

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), Gemma MINERO ALEJANDRE (Universidad Autónoma de Madrid), Carlos ORTEGA MELIÁN (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Antonio Ismael RUIZ ARRANZ (Universidad Autónoma de Madrid), Isué VARGAS BRAND (Universidad Autónoma de Madrid)**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Accidente de circulación: Acción civil ejercitada por herederos de la víctima contra la aseguradora: Prescripción: Sentencia penal absoluta: *dies a quo* de la acción civil.–En cuanto a los efectos interruptores del proceso penal cuando a la reclamación civil de responsabilidad extracontractual ha precedido un proceso penal, la jurisprudencia afirma (SSTS de 16 de

junio de 2010 y 7 de octubre de 2013, entre otras) que, una vez concluido el proceso penal sin condena, el plazo de prescripción de las acciones civiles, cuando las partes estén personadas en el proceso penal, empezará a contarse desde el día en que aquellas pudieron ejercitarse a tenor del artículo 1969 CC, precepto este que relacionado con los artículos 111 y 114 LECRIM y 24.1 CE, lleva a situar ese día en el momento es la sentencia penal absolutoria o el auto de sobreseimiento, notificados correctamente, hayan adquirido firmeza, puesto que en ese momento de conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil con arreglo al artículo 114 LECRIM.

Título ejecutivo dictado en actuaciones penales.—El recurso cita como infringida la doctrina según la cual si en las actuaciones penales se ha dictado el título ejecutivo al que se refiere el artículo 13 del RDL 8/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LRCSCVM procede diferir el comienzo del plazo anual de prescripción, que entonces no comenzará a correr sino a partir de que dicho auto se haya notificado. Pero esta doctrina es compatible con la antes sentada, pues no puede convertirse la excepción en regla general dilatando indefinidamente el comienzo del plazo de prescripción en los casos en que no se hubiera dictado este auto, ni tan siquiera se sabe si llegará a dictarse, porque el perjudicado no lo ha considerado necesario para poder ejercitar la acción civil de indemnización, como aquí ha ocurrido.

Prescripción extintiva.—Finalizado el proceso penal por sentencia firme absolutoria y notificada esta, los perjudicados pudieron ejercitar su reclamación en vía civil ya que desde entonces contaban con todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios para fundar su pretensión. De los propios términos de la demanda se deduce que la reclamación complementaria a que se contrae este litigio se refería a indemnizaciones que, no discutiéndose la realidad del daño, podían concretarse y cuantificarse sin mayor problema con arreglo al sistema legal de aplicación. Además la realidad de los hechos demuestra que la falta de título ejecutivo no fue impedimento para que formularan distintas reclamaciones extrajudiciales frente a la aseguradora, luego demandada. El auto de cuantía máxima no resulta imprescindible para conocer el daño y su valor económico, pues las cantidades que figuran en el mismo son máximas, en ningún caso vinculantes, quedando siempre abierta al perjudicado la vía del declarativo correspondiente en caso de disconformidad. En conclusión, puesto que los actores-recurientes no encontraron óbice en la ausencia de dicho auto para reclamar extrajudicialmente a la aseguradora, y luego dejaron pasar más de un año desde la segunda reclamación extrajudicial hasta la presentación de la demanda de conciliación, tampoco para ellos la omisión del auto de cuantía máxima podía impedir el ejercicio de la acción civil, ni el comienzo del plazo para su prescripción. (STS de 2 de abril de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don Francisco Marín Cas-tán.] (G. G. C.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho al honor. Protección de datos de carácter personal. Registros de morosos: incorporación a ficheros de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias. Condiciones de validez.—La LOPD permite que los datos personales relativos al cumplimiento o

incumplimiento de obligaciones dinerarias sean facilitados por el acreedor a otra persona para su incorporación a un fichero de los denominados «registros de morosos», incluso sin el consentimiento del afectado y siempre que tal incorporación responda a una finalidad legítima y se respeten sus derechos. Lo que exige que tales datos cumplan los requisitos básicos de «calidad de la información» (adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud), y de concesión al afectado de un derecho de rectificación cuando el tratamiento de sus datos se haya llevado a cabo sin respetar los indicados parámetros de calidad.

