

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

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

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Nicolás DÍAZ DE LEZCANO (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Gabriel GARCÍA CANTERO (Universidad de Zaragoza), Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Sebastián LÓPEZ MAZA (Universidad Autónoma de Madrid), 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

### DERECHO DE LA PERSONA

**1. Derechos en España de los menores extranjeros no acompañados, provistos de pasaporte: doctrina jurisprudencial.**–Esta Sala en sus sentencias de Pleno de 23 y 24 de septiembre de 2014 ha fijado su doctrina jurisprudencial, reiterada por otras dos sentencias de 16 de enero de 2015, de la que resulta en síntesis que el artículo 35.3 de la Ley 4/2000 de 11 de enero,

sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por LO 2/2009, de 11 de diciembre, y los artículos 6 y 190 del Reglamento de Extranjería deben ser interpretados en el sentido de que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprende su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de uno de esos documentos legalmente expedidos por el país de origen cuya validez no ha sido cuestionada ni han sido invalidados por ningún organismo competente.

**Criterios para aplicar las pruebas médicas.**—Ya se trate de personas documentadas o indocumentadas, las pruebas médicas para la determinación de la edad, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad, con la precisión de que cualquier duda sobre la minoría de edad, basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor habida cuenta del hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo y el debate existente al respecto, como han apuntado distintas Defensorías del pueblo. La emigración provoca, por sí misma, inevitablemente, un desequilibrio que se agrava para los menores cuando la duda se resuelve en su contra y se les sitúa en el círculo de los mayores de edad con evidente desprotección en cuanto a los derechos y obligaciones y consiguiente situación de desamparo desde el momento en que no quedan bajo la tutela de los servicios de protección correspondiente.

Para la Sala, un menor no acompañado, como expresa la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE, es, ante todo, un niño expuesto a un peligro potencial, y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y de la UE en este ámbito, respetándose el interés superior del niño. El interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todo los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas. La misma resolución deplora el carácter inadaptado e intrusivo de las técnicas médicas que se utilizan para determinar la edad en ciertos Estados miembros, pues pueden resultar traumatizantes, por lo que aconseja otras pruebas distintas, por expertos y profesionales independientes y cualificados, especialmente en el caso de las niñas, las cuales deberán disfrutar del beneficio de la duda.

En el presente caso, el demandante-recurrente cuando compareció ante la policía, disponía de un certificado de nacimiento que, como declara la sentencia recurrida y admite el Ministerio Fiscal, fue expedido con objeto de posibilitarle que pudiera viajar documentado al extranjero, tratándose de un documento oficial que además de acreditar su identidad, también establecía la fecha de su nacimiento, de forma que también acreditaba su minoría de edad (tanto en la fecha en que se personó en dependencias policiales y se acordó su protección como en la fecha en que se dictó la resolución impugnada dejando sin efecto aquélla), pues no cumplía los 18 años hasta 2011. Dicho documento sirvió de base para que se le expidiera pasaporte por parte de la Embajada de Ghana en Madrid, el cual se aportó en el acto de la vista de las medidas cautelares ante el Juzgado de Primera Instancia, y su existencia no se niega ni su validez se impugna, teniendo en cuenta que el Regla-

mento no sólo se refiere al pasaporte sino también a cualquier otro documento equivalente de identidad. Por ello no puede aceptarse que el recurrente fuese un extranjero indocumentado cuya minoría puede ponerse en duda a los efectos de la normativa citada, y menos aún cuando las pruebas a que fue sometido arrojaron el resultado de una edad mínima de 18 años, tan notablemente próxima a la minoría de edad que no podía quedar descartada. En consecuencia, el recurrente debió quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados.

Asumiendo la instancia, procede estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia de primera instancia y estimar íntegramente la demanda en el sentido de declarar que cuando se dictó la resolución ahora impugnada el recurrente era menor de edad, lo que le otorgaba derecho a quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados.

Se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente: *El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprende su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad. (STS de 23 de mayo de 2015; ha lugar.)* [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar por confirmar y continuar una doctrina jurisprudencial española emanada de la Sala 1.<sup>a</sup> TS, bien perfilada y fundamentada, siendo conforme con anteriores resoluciones del Parlamento europeo, en momentos históricos de agudos contrastes políticos con otros países comunitarios. (G. G. C.)

**2. Derecho de honor frente a libertad de información. Indevida inclusión de datos personales en registro de impagados. Criterios de indemnización.**—De acuerdo a lo establecido en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, sobre la indemnización de daños y perjuicios por la intromisión ilegítima del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, se establece que «[L]a indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a la circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido». De acuerdo a ello, el Tribunal Supremo considera que los daños de naturaleza patrimonial no pueden ser aceptados por ser ajenos a la infracción y vulnerabilidad del honor derivada de la inclusión indebida en un registro de morosos. Por otro lado, los daños morales que se reconozcan por indemnización deberán ser directamente asociados a la inclusión de los datos personales en los registros morosos, es decir, que exista una relación de causalidad entre la inclusión de los datos en los registro de morosos y los daños morales. Para calcular la indemnización de los daños y perjuicios por infracción al derecho al honor, el Tribunal Supremo considera que, en el caso concreto, en primer lugar, la indemnización debe ser calculada

por cada persona a quien se le vulneró el derecho al honor. En segundo lugar, por hacer referencia a la divulgación que ha tenido el hecho vulnerador del derecho al honor, que es la inclusión indebida de los datos de los demandantes en los registros morosos, debe tenerse en cuenta el tiempo prolongado de dicha divulgación. Y, en tercer lugar, que los datos de los demandantes en los registros morosos fueron consultados por terceras entidades.

**Intereses de la indemnización.**—De acuerdo a la jurisprudencia (entre otras, SSTS 20 de diciembre de 2005 y 7 de abril de 2011), se prescinde del alcance dado a la regla «in illiquidis non fit mora» y se atiende al canon de la razonabilidad de la oposición para decidir la procedencia de condenar o no al pago de los intereses y concreción del «dies a quo» del devengo, siendo determinable la certeza de la obligación, aunque se desconozca su cuantía. En el caso de intromisión ilegítima en el derecho al honor por la indebida inclusión de los datos personales en registros de morosos, no presenta problemas la estimación de la existencia de perjuicio, pues el inciso inicial del artículo 9.3 Ley Orgánica /1982 lo presume. Por ello, el Tribunal Supremo considera que su indemnización fijada devenga intereses, calculados al tipo de interés legal, desde la fecha de interposición de la demanda. **(STS de 12 de mayo de 2015; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

**HECHOS.**—Los señores P y R demandan al Banco B a fin de que se declare la intromisión ilegítima del derecho al honor por parte del Banco, por inclusión infundada de los datos de los demandantes en los registros de impagados, condenándose a indemnizar los daños morales y materiales causados, más los intereses legales.

En su sentencia de 16 de noviembre de 2012, el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Sevilla estima la demanda. El Juzgado consideró ilícita la conducta del banco consistente en incluir los datos de los demandantes en registros de morosos, pues el incumplimiento contractual fue decidido unilateralmente por el banco, ya que el contrato de préstamos con los demandantes preveía la posibilidad de acogerse a una cláusula de aplazamiento de las cuotas del préstamo. Sin embargo, el Juzgado consideró la inexistencia causal entre dicha ilicitud de la conducta del banco con la pérdida del patrimonio inmobiliario de los demandantes, que estuvo provocada por el impago de la cuotas del préstamo hipotecario, más no por la inclusión de sus datos en el registro de morosos. Asimismo, el Alto Tribunal consideró que no había causalidad entre la denegación del préstamo inmediato y la situación de insolvencia de los demandantes, que vino determinada por la imposibilidad de afrontar sus deudas. Por consiguiente, el Juzgado reconoce una indemnización equivalente solo al valor correspondiente a la cantidad que ascendía el préstamo inmediato denegado.

En la sentencia del 10 de octubre de 2013, la Audiencia Provincial de Sevilla desestima el recurso de apelación interpuesto por los señores P y R y estima en parte el recurso interpuesto por el banco. En su sentencia, la Audiencia Provincial reduce la cuantía de la indemnización a la mitad. La Audiencia consideró que solo podía concederse indemnización por la intromisión ilegítima en el honor constituida por la inclusión de los datos en los ficheros morosos, no por supuestos incumplimientos contractuales (denegación del préstamo inmediato), que son ajenos a la protección del derecho al honor.

El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación interpuesto por los señores P y R. El Alto Tribunal incrementa la indemnización, teniendo en cuenta que son dos personas las afectadas, y no una. También, el Tribunal Supremo toma en cuenta el tiempo prolongado que los datos de los demandantes fueron incluidos indebidamente por el banco en los registros de morosos y que dichos datos fueron consultados por terceras entidades. (*I. V. B.*)

**3. Incapacitación total: no procede cuando la persona adolece de un deterioro cognitivo, de leve a moderado: Convenio de Nueva York de 2006.**—Atendiendo a la valoración realizada por el Tribunal de instancia sobre las limitaciones de la persona incapacitada, la Sala aprecia que tales limitaciones no justifican la incapacitación total para la adopción de las medidas de protección que realmente precisa, a la luz de la Convención de Nueva York de 2006. Conforme a las SSTs de 29 de abril de 2009 y 1 de julio de 2014, la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona solo pueden adoptarse como un sistema de protección. Y para que funcionen estos sistemas de protección se requiere que concurren algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre la personalidad. Esto comporta que pueden producirse: a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica; y b) La mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello la incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado. Todo ello se traduce en que la incapacitación debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en la graduación de la misma, y, en la medida de lo posible, en la realización de un traje a medida.

De por sí, una demencia senil leve, la falta de movilidad, la sordera y una minusvalía administrativa del 90%, no tienen por qué determinar la incapacitación total de la persona. Justificarán la causa de incapacitación en la medida en que afecten de forma efectiva a la capacidad de autogobierno, en cuanto impidan o limiten el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulen o mermen la voluntad. Y todo ante la necesidad de dotar de protección a la persona afectada por la incapacidad, tratando de preservar al máximo el ejercicio de sus derechos y libertades. Si revisamos la situación de la discapacidad de la persona afectada que se contiene en la sentencia recurrida y corrobora la expuesta en la sentencia de primera instancia, y que en ambos casos ha servido para declarar su incapacidad total, se advierte una contradicción, pues podían haberse preservado los espacios de autonomía que se le reconocen, aunque sea en un entorno protegido. No consta que el deterioro cognitivo sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona, sobre todo lo que se refiere a la libertad de ambulación. En concreto, si prefiere seguir viviendo en su casa con una persona que le asista, o en una residencia. El hecho de que carezca de movilidad y necesite de una silla de ruedas, y el que precise de alguien que le cuide para cubrir sus

necesidades personales asistenciales y para su cuidado médico, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión.

En el plano patrimonial es más claro que al carecer de capacidad de cálculo tiene graves dificultades para administrar sus bienes, lo que, sin embargo, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión sobre a qué destinar sus medios económicos. A este respecto necesite de alguien que administre sus bienes y complemente su capacidad.

La consecuencia de la estimación del motivo de casación no es que asumamos la instancia y resolvamos sobre la capacidad de la incapacitada, pues para ello sería necesario practicar su exploración judicial ante este tribunal. Parece más conveniente, remitir los autos a la Audiencia para que vuelva a resolver teniendo en cuenta lo que acabamos de resolver. **(STS de 13 mayo de 2015; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

NOTA.—La ratificación del Convenio de Nueva York de 2006 ha dado ocasión a revisar la interpretación doctrinal y jurisprudencial del sistema tutelar instaurado en 1983, con un conocido y notable apoyo científico previo. Por otro lado, transcurrido más de un cuarto de siglo, la conocida STS de 29 de abril de 2009 significó, en su momento, un considerable esfuerzo de la Sala 1.<sup>a</sup> por ofrecer una interpretación de aquel sistema en conformidad con el espíritu y la letra del reciente tratado ONUSino. El tiempo ya transcurrido convence al jurista actual de la pervivencia entre nosotros de la doble interpretación de dicho sistema por los Tribunales y Fiscalías de instancia, lo que, probablemente, conducirá a una nueva reforma legal favorecida además por el crecimiento incesante de ese segmento social al que se aplica. En el presente caso la iniciativa procesal corresponde exclusivamente al Ministerio Fiscal, quien al presentar la demanda invoca la nueva terminología internacional, siguiendo las pautas de la STS de 2009. Un hijo de la presunta incapaz se adhiere a la petición fiscal, postulándose como posible tutor (de hecho había tomado previamente la iniciativa de internar a la madre en una residencia y de encargarse de llevarla a consulta médica cuando procediese, mostrando interés en general sobre sus necesidades asistenciales). Se opuso a la demanda la hija, sosteniendo que su madre no sufría incapacidad jurídica, y, en todo caso, de estimarla, que se le designara a ella como tutora. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Picassent, el 4 de junio de 2011, declaró la incapacidad plena y total de la madre, nombrando tutor al hijo. La sección 10.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia resuelve la apelación de la hija por Sentencia de 12 de diciembre de 2013, confirmando la de primera instancia. La Sala 1.<sup>a</sup>, al estimar el recurso de la hija —ahora fundamentado plenamente en la doctrina ONUSina—, devuelve las actuaciones a la Audiencia Provincial para que resuelva según la doctrina extractada. Surge la duda de si el casi quinquenio transcurrido desde que se inició el proceso impedirá de hecho la efectividad, en el caso, de la renovada interpretación de nuestro sistema tutelar. En el caso resuelto por la STS de 17 de julio de 2012, se produjo una encomiable actuación rápida de los órganos judiciales, con resultado eficaz para el interesado (extracto y anotación mía en ADC, 2014, pp. 718-722). Véase también el extracto de la STS de 29 de abril

de 2015, en concreto sobre el *jus nubendi* de los discapacitados, en este núm. de ADC. (G. G. C.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**4. Anulación por vicios del consentimiento de un contrato en cuyo perfeccionamiento interviene un mandatario.**—Cuando quien se dispone a contratar otorga mandato representativo a un tercero para que realice en su nombre la negociación contractual y configure la prestación a contratar, el enjuiciamiento del error ha de realizarse respecto de dicho mandatario. El defecto en el cumplimiento del mandato por parte del mandatario, que no es capaz de explicar a su mandante la naturaleza y características del contrato ni el objeto de éste, constituye una cuestión que afecta a la relación interna entre mandante y mandatario (art. 1718 CC).

**Test de idoneidad en contratación de productos financieros.**—A la vista de la complejidad y especificidad del sector financiero de la contratación, el hecho de que un cliente tenga la condición de empresario no significa, por sí solo, que posea conocimientos concretos en el ámbito inherente a la inversión. Ahora bien, la caracterización legal de un cliente como minorista no es obstáculo a que, a la hora de evaluar la adecuación del producto financiero ofrecido y la suficiencia de la información suministrada, sus conocimientos y experiencia sean tenidos en cuenta. Dentro del marco del deber de información adecuada al cliente minorista contratante de productos financieros, resultan infundadas las pretensiones de anulación por vicio en el consentimiento, cuando dicho contratante —pese a tener la consideración legal de minorista— ostenta el perfil de inversor especializado, de tal suerte que la información que se le suministra, pese a que pudiera no ser suficiente para un inversor inexperto, sí lo es para él, por tener experiencia y conocimientos financieros.

**Responsabilidad por incumplimiento de un contrato de asesoramiento en materia de inversión.**—No hay incumplimiento de los deberes impuestos por el artículo 79 bis Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (vigente hasta el 13 de noviembre de 2015) a las empresas que realizan labores de asesoramiento sobre servicios de inversión e instrumentos financiero, cuando el producto adquirido no responde a una oferta por parte de la entidad financiera de uno de los productos que comercializa ni a un consejo de dicha entidad, sino a una petición expresa del cliente. En ese caso, a la entidad comisionista no le queda otra alternativa distinta a la de dar cumplimiento a la comisión aceptada, conforme a las instrucciones proveídas por el comitente, a fin de no incurrir en incumplimiento del contrato (STS de 18 de abril de 2013). (STS de 23 de abril de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Doña Nicolasa interpuso demanda interesando que se declarase la nulidad, por error vicio del consentimiento, de la orden de compra de veinte bonos de Lehman Brothers, que habían sido adquiridos por Altae S. A., en el marco de un contrato de gestión asesorada del patrimonio. Como consecuencia de la pretensión de anulación, interesaba que le fuera reintegrado el millón de euros invertido. Subsidiariamente, doña Nicolasa interesaba que se decla-

rase el incumplimiento de las obligaciones de información, por parte de Altae, en el marco de la relación contractual de gestión asesorada del patrimonio; y se le indemnizara en el millón de euros invertidos.

