiempo de la transmisión, dejando a elección de la comunidad la posibilidad de dirigirse contra el propietario actual, contra el anterior o contra uno o varios de ellos simultáneamente, sin perjuicio de repetir contra el actual propietario; 2) es indiferente quién sea el que haya venido pagando las cuotas o tenido por propietario a efectos de constitución de la Junta.

Contra la anterior sentencia la entidad demandada interpuso recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 9.1 y 21.4 LPH. El Tribunal Supremo estimó el recurso, señalando que cuando el deudor de las cuotas por gastos de la comunidad, por

obligación propia o por extensión de responsabilidad, no coincida con el titular registral, la reclamación frente a éste sólo será al objeto de soportar la ejecución sobre el inmueble inscrito a su nombre.

NOTA.—Las sentencias del TS de 25 de mayo de 2005, 25 de junio de 2006 y 25 de septiembre de 2014 ya habían dejado claro cómo el artículo 9 LPH impone al propietario, de forma clara e inequívoca, el pago de los gastos generales para el buen funcionamiento de los servicios comunes no susceptibles de individualización y atención de su adecuado sostenimiento, que no al usuario.

En cuanto a la legitimación pasiva del titular registral, la conclusión alcanzada por el TS en la presente sentencia ya la venía sosteniendo la DGRN. Así, en Resoluciones de 30 de junio de 1986, 18 de mayo de 1987 y 9 de febrero de 1997, entendió que si en el momento de interponerse la demanda de reclamación del pago de los gastos de comunidad, el piso o local hubiese pasado a poder de tercero en quien no concurra la condición de deudor personal de las mensualidades reclamadas, también contra aquél deberá dirigirse la demanda, pero no en cuanto a la pretensión personal de pago, sino en cuanto a la real por la que se pretende el reconocimiento o traslado al Registro de una afección real, coordinándose de este modo la especial protección brindada por el artículo 9.5 LPH con los principios de legitimación y tracto sucesivo. (S. L. M.)

20. Regla de *minimis* en compensación equitativa por copia privada de los derechos de propiedad intelectual en teléfonos móviles que tienen incorporado un reproductor de mp3.—El posible perjuicio o daño que podría ocasionarse con un aparato de telefonía móvil que tenga incorporado un reproductor de mp3, y sobre el que se pretende obtener una compensación equitativa por copia privada, merece la consideración de mínimo a efectos del artículo 25.6.4.^a LPI, si dicho aparato cuenta con escasa capacidad técnica de almacenamiento (una media entre siete u ocho fonogramas). El empleo de un dispositivo móvil como el descrito presenta una escasa virtualidad para realizar copias privadas, tanto en términos absolutos como relativos, en comparación con un dispositivo ordinario mp3 cuya capacidad de almacenamiento medio —en 2008— alcanzaba las seiscientos noventa y tres canciones. Por tanto, procede aplicar la regla de *minimis* sobre los teléfonos móviles.

Medida de la entidad del perjuicio a fin de su consideración como mínimo.—La entidad del perjuicio debe medirse respecto de cada uno de los teléfonos o dispositivos sobre los que se pretende aplicar el canon para obtener una compensación equitativa por copia privada, y no en atención a la suma de todos los dispositivos comercializados por una misma sociedad. No en vano, quien causa el perjuicio al titular exclusivo del derecho de reproducción es, en última instancia, el particular que, para su uso privado, reproduce una obra protegida sin solicitar autorización previa de aquél; la dificultad práctica de identificación del particular es la que permite a los Estados establecer, al objeto de financiar la compensación equitativa, un canon por copia privada, el cual grava a quienes ponen equipos, aparatos y soportes de reproducción digital a disposición de particulares o les prestan un servicio de reproducción (SSTJUE de 21 de octubre de 2010, caso *Padawan*; y 16 de junio de 2011, caso *Stiching de Thuiskopie*).

Base legal del derecho a la compensación equitativa contenida en el artículo 25.1 LPI.—Aunque el artículo 25.6 LPI previera que para los equipos, aparatos y soportes materiales de reproducción digitales el importe de la compensación a satisfacer por el deudor fuera la aprobada reglamentariamente por los Ministerios de Cultura y de Industria, el derecho a la compensación económica no viene reconocido por la Orden Ministerial correspondiente, sino por la ley. Por este motivo, ni la aplicación del artículo 25 LPI ni la reclamación de una determinada compensación por copia privada, basada en el mismo, pueden verse cercenadas por la (eventual) anulación de la Orden Ministerial.

Aplicación de la regla de *minimis* a las tarjetas de memoria.—Las tarjetas de memoria, adquiridas como complemento del teléfono móvil con el objeto de ampliar su exigua capacidad de almacenamiento, resultan idóneas a efectos de su utilización por los particulares para realizar copias privadas. Dichas copias, considerando que las tarjetas de memoria ostentaban —en 2008— una capacidad media para albergar seiscientos archivos sonoros, son relevantes a la hora de valorar el perjuicio real, respecto del derecho de compensación por copia privada. En consecuencia, sobre ellas no opera la regla *de minimis*, resultando procedente aplicarles el canon digital por copia privada. (STS de 9 de marzo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Tres entidades gestoras de derechos de propiedad intelectual (Asociación de Gestión de Derechos Intelectuales, AGEDI; Artistas, Intérpretes o Ejecutantes Sociedad de Gestión de España, AIE; y Sociedad General de Autores, SGAE) interponen demanda contra Sony Ericsson reclamando el derecho de compensación equitativa por copia privada previsto en el artículo 25 LPI, derivado de las ventas de teléfonos móviles con reproductor mp3 incorporado y de las tarjetas de memoria correspondientes, durante el tercer y cuarto trimestre del año 2008.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid desestimó íntegramente la demanda por considerar que la Orden Ministerial, por la que se establecía la relación de equipos, aparatos y soportes materiales sujetos al pago de la compensación equitativa por copia privada (Orden PRE/1743/2008) que desarrollaba el artículo 26.6.4.^a LPI, era contraria a la Directiva 2001/29/CE, así como a los artículos 25.6 y 31.2 LPI. La Sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por las entidades gestoras antedichas, condenando a Sony Ericsson a abonar a las aquéllas el canon correspondiente a las tarjetas de memoria correspondientes a los teléfonos móviles, así como el interés legal de la suma resultante desde la interposición de la demanda. La Audiencia Provincial distingue, en resumen, entre los teléfonos móviles y las tarjetas de memoria: procede aplicar la regla *de minimis* respecto de los teléfonos, no así respecto de las tarjetas.