Responsabilidad de los titulares de los ficheros comunes por falta de veracidad de los datos o por inobservancia de su deber de rectificación.— La empresa gestora de estos registros no puede ampararse en un precepto reglamentario para desnaturalizar el derecho que la LOPD, en desarrollo del artículo 18.4 CE y de la normativa supranacional de directa aplicación (en especial, el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 1981, y la Directiva 1995/46/CE), concede a los interesados. En este sentido, la empresa titular del fichero común en el que se incluyen los datos sobre incumplimientos de obligaciones dinerarias, debe velar por la calidad de los datos y, eventualmente, proceder a su rectificación o cancelación cuando le conste, como fue el caso, que los mismos son inexactos, incompletos o no pertinentes. Debiendo, en tal sentido, atender la solicitud de cancelación o rectificación del afectado cuando la misma sea suficientemente fundada. Y por iguales razones, debe responder de los daños y perjuicios causados al afectado cuando haya incumplido estas obligaciones. **(STS de 21 de mayo de 2014;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—El actor había contratado la publicidad en internet de sus servicios como abogado a la mercantil Y. P. S. A., con la posibilidad de extinguir anticipadamente el contrato abonando solamente los servicios efectivamente prestados. Así sucedió, comunicando el actor su desistimiento y ofreciéndose a pagar la parte pendiente en la cuenta que le indicara la acreedora. Ésta, sin embargo, no atendió en ningún momento las continuas reclamaciones del cliente y siguió girando los recibos mensuales pese a haber sido notificada fehacientemente de la terminación del contrato. Y. P. SA. incorporó los datos de su cliente al registro de morosos de la ASNEF, cuya titularidad pertenece a la otra demandada, E. I. S. L. El actor requirió a ésta última para que eliminara sus datos de dicho registro, ya que esta información le había ocasionado diversos problemas en sus transacciones económicas con terceros. Para ello le dio cuenta de toda la información en la que se reflejaba la veracidad de su situación y la inexistencia de causa para figurar en tal clase de ficheros. Sin embargo, E. I. S. L. desatendió su petición amparándose en que su cliente (Y. P. S. A.) no había dado su aprobación a la eliminación de tal información, tal como se establecía en el Reglamento de desarrollo de la LOPD. El interesado demandó a ambas sociedades por incumplimiento de la LOPD, y reclamó la condena solidaria al pago de una indemnización por daño moral. El Juzgado acogió parcialmente la demanda y condenó a Y. P. S. A., absolviendo a E. I. S. L. La Audiencia Provincial de Murcia desestimó el recurso de apelación del actor. El Tribunal Supremo dio lugar a la casación planteada. (L. A. G. D.)

3. Propiedad horizontal. Publicación de listas de morosos. Protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen. No existe lesión cuando se trata de un legítimo ejercicio de la libertad de información dentro de los límites y con el cumplimiento de las exigencias constitucionales para la prevalencia de esta libertad sobre el honor o dignidad de las personas.—En la colisión del derecho fundamental al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen con la libertad de información, debe prevalecer ésta sobre aquél por ostentar una posición prevalente, siempre que la información cumpla con los requisitos de veracidad y no contenga frases o expresiones ultrajantes u ofensivas innecesarias para dar a conocer la información que se pretende transmitir. En este sentido, la información difundida no solo era de interés para la comunidad de propietarios, sino que además su difusión venía amparada por la normativa específica de la propiedad horizontal. Además, no quedó probado que su contenido no fuera veraz, sin que tampoco apareciese intencionalidad alguna de menoscabar el honor del demandante, ya que dicha información no contenía juicios valorativos, opiniones o expresiones difamantes, injuriosas o insultantes que pudieran atentar contra el honor del interesado. (STS de 21 de marzo de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—El actor demandó a la comunidad de propietarios de la que formaba parte por haber publicado ésta, con la convocatoria a Junta de Propietarios, una lista de morosos en la que se le incluía con la cantidad pendiente de pago, que el actor discutía. Dicha lista se colocó, una a la entrada del complejo residencial, y otra en la zona de tránsito hacia la piscina. A juicio del demandante esta ubicación, fuera del correspondiente tablón de anuncios acondicionado para ello, posibilitaba que cualquier persona, incluso ajena a la comunidad, pudiera tomar conocimiento de su contenido, con menoscabo de su honor, intimidad y propia imagen. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial de Murcia desestimaron la acción. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