Los bonos estructurados objeto de compra no constituían un producto financiero preestablecido ni comercializado de manera generalizada por Altae. El producto respondía más bien a una petición expresa de doña Nicolasa, siguiendo las concretas y específicas instrucciones de ésta, que facilitó incluso las características de otro producto muy similar ofertado por la competencia (BNP) para que Altae lo copiara. En el producto financiero demandado era necesaria la intervención de un banco de inversiones que actuara como soporte de la estructura, por medio de la emisión de un bono que sería el objeto de la contratación: «bono estructurado autocancelable semestral BBVA, SAN, TCAN». El capital de este producto estructurado es el que fue invertido por Altae en comprar los veinte bonos de Lehman Brothers. Por este motivo, el producto financiero finalmente adquirido era el resultado de una fase prolongada precontractual. En ningún momento de las conversaciones se consideró relevante la figura del emisor y/o garante, más allá de la exigencia implícita de que fuera una entidad solvente, de modo que la inversión tuviese un riesgo moderado, como deseaba el cliente.

Hay que advertir que doña Nicolasa nunca tuvo trato directo con Altae en la fase precontractual, sino que fue su hijo don Gustavo quien, en virtud del mandato conferido por su madre, controló en todo momento el devenir de la situación en lo relativo a la emisión de la voluntad para contratar el producto financiero y en el modo de afrontar semejante inversión.

El problema surge cuando Lehman Brothers quiebra a los pocos meses de efectuar la inversión. En la orden de suscripción irrevocable Lehman Brothers no figuraba como emisor y garante del producto, pero sí lo hacía en el contrato firmado semanas después. La demandante esgrimía su desconocimiento de la identidad del banco emisor y garante.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pues no consideró verosímil que don Gustavo desconociese la entidad del banco emisor del bono estructurado cuando se suscribió el contrato de compra. Para el Juzgado, la intervención de Lehman Brothers como emisor y garante no influyó en la voluntad negocial de la parte demandante.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la demandante. Para la Audiencia, si la intervención de Lehman Brothers se hubiera desviado de lo acordado, la demandante podía haberse negado a firmar el contrato y exigir que quedase sin efecto la orden dada desde el momento en que conoció ese dato, cosa que no hizo. También rechaza la Audiencia que Altae actuase negligentemente en el cumplimiento de su labor de asesoramiento al recomendar el producto de una entidad cuya inminente quiebra debía haber previsto en el momento de la firma del contrato.

NOTA.—Respecto a la pretensión de doña Nicolasa de ser indemnizada por los daños y perjuicios causados por la alegada negligencia de Altae en el cumplimiento de sus obligaciones de información derivadas del contrato de asesoramiento en materia de

inversión, la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo no se pronuncia, como sí lo hace la Audiencia Provincial, sobre la previsibilidad de la quiebra de Lehman Brothers, que termina por causar un daño material. Habría sido interesante que la Sala 1.<sup>a</sup> le hubiese dedicado algunas líneas a la cuestión de si, en un caso como el presente, la regla de la previsibilidad (art. 1107 CC) permite indemnizar daños derivados del incumplimiento de un contrato de asesoramiento en inversiones. Es decir, bajo qué condiciones los daños eventualmente provocados por el incumplimiento caerían dentro del fin de protección del contrato. Es esta una cuestión ampliamente tratada por la jurisprudencia del BGH (Tribunal Supremo alemán), que suele diferenciar entre si el asesoramiento se orientaba a una cuestión en concreto o si se trataba de un asesoramiento en términos amplios sobre todo riesgo y oportunidad latente. En el primer caso, sólo la cuestión objeto de asesoramiento queda dentro del fin de protección del contrato, sin que de ello dependa si el perjudicado, caso de haber tenido un adecuado conocimiento del completo plan de inversión proyectado, hubiese renunciado a efectuar la inversión o no. Hay que advertir que el defecto de información apropiada sobre un proyecto de inversión no implica *per se* la irrogación de un daño, pues la inversión puede revelarse igualmente provechosa o perjudicial. Por este motivo, no conviene descargar al inversor, a través del Derecho, de riesgos que sólo él tiene que soportar [*Vid.* LANGE, H., y SCHIEMANN, G., *Schadenersatz*, 3 Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2003, pp. 108-109]. (A. I. R. A.)

**5. Régimen de los contratos integrados por condiciones generales de la contratación concertados con quien no ostenta la condición legal de consumidor o usuario.**—El régimen de nulidad de las condiciones generales de la contratación es diferente según si, en el contrato donde se integren, se haya celebrado o no con un consumidor. Cuando el adherente no merece la calificación legal de consumidor (art. 3 TRLGDCU) únicamente resulta de aplicación la regla contenida en el artículo 8.1 LCGC, que se limita a reproducir el régimen de la nulidad contractual por contrariedad a norma imperativa o prohibitiva (art. 1.255 CC); no resulta de aplicación entonces el régimen de nulidad por abusividad previsto para contratos concertados con consumidores (arts. 3.1 Directiva 1993/13/CEE y 82 TRLGDCU). Por consiguiente, las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor, cuando reúnen los requisitos de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC), tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas (SSTS de 10 de marzo, 7 de abril y 28 de mayo de 2014).

**Buena fe y nulidad de condiciones generales de la contratación.**—Con base en el artículo 1.258 CC, que contiene la regla de integración del contrato relativa a la buena fe, no puede pretenderse que se declare la nulidad de determinadas condiciones generales que, en su caso, puedan determinar la nulidad total del contrato.

**Aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a negocios especulativos.**—Ante compras claramente especulativas, a la posibilidad de obtención de una ganancia rápida y sustancial se corresponde lógicamente un riesgo elevado de que se produzca un movimiento inverso en el mercado. En conse-

cuencia, un inversor no puede ampararse en la doctrina *rebus sic stantibus* para quedar inmune a la actualización de semejante riesgo. Si así se permitiese, se estarían trasladando las consecuencias negativas derivadas del acaecimiento de tal riesgo a la otra parte contratante. Con estas consecuencias es el inversor quien tiene que pechar. Un aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus* en otros términos sería contraria a la buena fe, que es uno de los pilares en los que la misma debe apoyarse (art. 1.258 CC; SSTs de 21 de mayo de 2009 y 30 de abril de 2014). (STS de 30 de abril de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Una Promotora suscribe, el 26 de mayo de 2006, un contrato privado de compraventa sobre unos inmuebles con don Cirilio. Con fecha 10 de noviembre de 2009, la Promotora interpone demanda contra don Cirilio en la que solicita que se declare la validez y eficacia del contrato de compraventa suscrito y se condene a don Cirilio a cumplirlo, pagando la parte del precio pendiente de pago, los intereses de demora fijados en el contrato, los gastos e impuestos del inmueble desde que lo puso a disposición del demandado, los gastos derivados del préstamo hipotecario desde la negativa al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, y al otorgamiento de dicha escritura. don Cirilio se opone a la demanda y formula reconvencción en la que solicita que se declare la nulidad de pleno Derecho del contrato por contener cláusulas abusivas y se condene a la Promotora a restituírle las cantidades entregadas a cuenta. Subsidiariamente, don Cirilio interesa la revisión del contrato de compraventa, en atención a la alteración extraordinaria de las circunstancias habidas en el momento de perfeccionarse el contrato.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estima la reconvencción. Entiende el Juez que el contrato concertado era un contrato de adhesión, integrado por condiciones generales de la contratación, en el que no constaba fecha de finalización de la obra y entrega de la vivienda, por lo que el contrato carecía de un elemento esencial y se producía la nulidad por contrariedad a normas imperativas. Además consideró que se había producido alteración sobrevenida de las circunstancias en materia de financiación. La Promotora interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial dicta sentencia estimando dicho recurso. A su entender, don Cirilio no era un consumidor pues desarrollaba actividad comercial inmobiliaria habitualmente ni se había producido un incumplimiento esencial en cuanto a la fecha de entrega. don Cirilio interpone, frente a esa sentencia, recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

NOTA.—En este caso, el empresario contrató en el sector que constituía el giro de su actividad económica (la compra de viviendas sobre plano para revenderlas cuando su precio subiera). Hay que advertir, sin embargo, que algunas sentencias de Audiencias Provinciales han permitido la posibilidad de aplicar el control de contenido a contratos entre empresarios. Así, la SAP Huelva de 21 de marzo de 2014 señala que «si bien es cierto que el profesional o empresario por su propia naturaleza, no se encuentra en una situación de inferioridad negocial en la generalidad de los casos, ya que dispone de

preparación técnica o de recursos para hacer valer sus derechos, no lo es menos que en determinados ámbitos su profesionalidad no es suficiente para garantizar la defensa de sus derechos, tal es el caso del régimen legal de las condiciones generales de la contratación, aplicable siempre que estemos ante cláusulas predispuestas por un profesional, y no solamente cuando la contraparte sea un consumidor en el sentido dispuesto por el TRLGDCU. No cabe otra manera de entender la legislación de protección del consumidor, sin que ello suponga una inferencia no deseada por el legislador en la libertad contractual que constituye el principio básico de la contratación, por ello no nos referimos al derecho de los consumidores como rama autónoma de nuestro ordenamiento, sino como conjunto de normas que actúan donde es necesario proteger a la parte más débil del contrato». Esta sentencia, en contraposición a la sentencia objeto del extracto, cita el preámbulo de la LCGC, según el cual «nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios». Con ello, defiende que el control de las condiciones generales de la contratación encuentra en la buena fe su principal escudo y, con ello, la existencia de abuso de posición dominante del banco para con el empresario.

En similar sentido se pronunció la SAP Cáceres de 3 de junio de 2013 cuando apunta que «la cláusula suelo debe reunir los mismos requisitos de incorporación y transparencia que se exigen para cualquier condición general, aunque se emplee en la negociación entre profesionales (arts. 5 y 7 LCGC)». Tanto frente a la SAP Huelva de 21 de marzo de 2014 como frente a la SAP Cáceres de 3 de junio de 2013 se han interpuesto sendos recursos de casación (núm. 1531/2014 y núm. 1735/2013, respectivamente), que han sido admitidos a trámite y están aún pendiente de resolución. Por otro lado, el artículo 430-3 II Anteproyecto Código Mercantil establece que «carece de eficacia aquella cláusula integrada en condiciones generales cuyo contenido o redacción, material o formal, carezca de razonable previsibilidad para la otra parte del contrato, salvo que ésta la acepte expresamente». Así, si una cláusula fuera sorpresiva, podría ser declarada ilícita.

La consideración a los riesgos asignados al cumplimiento del contrato constituye un criterio que se hace eco de la doctrina normativa del análisis económico del derecho, según la cual, debe estarse a la asignación *ex ante* de los riesgos contractuales realizada por las partes en el momento de la perfección del contrato. Este criterio se aprecia en el art. 6.2.2.d Principios UNIDROIT y es una de las reglas incluidas en el artículo 1.213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil, donde se aprecia, a su vez, la influencia del Código Civil alemán en cuyo parágrafo 313.1 se hace referencia a la «distribución contractual o legal de los riesgos conectada a la eventual desaparición de la base del negocio» (*vid.* SALVADOR CODERCH, P., «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, 4/2009).

Karl Larenz razona en el mismo sentido en que lo hace el Tribunal Supremo respecto al principio de la buena fe cuando subraya lo problemático de interpretar equivocadamente este principio como remisión a una pura jurisprudencia de equidad, y advierte: «Cualquiera que concluye un contrato de tracto sucesivo asume un riesgo seguro. Ya sea a través de una elevación imprevista de los precios o de los salarios, de los fletes o de los impuestos, o mediante una repentina disminución de la demanda o circunstancias análogas puede un contrato, que al principio pareciera ventajoso, volverse altamente perjudicial para una u otra parte contratante. De este, que pudiera denominarse, riesgo normal del contrato no puede liberarse a nadie, sin hacer desaparecer, a la vez, toda seguridad contractual» (LARENZ, K., *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, C. H. Beck, München und Berlin, 1951, p. 111). (A. I. R. A.)

**6. Condiciones generales de contratación. Cláusula suelo en préstamo hipotecario. Configuración legal. La consideración de las cláusulas suelos como condiciones generales de la contratación.**—Los requisitos para que una cláusula sea considerada como condición general de la contratación son: i) Contractualidad, esto es, que haya sido redactada para ser incorporada a un contrato; ii) Predisposición, siendo indiferente que su autor sea el empresario o profesional que lo utiliza en la contratación o un tercero; iii) Imposición, porque la incorporación de la condición general al contrato se haya producido por obra exclusivamente de uno de los contratantes, el empresario o profesional; iv) Generalidad, por estar destinada a una pluralidad de contratos. Es claro que la cláusula suelo está incorporada a un contrato, respecto del segundo requisito, el de la predisposición, no existe realmente objeción sobre su concurrencia. Respecto al tercer requisito, hay «imposición» de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. Así resulta de lo previsto en el artículo 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE. No es necesario que el otro contratante esté obligado a oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente. El cuarto requisito, de la generalidad, resulta notorio que este tipo de cláusulas son utilizadas de modo general por las empresas y profesionales de estos sectores de la contratación. No es necesario que la cláusula sea utilizada en todos los contratos que el profesional o empresario celebra con consumidores. Pueden existir varios modelos de cláusulas que se utilicen en los diversos contratos, por variadas razones.

**La existencia de una regulación sectorial de la contratación bancaria no excluye el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas que integran los contratos bancarios celebrados con consumidores.**—La existencia de esa normativa sectorial solo puede significar la existencia de unos requisitos añadidos a los establecidos con carácter general en la contratación con los consumidores mediante cláusulas no negociadas, cuando tal contratación se realiza en el sector bancario. Pero dicha normativa no exige que en los contratos de préstamo hipotecario se incluyan cláusulas suelo ni que se incluyan con esa concreta redacción; no excluye, que se facilite otra informa-

ción más adecuada al cliente (o que la información facilitada lo sea de una manera más adecuada), ni que su simple observancia pueda excluir la abusividad de la cláusula por falta de transparencia (STS de 9 de mayo de 2013).

**Las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato no pierden por ello su carácter de condiciones generales de la contratación.**—Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la LCGC y el TRLCU.

**El control de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato.**—El hecho de que una condición general defina el objeto principal del contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido por el desequilibrio entre las contraprestaciones, no obsta a que el sistema las someta al doble control de transparencia. Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, 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. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el artículo 5.5 LCGC. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá.

**Los efectos restitutorios de la declaración de nulidad por abusividad de las cláusulas suelen producirse a partir de la fecha de la STS de 9 de mayo de 2013.**—A partir de la fecha de publicación de la STS de 9 de mayo de 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelen insertarse en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información. Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 mayo 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada. (STS de 29 de abril de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

**HECHOS.**—La parte actora ejerció demanda contra una entidad de crédito instando la declaración de nulidad de la cláusula suelo, contenida en un contrato de préstamo a interés variable, por tener carácter de abusiva. Además, solicitaba la devolución de las cantidades percibidas como consecuencia de su aplicación El

Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por considerar que las cláusulas suelos son lícitas y que la demandante la conoció y consintió. La Audiencia Provincial estima el recurso y consideró que la cláusula era nula por falta de equilibrio y proporcionalidad, pues la entidad bancaria sabía, desde que predispuso la cláusula suelo, que la misma entraría en funcionamiento sin duda alguna, y revistió de falso ropaje recíproco dicha cláusula con el establecimiento de un „techo« completamente irreal. El Tribunal Supremo estima el motivo del recurso casación en lo referente a la nulidad de la cláusula suelo por falta de equilibrio y proporcionalidad pero declara su nulidad por falta de transparencia.

NOTA.—La sentencia vuelve a reproducir la argumentación ya utilizada en las SSTs de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo de 2015 para fundamentar la limitación de los efectos retroactivos de la declaración nulidad de la cláusula suelo, de forma que se impide que los consumidores puedan reclamar el dinero abonado con anterioridad a la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013. El carácter irretroactivo de los efectos restitutorios de dicha declaración de nulidad suscita una gran polémica entre la doctrina y la jurisprudencia de las Audiencias. Esta discrepancia jurídica se hace patente en las SSTs de 25 de marzo y 29 de abril de 2015 en las que el Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno formula votos particulares defendiendo la eficacia retroactiva. Sobre dicho particular también se han planteado diversas cuestiones prejudiciales antes el TJUE, por ejemplo el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada interpuso una cuestión prejudicial ante el TJUE (C-154/15) en la que pregunta si el cese en el uso que pudiera decretarse de una determinada cláusula en una acción individual ejercitada por un consumidor cuando se declare su nulidad: ¿Es compatible con una limitación de los efectos de dicha nulidad? ¿Es posible moderar (por los tribunales) la devolución de las cantidades que haya pagado el consumidor —a que esté obligado el profesional en aplicación de la cláusula, posteriormente declarada nula desde el origen, por defecto de información y/o transparencia? A la espera de la resolución de la cuestión prejudicial por el TJUE, el TS ha dictado el Auto de 12 de abril de 2016 por el que se suspende la tramitación de un recurso de casación directamente relacionado con la cuestión prejudicial planteada. (C. O. M.)