La Sentencia de apelación es recurrida por ambas partes. Sony Ericsson formula recurso de casación, que afecta al pronunciamiento que estima la aplicación del canon a las tarjetas de memoria. Dos de las tres entidades de gestión (AGEDI y AIE) formulan sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. Éste último afecta a la desestimación del canon a los teléfonos móviles.

NOTA.—El pleito objeto de esta sentencia es posterior al que las tres mismas entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual presentaron contra Nokia para la reclamación del canon aplicado a teléfonos móviles y tarjetas de memoria comercializadas por la empresa durante el mismo intervalo temporal. La sentencia que resuelve el recurso de casación del caso Nokia es la STS de 6 de marzo de 2015. Asimismo, hay que advertir que las referencias a los preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual se corresponden con la versión vigente en el segundo semestre de 2008, al que corresponden las ventas de dispositivos objeto del litigio; y, por consiguiente, con la versión resultante de la modificación operada por la Ley 23/2006, de 7 de julio. (A. I. R. A.)

21. Eficacia positiva de la fe pública registral (art. 34 LH). Interpretación estricta respecto al momento en que debe existir la inscripción en favor del disponente.—El artículo 34 LH debe interpretarse en el sentido de que el requisito de la previa titularidad inscrita del derecho del disponente debe resultar cumplido en el momento mismo de la adquisición del tercero; no puede dejarse al tiempo de la inscripción registral de la adquisición por el tercero (interpretación flexible). La interpretación estricta se presenta como consecuencia lógica de la eficacia positiva de la fe pública registral y de su especial incidencia en el tráfico jurídico inmobiliario, de forma que el tercero que lleva a cabo un negocio adquisitivo confiando en la información brindada por el Registro ve convertida para él la situación registral en una situación ciertamente inatacable pudiendo amparar, inclusive, la adquisición a *non domino* (SSTS de 5 de marzo de 2007, y 7 de septiembre de 2007; ambas de Pleno). Esta especial proyección de la protección registral, como excepción a la dinámica aplicativa de las reglas generales de Derecho civil en materia de adquisición de los derechos reales (arts. 4 y 609 CC), justifica la interpretación rigurosa de la aplicación de los requisitos del artículo 34 LH.

La razón de esta interpretación descansa, además de en su proyección en el tráfico jurídico, en el propio fundamento que articula y justifica la protección de la fe pública registral: la confianza puesta en la exactitud de la información registral necesita, secuencialmente, la previa inscripción registral del derecho del transmitente. Desde la concurrencia secuencial de estos requisitos es desde donde se explica la situación inatacable del tercero como beneficiario de la fe pública registral.

Con ello, la posterior inscripción del derecho del tercero adquirente (art. 34 LH) constituye únicamente una *conditio iuris* a fin de hacer definitiva la protección registral ya operada.

Interpretación estricta de los requisitos legales para ser tercero hipotecario ex artículo 34 LH y derecho real de hipoteca.—La interpretación rigurosa en el cumplimiento de los requisitos legales para ser protegido por la fe pública registral tampoco se ve afectada por la peculiaridad inherente al negocio de constitución de la hipoteca, que no se adquiere ni constituye hasta el momento de su inscripción registral (arts. 1.875 CC y 145 LH). La razón imperativa del artículo 34 LH no distingue el alcance general que dispensa según la naturaleza de los derechos reales objeto de adquisición. Además, la propia razón lógico-jurídica del precepto, centrada en el fenómeno adquisitivo de la propiedad del tercero, impide que sea de mejor trato la adquisición de un derecho real de garantía (STS de 23 de septiembre de 2004). Por tanto,

si en el momento de otorgar la escritura de constitución de hipoteca a favor de la entidad acreedora, la titularidad dominical del deudor no figura inscrita en el Registro, no puede operar el principio de fe pública registral a favor de la entidad bancaria.

Interpretación rigurosa del artículo 34 LH y negocio jurídico complejo al momento en que debe existir la inscripción en favor del disponente.—Resulta irrelevante a los efectos de la interpretación estricta de los requisitos legales para ser tercero del artículo 34 LH tanto que los negocios de compraventa e hipoteca se celebren en unidad de acto, como que respondan a las características del denominado negocio jurídico complejo. (STS de 10 de abril de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Doña Carla vendió, por escritura pública, a la sociedad Z una porción de terreno de 4.913 m², segregada de una finca registral que comprendía un total de 7.078 m². Dentro del total de la finca se hallaba sita una vivienda con 800 m² de parcela circulante y la porción de terreno contiguo de 1.365 m², los cuales no formaban parte del objeto de la compraventa (de ahí la diferencia entre la porción enajenada a la sociedad Z y el total de la finca). Así, la compradora adquiriría la superficie de 4.913 m² obligándose a pagar por ella un precio total de 751.266 euros de los que la vendedora percibió inicialmente en metálico 270.456 euros. El resto del precio (480.810 euros) sería pagado mediante la obligación de urbanizar aquella porción de 800 m² más 1.365 m², es decir, los 2.165 m² a que quedaba reducida la matriz; y mediante la subsiguiente entrega a doña Carla de cuatro parcelas urbanizadas, dos de 800 m² en las que se ubica la vivienda y otras dos colindantes de 800 m² entre ambas. En la misma fecha de la venta y en la misma notaría, la sociedad Z adquirió otras tres fincas de otros titulares procediendo a su agrupación, y constituyendo seguidamente sobre la finca agrupada una hipoteca a favor de La Caixa, en garantía de un préstamo de 4 millones de euros.

No obstante, en la escritura de compraventa se incluyó indebidamente la vivienda descrita, la porción de terreno circulante (800 m²) y la superficie de terreno contigua (1.365 m²). La sociedad Z entra en concurso y doña Carla interpone demanda de incidente concursal contra la sociedad y contra La Caixa, solicitando que se declare que la vivienda y la parcela en la que radica, así como el terreno colindante, no formaban parte del objeto de la compraventa, por falta de intención de los contratantes de transmitir y adquirir tales elementos. También solicita la actora que se le reintegre la titularidad registral de ese terreno y vivienda, procediéndose a la segregación registral; y que se cancele la hipoteca constituida sobre los elementos que no fueron objeto de transmisión. La sociedad Z y la Administración concursal se allanan a la demanda. La Caixa, por el contrario, se opone reclamando la protección que otorga el artículo 34 LH por ser tercer adquirente de buena fe y reunir los demás requisitos exigidos por el precepto para ser mantenida en la integridad del derecho real de garantía.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Barcelona dicta sentencia estimando la demanda en cuanto a la nulidad parcial del contrato de

compraventa respecto a los elementos erróneamente incluidos; pero desestimándola en cuanto a la pretensión de cancelación de la hipoteca por entender que doña Carla conoció la constitución de la hipoteca sin oponerse, y por no apreciar mala fe en La Caixa. Contra la sentencia de primera instancia se alza en apelación doña Carla y la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona dicta sentencia estimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto, con la consiguiente cancelación de la hipoteca. A juicio de la Audiencia La Caixa no puede reclamar la protección del artículo 34 LH, porque en el momento de otorgar la escritura de constitución de la hipoteca el Registro no mostraba a la sociedad Z como titular registral de la finca, sino a doña Carla. La Caixa interpone recurso de casación, articulado en un único motivo, por infracción del artículo 34 LH.