4. Configuración del derecho a la propia imagen. Ponderación con la libertad de información. Falta de prevalencia de la libertad de información cuando, con el propósito de obtener un beneficio económico, se realiza una explotación comercial de la imagen de un tercero que tiene carácter público.—En cita de la STC 81/2001, de 26 de marzo, y las SSTS de 25 de septiembre de 2008 y de 29 de abril de 2009, el Alto Tribunal señala que debe distinguirse el derecho a la imagen, como derecho de la personalidad o esfera moral, relacionada con la dignidad humana, de su faceta patrimonial, protegida también por el Derecho, pero como aspecto ajeno a la categoría de derecho fundamental de tutela constitucional. En lo que a la ponderación del derecho a la propia imagen y de la libertad de información se refiere, se entiende que únicamente podía publicarse la imagen del personaje público sin su consentimiento cuando ello se haga con fines de mera información, pero nunca para fines publicitarios o comerciales. No puede prevalecer la libertad de información cuando con el propósito de obtener un beneficio económico, se acomete la explotación publicitaria o comercial de la reproducción o difusión de la imagen sin el consentimiento del mismo. El

carácter público de la persona hace aumentar la intensidad de la intromisión en este tipo de supuestos. (STS de 8 de mayo de 2014; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—D. Luis, artista, y la entidad Música Luis, S. L., entidad que gestiona y explota comercialmente los derechos derivados del nombre y la imagen del artista, demandaron a la Editorial Almeriense de Publicaciones, S. L., editora del periódico Almería Actualidad, y a Federico, S. A, sociedad que tiene encomendada la promoción de esta última y que firmó la campaña publicitaria. Los demandantes consideraron infringido el derecho a la propia imagen del artista, en su modalidad de apropiación publicitaria de su nombre e imagen, en la campaña promocional del citado periódico, en el que se emplearon tanto el nombre como la imagen del artista sin el consentimiento de éste. Concretamente, en el ejemplar cero del periódico, se dio difusión a varias noticias veraces en su portada, relacionadas con la localidad, como el cierre de gira del artista o el buen resultado de la cosecha en Almería. Únicamente se reclama la condena solidaria al pago de una indemnización de 145.000 euros en concepto de lucro cesante, sin reclamación adicional en concepto de daño moral.

La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda, rebajando a 55.000 euros a indemnización. Se sostiene que la imagen y el nombre del demandante no se utilizaron en el periódico para dar a conocer el cierre de gira, sino a los solos efectos de promocionar y dar publicidad a un periódico de nuevo lanzamiento.

El recurso de apelación interpuesto por los demandados es desestimado por la Audiencia Provincial de Almería en su sentencia de 20 de enero de 2011. Se confirma la legitimación de la entidad demandante Música Luis, S. L., para pedir le indemnización que pudiera corresponder por el uso no consentido de la imagen del artista que creó esta sociedad y que es su administrador único. Entiende que existió un uso publicitario de la imagen del cantante sin consentimiento de éste, por lo que, acreditada la intromisión ilegítima, el perjuicio se presume, siendo adecuada y proporcionada la indemnización fijada.