**7. Contratos. Relación negocial compleja. Alcance de la prestación de mediación como obligación de resultado.**—El Alto Tribunal considera que la valoración del cumplimiento obligacional debe hacerse en atención a la calificación que se le dé a la prestación de mediación programada, es decir, si es de mera actividad o de resultado. En relación a la perfección del encargo y, en su caso, el éxito de la mediación, debe atenderse principalmente al propósito negocial buscado por las partes como criterio preferente de interpretación, y de forma complementaria a los usos y costumbres que resulten de la aplicación. De acuerdo a la jurisprudencia (STS 8 de marzo de 2013), aunque el contrato de obra —que caracteriza a la obligaciones de resultado— no haya formado parte de la referencia básica que acompañó a la configuración del contrato de mediación, su incidencia resulta clara en aquellos supuestos donde la actividad del mediador debe determinar la existencia de un marco negocial que posibilite la

finalidad adquisitiva querida por el oferente. En el caso concreto, el Tribunal Supremo consideró que el alcance de la gestión encomendada al mediador, como presupuesto de su derecho a recibir la retribución, quedó configurada en orden a la facilitación u obtención de un resultado especialmente resaltado por el comitente, por lo que el alcance de dicha gestión de mediación comprometida debe calificarse de resultado, y no de mera actividad.

**Interpretación sistemática del entramado contractual.**—Respecto al primer párrafo del artículo 1281 CC que establece que «si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas.», el Tribunal Supremo considera que conforme a la interpretación unitaria de dicho precepto y el carácter instrumental (y, por tanto, no excluyente) que debe predicarse del criterio gramatical en el seno del proceso interpretativo (STS 29 de enero de 2015), la interpretación a la hora de calificar el alcance de la mediación negocial, debe atender tanto a la base o propósito del complejo negocial, como a la interpretación sistemática de la respectiva reglamentación contractual que configura el alcance de la prestación de mediación comprometida (STS 26 de marzo de 2013). **(STS de 20 de mayo de 2015; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La empresa F demanda al señor N por incumplimiento contractual, por no haber conseguido los suelos a los que se había comprometido en virtud del Acuerdo de Socios suscrito, ni haber podido sustituirlos. La adquisición del suelo tenía como finalidad la construcción y promoción de 2000 viviendas.

En su sentencia de 30 de septiembre de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid estima la demanda. El Juzgado declaró el incumplimiento contractual por parte del señor N, al no conseguir los suelos a los que se había comprometido en virtud del Acuerdo de Socios suscrito, ni haber podido sustituirlos.

La Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia del 20 de diciembre de 2012, desestima el recurso de apelación interpuesto por el señor N y confirma íntegramente la resolución de la primera instancia. En su sentencia, la Audiencia Provincial dice que se trata de un contrato atípico y complejo, integrado por distintas figuras y que hace recaer sobre el demandado la obligación de gestionar y tramitar la adquisición del suelo. La Audiencia considera que la obligación del señor N no es la propia de un arrendamiento de servicios, sino de un arrendamiento de obra, en cuanto entraña y compromete la consecución de un resultado, consistente en la adquisición de un determinado volumen de edificabilidad y con un límite máximo de precio.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el señor N. Para el Alto Tribunal, de la correlación causal de los acuerdos suscritos, no cabe duda que los objetivos generales y acuerdos de intenciones que informan la relación de mediación quedan configurados en atención a la adquisición del suelo edificable, resultado que no se vio conseguido por la mediación realizada, dado que el mediador no consiguió facilitar al comitente la operación adquisitiva comprometida.

NOTA.—Esta sentencia tiene contenido procesal, que se abordó a través del recurso extraordinario de infracción procesal, también desestimado por el Tribunal Supremo. En dicho recurso se trataron

los siguientes temas: aplicación del Derecho extranjero, valoración de la prueba en recurso extraordinario e incongruencia omisiva (ex. art. 215.2 LEC). (I. V. B.)

**8. Imposibilidad sobrevenida de la prestación por caso fortuito o fuerza mayor. Deuda pecuniaria: su naturaleza de obligación genérica hace imposible que se le pueda aplicar esta causa de extinción de las obligaciones.**—La doctrina otorga a las deudas pecuniarias una fisonomía jurídica especial, en la que destaca la denominada *perpetuatio obligationis* en el sistema de riesgos, consecuencia de lo cual se niega la imposibilidad del cumplimiento. En tal sentido, no se les puede aplicar a las deudas de dinero la imposibilidad sobrevenida de la prestación, por tratarse de una obligación genérica al existir siempre el dinero como tal. Se trata de la obligación genérica por excelencia pues el género nunca perece, y de ahí que la imposibilidad sobrevenida no extinga aquélla. A diferencia de la obligación de dar cosa determinada (art. 1.182 CC), o de hacer algo concreto (art. 1.184 CC), en las que el perecimiento de la cosa o la imposibilidad física o legal de llevar a cabo lo prometido, cuando obedecen a caso fortuito, pueden llevar aparejada la extinción de la obligación, tratándose de deuda pecuniaria el deudor viene obligado a cumplir la prestación principal, sin que sus sobrevenidas adversidades económicas le liberen de ello, pues lo adeudado no es algo individualizado que ha perecido, sino algo genérico como es el dinero.

**Imposibilidad sobrevenida de la obligación y cláusula *rebus sic stantibus*. Diferencias.**—Es necesario diferenciar entre la imposibilidad sobrevenida de cumplir la prestación, que solo afecta a las obligaciones de entregar una cosa determinada o de hacer, pero no a las deudas pecuniarias, de los supuestos en que la prestación resultase exorbitante o excesivamente onerosa, con encaje en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, que opera con independencia de cuál sea el contenido de la prestación pactada. (STS de 19 de mayo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruíz.]

HECHOS.—La promotora L, S. L. demandó a doña J. para que se le condenara al cumplimiento de contrato de compraventa de una vivienda y, por ende, al pago de unos 700.000 € más intereses, en concepto de precio del inmueble. La demandada opuso la imposibilidad sobrevenida de cumplir con lo acordado, debido a una causa de fuerza mayor, imprevisible e inevitable, ya que habiendo suscrito el contrato inicialmente tanto ella como su esposo, éste —que era la única fuente de ingresos de la familia— falleció tiempo después. Esta circunstancia, junto con la necesidad de cuidar de sus tres hijos de corta edad y de atender numerosas deudas de los negocios de su difunto marido, le impedían hacer frente a los pagos exigidos por la vendedora; ofreciendo en contrapartida la resolución del contrato y que la promotora se quedara en su beneficio las cantidades ya entregadas a cuenta de la operación. El Juzgado de Primera Instancia estimó la pretensión y consideró que la alteración de la situación económica de la demandada no era sustancial como para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*. La Audiencia Provincial de La Rioja desestimó el recurso de apelación, pero decidiendo en consideración a la alegada imposibilidad sobrevenida de la prestación, para entender que los acontecimientos aducidos por la demandada no revestían

el carácter de excepcionales e imprevisibles que impidiesen o dificultasen extraordinariamente el cumplimiento del contrato. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—La decisión del Alto Tribunal sigue, en esencia, el criterio que tradicionalmente ha mantenido la doctrina en esta materia, en el sentido de considerar que el deudor de una obligación genérica no se ve liberado, aun cuando el cumplimiento de esa obligación conlleve una gran dificultad; dificultad que tampoco sería óbice para que se le considere constituido en mora, aunque ésta no es una opinión unánime [v. CAFFARENA LAPORTA, J., «*Genus nunquam perit*», ADC n.º 35-2 (1982), pp. 291 y ss]. Pero tratándose de una deuda de dinero, la obligación no puede nunca resultar imposible. En realidad no se trataría de una mecánica aplicación de las reglas de las obligaciones genéricas, sino de la idea central de la intrascendencia o indiferencia de los medios solutorios, siempre que posean el valor fijado (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 6.ª ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2012, p. 336). La respuesta de nuestro Derecho en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación es conforme también con las disposiciones de los más importantes instrumentos de armonización del Derecho civil (art. III-1:110 DCFR, art. 6:111 PECL, art. 6.2.1-6.2.3 UNIDROIT, art. 89 CESL), que no relevan al deudor de su obligación de cumplimiento por el mero cambio de circunstancias que hagan más onerosa su posición, sino que exigen para que la imposibilidad sobrevenida opere con efectos liberatorios la objetiva imprevisibilidad del cambio y sobre todo que razonablemente no pueda esperarse que el deudor haya asumido el riesgo de tales modificaciones de las circunstancias. (I. D.-L.)

**9. Garantía a favor de tercero. Constitución a título oneroso: presunción.**—La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspectiva a la concesión de éste, y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspectivo conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero.

**Concurso de acreedores. Garantía a favor de tercero: presunción de perjuicio para la masa.**—La garantía aunque sea onerosa no excluye la existencia de perjuicio para la masa. Es más, si se trata de uno de los actos onerosos previstos en los supuestos del artículo 71.3.1 LC, el perjuicio patrimonial se presume, si bien cabe prueba en contrario. El perjuicio, como sacrificio patrimonial injustificado ha de examinarse únicamente si ha existido algún tipo de retribución o beneficio en el patrimonio del garante, que justifique razonablemente la prestación de la garantía. No ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto.

**Concurso de acreedores. Relación de sujetos vinculados al deudor por relación especial: *numerus clausus*.**—La Ley Concursal incluye una

relación de sujetos que se encuentran vinculados por una relación especial al deudor, sea éste una persona natural (art. 93.1 LC) o una persona jurídica (art. 93.2 LC). La enumeración, tanto en uno u otro supuesto, es taxativa y cerrada, introduciendo presunciones *iuris et de iure*, de modo que cualquier sujeto incluido en la relación tendrá la consideración de persona especialmente relacionada; pero, del mismo modo, un sujeto no incluido en la relación no tendrá esta condición de persona especialmente relacionada con el deudor, pues la lista está limitada a los sujetos allí relacionados de forma inalterable, como único recurso para alcanzar un alto grado de rigor y de seguridad jurídica, evitando conceptos jurídicos indeterminados y, dado el carácter excepcional del precepto por sus consecuencias jurídicas que entraña la subordinación de los créditos, no caben interpretaciones analógicas. (STS de 3 de junio de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.]

HECHOS.—La administración concursal de don T. y doña C., al amparo del artículo 71 LC ejerció una acción de reintegración solicitando que se declarara la ineficacia de la fianza prestada por los concursados, los cónyuges T. y C., a la mercantil P. P., S. L. respecto del préstamo concedido a dicha sociedad por la entidad financiera S. N. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Palma de Mallorca estimó la demanda y declaró rescindida la fianza prestada por los consortes T. y C., concursados, a P. P., S. L. frente a la entidad financiera S. N. en la póliza de préstamo concedida a la sociedad, entendiendo que la fianza representa un acto perjudicial para los acreedores de los concursados en la medida en que determina una eventual disminución del patrimonio de los deudores, y del supuesto de autos no resulta que la fianza fuera onerosa ni que de ella resultara un beneficio para los concursados. Recurrida en apelación por la representación procesal de la entidad financiera S. N., la Sección Quinta de Audiencia Provincial de Palma de Mallorca revocó la sentencia del Juzgado de lo Mercantil y no dio lugar a la acción rescisoria respecto de la fianza prestada por don T. en relación al préstamo concedido por la entidad financiera S. N., pero dio por rescindida la fianza prestada por doña C. al no haber sido combatida en el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

NOTA.—El apartado 4 del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, *de medidas urgentes en materia concursal* modifica la relación de sujetos prevista en los apartados 1 y 2 del artículo 93 LC para hacer un listado más amplio de personas especialmente vinculadas con el deudor, destacando la consideración de que cuando los socios sean personas naturales se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios. (N. D. L.)

**10. Rescisión de actos perjudiciales para la masa del concurso en atención a su carácter gratuito y oneroso respectivamente.**—Una contragarantía (contra-aval) de un préstamo, prestada por el concursado coetáneamente con el nacimiento del crédito, no constituye un acto realizado a título gratuito, que permita aplicar la presunción *iuris et de iure* del artículo 71.2 LC, toda

vez que el acreedor del préstamo se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal. La constitución de una garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado ha de entenderse correspondiente a la concesión de éste, y por tanto onerosa.

Una contragarantía, como la descrita, no constituye tampoco un acto de disposición rescindible realizado a título oneroso, a favor de una de las personas especialmente relacionadas con el concursado, susceptible de provocar un perjuicio patrimonial (art.71.3.1.º LC), cuando el objeto del préstamo garantizado consiste en dotar de liquidez a una persona jurídica mayoritariamente participada por quien lo garantiza, y relacionada con la actividad profesional del concursado. El préstamo sería entonces un medio de obtener ingresos superiores para el patrimonio del concursado.

**Personas especialmente relacionadas con el concursado.**—Las únicas personas especialmente relacionadas con el concursado, sea éste una persona natural o jurídica, son las mencionadas en el artículo 93 LC. La enumeración contenida en este precepto es taxativa y cerrada, introduciendo presunciones *iuris et de iure*, de modo que cualquier sujeto no incluido en el precepto no tendrá la condición de persona especialmente relacionada con el deudor concursado. La lista consignada en el artículo 93 LC está limitada a los sujetos allí relacionados de forma inalterable, como único recurso para alcanzar un alto grado de rigor y de seguridad jurídica, evitando conceptos jurídicos indeterminados. No caben, en definitiva, interpretaciones analógicas que permitan extender a otros sujetos distintos la condición de persona especialmente relacionado con el concursado. (STS de 2 de junio de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.]

HECHOS.—El litigio se enmarca dentro del contexto del concurso de acreedores de don Amadero, persona física, que a su vez era socio único y administrador de Uco S. L. don Amadeo era médico y el objeto social de Uco S. L. se proyectaba sobre la actividad médica. don Amadeo había prestado un contra-aval en favor de una sociedad de garantía recíproca, que, a su vez, había afianzado un préstamo de 580.000 euros concedido a Uco S. L. por la Caja de Ahorros de Baleares. Declarado el concurso, la Administración Concursal de don Amadeo interpone demanda de incidente concursal en ejercicio de una acción de reintegración de la masa activa (art.71 LC), al entender que el antedicho contra-aval constituía un acto rescindible por tratarse de un acto perjudicial para la masa activa realizado dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. La Administración Concursal, alegaba en su demanda que el contra-aval suponía un acto de disposición a título gratuito y, con carácter subsidiario, que el aval era un acto oneroso realizado a favor de persona especialmente relacionada con el concursado.

A la demanda de incidente concursal se allanan don Amadeo y Uco S. L., mientras que la sociedad de garantía recíproca se opone. Esta sociedad esgrimía que no se puede pretender declarar que el contra-aval es un acto gratuito, pues Uco había requerido la fianza de esta sociedad, a la vez que se prestó el contra-aval por don Amadeo a favor de esta última.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda incidental y declaró la rescisión de la fianza prestada por el concursado, don

Amadeo, frente a la sociedad de garantía recíproca. La Audiencia Provincial, por el contrario, estimó el recurso de apelación interpuesto por esta sociedad. Para la Audiencia, la garantía prestada por don Amadeo a favor de la sociedad de garantía recíproca tenía un evidente interés económico, por haber existido una real reciprocidad de intereses. Frente a esta resolución, la Administración Concursal de don Amadeo interpone sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. (A. I. R. A.)

**11. Ilícitud de los móviles perseguidos por el mandatario y nulidad de la causa.**—Los móviles espurios e incluso delictivos que individualmente pueda tener el mandatario al celebrar contratos en nombre y representación de su mandante no pueden elevarse a la categoría de causa ilícita ni pueden determinar la nulidad de los contratos, en tanto que tales móviles no han sido compartidos o al menos aceptados por las otras partes de los contratos celebrados.