NOTA.—La interpretación flexible del artículo 34 LH relativa al momento en que debe existir la inscripción en favor del disponente ha sido defendida, en nuestra doctrina, por algunos autores, entre los que destaca Sanz Fernández [*Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, Madrid, 1947, p. 382]. Para Sanz Fernández el requisito de inscripción en favor del transferente «no debe ser interpretado en el sentido de que el transferente del derecho ha de tener el suyo inscrito en el momento de realizar el acto o contrato de transmisión, cosa que literalmente parece exigir el artículo 34. Basta que el disponente sea titular inscrito en el momento en que el acto o contrato se inscribe, de forma que la cadena de transmisiones se desenvuelva normalmente, cumpliéndose el artículo 20, y que, remontando el título en virtud del cual tiene el derecho el transferente, se llegue a un titular inscrito [...]. Es, pues, indiferente que la previa inscripción se practique antes o después de realizarse el acto o contrato: únicamente es necesario que la inscripción se practique en forma normal y corriente». Díez Picazo [*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, 5.^a Ed., 2008, Pamplona, p. 533], por su parte, no se decanta abiertamente por ninguna de las dos interpretaciones y pone de manifiesto, al menos indirectamente, lo controvertido de la cuestión: «La deducción lógica del principio de fe pública —contratar o celebrar negocios jurídicos adquisitivos fundándose en la confianza y en la fe que el Registro inspira— parece colocarse en favor de la primera tesis [la inscripción en favor del disponente debe existir en el momento de perfección del negocio jurídico adquisitivo]. Sin embargo, hay que admitir que, partiendo de una inscripción registral vigente y pudiendo derivar de ella el derecho del disponente, hay también razones o argumentos de protección del tráfico jurídico que favorecen claramente la segunda tesis». Gordillo Cañas [«El principio de fe pública registral (II)», *ADC*, 2008, Fasc. III, p. 1.071] rechaza la interpretación flexible del precepto y entiende que ésta «además de no reparar en las diferencias que separan el principio organizador y adjetivo del tracto sucesivo respecto al principio sustantivo y material de fe pública registral, está en oposición con la ratio de este último: la previa inscripción es necesaria en tanto que sobre ella debe apoyarse la buena fe animadora y cualificadora del acto adquisitivo que el principio de fe pública registral va a proteger». No obstante, este mismo autor [*op. cit.*, p.1.070,

nota 45, *in fine*] advierte cómo la STS de 11 de julio de 2005 se refiere al problema «presentándolo como *quaestio controversa*». Esta sentencia llama la atención sobre el criterio de interpretación flexible, el cual entiende procedente «con sólidos argumentos y con base, además, en la protección del tráfico jurídico, que se cumple el requisito si al tiempo de la adquisición del dominio el transmitente tenía título para disponer y acceder al Registro». Pese a lo controvertido de la cuestión, la línea seguida por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo –plasmada en la sentencia objeto de extracto– en cuanto a exigir la previa titularidad inscrita del transmitente en el momento de la perfección del contrato ha sido continuista, lo cual justifica la Sala 1.^a «tanto por el tenor literal del artículo 34 LH como por la protección que éste dispensa, básicamente fundada en el Registro, y, en fin, por el privilegio que para el tercer adquirente representa la tradición instrumental al margen de su efectiva posesión material de la finca» (SSTS de 22 de junio de 2001; 22 de abril de 1994, 12 de noviembre de 1970, 24 de abril de 1962, y 11 de mayo de 1909). (A. I. R. A.)

DERECHO DE FAMILIA

22. Filiación no matrimonial: Apellidos del menor: Reconocimiento materno en el acta de nacimiento y tardío reconocimiento: Criterio de nueva Ley de Registro Civil con vigencia aplazada: Superior interés del menor: Interpretación correctora del derecho vigente.—Es doctrina de esta Sala autorizar una respuesta conjunta a los diferentes motivos del recurso de casación cuando exista un enlace común entre ellos que así lo aconseje, y así se procederá en este recurso, al ser el interés del menor el que subyace, en esencia, en todos los motivos.

En términos de estricta legalidad vigente no existe duda respecto de la decisión adoptada por la sentencia recurrida, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 CC, artículos 53 y ss. LRC y artículo 194 RRC. Así, en defecto de la opción prevista en el artículo 109 CC, que es el caso presente, el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo apellido, el primero de los personales de la madre.

La respuesta, sin embargo, no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor; por lo que la Sala ha tenido que acudir a negar o posibilitar la interpretación correctora de una norma que afectaba a alguna medida en la que se encontraba interesado un menor, se ha cuidado de tener en cuenta el interés superior de éste (SSTS de 29 de marzo, 1 de abril y 10 de octubre de 2011, y 5 de noviembre de 2012).

Recientemente recordaba la STS de 27 de octubre de 2014 que la CE de 1978, al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona, en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de esta, con carácter singular, la de los menores. El mandato constitucional impelió al poder legislativo a la promulgación de la normativa necesaria para la protección del menor, siendo la más significativa, de inicio, en este orden la

Ley 21/1987, de 17 noviembre, que modifica el CC y la LEC en materia de adopción y otras formas de protección de menores. Con esta Ley tuvo lugar la denominada desjudicialización del sistema jurídico de protección del menor. Más adelante se promulgó la LO 1/1996, de 15 enero, Ley de Protección Jurídica del Menor. Toda esta normativa se ha visto poderosamente influenciada por los textos internacionales que se han ocupado de la protección de los menores, de los que destacan la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York 1959) y la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 20 de noviembre de 1989).

En toda la normativa internacional, estatal y autonómica late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, si bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura pues como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien simplemente con la protección de sus derechos fundamentales.