El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por los demandados. Casa la sentencia recurrida únicamente en lo que se refiere a la demanda formulada por Música Luis, que desestima, manteniendo el pronunciamiento en todo lo demás. Entiende que esta última sociedad no goza de legitimación para defender la explotación comercial de la imagen del artista como contenido del derecho fundamental consagrado en el artículo 18.1 CE, en el seno de un procedimiento que versa sobre este derecho fundamental.

NOTA.—El Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller formula voto particular en el que profundiza en la explicación de los motivos por los que el recurso de casación es estimado. Sostiene que el derecho constitucional a la propia imagen que ampara el artículo 18 CE no es de carácter patrimonial, sino de carácter moral, y por ello su vulneración genera un daño moral, y no únicamente

un perjuicio patrimonial medido en las cantidades que normalmente le habría correspondido percibir al personaje público por una campaña publicitaria de las mismas características que la realizada por el periódico. La protección de los valores económicos de la imagen afecta a bienes jurídicos distintos de los que son propios a un derecho de la personalidad y, aunque son dignos de protección, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18 CE. (G. M. A.)

5. Reportajes de investigación mediante cámara oculta. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.—El Alto Tribunal parte de su jurisprudencia sobre el periodismo de investigación mediante cámara oculta, contenida en sus sentencias de 16 de enero y 30 de junio de 2009 y 20 de mayo de 2010 y en la doctrina del Tribunal Constitucional presente en sus sentencias 12/2012, 74/2012 y 24/2012. El empleo de esta técnica se caracteriza porque las personas cuya actuación es grabada se comportan con una naturalidad que en otro caso no tendrían. La autorización al periodista para entrar en el lugar de trabajo del sujeto afectado no puede ser interpretada como consentimiento a la grabación y menos aún a la difusión de lo grabado. La intimidad no está necesariamente condicionada por el lugar, pudiendo producirse una intromisión ilegítima cuando la grabación no consentida se hace en un lugar abierto al público. En los reportajes realizados mediante cámara oculta, hay intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen cuando se priva al sujeto afectado de su derecho a decidir sobre la captación y difusión de su imagen y de su testimonio. No obstante, se admite que el uso de la cámara oculta sea legítimo cuando lo justifique el interés público en el conocimiento de los hechos y ese medio sea imprescindible para obtener la información y, además, proporcionado para que la lesión de los derechos fundamentales sea la menor posible.

Efecto reparador de la intromisión. Publicación total o parcial de la sentencia condenatoria con la misma difusión que tuvo la intromisión ilegítima.—Si bien hasta la reforma realizada por la Ley Orgánica 5/2010, el apartado segundo del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982 preveía, como medida para la tutela judicial efectiva del demandante, la difusión de la sentencia condenatoria, sin distinguir entre la publicación total o parcial ni el tipo de intromisión sufrida, la jurisprudencia venía considerando idónea y adecuada la medida de difusión solamente del fallo, y no de la sentencia entera, cuando la difusión íntegra no beneficiara la protección civil de los derechos fundamentales vulnerados (entre otras, SSTS de 31 de diciembre de 1998 y 19 de septiembre de 2011). Por tanto, la difusión solamente del fallo condenatorio, junto con los datos que permitieran identificar el reportaje en el que se produjo la vulneración de los derechos fundamentales podía conseguir ese efecto reparador. (STS de 29 de abril de 2014; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Don Francisco demanda a Canal Mundo TV, don Nicasio y Antena TV, solicitando que se declare producida una intromisión ilegítima y vulneración del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen de don Francisco, y se les condene al pago de una indemnización de 100.000 euros, junto con la publicación de la sentencia en los medios de difusión del mismo ámbito en

que se publicó el reportaje litigioso. En dicho reportaje, dirigido por don Nicasio y emitido por Antena TV, con el título «Especial de investigación. El crimen más oscuro de ETA», aparecía una grabación de la imagen y la voz de don Francisco, durante una conversación mantenida con varios reporteros, mediante la técnica de la cámara oculta, en la que se le preguntaba sobre su pasado en ETA, sin que don Francisco tuviera conocimiento de la grabación, ni hubiera dado autorización para ello, máxime cuando él les preguntó si estaban grabando y los reporteros lo negaron. don Francisco alega que la conversación fue manipulada y tergiversada su contenido, introduciéndose una voz *en off* en la que se hablaba del cumplimiento por don Francisco del pacto de silencio de la banda terrorista, a la vez que se le calificaba de «histórico de ETA». Los reporteros habían empleado la técnica de la cámara oculta, sorprendiendo a don Francisco en su lugar de trabajo.