**Abuso del poder de representación y protección de terceros.**—El empleo, por parte del apoderado, de las facultades concedidas por el poderdante para su propio enriquecimiento tiene relevancia en la relación interna subyacente entre mandatario y mandante, a efectos de que el mandante pueda exigir la rendición de cuentas y la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido derivarse de una conducta ilícita del mandatario. Sin embargo, el empleo de las facultades de forma espuria por el mandante no puede perjudicar a terceros que, sin estar confabulados con el mandatario, contrataron con éste como representante de su mandante y sobre la base de la confianza en las facultades que le han sido conferidas.

**Alineación del poderdante en la posición del apoderado y abuso de derecho en el ejercicio de la facultad de autocontratación.**—No existe autocontratación propiamente dicha, cuando apoderado y poderdante se sitúan en una de las posiciones contractuales, dentro de un contrato bilateral, mientras que en la otra posición contractual se sitúa un tercero ajeno a la relación de mandato representativo. Aunque en tales supuestos pueda darse un cierto conflicto de intereses entre representante y representado, porque los representados ignoren, por ejemplo, que el contrato ha sido concertado en su nombre, la existencia de ese conflicto y de ese abuso de derecho por el representante no puede determinar la nulidad del contrato celebrado. En ese caso, la parte situada en la otra posición contractual resulta ajena tanto al conflicto de intereses como a la conducta abusiva del representante, y no puede verse perjudicada por un hecho que únicamente afecta a la relación interna entre poderdante y apoderado.

**Vinculación del poderdante a las obligaciones contraídas por el apoderado en su nombre y representación dentro de los límites del mandato.**—Hay que distinguir el contrato de mandato propiamente dicho, en el que las instrucciones del mandante (art. 1719 CC) son decisivas en las relaciones entre mandante y mandatario a efectos de evaluar un eventual incumplimiento contractual, del poder de representación ante terceros. Frente a los terceros son decisivos los criterios externos, como las facultades otorgadas al apoderado en el documento notarial de apoderamiento. El poderdante que confiere facultades muy amplias al apoderado para contratar en su nombre no puede escudarse después, frente a terceros, en las instrucciones que había concedido al mandatario, a fin de desvincularse de los contratos concertados en su

nombre y representación (art. 1727 CC). (**STS de 10 de junio de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Doña Maribel, don Juan, doña Adelina y doña Pilar otorgaron un poder de representación a Don Pío (hijo de los primeros y hermano de las dos últimas). Don Pío utilizó el poder de representación concedido en términos muy amplios, que incluía la facultad de autocontratación, para celebrar determinados contratos de crédito, préstamo con entidades bancarias, y de compraventa garantizada con hipoteca. Los poderdantes interponen demanda contra su apoderado y familiar, frente a tres particulares con quienes había contratado, y frente a tres entidades bancarias. Con todos ellos, don Pío contrató haciendo uso del poder de representación. En la demanda interesaban que se declarase la nulidad de los negocios jurídicos concertados a través de dicho poder, por ser su causa ilícita, ya que, a su juicio, el apoderado los celebró con la intención de dañar y perjudicar a sus poderdantes, y por autocontratación en la que concurría un conflicto de intereses con manifiesto abuso de derecho. Solicitaban, a su vez, que se reintegrara al patrimonio de los poderdantes el dinero del que don Pío había dispuesto en virtud de tales contratos.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, ante la que apelaron los demandantes, desestimaron íntegramente la demanda. En consecuencia, los poderdantes interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo. (A. I. R. A.)

**12. La interpretación literal de las normas.**—Según el Tribunal Supremo, la interpretación literal de las normas tiene un carácter instrumental. Aunque la interpretación literal suela ser el punto de partida del proceso interpretativo, ello no determina que represente, inexorablemente, el punto final del curso interpretativo, sobre todo en aquellos supuestos donde de la interpretación literal no se infiera un sentido unívoco que dé una respuesta clara y precisa a las cuestiones planteadas. En estos casos, el proceso interpretativo debe seguir su curso hasta llegar a la razón o sentido normativo.

**Interpretación del artículo 10 de la Ley 42/1998, de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.**—El artículo 10 de la Ley 42/1998 contemplaba indistintamente el desistimiento y la resolución sin matizar diferencia alguna respecto de su respectiva incidencia en el plano de la ineficacia del contrato. Ello era debido a un error de la traducción española de la Directiva 1994/47/CE, que erróneamente traducía el término «résiliation», de la versión francesa, como resolución —en la Ley actual (4/2012) sólo se contempla el desistimiento—. En realidad, la redacción anterior sólo contemplaba el supuesto de desistimiento, que no es una figura que corresponda técnicamente al ámbito de la ineficacia contractual. Siguiendo la propia letra de ese precepto, y la ambigüedad señalada, no se puede afirmar que la norma excluyera su aplicación a la acción de nulidad.

Para interpretar correctamente ese artículo 10, es necesario buscar su contexto normativo, lo que está constituido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, sobre defensa de consumidores y usuarios, y la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, dada la condición de consumidores y adherentes de los adquirentes del aprovechamiento por turno de bienes inmue-

bles. Todas estas normas tienen una innegable finalidad tuitiva o protectora de la posición contractual del consumidor adherente de estos productos. Esa finalidad tuitiva se articula en un específico control de eficacia de la reglamentación pre-dispuesta, mediante el control de abusividad, tanto por contenido como por transparencia, y se caracteriza por los especiales deberes de configuración contractual que incumben al predisponente en este particular modo de contratación.

**El criterio de conservación de los actos y negocios y el principio de seguridad jurídica en el proceso interpretativo.**—El primer criterio no resulta de aplicación en dos casos: 1) cuando se produce una infracción de la norma interpretativa que establece los presupuestos de validez y eficacia del acto o negocio jurídico en cuestión; 2) cuando se produce una vulneración de la libre conformación de la voluntad negocial de una de las partes contratantes que determine su nulidad radical. En cuanto al segundo criterio, no queda en entredicho cuando la doctrina jurisprudencial se dirige a dotar de certidumbre y comprensibilidad el contexto normativo objeto de interpretación.

**Interpretación del concepto de «exclusividad» del artículo 15 de la Ley 7/1998, de Crédito al Consumo.**—A la hora de interpretar ese término, hay que poner el centro de atención no tanto en la existencia de un auténtico acuerdo de exclusiva, sino en la inferioridad de la posición contractual que asume el consumidor y que se refleja en su falta de libertad para acudir a una entidad financiera de su elección, pues viene impuesto por el transmitente. En este sentido se expresa la Ley 16/2011, que regula el régimen actual de los contratos de créditos al consumo, en donde, conforme a la Directiva 2008/48/CE, se elimina la exigencia del pacto de exclusividad. (STS de 28 de abril de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

**HECHOS.**—Don C y doña A interponen demanda contra la entidad MMT S.A. y contra el banco BSCH. Solicitan, en lo que aquí interesa: a) la declaración de nulidad del contrato celebrado con MMT S.A., por el que adquirirían el derecho a disfrutar, durante cincuenta años, de tres semanas de alojamiento anuales en establecimientos hoteleros por indeterminación del objeto, por indeterminación del precio, por vicio en el consentimiento y por inobservancia total en la celebración del contrato de la norma imperativa que regula esta materia; b) la declaración de nulidad del contrato de financiación suscrito con BSCH, para el pago de los derechos de adquisición de los servicios turísticos contratados con MMT S.A., y la nulidad por accesorio del contrato de vida suscrito para garantizar los préstamos concedidos. BSCH contesta a la demanda, alegando lo siguiente: 1) el contrato de financiación se formalizó como un contrato independiente, nueve días después, de haberse formalizado el contrato principal; 2) el banco demandado no era la única entidad financiera, puesto que para la concesión de la financiación también intervenían otras entidades bancarias; 3) no hay pacto de exclusividad entre MMT S.A. y BSCH, no hay vinculación ni exclusividad del contrato de financiación respecto del contrato de afiliación; 4) no resulta aplicable la Ley 42/1998, pues su artículo 12 está previsto para los supuestos en que se hayan ejercitado las facultades de desistimiento o resolución del contrato, y no cuando se ejercita una acción de nulidad; 5) han transcurrido los plazos previstos en la Ley 42/1998 para desistir y resolver; 6) no se cumplen los requisitos del artículo 12 de la Ley 42/1998 ni los del artículo 15 de la Ley 7/1995.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda. Considera, en primer lugar, aplicable la Ley 42/1998. En consecuencia, el contrato es nulo porque adolece de una indeterminación en su objeto y en su precio, y contiene información incompleta e inveraz, lo que posibilita la concurrencia de un error en el consentimiento negocial de los actores. Condena a las partes a la restitución de las prestaciones recibidas. Declara también que la nulidad del contrato de afiliación al programa de servicios turísticos alcanza del mismo modo al contrato de préstamo vinculado a dicha operación por los siguientes motivos: a) ha quedado acreditado que el BSCH era cliente de MMT S.A. (el préstamo se concede por el importe exacto del precio del contrato y se entrega directamente a MMT S.A., es decir, que los actores no tienen disponibilidad alguna del capital prestado; además fue MMT S.A. quien los gestionó y lo tramitó); b) la resolución a la que se refiere el artículo 12 Ley 42/1998 incluye todos los supuestos de ineficacia del contrato, pues el espíritu y la finalidad de esta norma es que el adquirente quede indemne a consecuencia de la operación compleja de adquisición mediante financiación ajena que deviene ineficaz por el desistimiento del adquirente o por el ejercicio de la facultad de resolución en cualquiera de los casos del artículo 10 de esa Ley, que incluye también, en el apartado 2.2, la facultad de instar la acción de nulidad conforme a los artículos 1300 ss. CC.

El BSCH interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial lo estima y revoca la sentencia de primera instancia, en cuanto se refiere a la ineficacia del contrato de préstamo, absolviendo al banco de todas las pretensiones. Entiende que el artículo 12 de la Ley 42/1998 sólo comprende los casos de desistimiento y de resolución por las causas del artículo 10.2 Ley 42/1998, quedando fuera el ejercicio de la acción de nulidad. El contrato de financiación, aunque esté relacionado con el contrato principal, no sigue su suerte de manera inexorable, sino que sólo se ve afectado por él en los casos en los que así lo establece la Ley. Sólo así se asegura la seguridad del tráfico jurídico. Por otro lado, la Ley de Crédito al Consumo deviene inaplicable, pues falta uno de los requisitos: el pacto de exclusividad entre la vendedora y la entidad financiera. Siendo así, no cabe declarar la ineficacia del contrato de préstamo.

Los demandantes interponen recurso de casación. Los recurrentes alegan: 1) la extensión de la nulidad del préstamo realizado a los supuestos de ineficacia del artículo 10.2, en relación con el artículo 12, ambos de la Ley 42/1998; 2) que la sentencia recurrida ha interpretado el concepto de exclusividad del artículo 15 Ley 7/1995 como monopolio, esto es, que MMT S.A. trabaje con una sola entidad financiera, interpretación que vulnera la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias. El Alto Tribunal estima el recurso. Tras realizar una interpretación teleológica y contextual de la Ley 42/1998, concluye que su artículo 10 es aplicable también a los supuestos de nulidad contractual, pues sólo de esta manera se podrá conseguir la finalidad tuitiva que tiene la legislación sobre consumidores. En cuanto al concepto de «exclusividad» del artículo 15 de la Ley 7/1995, destaca la doctrina explicada más arriba.

NOTA.—Sobre el carácter instrumental de la interpretación literal de las normas jurídicas, *vid.* la STS de 18 de junio de 2012. En cuanto al criterio de la conservación de los actos y negocios como principio general del Derecho, *vid.* la STS de 15 de enero de 2013. Sobre el concepto de exclusividad del artículo 15 de la Ley 7/1995, *vid.* SSTS de 25 de noviembre de 2009 y de 4 de marzo de 2011. Y en cuanto a la eliminación, por la regulación vigente, del pacto de exclusividad como requisito para aplicar la Ley de Crédito al Consumo, *vid.* SSTS de 4 de febrero de 2013 y de 6 de mayo de 2013. (S. L. M.)

**13. Concepto de «promotor».**—El artículo 9 LOE contiene el concepto de «promotor». El promotor de comunidades es aquella persona física o jurídica pública o privada, que facilita a sus asociados la edificación de todo tipo de viviendas. Es un profesional de la gestión inmobiliaria, que ostenta el dominio y una opción de compra sobre un determinado terreno, y ofrece y gestiona la construcción en comunidad de todo o parte del suelo edificable, esperando encontrar asociados o comuneros que cooperen. No cabe aplicar dicha figura: a) a la entidad que no sea la titular del pleno dominio de las fincas sobre las que se va a llevar a cabo la edificación; b) a aquella que se limite a prestar servicios de asistencia técnica, económica, jurídica y administrativa necesaria para llevar a cabo la promoción de las viviendas, plazas de garaje, trasteros y locales comerciales; c) a la entidad que se encargue de la redacción del contrato de ejecución de obras, así como de las incidencias y seguimiento del contrato, modificaciones y contenciosos. (**STS de 5 de mayo de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios y varios de sus propietarios interponen demanda contra SSA, solicitando que se condene a ésta, en su condición de promotora de la obra, al pago de ciertas cantidades por defectos constructivos, sobreprecio satisfecho indebidamente, indemnización por retraso en la entrega de viviendas y daños morales. La demandada niega tener la condición de promotora, señalando que la comunidad está integrada por los socios de la cooperativa RVSC, y que se limitó a cumplir el contrato de gestión suscrito con dicha cooperativa. Se produce la intervención en el proceso de la constructora PUOC y de los técnicos partícipes en la construcción, que negaron su responsabilidad.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a PUOC a satisfacer a las demandantes una cantidad de dinero, desestimando el resto de pretensiones. Dicha sentencia fue recurrida en apelación, donde la Audiencia Provincial condenó solidariamente a PUOC y SSA a pagar a los demandantes una cantidad de dinero. En cuanto a la responsabilidad de SSA, apunta la Audiencia que se trata de una promotora encubierta. Según la Audiencia, sin perjuicio de la acción que corresponda a los demandantes frente a los profesionales que proyectaron y dirigieron la obra, la gestora responde frente a sus clientes como promotor encubierto por culpa contractual por la mala gestión financiera, defectuosa elección de terreno, de proyecto o de dirección facultativa, entre otras.

SSA interpone recurso de casación contra dicha sentencia, negando, básicamente, tener la condición de promotor, por lo que no se le puede exigir responsabilidad. Denuncia la infracción del artículo 17 LOE. El Tribunal Supremo entiende que SSA no es promotora en el sentido de la LOE, pues no tiene el pleno dominio de las fincas sobre las que se va a realizar la edificación. Además, en el contrato entre la cooperativa y SSA se especifica que la función de esta última es únicamente de asistencia y asesoramiento.

NOTA.—Sobre la figura del «promotor» y las condiciones para tener dicha cualidad, *vid.* también la STS de 27 de abril de 2009. (S. L. M.)

**14. Ley de Ordenación de la Edificación. Responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación. Prescripción de las acciones dimanantes del contrato de obra. La interrupción del plazo de prescripción de la acción contractual frente al promotor no interrumpe la prescripción respecto de los otros agentes con los que el dueño de la obra no tenía relación contractual, aun cuando exista responsabilidad solidaria de aquéllos.**—En los casos señalados en el artículo 17 LOE ya no puede calificarse la solidaridad de impropia puesto que, a diferencia de lo que acontecía en el antiguo régimen del artículo 1591 CC, esta solidaridad ya no tiene su origen en la sentencia que la establece, sino en la propia Ley. Si bien, se trata de una «responsabilidad solidaria» y no de una «obligación solidaria» en los términos del artículo 1137 CC, puesto que los agentes que intervienen en el proceso constructivo tienen funciones distintas y actúan con diferentes títulos. Esto, por consiguiente, repercute en orden a la interrupción de la prescripción, que se mantiene en la forma que ya venía establecida por la STS de 14 de marzo de 2003; de forma que, dirigida la acción contra cualquiera de los agentes de la edificación, se interrumpe el plazo de prescripción respecto del mismo, pero no a la inversa. En consecuencia, la interrupción de la prescripción de quince años frente a la promotora, en el ejercicio de la acción derivada del contrato de compraventa, no alcanza a los otros agentes (arquitecto-director y arquitecto técnico), cuya responsabilidad no deriva de dicho contrato, y está sometida al más perentorio de un año propio de las acciones del artículo 1902 CC. (STS de 20 de mayo de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios del edificio E. demandó a la promotora-constructora CAG, S. L., a don M. (arquitecto-director de la obra) y a don C. (arquitecto técnico), como responsables solidarios de los defectos que presentaba dicha construcción, mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual prevista tanto en el Código Civil como en la Ley de Ordenación de la Edificación. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial de Granada estimó el recurso de apelación de la actora y condenó a los demandados solidariamente a llevar a cabo determinadas correcciones y acabados de la obra en cuestión. Don C. interpuso recurso de casación por estimar que, pese a la solidaridad, la interrupción del plazo de prescripción de quince años de la acción de responsabilidad contractual que el propietario de la obra tenía frente a la promotora no se extendía a los otros demandados con los que el dueño de la obra no estaba vinculado contractualmente. El

Tribunal Supremo, en sentencia dictada por el Pleno, dio lugar al recurso de casación y sentó doctrina jurisprudencial en tal sentido.