En la Exposición de Motivos de la Ley del Registro Civil de 2011 se dice que «el nombre y apellidos se configura como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos». En el art. 49 se dice que en la inscripción de nacimiento constarán los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le corresponde según su filiación. Dado que la filiación determina los apellidos, si está determinada por ambas líneas los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. En caso de falta de acuerdo se requerirá a los progenitores o a quienes ostenten la representación legal del menor para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor. En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos, y el progenitor puede fijar su orden. Es, pues, el interés superior del menor el que inspira el legislador de esta Ley para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores, confiando que sea el Encargado del Registro Civil el que valore tal interés y asuma la decisión.

Evidentemente la meritada Ley no ha entrado en vigor, pero autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor. La DF 10.^a LRC motiva su largo periodo de *vacatio legis* cuando afirma que *hasta la entrada en vigor de la presente Ley, el Ministerio de Justicia adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los RRCC dentro del proceso de modernización de la Justicia*. Se trata de una dilación exigida por razones estructurales y organizativas del nuevo Registro Civil, que no por inexigibilidad de los principios que informan sus novedades normativas.

Así ha venido interpretando la legislación vigente el TC en la STC 167/2013 de 7 de octubre, por entender comprometido el derecho fundamental a la propia imagen del menor del artículo 18.1 CE, en un supuesto similar al presente en el que existe un nacimiento con una sola filiación, determinando ésta los apellidos, y a consecuencia de un reconocimiento tardío en el inicio del procedimiento judicial, al que se suma el de duración de éste, el cambio del orden de los apellidos alcanza al menor a una edad en que tanto la vida social como en la escolar es conocido por el primer apellido en su día determinado. La sentencia se detiene en hacer ver la notoria relevancia identificativa del primero de los apellidos, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: i) Las normas registrales del orden de apellidos están dirigidas al momento anterior a la inscripción registral de nacimiento, concediendo a los padres una opción que ha de ejercitarse «antes de la inscripción» y, de no realizarse, se aplica el orden supletorio establecido reglamentariamente; ii) En el caso de determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y en el momento en que se puso fin al proceso por sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona; iii) El menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre. En estas circunstancias es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y en este caso su primer apellido materno, al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar. Desde esta perspectiva constitucional, debió ponderarse especialmente el interés del menor y su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad, a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos, por lo que se concluye reconociendo la vulneración del contenido constitucional del artículo 18.1 CE.

En atención a lo anteriormente razonado se debe estimar el recurso y, asumiendo la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de la madre, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Guadalajara, ordenando que en el orden de los apellidos del menor el primero sea el de la línea materna y el segundo el de la paterna (STS de 17 de febrero de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.] (G. G. C.)

23. Divorcio: Efectos sobre los hijos menores: Custodia compartida: Interés del menor: Doctrina jurisprudencia.—La interpretación del artículo 92, párrafos 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren algunos de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma: *Debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar; que se acordará cuando concurren criterios tales como 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, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando la STS de 25 de abril de 2014 que la redacción del art. 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013, *se prima el interés del menor y este interés, que ni el art. 92 Cc ni el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel.* Declarando la sentencia de 2 de julio de 2014 *que lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.*

Marco común de referencia que sustente un crecimiento armónico de la personalidad del menor.—Puesta en relación la doctrina mencionada con los razonamientos de la resolución recurrida se debe concluir que no se ha respetado la doctrina casacional dado que las razones que se esgrimen para desaconsejar la custodia compartida no constituyen fundamento suficiente para entender que la relación entre los padres, ambos profesores universitarios, sea de tal enfrentamiento que imposibilite un cauce de diálogo. La condena por coacciones de la esposa al cambiar la cerradura de la vivienda por decisión unilateral no se estimó demérito alguno por su esposo, y las discrepancias por el colegio del menor y sus consecuencias económicas suponen una divergencia razonable. Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer en dos profesionales, como los ahora litigantes.

Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. y a la luz de estos datos se acuerda casar la sentencia recurrida por infracción del artículo 92 CC y jurisprudencia que lo desarrolla, asumiendo la instancia, dado que en este caso con el sistema de custodia compartida: a) Se fomenta la integración del menor con ambos padres evitando los desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia. El reparto del tiempo se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores. A falta de acuerdo, el reparto de tiempo

de custodia será semanal, siendo el día de intercambio el lunes, que el progenitor que ostente la custodia dejará al menor en el centro escolar, haciéndose ya cargo de esa semana el otro progenitor, y así sucesivamente de forma alternada. Si fuese festivo el lunes, el progenitor que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro. Los periodos vacacionales escolares de verano, Semana Santa y Navidad, serán por mitad entre los progenitores, pudiendo elegir el periodo concreto, a falta de acuerdo, los años pares, el padre, y los impares, la madre. Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50 %, dada la igualdad de profesión y retribución, declarada en la sentencia recurrida. En cuanto a la vivienda familiar, deberán instar a través del cauce procesal oportuno. (STS de 16 de febrero de 2015; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—El matrimonio se había contraído el 7 de mayo de 2004, y la sentencia de 27 de diciembre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Sevilla decreta el divorcio con medidas tanto confusas en cuanto a la custodia del hijo menor, pues se atribuye a la madre y a continuación se dice «compartida la patria potestad con el otro progenitor», si bien el uso del domicilio familiar se atribuye también a la madre. La sentencia de 30 de diciembre de 2013 de la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, rechaza la apelación de ambos cónyuges. El padre al recurrir solicitó expresamente la custodia compartida, a la que se adhirió el Fiscal. Al enumerar la madre las medidas definitivas que solicitó desde el principio mostró alguna amplitud y flexibilidad a la hora de describir las facultades que correspondían en esta materia a su ex-esposo, aunque sin mencionar expresamente la custodia compartida.

NOTA.—Creo que esta sentencia permite entrar en una nueva fase a la *guarda compartida*, institución que anteriormente oscilaba entre alabanzas teóricas y constantes negativas, salvo excepciones muy singulares, a la hora de su reconocimiento efectivo por parte del Tribunal Supremo. Ahora parece que se opta por un criterio más realista al establecer «que no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer en dos profesores universitarios». Pese a una cierta indefinición creo significativo la exigencia de «un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad» (la del menor). Requisito para lograr evidentes beneficios igualmente compartidos (fomentar la integración del menor con ambos padres; evitarle el sentimiento de pérdida; no cuestionar la idoneidad de los progenitores; estimular en el futuro la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que hasta entonces se ha venido desarrollando con eficiencia). (G. G. C.)