La sentencia de primera instancia acoge la demanda, salvo en lo relativo a la cuantía de la indemnización, que reduce a la mitad. En segunda instancia, se desestiman los recursos de apelación interpuestos por Antena TV y Canal Mundo TV y don Nicasio. Se estima parcialmente, sin embargo, el recurso interpuesto por don Arturo, como sucesor procesal del demandante inicial don Francisco, y se revoca la sentencia inicial, en el sentido de declarar asimismo vulnerado el derecho al honor del demandante. Los demandados-apelantes Antena TV, por un lado, y Canal Mundo TV y don Nicasio, por otro, interpusieron sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo desestima el interpuesto por Canal Mundo TV y don Nicasio y estima parcialmente el interpuesto por Antena TV. Casa en parte la sentencia recurrida, para sustituir su pronunciamiento de condena a publicar la sentencia por la condena a publicar únicamente el fallo, con indicación del título del programa y fecha en el que se produjeron las intromisiones ilegítimas. Entre los hechos destacados por el Alto Tribunal a la hora de calificar como intromisión ilegítima la realizada por los demandados podemos citar el hecho de que la imagen se grabó y difundió no sólo sin el conocimiento del demandante, sino incluso contra su manifiesta voluntad de no conceder ninguna entrevista a los reporteros que conversaron con él; el empleo de un lenguaje que no habría empleado en una entrevista voluntariamente concedida por él; y la conclusión de que el mismo resultado se habría conseguido dejando constancia de que el demandante no había querido hablar, como así se hizo con otro de los antiguos miembros de ETA al que también se pretendió entrevistar.

NOTA.—Conforme al texto del artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, vigente hasta 23 de diciembre de 2010, «la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados». La redacción dada por la Ley Orgá-

nica 5/2010, actualmente vigente, es la siguiente: «La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para: a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida». Por tanto, de la interpretación literal, que la jurisprudencia corrigió, entre otras, en la sentencia reseñada, parece inferirse que la concesión de esta medida de tutela a favor del sujeto que sufrió la intromisión podía referirse tanto a supuestos de vulneración del derecho a honor, como a casos de vulneración del derecho a la intimidad o del derecho a la propia imagen, y la publicación habría de hacerse del texto íntegro de la sentencia condenatoria. Sin embargo, del texto vigente en la actualidad se deduce que la publicación del texto de la sentencia puede ser total o parcial y se limitará a supuestos en los que la intromisión ilegítima se hubiera producido en el derecho al honor. (G. M. A.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

6. Contratos. Buena fe: concepción ética.—Una concepción ética de la buena fe, como modelo de comportamiento exigible y fuente de determinados deberes de conducta, considera la desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes, el desequilibrio que, en el contenido económico del contrato, la cláusula impuesta genera y el defecto de información que su aplicación implica por ausencia de buena fe en la parte vendedora.