NOTA.—Esta Sentencia, junto con la STS de 16 de enero de 2015, consolida la doctrina jurisprudencial iniciada con las SSTs de 17 de junio y 21 de octubre de 2002, y corroborada por la STS del Pleno de 14 de marzo de 2003, mediante la cual se da un giro a la postura del Alto Tribunal sobre la aplicación del artículo 1974.1 CC a la denominada «solidaridad impropia» [v. SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. *La interrupción de la prescripción en los supuestos de solidaridad impropia. (Su incidencia en la solidaridad de los intervinientes en el proceso de edificación)*, RCDI n.º 685 (2014), pp. 2449-2466]. Con este cambio de criterio se entiende que esta solidaridad surge a partir de la sentencia, de suerte que no puede existir relación de solidaridad entre los autores del daño antes de la resolución judicial que la establece. La particularidad de estas nuevas decisiones de enero y mayo de 2015, estriba en que no podrá ya calificarse la solidaridad de estos agentes como impropia, al venir sancionada legalmente en el artículo 17 LOE. Por lo que el Tribunal Supremo se ha visto en la necesidad de puntualizar que, fuera de los casos en los que existe una verdadera obligación solidaria, en el supuesto del artículo 17.3.1 LOE (cuando no pueda individualizarse la causa de los daños), nos encontramos ante una «responsabilidad solidaria» y no ante una obligación de tal naturaleza. Por lo que no es aplicable automáticamente el régimen previsto para esta clase de obligaciones y, en particular, los efectos interruptivos de la prescripción frente a todos los obligados solidariamente. Decisión que no ha estado exenta de crítica por la deficiente técnica con la que se pretende llevar a cabo esa distinción entre responsabilidad y obligación solidarias [v. ÁLVAREZ OLALLA, M. P., *El Tribunal Supremo aclara su doctrina relativa a la inaplicación del artículo 1974 CC en el caso de la responsabilidad solidaria de los agentes de la edificación*, ACM núm. 11 (2015), pp. 145-152; PEÑA LÓPEZ, F., *Comentario a la Sentencia de 17 de septiembre de 2015, CCJC núm. 100 (2016), pp. 633-642*. (L. A. G. D.)

**15. Responsabilidad civil del abogado. Deber profesional de información adecuada en cada momento del devenir procesal del asunto. Disminución de las posibilidades de defensa: no existe cuando la probabilidad del resultado no goza de una razonable certidumbre.**—El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). Debe apreciarse una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficiente para ser configurada como un daño que deba ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC (SSTs de 14 de octubre de 2010 y de 14 de octubre de 2013). No puede reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportuni-

des de éxito de la acción. (STS de 24 de abril de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La mercantil CE, S. L. contrató los servicios jurídicos del despacho de abogados GGA, S. L. para que le asesorara y gestionara su intervención en un expediente sancionador en materia fiscal, así como para las posteriores actuaciones judiciales derivadas de aquél. Al término de la relación CE, S. L. interpuso demanda contra GGA, S. L. en reclamación de la indemnización de los daños morales, o subsidiariamente patrimoniales, que entendía había sufrido a consecuencia de la negligente actuación profesional del despacho, al no habersele asesorado convenientemente ni informado tampoco de todas las posibilidades de impugnación y defensa de las resoluciones administrativas y judiciales. Reclamaba en tal concepto el mismo importe que había tenido que abonar finalmente a la Hacienda pública. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial de Logroño desestimaron la acción planteada al entender que no hubo negligencia imputable a la demandada ni aparecer acreditado que la actora sufriese una verdadera pérdida de oportunidades de defensa. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (I. D.-L.)

**16. Indemnización por gran invalidez: aplicación del baremo de tráfico: fijación de renta vitalicia y de otra indemnización a tanto alzado.**—Se plantea en ambos recursos una misma controversia jurídica consistente en determinar si con arreglo al baremo de tráfico, aplicado con carácter orientador, es posible conceder una pensión vitalicia —en este caso, por gran invalidez— como concepto autónomo, y por tanto que exceda los límites cuantitativos que resultan del sistema legal de valoración, formulados por Clínica Parque San Antonio S.A. y Segur Caixa Adeslas S.A., ambas condenadas a pagar solidariamente a la perjudicada la suma de 455.398 euros y una pensión vitalicia y de periodicidad mensual de cinco mil euros, que se revisará anualmente a fecha 1 de enero conforme al IPC.

En cuanto a la procedencia de resarcir parte del daño mediante renta vitalicia, la sentencia resulta conforme con los criterios legales y jurisprudenciales dado que garantiza en mejor medida que la víctima tenga a su disposición mensualmente una cantidad para atender sus especiales necesidades evitando además el enriquecimiento por exceso indemnizatorio en caso de pronto fallecimiento.

Para responder a la cuestión controvertida de si la renta sustitutiva concedida resulta o no superior a los límites del baremo no debe existir discusión acerca de qué concepto o conceptos indemnizatorios comprende. En este sentido se observa una clara discrepancia entre lo que dice la sentencia recurrida y lo que se defiende por ambos recurrentes. Estos parten de la base de que la renta vitalicia se fijó únicamente en sustitución de la indemnización por gran invalidez, y que para su cuantificación el tribunal sentenciador se excedió en los límites del sistema al concederla por una cuantía mensual que supera la indemnización máxima a tanto alzado. Sin embargo de la fundamentación de la sentencia se llega a la conclusión de que la suma de 5000 euros mensuales comprende otros conceptos como el derecho a incrementarla por secuelas hasta el 10% por perjuicios económicos, por encontrarse en edad laboral y aun

cuando no justifique ingresos siguiendo la doctrina de esta Sala (SSTS de 18 de junio de 2009, 20 de julio de 2011 y 30 de abril de 2012), y que también la víctima tiene derecho a incrementar la indemnización básica mediante el factor corrector de perjuicios morales a familiares de grandes inválidos.

Aunque esta Sala no comparte que la renta vitalicia tenga carácter autónomo sino sustitutorio, con la consecuencia de que nunca puede superar la suma que correspondería a tanto alzado con arreglo a baremo, no existen en este caso razones para apreciar las infracciones que se denuncian pues el límite cuantitativo no viene representado, como se pretende, por la suma máxima que correspondiera a la víctima por el concepto de invalidez permanente (330.742,34 euros) sino que ha de tomarse en cuenta el límite establecido en el baremo para los demás conceptos que la sentencia acuerda (perjuicios económicos por pérdida de ingresos, los perjuicios morales a familiares y los gastos médicos y de asistencia futuros, estos últimos sin sujeción a límites). Todo lo cual impide a esta Sala revisar las indemnizaciones concedidas por la Audiencia Provincial pues los argumentos de los recurrentes discurren al margen de las verdaderas bases en que aquella se asienta y se apartan de los concretos perjuicios que se consideraron acreditados, lo que impide apreciar arbitrariedad o irrazonable desproporción en su concesión en forma de pensión mensual vitalicia. (STS de 27 de mayo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**17. Prescripción adquisitiva (usucapión). Abandono del dominio (derelicción) y renuncia abdicativa: presupuestos objetivos.**—Los presupuestos básicos para la renuncia del dominio o abandono de la cosa (derelicción) son: la intención (*animus*) de abandonar la posesión en concepto de dueño, ya de forma declarada o presunta, y la conducta concluyente que exterioriza el abandono del dominio (*corpus*). De acuerdo a lo anterior, el Alto Tribunal considera que la renuncia abdicativa, fuera de su declaración, requiere un hecho concluyente al respecto o conducta de desposesión. En el caso concreto, no se trató de una desposesión por abdicación, sino de la preferencia del uso en favor de la esposa e hija tras la separación matrimonial y al amparo de una decisión judicial. Por tanto, el Tribunal Supremo considera que no puede estimarse la prescripción o usucapión extraordinaria, al no concurrir los presupuestos generales para su aplicación en relación a una posesión en concepto de dueño, publica, pacífica e ininterrumpida (de acuerdo a la interpretación sistemática de los arts. 446 y 447 CC); [STS 28 de septiembre de 2012].

En relación a los gastos de mantenimiento de la vivienda, de consumo e impuestos ejercidos por el poseedor, se deben ejercer en concepto de dueño o titular exclusivo de la misma. Por el contrario, si se prueba que hay reconocimiento de otro titular, se contradice abiertamente el carácter de posesión en concepto de dueño exclusivo y el carácter pacífico de la misma. (STS de 11 de junio de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—El señor E demanda a la señora T pidiendo que se declare la disolución del condominio constituido sobre una finca urbana, para su posterior venta en subasta pública y reparto del

precio entre sus copropietarios. La señora T formula reconvencción, pidiendo que se declare la adquisición por usucapión o prescripción adquisitiva de la parte indivisa de la finca urbana de propiedad del señor E.

En su sentencia del 17 de febrero de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Madrid desestimó la demanda y estimó la reconvencción, declarando que la señora T ha adquirido por usucapión a su favor la parte indivisa del señor E. El juzgado consideró que, de acuerdo a la redacción dada al artículo 67 CC por la ley de 24 de abril de 1958, no se concedió un derecho de uso a los hijos y al cónyuge de la finca urbana, por lo que no se puede entender que la demandada haya ocupado la vivienda bajo el uso atribuido por la resolución judicial. Por tanto, el Juzgado consideró que la señora T ocupó la vivienda como propietaria exclusiva desde que el marido se marchó.

En su sentencia de 8 de marzo de 2013, la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación interpuesto por el señor E. La Audiencia declaró la disolución de la comunidad de bienes sobre la finca litigiosa, entendiendo que no se puede considerar que la posesión efectuada por la demandada sea a título de señor y dueño, sino que fue derivada de una resolución judicial y legal, ya que el demandante reconoció dicha posesión y atribución a la esposa e hijas del uso de la vivienda, pero no la propiedad.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la demandada. El Alto Tribunal consideró que no había ocurrido un hecho concluyente de desposesión, pues ésta no había sido fruto de su abdicación. Por otro lado, el Tribunal consideró que más bien la demandada dio muestras evidentes de no considerarse ella misma dueña única y exclusiva de la vivienda a mantener, pues del examen de los recibos aportados a la demanda, se evidencia que la señora T reconoció a su ex marido como cotitular de la vivienda de cara al impuesto sobre los bienes inmuebles. (*I. V. B.*)

**18. Responsabilidad de los bienes gananciales.**—Conforme al artículo 1365.2.º CC, los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes. Además, el Tribunal Supremo señala que la responsabilidad de los bienes gananciales subsistirá incluso después de haber sido adjudicados al cónyuge no deudor. Por tanto, tras la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes gananciales. Si el cónyuge deudor ejerce el comercio, los bienes gananciales responderán de esas deudas (art. 6 CCO). Pero para afectar a los bienes gananciales distintos a los obtenidos por el ejercicio de dicha actividad, es necesario el consentimiento del cónyuge no deudor. Puede ser un consentimiento tácito, lo que ocurrirá cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge no comerciante o cuando, al contraer matrimonio, se hallase uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro (arts. 7 y 8 CCO). Resulta irrelevante, a estos efectos, la falta de conocimiento de la marcha del negocio.

Por otro lado, el artículo 1317 CC establece que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no puede per-

judicar en ningún caso los derechos subsistentes que los terceros hubieran adquirido. Se trata con ello de evitar situaciones de fraude, sin que sea necesario acudir a la nulidad o rescisión de las capitulaciones en las que se instrumenta dicha modificación para hacer efectiva esta garantía.

**Ejercicio de la tercería de dominio.**—El momento a partir del cual es posible ejercitar la tercería de dominio ha sido objeto de gran debate jurisprudencial y doctrinal. La doctrina ha entendido que, en el supuesto de subasta de bienes inmuebles, la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación y la escritura, que confiere la posesión civilísima, sería la operación de consumación del acto procesal enajenatorio. El artículo 1533 LEC establece que la tercería de dominio no es admisible después de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes a que se refiere o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante. De manera que antes de la entrega de la cosa al comprador o al ejecutante, o antes del otorgamiento de la escritura debe tramitarse la demanda de tercería de dominio, aunque se hubiese aprobado el remate.

Tradicionalmente el Alto Tribunal ha mantenido la necesidad de que la transmisión de la cosa embargada se haya consumado en favor del ejecutante, estando sujeta dicha consumación a lo dispuesto en el artículo 609 CC. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente ha señalado que con la aprobación judicial del remate y la subsiguiente adjudicación al rematante de la finca subastada, se opera la consumación del contrato, pues a la adjudicación se le puede atribuir el carácter de tradición simbólica. Por tanto, el posterior otorgamiento de la escritura pública no será necesario para que concurra el requisito de la tradición instrumental del artículo 1462.2 CC, a los efectos de la protección del tercerista dentro del proceso de ejecución.

Tras la aprobación de la Ley 10/1992, la consumación de la enajenación se produce, conforme al artículo 1514 LEC, con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos. La expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica. La venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el secretario.

**Transmisión de la propiedad.**—El Código Civil español, inspirado en el sistema romano, establece que la propiedad no se transmite por la mera perfección del contrato, sino que debe producirse la conjunción de dos elementos: el título y el modo. Si bien es cierto que cabe la tradición instrumental, no se puede pretender la prevalencia de la ficción o tradición instrumental sobre la propia realidad. De ahí que no quepa la prescripción adquisitiva cuando falta la posesión del bien. **(STS de 6 de mayo de 2015; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—El *iter* registral de la finca litigiosa fue el siguiente. Inscripción 1.<sup>a</sup> (10 de marzo de 1962): inmatriculación de la finca a favor de doña L por título público de adquisición, conforme al que fue adquirida por herencia de don N. Inscripción 2.<sup>a</sup> (5 de marzo de 1964): compraventa a favor del matrimonio formado por don N y doña T por escritura otorgada el 6 de diciembre de 1963. Se produce una anotación de 29 de mayo de 1969, de suspensión de pagos acordada por providencia de 18 de abril de 1969, sobre dicha finca y otras fincas pertenecientes al suspenso. Contra el padre del actor se sigue un procedimiento de quiebra necesaria, donde se dictó

Auto por el que se aprobó el remate de la finca registral número 0. Dicha finca fue rematada a favor de don E por una cantidad de dinero que fue debidamente consignada por el rematante. El Auto fue notificado al padre del actor al día siguiente, sin que se expresase desacuerdo con la adjudicación o con cualquier otra actuación habida en el procedimiento de quiebra. Inscripción 3.<sup>a</sup> (27 de abril de 2004): inscripción con pleno dominio con carácter privativo a favor de don D en virtud de Auto de aprobación de expediente de dominio para reanudación del tracto sucesivo con fecha 1 de marzo de 2004. Inscripción 4.<sup>a</sup> (3 de junio de 2004): aportación por don D del 50% del dominio de la finca a la sociedad G S.L., en pago de participaciones sociales, por escritura de 19 de mayo de 2004. Inscripción 5.<sup>a</sup> (7 de junio de 2004): G S.L. vende su mitad indivisa en la finca y en otra finca a don G por escritura de 17 de diciembre de 2003. Inscripción 6.<sup>a</sup> (7 de junio de 2004): aportación por don G de su participación del 50% del dominio a la sociedad R S.L., en pago de participaciones sociales por escritura de 21 de enero de 2004. Inscripción 7.<sup>a</sup> (16 de marzo de 2005): G S.L., dueña de la mitad indivisa según inscripción 4.<sup>a</sup>, vende su mitad indivisa sobre la finca a E S.L., conforme a escritura de 28 de diciembre de 2004. Inscripción 8.<sup>a</sup> (16 de marzo de 2005): R S.L., propietaria de la mitad indivisa según inscripción 6.<sup>a</sup>, vende dicha participación a E S.L., según escritura de 31 de enero de 2005. Inscripción 9.<sup>a</sup> (no consta fecha): E S.L. transmite a B S.A., por escritura de 3 de diciembre de 2007, el 38.23% de la finca, equivalente a toda la edificabilidad neta de uso terciario de oficinas. Inscripción de hipoteca (no consta fecha): constitución de hipoteca sindicada a 12 años, desde la primera disposición del crédito sobre el 38,23% de la finca propiedad de B SA a favor de las entidades E AG, BP S.A. y N S.A. Además, la finca está incluida en el Proyecto de Reparcelación «Ciudad Aeroportuaria – Parque de Valdebebas».