24. Matrimonio: Divorcio: Atribución del uso de la vivienda familiar a la ex-esposa y a la hija menor: Desahucio por precario instado por adquirente en subasta: Doctrina jurisprudencial.—El marido de la demandada adquirió en estado de soltero, el 23 de enero de 1996, la vivienda objeto del desahucio, subrogándose en el préstamo garantizado con hipoteca que la gravaba. Más tarde contrajo matrimonio del que nació una hija y la meritada vivienda

constituyó el domicilio familiar. Por sentencia de 21 de marzo de 2006 se declaró la disolución por divorcio, atribuyendo a la hija y a la madre, cuya guarda se le confiaba, el uso de la vivienda familiar. El recurso de apelación se decidió el 13 de marzo de 2007. Por impago del préstamo garantizado con hipoteca la entidad prestamista inició en julio de 2009 el procedimiento de ejecución, que culminó con la subasta del piso el 28 de octubre de 2010, en la que compareció la ex-esposa haciendo valer su derecho de uso. El 29 de noviembre de 2010 se decretó la adjudicación de la vivienda al rematante, acordándose la cancelación de la hipoteca y todas las amortizaciones e inscripciones posteriores a aquella. El adjudicatario instó el desahucio por precario, que fue estimado por sentencia del Juzgado de Primera Instancia el 5 de junio de 2012, siendo estimado el recurso de apelación, y rechazado el desahucio, por sentencia de 22 de febrero de 2013, de la Sala 6.^a de la Audiencia Provincial de Valencia. El TS declaró el interés casacional del recurso.

La sentencia de Pleno de la Sala de 14 de enero de 2010 declaró que *el uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges en aplicación del art. 96 Cc se configura como un derecho cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se ha atribuido el uso, solo o en unión de los hijos, según se infiere del art. 96, último pár. Cc. El alcance de la facultad de oponerse a la reclamación por parte de un tercero de la vivienda ocupada por uno de los cónyuges ha sido determinado por la jurisprudencia según las circunstancias de cada caso, aplicando el principio de que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente*. Tras exponer las vacilaciones experimentadas por la jurisprudencia de la Sala en cuanto a la determinación de la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido por sentencia y sus efectos y por ende, la necesidad de unificación de doctrina, afirma que así se ha hecho y fijado por la STS de 18 de enero de 2010, la cual concluye en cuanto a la naturaleza del derecho de uso que *«el Cc no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el art. 83 CF y el art. 233-22 del proyecto del Libro II del Cccat se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el RP*. De ahí que la sentencia de 14 de enero de 2010 afirme que *el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009)*. Desde el punto de vista patrimonial, *el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el RP (RDGRN de 10 de octubre de 2008)*.

Régimen matrimonial primario: Protección de la vivienda habitual: artículo 1320 CC: Vivienda propiedad del marido, adquirida en estado de soltero, subrogado en hipoteca: Doctrina jurisprudencial.—La aplicación de la doctrina jurisprudencial antecedentemente expuesta debe ser amoldada a las circunstancias de cada caso, y así ha obrado esta Sala en la STS de 8 de

octubre de 2010, en un supuesto en el que la vivienda familiar era bien privativo del marido, el cual la hipotecó y su esposa compareció en el acto de constitución de la hipoteca y otorgó su consentimiento. Esta resolución ha buscado otra fundamentación adicional acudiendo al régimen matrimonial primario. Así dice que *la jurisprudencia ha interpretado el art. 1320 como una norma de protección de la vivienda familiar (SSTS de 3 de enero de 1990 y 31 de diciembre de 1994). La doctrina, a su vez, considera que con dicho artículo se pretende conseguir la protección de la vivienda, y por ello se protege a uno de los cónyuges contra las iniciativas unilaterales del otro; alguna parte de la doctrina señala que en el fondo de la norma se encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en un doble sentido: en el consenso para la elección de la vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación. El consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real. El consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como «declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno —es decir, concluido por otro— por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte», siendo requisito de validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión.* Habiendo mediado el consentimiento de la esposa, al ser válido el negocio, la conclusión que se alcanza es que, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la ex-esposa y sus hijas, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 669.2 LEC ya que la pretendida carga, es decir, el derecho de uso, es, en todo caso, posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca, consentida por la esposa.

Si tal doctrina jurisprudencial se aplica al supuesto objeto del recurso la conclusión debe ser la no oponibilidad de ese derecho de uso al adjudicatario del bien a consecuencia de su enajenación forzosa en subasta pública. El argumento de que la esposa no consintió la constitución de la hipoteca sobre la vivienda familiar, bien privativo del marido, no se sostiene. Difícilmente podía ser de aplicación el artículo 1320 CC y la doctrina de la Sala sobre el mismo en un momento en que no existía matrimonio, ni siquiera convivencia, y en el que, por tanto, no constituye vivienda familiar. Aquí el consentimiento de la esposa no puede exigirse para la constitución de la hipoteca por tales circunstancias, y tal consentimiento se desplaza al acto de aceptar que ocupen tras el matrimonio, como vivienda familiar el bien privativo del marido que éste trae al mismo con tal naturaleza pero gravado con hipoteca. El negocio fue, por tanto, válido, y la conclusión debe ser que, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda contraída por el marido para su adquisición, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y su hija, sin que sea de aplicación el artículo 669.2 LEC ya que la pretendida carga, esto es, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca cuya existencia era previa a la celebración del matrimonio, aceptando la esposa que dicho bien, que garantizaba con hipoteca el precio de su adquisición por el marido en estado de soltero, constituyese la vivienda familiar cuando contrajeron matrimonio. (STS de 6 de marzo de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.] (G. G. C.)

25. Matrimonio: Régimen pactado de separación de bienes: compensación económica del artículo 1438 CC: ratificación de la doctrina jurisprudencial.—Es cierto que el derecho a la compensación que prevé el artículo 1438 CC ha dado lugar a una respuesta contradictoria en la doctrina y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. Lo que ha hecho la STS de 14 de julio de 2011, reiterada en la de 31 de enero de 2014, es poner fin a esta controversia diciendo lo que quería decir, y no lo que dice la sentencia recurrida. Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa y no excluiría, de otro cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen (STS de 14 de julio de 2011).