Don A interpone demanda contra don G S.L., R S.L., E S.L. y don G. Solicita que: 1) se declare su dominio respecto de la finca registral número 0, por título de herencia de sus padres; 2) se declare la nulidad del título de propiedad invocado por don D, contrato privado de compraventa suscrito por don S y doña A como vendedores; 3) se declare la nulidad de todas las transmisiones posteriores practicadas a su amparo, con cancelación de las inscripciones correspondientes; 4) acuerde librar mandamiento al Registro de la Propiedad para la cancelación de las referidas inscripciones, ordenando la inscripción de la finca a favor de don A, como legítimo propietario de la misma; 5) se condene a E S.L. a abonarle un importe del precio que haya recibido de M SA por la compra de la participación indivisa de la finca; 6) subsidiariamente, si se mantuviera la vigencia de los asientos registrales a favor de E S.L., se declare que tiene derecho a percibir de ésta, en sustitución de las demandadas G S.L. y R S.L., el mayor precio que pudiera resultar de la aplicación de los pactos contenidos en las escrituras de compraventa que han causado dichos asientos de la finca número 0, para evitar que se produjera un enriquecimiento injusto a favor de dichas demandadas.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, si bien mantiene las inscripciones a favor de E S.L., A, don D, G S.L., R S.L. y E

S.L. interpusieron recursos de apelación ante la Audiencia Provincial, que estimó los de los demandados y revocó la sentencia de primera instancia en lo que tenía que ver con ellos.

La Audiencia se plantea si está justificado el dominio de don A sobre la finca registral. Una vez rematada la finca litigiosa, los padres del actor dejaron de ser propietarios y, por ende, éste no pudo adquirir el dominio de la finca al no estar comprendida en el haber hereditario de aquéllos. Por tanto, don E adquirió válidamente el dominio de la finca de quien estaba facultado para transmitirlo. No es obstáculo para ello: a) que el bien fuera ganancial, pues la legislación vigente en ese momento concedía al marido el dominio *in actu* de los bienes gananciales y la facultad de gravarlos como gestor de la economía familiar, de modo que la esposa sólo adquiriría su participación extinguida la sociedad; b) la falta de inscripción de la adquisición en el Registro, pues era voluntaria en aquella época. Por otro lado, no cabe que don A haya adquirido la finca por prescripción, al no poder alegar ignorancia del procedimiento de quiebra y de sus consecuencias cuando incluso desde el año 1969 consta en el Registro una anotación de suspensión de pagos, y por no cumplirse los requisitos ni de la ordinaria ni de la extraordinaria.

Contra la sentencia de la Audiencia interpuso don A recurso de casación, basándose en los siguientes motivos: a) la infracción de los artículos 1417 y 52 CC vigente en 1975 (actuales 1392.1.º y 85 CC), puesto que se produjo la disolución de la sociedad de gananciales y el inicio de la fase de liquidación, por fallecimiento de doña T, madre del recurrente, en fecha 4 de julio de 1975; b) la disolución del matrimonio por fallecimiento de la esposa y la consiguiente disolución de la sociedad de gananciales, convierte en nulo de pleno derecho cualquier acto de disposición sobre los bienes gananciales que se lleve a cabo sin la previa liquidación de dicha sociedad de gananciales, refiriéndose en concreto a la subasta celebrada; c) la disolución de la sociedad de gananciales por fallecimiento de la esposa debió producir, respecto de la quiebra, el efecto de que cesaba la posibilidad del marido de vincular bienes de la sociedad de gananciales y de representar a su esposa y, por extensión, que cesaba la posibilidad de ejecutar bienes propiedad de la esposa, siendo preciso traer al proceso a los legítimos herederos de la fallecida; d) el recurrente, como único hijo del matrimonio, heredó todos los bienes de su madre doña T en la fecha de su fallecimiento, al extinguirse la sociedad de gananciales por fallecimiento de ésta y de su padre, el 19 de febrero de 2001, entre cuyos bienes se encontraba la finca litigiosa, la cual ha permanecido inscrita en el Registro a nombre de sus padres sin limitación alguna y libre de cargas; e) se ha producido la prescripción adquisitiva a favor de don A, pese a que la finca registral permaneció inscrita a nombre de los padres del demandante en virtud de la inscripción registral 2.ª de 5 de marzo de 1964, hasta el 27 de abril de 2004, en que se inscribe el expediente de dominio cuya anulación es objeto del presente procedimiento, sin que existiera anotación marginal alguna del procedimiento de quiebra, figurando tan solo anotada la solicitud de suspensión de pagos en el año 1969, que fue cancelada por caducidad en 1985 –precisa que la falta de anotación de la

existencia de quiebra, por aplicación del principio de fe pública registral, habilita al recurrente como legítimo heredero y propietario—; f) no operó la transmisión de la propiedad de la finca, puesto que tras dictarse el Auto que aprobaba el remate, no se expidió el testimonio a favor de don E, no se liquidó en Hacienda y no se otorgó por la sindicatura de la quiebra la correspondiente y preceptiva escritura pública de compraventa.

El Alto Tribunal entiende aplicable, en primer lugar, la doctrina mencionada sobre la responsabilidad de los bienes gananciales del cónyuge no comerciante. Considera que el bien fue correctamente subastado a instancia del síndico de la quiebra, aunque la esposa del quebrado, madre del actor, hubiese fallecido ya a la fecha de celebración de la subasta, pues disuelta la sociedad de gananciales, el bien en cuestión seguía afecto a las deudas del marido. En otro orden de cosas, el Tribunal Supremo considera que el problema de este litigio no se ha de centrar en la *traditio* instrumental, ya que consta que la escritura pública no llegó a otorgarse, sino que hay que determinar si existió tradición real, consumándose con ella la cuenta y traslación del dominio. Según el Alto Tribunal, esa entrega real se ha producido, dando lugar a la consumación de la enajenación forzosa y, por tanto, a la traslación del dominio. La entrega se colige de: 1) la cantidad consignada por el rematante no fue reclamada por éste en el procedimiento de quiebra ni consta en él su devolución; 2) la sentencia recurrida afirma que no ha acreditado el actor, siendo su carga, la posesión de la finca; 3) ésta no aparece registrada catastralmente a su nombre. Al faltar la posesión del bien, no podría producirse la prescripción adquisitiva. Añade que la publicidad registral se encuentra destinada a los terceros, pero no a quien forma parte del núcleo familiar, en íntima relación con el quebrado. En base a todo esto, el Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso.

NOTA.—Sobre la responsabilidad de los bienes gananciales del cónyuge no comerciante, *vid.* también las SSTs de 30 de enero de 1986, 13 de junio de 1986, 19 de septiembre de 1987, 29 de diciembre de 1987, 20 de marzo de 1988, 15 de marzo de 1991, 18 de julio de 1991, 10 de junio de 1993, 13 de octubre de 1994, 10 de noviembre de 1995, 27 de marzo de 1999, 25 de septiembre de 1999, 30 de diciembre de 1999, 7 de marzo de 2001, 21 de julio de 2003, 16 de febrero de 2006, 5 de octubre de 2007 y 6 de junio de 2008. En relación a la falta de necesidad de otorgamiento de la escritura pública para que concurra el requisito de la tradición instrumental, a los efectos de proteger al tercerista dentro del proceso de ejecución *vid.* las SSTs de 1 de julio de 1991 y 11 de julio de 1992. Sobre la aprobación del remate en la subasta de bienes inmuebles como equivalente al perfeccionamiento de la operación, *vid.* las SSTs de 1 de diciembre de 1986 y 1 de septiembre de 1997. En relación a la necesidad de que la demanda de tercería de dominio se interponga antes de la entrega de la cosa al comprador o al ejecutante, o antes del otorgamiento de la escritura, *vid.* las SSTs de 16 de julio de 1982 y 10 de diciembre de 1991. Sobre el sistema español de transmisión de la propiedad, *vid.* la STS de 20 de octubre de 1990. (S. L. M.)

**19. Propiedad horizontal. Obras ilegales. Autorización en estatutos y autonomía de la voluntad.**—La propiedad horizontal se caracteriza por tener normas de Derecho necesario, que pueden ser modificables bajo el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) (SSTS 15 de octubre de 2009, 4 y 7 de marzo de 2013). En el ámbito de la Propiedad horizontal resulta posible el establecimiento de limitaciones o prohibiciones que, en general, atienden al interés general de la comunidad. Las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble deben constar de manera expresa y, a fin de tener eficacia frente a terceros, deben aparecer inscritas en el Registro de la Propiedad (SSTS 20 octubre de 2008, 24 de octubre de 2011 y 30 de diciembre de 2010). Por tanto, los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad del inmueble (art. 33 CE), excepto que este uso no esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de la Propiedad horizontal, su título constitutivo o regulación estatutaria (entre otras, SSTS 23 de febrero de 2006 y 20 de octubre de 2008). Si los estatutos admiten realizar operaciones de división, sin necesidad del consentimiento de la comunidad, la junta de propietarios solo podrá controlar que las obras no perjudiquen elementos comunes ni a otros propietarios, y que no afecten la estructura, la seguridad, estado exterior del edificio, pues si respetan dichas limitaciones, la junta lo único que tiene reservado es la atribución de nuevas cuotas de los espacios afectados por la reforma (STS 30 de septiembre de 2010).

**Obras en locales comerciales situados en propiedad horizontal.**—De acuerdo al Tribunal Supremo, la posibilidad de realización de obras en locales comerciales situados en edificios de propiedad horizontal debe ser más amplia. Lo anterior, porque la finalidad comercial de los locales puede comportar la necesidad de presentar una configuración exterior adecuada y la necesidad de facilitar el conocimiento de su existencia y publicidad de su actividad para los clientes, por tanto, tales modificaciones deben considerarse implícitas en la finalidad comercial de los locales. Con ello, la jurisprudencia pretende evitar que la aplicación rigurosa de la Ley de Propiedad Horizontal impida a los titulares y arrendatarios de locales comerciales explotar su empresa. La jurisprudencia ha establecido como únicos límites a la obras en locales comerciales situados en edificios de propiedad horizontal la autonomía de la voluntad y los recogidos en el artículo 7.1 LPH, esto es, que las obras en los locales genéricamente autorizadas en el Título no menoscaben o alteren la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración exterior o perjudique los derechos de otro propietario (STS 15 de noviembre de 2010). **(STS de 5 de mayo de 2015; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

**HECHOS.**—La Comunidad de Propietarios demandó a la sociedad H propietaria de un local comercial situado en la Propiedad Horizontal por ilegalidad de obras ejecutadas en suelo común de uso privativo, consistente en la instalación permanente de un cercamiento, toldo, quitavientos o carpa.

En su sentencia de 29 de septiembre de 2009, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Castro Urdiales estima la demanda. El Juzgado declaró la ilegalidad del cercamiento, toldo, carpa o quitavientos, ordenando su demolición, por entender que las mismas se habían realizado sin autorización de la Comunidad de Propietarios y porque infringiendo el artículo 12 de los Estatutos por haberse ejecutado incumpliendo las ordenanzas municipales.

La Audiencia Provincial de Cantabria, en su sentencia del 15 de octubre de 2012, estima el recurso de apelación interpuesto por la sociedad H. La Audiencia Provincial consideró que pese a que no existe autorización por parte de la comunidad, esta resultaba innecesaria atendiendo el contenido del artículo 12 de los Estatutos que las permitían, sin que las obras contravengan los estatutos, ni alteren la estructura y seguridad del edificio.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad de Propietarios. El Alto Tribunal considera que la obra construida en el local no contraviene los estatutos comunitarios, ni altera la estructura del edificio, desde el momento en que se trata de una estructura desmontable. (*I. V. B.*)

**20. Doble inmatriculación. Alcance de la tesis de la neutralización recíproca de los principios registrales y protección del tercero del artículo 34 LH.**—La neutralización de los principios registrales que se deriva del supuesto de la doble inmatriculación de fincas no resulta aplicable en los casos en que concurra un solo adquirente del artículo 34 LH, debiendo ser protegida su adquisición conforme a la vigencia del principio de fe pública registral. La doctrina de la neutralización recíproca de los principios registrales no puede ser aplicada de modo absoluto o dogmático, esto es, como condicionante *ab initio* de la vigencia del propio principio de fe pública registral, sino sólo en atención a las limitaciones que presente su desarrollo lógico jurídico en el curso o recorrido que se proyecte. Por este motivo, su curso o recorrido no queda agotado cuando la doble inmatriculación da lugar a la confrontación entre un titular registral y otro que ostente la condición de tercero hipotecario, resultando preferido este último.

**Principio de buena fe registral.**—La calificación de buena fe no puede circunscribirse a un mero estado psicológico consistente en la creencia de que el transferente era el titular del derecho real y venía legitimado para transferir el dominio. Dicha apreciación meramente subjetiva no resulta, por sí sola, determinante de la buena fe en el ámbito de adquisición de los derechos reales, pues se requiere el complemento objetivable de un «estado de conocimiento» del adquirente acerca de la legitimación del transmitente para poder transmitir el dominio; aspecto al que igualmente le es aplicable una carga ética de diligencia básica que haga exculpable, en su caso, el error sufrido por el adquirente. De este modo, la carga ética de diligencia a emplear por el tercero adquirente se centra primordialmente en el sentido negativo que presenta la extensión conceptual de la buena fe, es decir, en la medida o grado de diligencia exigible que le hubiera permitido salir del error o desconocimiento de la discordancia existente entre la información registral y la realidad dominical (STS 12 de enero de 2015). Esta gradación de la diligencia exigible no puede plantearse en abstracto respecto del examen de cualquier defecto, vicio o indicio susceptible de afectar a la validez y eficacia del negocio dispositivo realizado, sino que ha de modularse, necesariamente, en el marco concreto y circunstancial que presenta la impugnación efectuada. (STS de 19 de mayo de 2015; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Doña Constanca, don Doroteo, doña Visitación, don Arsenio y doña Melisa (en adelante, los actores) interponen

demanda frente a la mercantil Sánchez Clemente Gestión Inmobiliaria S. A. (en adelante, SCGISA), doña Remedios, doña Camila y doña Belén. En la demanda ejercitan acción declarativa de la propiedad sobre la base de la existencia de una doble inmatriculación atinente a una misma finca. Los actores esgrimían que SCGISA había adquirido el 50% de la propiedad de doña Remedios, a sabiendas de que aquella no ostentaba la condición de propietaria de la finca. SCGISA había adquirido e inscrito una mitad indivisa de la finca a título de permuta.

La controversia tiene su origen en el fallecimiento de la usufructuaria de la finca, doña Inés, quien ostentaba el usufructo de la misma por transmisión de su padre, Justiniano, quedando reservada la plena propiedad y el dominio a sus dos hijos (así lo mandaba el legado a modo de fideicomiso o reserva troncal por el que Justiniano adquirió la finca). A la muerte de la usufructuaria, se extingue el usufructo, y se inscribe la finca, el 9 de septiembre de 1957, a favor de los dos hijos mediante el certificado de defunción, siendo uno de ellos padre de doña Remedios, la cual inscribe a su vez a título sucesorio de su padre en 2004 (antetítulo de SCGISA). La particularidad radica en que el mismo día 9 de septiembre de 1957, junto con el certificado de defunción, se presenta también en el registro una escritura de compraventa otorgada por doña Tatiana, madre de doña Remedios, a favor de don Cesar, el 25 de septiembre de 1924, que se inscribe por la vía del art. 205 LH, treinta y tres años después, en 1957, junto con la siguiente y última inscripción, por sucesión, a favor de don Bernabé, de quien traen causa los actores. Así se genera la doble inmatriculación.

La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda. Considera que la inscripción a favor de don César es nula por fraude de ley (art. 6.4 CC) y contraria al artículo 205 LH: la inmatriculación se hizo a sabiendas de que la finca ya estaba inscrita eludiéndose la inscripción del título antecedente. (A. I. R. A.)

## DERECHO DE FAMILIA

**21. Matrimonio civil: nulidad por deficiencias psíquicas: consideraciones previas.**—Debido a la ausencia de la adecuada técnica casacional al entremezclarse cuestiones sustantivas con procesales y, sin haber impugnado por errónea la valoración de la prueba practicada, parte de hechos que da como probados y que el Tribunal no tiene por tales, provocando una evidente confusión a la hora de dar respuesta, y en aras de la tutela judicial efectiva y a lo delicado de la cuestión debatida, la sentencia establece unas consideraciones previas.

El Código Civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (art. 322), de forma que sólo por sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación se entenderá constituido este estado (arts. 199 CC, y 756 a 762 LEC). Esta presunción general admite excepciones por las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado, y así sucede con el matrimonio en el artículo 56, párrafo 2.º CC, si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías

psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento». Paso previo a exigir el referido dictamen es constatar por el encargado del Registro Civil en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente, la existencia de alguna deficiencia o anomalía psíquica en alguno de los contrayentes. Y se exige tal dictamen en vez de negar sin más la capacidad, porque en el matrimonio se requiere, como en cualquier otro negocio jurídico, una real y válida voluntad no aquejada de vicios invalidantes, pero, sin embargo, la solución acogida por nuestro Derecho vigente, en línea con los antecedentes históricos, es excluir que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyan por sí mismas impedimento para que la persona afectada por las mismas pueda contraer matrimonio. Tal solución se compeade con catalogar el derecho del matrimonio entre los derechos humanos y su protección constitucional (arts. 32 y 53 CE). Prueba de ello es la previsión contenida en el artículo 171, párrafo 2.º, núm. 4 CC, conforme al cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieren sido incapacitados se extingue por haber contraído matrimonio el incapacitado, de lo que se colige que la incapacitación judicial del contrayente no es incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio. De ahí, la importancia del dictamen médico si existe constancia o percepción de las deficiencias o anomalías psíquicas.

Se incurre en petición de principio o supuesto de la cuestión cuando la certeza de la proposición necesitada de prueba se incluye implícita o explícitamente como premisa para apoyar un motivo de casación: Por ello, para considerar infringido el artículo 56 CC sería preciso partir como hecho probado del conocimiento por el Encargado del Registro Civil de la deficiencia psíquica del contrayente.

Las reglas y principios de valoración de los distintos medios de prueba pueden ser sometidos al examen del Tribunal de casación al amparo del artículo 469.1.4 LEC cuando por ser manifiestamente arbitraria o ilógica, ésta no supera el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE. A salvo este supuesto la valoración de la prueba es función de la instancia. Teniendo en cuenta que el recurso de casación viene limitado a una estricta función revisora del alcance y significado de los hechos probados, viene abocado al fracaso en aquellos supuestos, como el presente, en que sin combatir abiertamente la base fáctica de la sentencia recurrida se prescinde de ella y se desarrolla el recurso al margen de la misma.

**Convención de 2006.**—El extenso alegato que se hace en el recurso sobre las previsiones legales en materia de incapacitación, así como de la Convención de N. Y. ratificada por España y entrada en vigor en nuestra nación el 3 mayo 2008, no sólo no los desconoce la sentencia recurrida sino que hace expresa mención a ella, pero precisamente para reprochar a los actores —hermanos del presunto incapaz—, que, de ser ciertas las deficiencias de su hermano, no instaran medidas de apoyo y asistencia o, en su caso, de sustitución en la toma de decisiones encaminadas a la protección de su persona y patrimonio. La STS de 29 abril de 2009 ya declaró que la incapacitación es sólo una forma de protección de los discapaces y que por ello mismo no es una medida discriminatoria, sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona. Las que se adoptan son medidas de apoyo que la Convención de 2006 no enumera ni acota pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales para, en definitiva procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la

sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones con los demás, como se ha dicho en el informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con discapacidad (11.º periodo de sesiones, 31 marzo a 11 de abril de 2014) sobre el contenido normativo del art. 12 de la Convención.

**Interpretación de los artículos 200 CC y 760.1 LEC.**—Consiguientemente, el artículo 200 CC, que regula las causas de incapacitación, es decir „las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma«, y el artículo 760.1 LEC, que regula la incapacitación judicial, deben ser interpretados bajo la consideración de que la persona con discapacidad „sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección«, en la medida en que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectuales y volitivas tenga en su autogobierno, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona, mediante la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad. Según la STS de 1 de julio de 2014, la curatela de los discapacitados se concibe en términos más flexibles que la tutela, desde que el artículo 289 CC declara que «tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido». El legislador está pensando en personas parcialmente discapacitadas, en las que la sentencia gradúa el alcance de la incapacitación, como sucede en este caso. En el Código Civil la curatela no se circunscribe la asistencia a la esfera patrimonial, por lo que podrán atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad. A la vista de esta doctrina que comparte la sentencia recurrida, echa en falta esta que si los parientes más cercanos del presunto incapaz consideraban que éste padecía una discapacidad psíquica permanente no se entiende que no lo sometiesen a curatela para la adopción de medidas de apoyo que su déficit requiriese e hiciese necesario.

**Desestimación del recurso.**—Con estas consideraciones previas el recurso de casación debe ser desestimado.

Se hace supuesto de la cuestión respecto a la infracción del artículo 56 CC, ya que no consta acreditado que el Encargado del Registro en su entrevista reservada percibiese esas deficiencias o anomalías psíquicas en el contrayente. Como tampoco lo advirtió el Notario que previamente había autorizado un poder o anteriormente el que intervino en la partición de las herencias de los padres.

En cuanto a la crítica a la valoración de las pruebas periciales, este recurso de casación no es el cauce adecuado, sin perjuicio de añadir que sus inferencias, bien motivadas en la sentencia de instancia, no son ilógicas, absurdas o arbitrarias. Y otro tanto puede decirse de la prueba de presunciones que detalladamente aparece recogida en cuanto a sus hechos base.

En cuanto a la reserva mental de la esposa demandada, a la hora de contraer matrimonio, el Tribunal de instancia no la considera probada, y no cabe

hacer supuesto de la cuestión. (STS de 29 de abril de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Eduardo Barrena Ruiz.]

HECHOS.—Parece reiterarse cierto arquetipo social representado por una familia acomodada compuesta, —en el caso—, por cuatro hijos varones. Fallecidos sus progenitores, no surge ningún problema entre ellos a la hora de repartir la herencia, pareciendo además que los negocios que realizan conjuntamente, bajo distintas fórmulas societarias, siguen prosperando. El conflicto surge cuando uno de los hermanos contrae matrimonio y fallece al poco sin descendencia. El trasfondo de este litigio es la liquidación de la herencia del hermano premuerto con su viuda, persona sin duda extraña o ajena al estricto grupo familiar empresarial antes descrito. Se interpone por dos de sus hermanos acción de nulidad del matrimonio contraído por aquel. Se alega que la declaración de incapacidad estaba mal vista a la sazón en los círculos sociales que frecuentaban, por lo cual no la intentaron en vida del hermano. Aportan un informe pericial médico emitido después del óbito, en base a dos entrevistas anteriores con el supuesto incapaz, según el cual es muy probable que, debido a su retraso mental leve (déficit cognitivo) y la estructura de su personalidad (trastorno ansioso-depresivo, dependencia e inmadurez social y emocional) no estuviera aquél capacitado para dar su consentimiento al matrimonio, contraído cuando estaba en la fase terminal de su enfermedad pulmonar. Las sentencias de instancia observan que dos de los hermanos son médicos psiquiatras y el tercero abogado en ejercicio, por lo que cabe presumir que conocían adecuadamente el alcance real de la supuesta enfermedad mental de su hermano y su adecuado eventual tratamiento jurídico, siendo —por lo demás— durante años contradictoria su conducta al respecto, con el referido informe, pues le trataron como plenamente capaz para intervenir normalmente en la vida de los negocios, incluso en un acto otorgado notarialmente la víspera de su muerte. Por otra parte el noviazgo y matrimonio del hermano fallecido fueron normales. La esposa había trabajado al servicio de los padres y luego en una empresa de su futuro esposo, mantuvieron relaciones sociales con otras parejas, e incluso viajaron solos a Madrid. Hay una carencia clamorosa de prueba de la supuesta enfermedad mental invalidante de su matrimonio, lo mismo que la supuesta reserva mental alegada *ad eventum*. Véase también la STS de 13 de mayo de 2015, sobre una improcedente incapacitación total, en este mismo ADC. (G. G. C.)

**22. Divorcio: atribución temporal del uso de la vivienda familiar: artículo 96 CC: interés del menor.**—Según STS de 17 de junio de 2013, el interés del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status si no similar sí

parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlo en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente, tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros.

El artículo 96 CC establece que, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el Juez para evitar que se pueda producir este perjuicio. El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el artículo 233-20.1 CCcat). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien (STS 14 de abril de 2011). Como reiteran las sentencias de 1 y 14 de abril y 21 de junio de 2011, aunque esta pudiera llegar a ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor.

La interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, no sólo se opone a lo que establece el artículo 96.1 CC, sino que se dicta con manifiesto y reiterado error y en contra de la doctrina de esta Sala, sin que concurra ninguno de los factores que eliminan el rigor de la norma (el carácter no familiar de la vivienda, o que el hijo no precise de la misma por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios). Nada de esto se produce en el presente caso en el que la vivienda tiene carácter familiar y no existe ninguna otra que permita dar cobertura a los intereses del hijo (salvo la que resulte de una hipotética venta de la actual y compra de una nueva que permita su alojamiento transcurrido unos años).

Se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente: *La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC. (STS de 18 de mayo de 2015; ha lugar.)* [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La madre, de 39 años, con estudios de selectividad, se encuentra en el paro aunque no se ha dado de alta en el INEM. Busca trabajo por horas. El padre trabaja para la Junta de C. y L. y tiene ingresos fijos por importe de 1.443 euros mensuales. De no realizarse la asignación de uso con carácter temporal, dadas las circunstancias actuales, entiende la sentencia recurrida que se estaría abocando al progenitor no custodio a una situación de precariedad económica para rehacer su vida en condiciones aceptables para su dignidad personal, habida cuenta que el hijo tardará nueve años en alcanzar la mayoría, y las pensiones que aquel debe abonar, así como el abono por mitad de los gastos extraordinarios y la contribución por mitad a las cuotas hipotecarias relativas a la vivienda.

NOTA.—El Ponente ha intervenido últimamente en casos similares, incluso procedentes de la misma Audiencia Provincial que patrocina la posibilidad de limitar temporalmente el uso de la vivienda familiar, manteniendo, no obstante las críticas recibidas, la misma doctrina con similar argumentación. En un caso parecido, puede verse extractada la STS de 17 de octubre de 2013, en ADC, 2015, pp. 1183-1185. En cambio, varían en el caso las circunstancias en las SSTs de 29 de marzo de 2011 y 3 de diciembre de 2013 (extractada ésta en ADC, pp. 1640-1641) porque el cónyuge custodio se traslada a otra vivienda de su propiedad que satisface adecuadamente las necesidades del hijo. (G. G. C.)

**23. Disolución de la sociedad de gananciales por separación de hecho.**—Tras la Ley 14/1975, de 2 de mayo, que posibilitó pactar la disolución del régimen de gananciales, y particularmente a partir de la reforma de 1981, que desarrolló el régimen de las causas de disolución en función de las diversas vicisitudes que pueden darse en la relación conyugal, el Tribunal Supremo ha ido procediendo paulatinamente a una interpretación flexible del artículo 1393.3 CC. A su juicio, con la libre separación de hecho, se quiebra el fundamento consorcial de la sociedad de gananciales. Por tanto, acreditada una ruptura seria y prolongada de la relación conyugal, no se exige, por innecesario, el requisito previo de la declaración judicial para declarar extinguida la sociedad de gananciales. (**STS de 6 de mayo de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Doña I, don T (ambos hijos del finado) y doña B (esposa del causante) interpusieron demanda de solicitud de división judicial de la herencia del causante don TE frente a don E (hijo del fallecido). Éste se opuso a las operaciones particionales del contador partidor. Alega que sus padres estaban separados de hecho desde 1969, lo que supone la inexistencia de una sociedad de gananciales desde tal fecha, con la consecuencia de que los bienes atribuidos a doña B no tienen naturaleza ganancial, debiendo calificarse como privativos. La cuestión de fondo que se plantea es la interpretación del artículo 1393.3 CC, respecto del alcance de la separación de hecho de los cónyuges como causa de disolución del régimen de la sociedad de gananciales.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente las impugnaciones efectuadas por don E de las operaciones divisorias, señalando

que, aunque efectivamente estuvieran separados de hecho desde ese año, no hubo voluntad de disolver la sociedad de gananciales.

Ambas partes interpusieron sendos recursos de apelación, que fueron desestimados por la Audiencia Provincial. En cuanto al recurso interpuesto por don E, la Audiencia, tras afirmar la separación de hecho existente entre don TE y doña B, considera que si bien ya en 1969 don TE mantenía una relación extramatrimonial con doña M, no es hasta 1981 cuando existía una voluntad de vivir separados, dejando de ser un cese temporal o profesional de la convivencia. Añade que, no obstante, esa separación de hecho entre los cónyuges tenía un carácter eminentemente físico o personal, no existiendo una voluntad de poner fin a la sociedad de gananciales existente entre ellos, manteniéndose el vínculo económico. Ello viene apoyado en el hecho de otorgar testamento conjuntamente con posterioridad a la separación o la indicación en las adquisiciones realizadas con posterioridad a la separación de hecho de su condición de casado. Rechaza la Audiencia aplicar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la extinción de la ganancialidad en caso de separación de hecho.

El demandado interpone recurso de casación, alegando que se ha vulnerado la doctrina del Alto Tribunal en relación al artículo 1393.3 CC, pues pese a considerar probada la existencia de una separación de hecho entre los cónyuges, la Audiencia no aplicó dicha doctrina. Considera el recurrente que los bienes adquiridos con posterioridad a la separación de hecho entre los cónyuges no tienen la condición de gananciales, sino de privativos. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, en la medida en que entiende inaplicable la doctrina antes expuesta. Señala que a pesar de que existía una separación de hecho, no hay o no se constata, dada la prueba practicada, una voluntad efectiva e inequívoca de romper la relación conyugal a estos efectos, bien por razones de índole económica, bien por razones afectivas.

NOTA.—El Tribunal Supremo ya había señalado en varias sentencias (ej.: de 24 de abril de 1999, de 23 de febrero de 2007 y de 21 de febrero de 2008) que la separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida entre los cónyuges, y, en consecuencia, los bienes adquiridos a costa del trabajo exclusivo de uno de los cónyuges separados debían tener la condición de privativos. En la presente sentencia, en cambio, el Alto Tribunal parece apartarse de esta doctrina, al indicar que, pese a haber separación de hecho, si la voluntad de los cónyuges no es la de romper la relación conyugal, deberán tenerse por gananciales los bienes que se adquieran producida dicha separación. (S. L. M.)

**24. Alcance de la presunción de paternidad en orden al régimen de la acción de impugnación de la filiación, bien afecte a la filiación matrimonial, o bien a la extramatrimonial, y plazos de ejercicio.**—Cuando quiebra el fundamento de la presunción legal de paternidad matrimonial (art. 116 CC), es decir, cuando quiebra la convivencia entre cónyuges (art. 69 CC), debido a una larga y continuada separación de hecho que precede al divorcio entre ambos, a

los hijos nacidos durante el período de separación de hecho no les resulta de aplicación el régimen de impugnación establecido para la filiación matrimonial ni, en consecuencia, el plazo establecido a tal efecto (art. 136 CC). En ese caso, resulta de aplicación el artículo 140 CC, que, tras la reforma operada por la Ley 11/1981, acoge la acción de impugnación de filiación determinada por la falta de adecuación con la realidad misma, con independencia del título de determinación y en estrecha conexión con la exigencia del principio de verdad biológica. Para los supuestos en los que falta posesión de estado la acción de impugnación de la filiación, tal y como se desprende del artículo 140 CC, es, además, imprescriptible. (**STS de 12 de mayo de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Del matrimonio formado por doña Luz y don Joaquín nacieron dos hijas, una de ellas ya fallecida. Tras ocho años de separación de hecho, se produce el divorcio en virtud de sentencia de 7 de junio de 1986, en la que únicamente se establecen medidas a favor de la hija supérstite. En 1995, ante el Juzgado de Primera Instancia se tramita un procedimiento de jurisdicción voluntaria sobre acogimiento de una menor, Adela, siendo don Joaquín llamado para ser oído en calidad de padre de dicha menor, momento en que por primera vez tiene conocimiento de su existencia y de la filiación que se le atribuye. El nacimiento de Adela data de 1982: tras la separación de hecho, pero antes del divorcio. El 20 de octubre de 2010, don Joaquín formula demanda de impugnación de filiación no matrimonial sobre la base del artículo 140 CC. La prueba biológica lo excluye de la paternidad.