Es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1438 ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente en conciliar la vida familiar y laboral. Pero también lo es que no todos los ordenamientos jurídicos españoles admiten la compensación para el cónyuge que contribuye a las cargas del matrimonio con su trabajo en casa cuando la relación termina (Navarra, Aragón y Baleares) y que aquellos que establecen como régimen primario [=régimen legal] el de la sociedad de gananciales, que permite hacer comunes las ganancias, no impiden a marido y mujer convenir otro distinto, como el de separación de bienes, en el que existe absoluta separación patrimonial pero en el que es posible pactar con igualdad el reparto de funciones en el matrimonio y fijar en su vista los parámetros a utilizar para determinar la concreta cantidad debida como compensación y la forma de pagarla por la dedicación a la casa y a los hijos de uno de ellos, lo que no ocurre en aquellos otros sistemas en los que se impone como régimen primario [=legal] el de separación de bienes y en el que, salvo pacto, no es posible regular convencionalmente aspectos de este régimen, como el de la compensación que se establece en función de una serie de circunstancias distintas de las que resultan del artículo 1438 CC, como es el caso del artículo 232.5 CC catalán en el que se tiene en cuenta el mayor trabajo de uno de los cónyuges para el caso («sustancialmente»), así como el incremento patrimonial superior, o del artículo 12 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia en el que también se compensa el trabajo para la casa considerando como tal, no solo lo que constituye este trabajo específico, sino «la colaboración no retributiva o insuficientemente retribuida» que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.

En el presente caso, son hechos probados que fue la esposa la que esencialmente se ocupó de la casa familiar y de la atención de los hijos cuando eran pequeños, ayudada por una empleada, lo cual no fue óbice para que desarrollase una actividad laboral (apertura de una tienda de ropa de niños) y

que trabajara antes para una empresa del esposo hasta que cerró, sin que se haya aclarado si tal empleo fue o no retribuido durante todo el tiempo en que lo desempeñó, o sólo durante parte de ese tiempo.

La sentencia recurrida se opone a la doctrina de esta Sala y debe ser casada en este aspecto, sin entrar a analizar las evidentes contradicciones existentes en las Audiencias Provinciales en la interpretación de la norma.

El Pleno de la Sala reitera la siguiente doctrina jurisprudencial: *El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.*

Requisitos de la pensión compensatoria: Extinción por vida marital.

El motivo cuestiona el «elenco probatorio» de la sentencia para concluir que la valoración de las circunstancias concurrentes (económicas, familiares y personales) comportaría necesariamente la inexistencia de desequilibrio económico; valoración que excede ampliamente del objeto del presente recurso de casación en el cual únicamente se constata la infracción de las normas sustantivas aplicables sin alteración de los hechos que la sentencia recurrida ha fijado como debidamente probados, incluida la pretensión de que se extinga la pensión por aplicación del artículo 101 CC (vida marital), aspecto que modifica la base fáctica de la sentencia que ha considerado no acreditado el alcance de la relación de la esposa con otra persona. (STS de 26 de marzo de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

26. Matrimonio: Régimen económico de separación de bienes: Divorcio: Reiteración de la doctrina jurisprudencial sobre compensación por trabajo para casa.—Se reitera la establecida por el Pleno de la Sala en SSTs de 14 de julio de 2011, 31 de enero de 2014 y 26 de marzo de 2015: *El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.* (STS de 14 de abril de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La esposa solicita la separación del matrimonio celebrado en 1985, y, entre otras peticiones, pide una pensión indemnizatoria de 100.000 euros. El marido reconviene instando el divorcio y se opone al pago de la pensión. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcoy declara el divorcio y reduce la indemnización a 63.498,6 euros. La sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Alicante reduce todavía la indemnización a 20.000 euros. El Pleno de la Sala 1.ª TS declara que son hechos probados que la esposa desde que pactara el régimen de separación a través de capitulaciones vino desarrollando un trabajo en alguna de las empresas de la que era administrador el esposo, y que por este trabajo fuera del hogar percibía una retribución que oscilaba sobre los 800 euros,

lo que es incompatible con el derecho a obtener la compensación económica del artículo 1438 CC.

NOTA.—En relación también con la STS del Pleno de 26 de marzo de 2015, cabe mencionar el precedente de la STS de 31 de enero de 2014, extractada en ADC 2015, pp. 1643-1644, con anotación de G. G. C., calificada de sentencia «pedagógica», a lo que puede añadirse de «disuasoria» para otros supuestos con elevadas sumas indemnizatorias reclamadas. Ahora parece que, incluso, cabría también calificar de «singular» esta doctrina jurisprudencial que el Pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo está manteniendo resueltamente desde hace ya un quinquenio, apartándose claramente de los criterios con que se argumenta, en uno u otro sentido, por parte de la actual doctrina científica en relación con la prestación por el trabajo para la casa. Hay que convenir en el cambio de la realidad social familiar desde 1981, que pueda acaso conducir a una inaplicación generalizada del artículo 1438 en los territorios de vigencia del CC, facilitada por el rechazo habitual de los tribunales. Nótese la modestia de las sumas que se otorgan en el supuesto de la presente sentencia. Sería recomendable un estudio sociológico del tema. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

27. Derecho de sucesiones: Vecindad foral navarra de la testadora: Prueba: Infracción procesal.—Resulta conveniente recordar que la restrictiva doctrina desarrollada por esta Sala, durante la vigencia de la Lec 1881 sobre el control en casación de la valoración arbitraria o ilógica de la prueba, mantiene su vigencia, si bien dentro del ámbito que ahora es propio, del recurso extraordinario (STS de 28 de noviembre de 2008). Se ha venido indicando que procede la revisión probatoria: a) cuando se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio (SSTS de 18 de diciembre de 2001 y 16 de marzo de 2007); b) cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SSTS de 21 febrero y 13 de diciembre de 2003, y 9 de junio de 2004) o se adopten criterios desorbitados o irracionales (SSTS de 18 de diciembre de 2001 y 19 de junio de 2002); c) cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible o se falseen de forma arbitraria sus dictados, o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial (SSTS de 19 julio y 30 de noviembre de 2004); d) cuando se efectúen apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia (SSTS de 23 de mayo de 2004 y 29 de abril de 2005); y e) no le será factible al recurrente, en los casos de valoración conjunta de la prueba, desarticularla para ofrecer sus propias conclusiones o deducciones (SSTS de 8 de marzo de 2007, y 8 de febrero y 10 de diciembre de 2008, con cita de 10 de julio de 2003 y 9 de octubre de 2004).

En el presente caso esta Sala no puede compartir el criterio de la parte recurrente que sostiene que el proceso valorativo de la prueba, llevado a cabo por la sentencia recurrida, se ha realizado de un modo incorrecto infringien-

do la doctrina jurisprudencial expuesta. En realidad muestra simplemente su discrepancia con los hechos declarados probados realizando una valoración alternativa de la base fáctica que resulta conveniente a la tesis sustentada por la recurrente.

A mayor abundamiento de lo declarado, la vecindad foral navarra de la testadora queda suficientemente acreditada por los siguientes hechos destacados en la sentencia recurrida: A) Por residencia continuada de diez años, conforme a la abundante prueba en autos respecto del empadronamiento y residencia real de la causante; todo ello con una clara correlación secuencial de las circunstancias vitales que acompañaron su vida; B) Por la información derivada del DNI de la causante, en donde la fecha de expedición y renovación del mismo concuerdan con la residencia en Navarra en los periodos que declara la sentencia de la Audiencia Provincial. C) Por los testamentos y acta notarial de manifestaciones, en donde la testadora expresa ante notario su voluntad de conservar la vecindad foral navarra (en doce testamentos a lo largo de su vida y en un acta notarial, año y medio antes de fallecer). D) Por numerosos hechos y documentos que de forma complementaria acreditan su vecindad foral, aunque con estancias intermedias en Madrid, (así certificaciones del Alcalde del pueblo navarro de residencia, domiciliaciones de vehículos, consumos de teléfono, electricidad y agua de su casa en aquél, cuentas abiertas, declaraciones fiscales y, en suma, hasta el propio expediente de adopción de la recurrente tramitado en el Juzgado de Tudela, correspondiente al domicilio navarro de la causante).

Adquisición de la vecindad navarra por el esposo de la causante.—La sentencia recurrida, de forma acertada, puntualiza que el plano sustantivo que pudiera derivarse de la adquisición de vecindad civil navarra del esposo de la causante, mediante expediente ante el Registro Civil en 1989, para nada influye en la vecindad foral navarra ya consolidada por la causante a través de los diez años de residencia señalados. Adquisición que tampoco se vio alterada por la reforma del artículo 14.4 CC, operada por la Ley 11/1990, pues la causante, y de esto no hay duda razonable, no sólo siguió ostentando dicha vecindad foral, sino que se reafirmó en la misma.

Cautela Socini: Caracterización y alcance de su validez testamentaria: Doctrina jurisprudencial aplicable.—En relación con esta cláusula, debida al jurista Mario Socino, autor a mediados del siglo XVI de un dictamen a su favor, ha existido una discrepancia en la anterior jurisprudencia española, con pronunciamientos que han ido desde la admisión y validez de esta cautela hasta su inaplicación (así en SSTS de 6 de mayo de 1953, 12 de diciembre de 1958, 8 de noviembre de 1967 y 8 de junio de 1999, entre otras). La reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala ha profundizado en la naturaleza y alcance de la *cautela Socini*, resaltando su validez como disposición testamentaria (SSTS de 17 de enero y 3 de septiembre de 2014). Desde el desarrollo lógico-jurídico de la figura se observa que la prohibición impuesta por el testador de recurrir a la intervención judicial, en las operaciones de ejecución testamentaria llevadas a cabo por el comisario contador-partidor, no afecta directamente al plano material de ejercicio del derecho subjetivo del legitimado, que conserva, de modo intacto, las acciones legales en defensa de su legítima, pues su incidencia se proyecta exclusivamente en el marco de la disposición testamentaria como elemento condicionante que articula el juego de la correspondiente opción que da sentido a la *cautela Socini*. No hay, por tanto, contradicción o confusión en orden a la eficacia estrictamente testamentaria de la cautela dispuesta. De la delimitación seña-

lada se desprende que la correcta relación que cabe establecer de los planos en liza es la de su complementariedad en el plano formal de la disposición testamentaria de la cautela, particularmente de la configuración o alcance de su elemento condicionante como clave de la sanción impuesta. En este sentido, desde la razón de complementariedad señalada, lo relevante a los efectos de la aplicación testamentaria de la *cautela Socini* es tener en cuenta que el incumplimiento de la prohibición que incorpora no se produce, o se contrasta, con el mero recurso a la intervención judicial, sino que es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso a dicha intervención, pues no todo fundamento o contenido impugnatorio de la ejecución testamentaria llevada a cabo queda comprendido en la prohibición impuesta en la *cautela Socini*. En efecto, desde la validez conceptual de la figura, se debe indicar que solo aquellos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurrirán frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria. Por contra, aquellas impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia deferida, entre otras, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción.

Validez de la cláusula *Socini* en Derecho navarro.—En el presente caso, la testadora había contemplado la cláusula *Socini* en la cláusula undécima de su testamento, con el siguiente tenor: «*Prohíbe toda intervención judicial en su herencia y expresamente dispone que aquel que impugnase lo establecido en este testamento, por cualquier motivo, quedará privado de cualquier derecho sobre la herencia de la testadora*». Conforme al contexto doctrinal descrito, no cabe duda que el contenido impugnatorio del testamento y partición que subyace en la acción ejercitada por la heredera demandante, ya sea calificada de acción de suplemento, del artículo 815 CC, ya sea de acción de rescisión de la partición, del artículo 1074 CC, se dirige a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por la testadora, de forma que incurre frontalmente en el marco de la prohibición dispuesta y comporta la sanción correspondiente, esto es, el acrecimiento de los derechos hereditarios a favor de los demás herederos y la atribución de la legítima estricta al beneficiario impugnante; en este caso, de la legítima prevista en la Compilación navarra sin contenido patrimonial. (STS de 21 de abril de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—La singularidad de la concepción de la legítima hereditaria en el Derecho foral navarro obligaba ciertamente a la recurrente a un verdadero dilema argumental de su demanda. En efecto, según la Ley 267 del Fuero Nuevo: «La legítima navarra consiste en la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos «febles» o «carlines» por bienes muebles y una roba-da de tierra en los montes comunes por inmuebles. Esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las

deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero». La legitimación de los hijos adoptados con adopción plena figura expresamente en la Ley 268.1. En el caso, la prueba aportada sobre la vecindad civil de la adoptante y causante resulta plenamente convincente. Junto a esta materia estrictamente foral resuelta por la Sala 1.^a destaca el profundo análisis de la *cautela Socini* que interesa directamente a los territorios de derecho común, amplía doctrina jurisprudencial que viene a completar la mantenida en SSTs de 17 de enero y 3 de septiembre de 2014. Extensa información sobre la situación de las legítimas en Derecho español (común y foral o civil) así como en el Derecho alemán, por CÁMARA LAPUENTE, en VVAA (coord. M. A. Pérez Álvarez), *Curso de Derecho civil (V) Derecha de sucesiones*, 1.^a ed. Colex, Madrid 2013, pp. 47-57.