El Juzgado de Primera Instancia estima la pretensión declarando no existir posesión de estado y declara la falta de filiación. La parte demandada interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial estima, sin embargo, el recurso, porque declara que la acción ejercitada es errónea: la filiación era en realidad matrimonial, pues a la fecha del nacimiento no había tenido lugar el divorcio entre don Joaquín y doña Luz. Por este motivo, tiene la Audiencia por caducada la acción, esta vez la acción del artículo 136 CC. Frente a esta resolución, Don Joaquín interpone recurso de casación. (A. I. R. A.)

**25. Pensión de alimentos. Reclamación de los abonados a favor de quien se creía hijo, resultando después que no lo era en virtud del ejercicio de una acción de impugnación de la filiación matrimonial. Posición del Tribunal Supremo.**—El Tribunal Supremo no se ha pronunciado de forma expresa respecto de la cuestión relativa a qué acción es la procedente para reclamar los alimentos pagados por quien se creía progenitor y posteriormente resulta que no lo es, como tampoco sobre la retroactividad de los efectos de la sentencia que declara la inexistencia de relación paterno filial en cuanto a la obligación de devolver alimentos cuyo importe había sido fijado previamente en una sentencia de divorcio. Los supuestos en que se plantearon hechos similares trataron por lo común de casos en los que la acción no era discutida (SSTS de 22 de julio de 1999 y 14 de julio de 2010), lo que no acontece en el de autos. Frente a las corrientes que consideran que este tipo de asuntos debe encauzarse a través del instituto del cobro de lo indebido *ex*

artículo 1895 CC [SAP Cádiz (2.<sup>a</sup>) de 3 de abril de 2008; SAP León (1.<sup>a</sup>) de 2 de enero de 2007; SSAP Asturias (6.<sup>a</sup>) de 28 de septiembre de 2009 y 15 de octubre de 2010]; o bien mediante el ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 CC [SSAP Valencia (7.<sup>a</sup>) de 5 de septiembre de 2007 y de 2 de noviembre de 2011; SAP Barcelona (1.<sup>a</sup>) de 16 de enero de 2007; SAP Baleares (3.<sup>a</sup>) de 20 de septiembre de 2006], la Sala estima que lo procedente es entender que, en tanto no se declare que el padre que lo era ha resultado no serlo, no es de aplicación el cobro de lo indebido pues hasta entonces los alimentos eran debidos; criterio que viene siendo seguido también en algunas audiencias [entre otras, SSAP Ciudad Real de 29 de febrero de 2012; SAP Toledo (2.<sup>a</sup>) de 7 de noviembre de 2002; SAP Granada (5.<sup>a</sup>) de 13 de junio de 2014].

**Acción de enriquecimiento injusto por cobro o pago de los alimentos que no se debían. Inaplicabilidad automática de los requisitos del cobro de lo indebido a estos casos.**—La razón de lo anterior estriba en que los requisitos exigibles para que nazca la obligación de restituir (pago efectivo con *animus solvendi*, error en quien hizo el pago e inexistencia de obligación y, por tanto, falta de causa del pago) no se pueden aplicar de manera automática en materia de alimentos, sin que pueda considerarse que cuando se abonaron no existía causa para su pago como tampoco que se actuó por error. En síntesis, la hija nacida constante el matrimonio e inscrita como tal recibe los alimentos como manifestación de la función de protección ligada inescindiblemente a la filiación —en tanto ésta no sufra cambios—; de manera que, mientras se abonaron, tan solo se cumplía con las obligaciones propias de la patria potestad (art. 154 CC). Razón por la cual los alimentos prestados no son susceptibles de ser devueltos, como tampoco lo son los demás efectos asociados a los derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras la filiación se mantenga. En suma, los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica por la sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial. Este carácter no reembolsable de tales abonos tiene su origen en una antigua jurisprudencia que estableció que los alimentos no tienen efectos retroactivos (SSTS de 30 de junio de 1885, 26 de octubre de 1897 y 18 de abril de 1913). (STS de 24 de abril de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El Sr. D. contrajo matrimonio con la Sra. N. en 1985. Debido a las dificultades para procrear, la esposa convenció al marido para que éste se sometiese a un sufrido y costoso tratamiento de fertilidad. En 1990 nació G., que fue inscrita como hija matrimonial de ambos. Los cónyuges procedieron a separarse de mutuo acuerdo en 2003, fijándose una pensión de alimentos a favor de la hija de 300 € mensuales. A esto le siguió el divorcio concedido judicialmente en 2005. Posteriormente, y ante las dudas de que la menor fuese hija suya, D. interpuso acción de impugnación de la paternidad que fue estimada en primera instancia en 2008 y confirmada después por la Audiencia Provincial en 2009. A raíz de esta declaración, en el año 2010 D. promovió demanda de reclamación de las cantidades correspondientes a los alimentos abonados desde el inicio del convenio regulador (diciembre de 2002) hasta la fecha en que se declaró la inexistencia de relación filial (marzo de 2009),

ejercitando para ello la acción de cobro de lo indebido. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda con base en que se trataba de una acción de enriquecimiento injusto cuyo plazo de prescripción era de quince años, en contra de la tesis de la demandada para quien se trataría de una mera responsabilidad extracontractual sometida al plazo más perentorio de un año y, por consiguiente, la acción estaría prescrita. La Audiencia Provincial de Cuenca estimó el recurso de apelación y consideró que había que incardinar la pretensión en el ámbito del artículo 1902 CC. El Tribunal Supremo no da lugar a la casación planteada por el actor, si bien por razones diferentes a las sostenidas en la sentencia impugnada. En este sentido, el Pleno del Tribunal Supremo consideró que, mientras no sea destruida la verdad legal de la filiación y sustituida por la verdad biológica, existe una obligación no reembolsable de alimentos legalmente impuesta a quien aparece como padre del menor.

NOTA.—La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo aborda un problema ciertamente complejo que viene presentándose cada vez con más frecuencia y que no ha recibido una respuesta unívoca de los tribunales: baste ver los distintos y contrapuestos criterios hasta ahora mantenidos por las audiencias provinciales. Muestra además del carácter discutible de la cuestión lo es la emisión de un voto particular, a cargo de los Excmos. Sres. D. Antonio Salas Carceller y D. Francisco Javier Orduña Moreno, en el que disienten del parecer de la mayoría y abogan por la viabilidad del principio de interdicción del enriquecimiento injusto mediante la aplicación de las reglas del cobro de lo indebido. A su parecer, la respuesta dada por sus compañeros de Sala estaría abordando el litigio como si la acción se ejercitara contra la menor, la cual estaría siempre exenta de la devolución; cuando lo cierto es que quien pretendidamente se habría enriquecido de forma indebida sería la madre y, eventualmente, el verdadero padre si algún día llegara a ser conocido, al beneficiarse inaceptablemente con el ahorro patrimonial que supone que una parte de los alimentos hayan sido pagados por quien no tenía el deber de hacerlo. Por esta razón la retroacción de efectos lo es en consideración a la menor, pero no respecto de la madre y de su responsabilidad en la falsa determinación inicial de la paternidad. Una solución como la defendida en el voto particular sería más conforme con el entendimiento de las reglas del Derecho de familia según la realidad social de nuestros tiempos. Se trata, en suma, de una sentencia que ha generado prontamente debates y comentarios en ciertos ámbitos doctrinales {entre otros, BERROCAL LANZAROT, A. I., *Reclamación de la pensión alimenticia tras declararse la inexistencia de relación filial*, RCDI núm. 754 (2016), pp. 935-967; DE LA IGLESIA MONJE, M. I. *Los alimentos del menor y la apariencia de paternidad. Su reclamación por el padre y el daño moral*, RCDI núm. 755 (2016), pp. 1553-1568; PANIZA FULLANA, A., *Derecho de familia y Derecho patrimonial: reclamación de alimentos abonados por quien resulta no ser el padre de la menor*, ACM, núm. 11 (2015), pp. 153-164; PÉREZ CONESA, C., *Impugnación de filiación matrimonial y reclamación de pensión de alimentos (STS de 24 de abril de 2015. Voto particular)*, ACM núm. 6 (2015), pp. 91-97}. (L. A. G. D.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**26. Derecho de sucesiones: improcedencia de la aplicación retroactiva del principio constitucional de no discriminación (arts. 14 y 9. 3 CC) respecto de relaciones sucesorias ya agotadas: Disposición Transitoria 8.<sup>a</sup> Ley de 13 de mayo de 1981.**—El contexto jurisprudencial, referido principalmente a las SSTs de 17 de marzo de 2005 y 31 de julio de 2007, ha sido objeto de especial atención en la reciente sentencia de esta Sala de 1 de marzo de 2013. En esta sentencia, aparte de establecer los límites intrínsecos que presenta la interpretación integrativa en orden a crear una dispositiva atribuible al testador, se le da una respuesta técnica a la cuestión de fondo que plantea el recurrente acerca del criterio interpretativo que debe presidir el criterio consolidado o agotado de la situación sucesoria objeto de análisis.

En este sentido, y en contra de lo alegado por el recurrente, se precisa que este criterio de interpretación no se extrae directamente del ámbito de la aplicación retroactiva solicitada, que si bien refiere dicha consecuencia, no la define o configura, sino de la propia naturaleza que presenta el fenómeno sucesorio en cuestión; de ahí que no se pueda dar una respuesta apriorista de carácter general, sin atender a las peculiares circunstancias que presente la dinámica sucesoria del caso tomado por referencia.

A diferencia del caso resuelto por citada sentencia de 2013, en donde el instituto de la sustitución fideicomisaria determinaba un peculiar orden sucesivo y cronológico en el proceso adquisitivo de la herencia, en el presente supuesto la apertura de la sucesión se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, siendo de aplicación la Disposición Transitoria 8.<sup>a</sup> que al respecto establecía la reforma de 1981 del Código Civil. De igual modo debe tenerse en cuenta que los efectos adquisitivos de los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (art. 657 CC), momento en el que también se adquieren tras la correspondiente aceptación de la herencia (art. 989 CC). En el presente caso, tanto la sentencia de primera como de segunda instancia, consideran acreditado la inmediata aceptación tácita de la herencia por los beneficiarios de la misma, así como la respectiva posesión de los bienes hereditarios. Sin que puedan negarse estos efectos por no haberse practicado aún la partición de la herencia que, en modo alguno, condiciona o interrumpe el fenómeno transmisivo que encierra la sucesión. (STS de 29 de abril de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—Hay un voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena. Está generalizada doctrinalmente la opinión de que la igualación de filiaciones no es aplicable a sucesiones abiertas antes de promulgarse la Constitución Española de 1978 [últimamente por todos, CÁMARA LAPUENTE, en VVAA, «Curso de Derecho civil [V] Derecho de sucesiones» (Madrid, 2013) p. 35]. (G. G. C.)

**27. Incapacidad relativa para suceder: Prohibición del confesor: Doctrina jurisprudencial sobre el artículo 752 CC.**—Con carácter general, puede indicarse que el artículo 752 CC, bien en el marco de las prohibiciones de disponer testamentarias, o bien como causa de indignidad, responde a las

denominadas incapacidades relativas para suceder que en sede testamentaria pueden afectar a unas determinadas personas por su peculiar o especial relación con el testador, han podido influir en su concreta declaración de voluntad contenida en el testamento que es objeto de impugnación. Su finalidad es preservar la voluntad realmente querida por el testador (*voluntas testandi*) de posibles e ilícitas captaciones de la misma. En orden a las directrices de interpretación del precepto conviene destacar la doctrina jurisprudencial de esta Sala contenida en la STS de 28 de abril de 2015 que, a propósito de la interpretación normativa, señala el carácter instrumental que presenta la interpretación literal, de forma que no debe valorarse como un fin en sí misma, pues la atribución del sentido y alcance sigue estando o responde también a la propia finalidad y función que informa la norma.

La valoración de esta causa de incapacidad relativa no escapa de la debida interpretación flexible conforme a la realidad social y a los valores del momento en que se produce. De ahí que en la actualidad la obligada interpretación constitucional extiende su aplicación a los sacerdotes de cualquier otra confesión religiosa. Conforme a la necesaria interpretación sistemática tampoco escapa a su debida ponderación por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido, no solo como mero canon interpretativo, sino también como principio general de derecho, con una clara proyección en el Derecho sucesorio en relación a la voluntad manifestada por el testador (*favor testamenti*), tal como expresaron las STS de 30 de octubre de 2012 y 15 de enero de 2013). Tampoco puede sustentarse una interpretación en clave literal o dogmática que desnaturalice la *ratio* y función que informa el precepto, especialmente respecto de sus presupuestos básicos de aplicación. Así debe descartarse la aplicación que aplica automáticamente el precepto sin posibilidad de prueba en contrario. Debe precisarse la importancia del momento temporal en la dinámica aplicativa, pues la incapacidad relativa no puede afectar a los beneficiarios de un testamento anterior a la confesión, y el periodo sospechoso de la posible captación de voluntad debe enmarcarse en la última enfermedad grave del testador, en donde en peligro de su vida se confesó y otorgó el respectivo testamento; quedando fuera de este periodo sospechoso, en principio, aquellos testamentos otorgados durante los trastornos leves o enfermedades crónicas que pudieran afectar al testador.

Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta la interpretación que el recurso ofrece del artículo 752 no puede ser estimada. Ha resultado acreditado que la testadora falleció en pleno uso de sus facultades mentales, pudiendo haber realizado cualquier modificación de su última declaración testamentaria, como así hizo cuando realmente quiso, sino también que el favorecer a su iglesia como beneficiaria del testamento fue una constante a lo largo de su vida. Pero sobre todo, y de manera determinante, porque en el presente caso no se da la necesaria conexión temporal establecida en la doctrina jurisprudencial en la dinámica de aplicación del precepto. El momento de otorgamiento del testamento no se corresponde con el padecimiento de la última enfermedad grave de la testadora, sino con una dolencia crónica de problemas cardíacos que venía arrastrando la testadora hacía más de diez años, resultando la causa de la muerte año y medio después de dicho otorgamiento de una complicada operación de cadera, agravados por la edad de la paciente y por sus ya citados problemas cardíacos.

**Inaplicación del artículo 884 CC.**—En el caso no se discute la interpretación y alcance de la aplicación del artículo 884 CC (frutos e intereses debidos por el legado de cantidad), sino el derecho que asiste a la parte deman-

dada reconviniente a ser indemnizada por los perjuicios derivados del retraso injustificado en la entrega del legado. Retraso injustificado que ha sido acreditado a tenor de la interpretación del artículo 752, y que no puede ampararse, con claro abuso de derecho, en la actuación del albacea testamentario, siendo indudable que el procedimiento respondió al propio interés del mismo como heredero de la herencia y beneficiario de la misma, que no se corresponde con la función del albacea como ejecutor de la voluntad testamentaria. (STS de 19 de mayo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Sentencia didáctica encaminada a delimitar el campo de actuación de la llamada anteriormente *prohibición de confesores*. Bajo esta perspectiva procede valorarla positivamente. Sin embargo esta incapacidad relativa para heredar es hoy objeto de debate doctrinal. Lacruz, y Rams su continuador, parecen fijarse en defectos de técnica jurídica al entender que el artículo 752 CC parece «bien intencionado pero mal concebido» (*Elementos*, V, 3.<sup>a</sup> ed. de Dykinson, Madrid 2007, p. 63). No resulta extraño que Martínez de Aguirre, siguiendo a Silvia Díaz Alabart, postule su expresa eliminación como tal del Código Civil (en *Curso de Derecho civil [V] Derecho de sucesiones*, Madrid, 2013, pp. 85 ss.). Fijándonos en la situación del testador protegido, cabría incluso mencionar aquí el sugerente trabajo de VAQUER ALOY, *La protección del testador vulnerable*, ADC, 2015, pp. 327 ss, pues parece que tal es la *ratio* de nuestro artículo 752. Desgraciadamente en la exhaustiva lista que cita del norteamericano Peisha, no se encuentra ningún caso similar al contemplado en nuestro Código Civil (*loc. cit.* pp. 329-331), sin que ayude la concepción personal del autor de aquella situación como un supuesto de *dolus bonus* (atenciones, mimos, lisonjas, especiales cuidados que una persona dispensa a otra para que la misma dirija a su favor la disposición patrimonial *mortis causa* (*id.* p. 328). (G. G. C.)