En relación con la nueva doctrina jurisprudencial de la *doctrina Socini*, tal como se expuso por el mismo Ponente en STS de 17 de enero de 2014, v. mi extracto en ADC, 2015, pp. 1645-1648. (G. G. C.)

28. Sucesión testamentaria: Donación: Partición hereditaria: Nulidad parcial: Colación.—El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la nulidad parcial de un proceso de división judicial de herencia en donde al coheredero recurrente se le hizo una adjudicación de los bienes que previamente había recibido del causante por donación inter vivos, y se le imponía la obligación de compensar dinerariamente a los restantes coherederos por el exceso recibido respecto de la parte o cuota hereditaria, todo ello conforme a la valoración de los bienes en el momento particional.

Como antecedentes del presente caso, deben destacarse los siguientes hechos: A) El causante de la herencia, Don Gonzalo, otorgó válido y último testamento el 4 de junio de 1992, con la siguiente disposición patrimonial de sus bienes: «Reconoce a su esposa, D.^a Yolanda, la cuota legal usufructuaria que le asigna el Cc, y en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, instituye y nombra, por sus únicos y universales herederos, a sus citados diez hijos, en partes iguales, a los que sustituye vulgarmente por sus respectivos descendientes». B) Con anterioridad, el 10 de diciembre de 1987, el causante había dispuesto por donación en favor de su hijo don Gonzalo, de la mayor parte de su patrimonio, si bien a título de anticipo de legítima y derechos testamentarios que le pudieran corresponder. C) Con posterioridad a esta donación, el 30 de julio de 1991, Don Gonzalo y el resto de sus hermanos, a excepción de uno de ellos por ausencia, firman un documento privado en el que el donatario declara su voluntad de transmitir una novena parte de las fincas donadas a cada uno de sus hermanos, destacando que de este modo se da cumplimiento a la voluntad realmente querida por el donante, lo que se confirma por el propio donante que, en prueba de ello, asiste y firma el citado documento con el resto de sus hijos. D) En el procedimiento de división judicial de la herencia, todos los hermanos mostraron su conformidad a la inclusión de los bienes donados a favor de uno de ellos, el aquí recurrente; por su parte, el cuaderno particional se elaboró por un contador partidario nombrado de mutuo acuerdo por los herederos. No obstante tras la impugnación del acuerdo particional por la parte recurrente y su estimación parcial por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Córdoba, la Audiencia Provincial, sec. 2.^a, de Córdoba dictó sentencia reconociendo que

la compensación en metálico en favor de los restantes hermanos venía contemplada en el citado cuaderno particional.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda e interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial la confirmó al considerar que el donatario viene legalmente obligado a colacionar la donación recibida, siendo el momento de la partición cuando cabe realizar su valoración en el conjunto del haber hereditario. Considera que el valor de lo donado forma parte del caudal hereditario porque así expresamente lo quiso el causante y busca una proporción en las cuotas hereditarias de los herederos forzosos; en consecuencia, el donatario que recibe más de lo que le corresponde en la herencia está obligado a compensar económicamente a los demás hasta alcanzar esa proporción impuesta por el causante sin necesidad de acudir a la reducción de la donación inoficiosa que solo afecta a la legítima y no al resto de la herencia. De esta forma, concluye estableciendo que el valor a fecha de la partición de lo que en su día fue donado integra el patrimonio hereditario, es herencia, y la igualdad absoluta en las cuotas hereditarias, que siempre buscó el causante, exige que quien ha recibido por liberalidad de éste más de lo que le corresponde, compense con la cantidad equivalente fijada por el contador partidario a sus hermanos para que estos puedan recibir igual que él.

Colación particional y donaciones colacionables: Delimitación de conceptos (arts. 1035 y 818 CC).—La colación que contempla el artículo 818, párr. 2.º, CC, fiel a su antecedente en el Proyecto de Código civil de 1851, que más gráficamente se refería a la agregación del «valor que tenían todas las donaciones del mismo testador» viene referida a las operaciones de cálculo que encierra la determinación del caudal computable a los efectos de fijar las correspondientes legítimas. En este marco, su empleo en la formulación del citado artículo 818 CC no refiere una aplicación técnica o jurídica del concepto de colación, sino un sentido lato que se corresponde con la noción de colación como mera computación de las donaciones realizadas por el testador para el cálculo de la legítima y de la proporción libre que recoge dicho precepto.

Por el contrario, el empleo de la colación que se infiere del artículo 1035 CC, si que refiere una aplicación técnica o jurídica de este concepto basado en la presunta voluntad del causante de igualar a sus herederos forzosos en su recíproca concurrencia a la herencia, sin finalidad de cálculo de legítima, como en el supuesto anterior, todo ello sin perjuicio de que se haya otorgado la donación en concepto de mejora o con dispensa de colacionar.

Doctrina jurisprudencial.—En contra del hilo argumental sustentado por la parte recurrente, debe señalarse que, en el presente caso, la aplicación del artículo 1035 CC queda claramente justificada en la medida en que el otorgamiento de las referidas donaciones, fuera de la exclusiva valoración en el ámbito de los negocios inter vivos de disposición, queda plenamente causalizado en el plano particional de la sucesión que realmente quiso el causante que se llevara a efecto; de modo que la causa donandi queda enmarcada en el iter de los hechos que configuraron la sucesión testamentaria del donante. Tal y como se establece, de forma inequívoca, en el documento privado de 30 de julio de 1991 y en el testamento de 4 de junio de 1992, en donde se instituye a los herederos «a partes iguales», y en la propia disposición de las donaciones de 10 de diciembre de 1987, que se realiza como anticipo de los derechos hereditarios y sin dispensa de colación alguna.

También en contra del hilo argumental sostenido por la parte recurrente, debe señalarse que la falta de previsión de los artículos 1047 y 1048 CC al

respecto, esto es, cuando el valor de lo donado, excede de la cuota que le corresponde al coheredero beneficiado, sin que exista patrimonio hereditario con el que poder igualar al resto de los coherederos, no es obstáculo, conforme a la anterior doctrina jurisprudencial expuesta, para que se cumpla el sentido o la finalidad perseguida por la norma en estos casos en orden a la salvaguarda de las cuotas hereditarias referidas en la sucesión. Salvaguarda que la partición, como instrumento técnico de materialización o pago de los derechos de los coherederos concurrentes, permite a través de la compensación del exceso recibido a cargo del coheredero beneficiario de la donación. Todo ello conforme a la valoración de lo donado en el momento central de la partición, tal y como tiene declarado la doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS de 14 de enero de 2015). (**STS de 19 de febrero de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.] (*G. G. C.*)