Contratos. Cláusulas abusivas: imposición de obligaciones fiscales que no le corresponden.—Se lesiona la posición jurídica del consumidor protegido al transferirle, en su condición de adquirente, una deuda fiscal que, conforme a lo dispuesto en la normativa vigente, está a cargo de la parte vendedora. En el caso del impuesto de plusvalía se beneficia del incremento del valor de la cosa vendida, ya incorporado al precio, al imponer finalmente al comprador el pago de un impuesto que tiene como base la misma plusvalía obtenida por aquella. (STS de 12 de marzo de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La representación procesal de la mercantil «M. R., S. A.» interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia número Veintiséis de Madrid demanda contra doña P. en reclamación de cantidad por incumplimiento de un contrato de compraventa sobre una vivienda, pues, conforme a sus estipulaciones, el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana debía ser satisfecho en su totalidad por la compradora doña P. Por su parte, la representación procesal de doña P. formuló reconvencción solicitando se declarase la nulidad de dicha cláusula

por abusiva. La sentencia de primera instancia estimó la demanda interpuesta por M. R., S. A. y desestimó la reconvenición formulada por la representación procesal de doña P. Recurrída en apelación, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso y declaró la nulidad de la cláusula objeto de la *litis*. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

NOTA.—Téngase en cuenta la nueva redacción del artículo 83 del TRLGDCU realizada por la *Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*. La nueva redacción procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito, en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, dado que el Tribunal entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE. El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 CC y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios. (*N. D. L.*)

7. Cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores. Control de abusividad: cláusula general y cláusulas de la «lista negra».—Mediante el artículo 10 bis LGDCU (actualmente art. 82.1 TRLGDCU), se establece que son abusivas las estipulaciones no negociadas individualmente y las no consentidas expresamente que causaran un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones que se deriven del contrato, contrarias a la buena fe y en perjuicio del consumidor. La normativa nacional constituye el desarrollo de la normativa comunitaria, la Directiva 1993/13/CEE sobre cláusulas abusivas. La legislación española establece un sistema de cláusula general y, a diferencia del anexo del artículo 3.1 de la Directiva, que establece una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas abusivas, añadió una lista exhaustiva de supuestos ejemplificativos de cláusulas que se consideran abusivas «en todo caso» (actualmente arts. 82 y siguientes TRLGDCU). Por todo ello, nuestro Alto Tribunal considera que para establecer la abusividad de una

cláusula en contratos concertados con consumidor, en primer lugar, debe examinarse si encuadra en alguno de los supuestos de la «lista negra» y, en segundo lugar, en caso de no encuadrarse en los supuestos de la lista, se pasará a evaluar la abusividad con base en la cláusula general.

La cláusula abusiva del artículo 87.2 TRLGDCU y las arras penitenciaras del artículo 1454 CC.—El apartado 16 de la DA 1.^a LGDCU (actualmente art. 87.2 TRLGDCU), que transpone el apartado «d» de la sección 1 del anexo al que se remite el artículo 3.1 de la Directiva, establece que es abusiva la estipulación que permita que el profesional retenga las cantidades abonadas por el consumidor, si este renuncia a la celebración o la ejecución del contrato, sin que disponga que el consumidor tenga derecho a disponer de una indemnización equivalente cuando el profesional renuncie a la celebración o ejecución del contrato. La transposición al Derecho interno se hizo sin modificar apenas los términos «renunciar» y «retener», que fueron utilizados ante el diverso tratamiento de las arras penitenciales de los ordenamientos internos de los Estados miembros. Por tanto, de acuerdo al Derecho interno, se considera que las cláusulas como la del artículo 87.2 TRLGDCU son las arras penitenciaras del contrato de compraventa ya celebrado, reguladas en el artículo 1454 CC, ya sea para los casos en que el consumidor quiera renunciar a un contrato ya celebrado o para los que desista de celebrar un contrato, en el caso que haya entregado ciertas cantidades como pacto de reserva o «señal» de garantía de precontrato. Por todo lo anterior, el artículo 87.2 TRLGDCU no es aplicable a la cláusula penal prevista para la resolución por incumplimiento del contrato imputable al consumidor.

Declaración de abusividad de la cláusula penal por resolución del contrato imputable al consumidor. Valoración de abusividad de las cláusulas conforme a los artículos 82.1 y 85.6 de TRLGDCU.—Para declarar la abusividad de la cláusula penal prevista para la resolución por incumplimiento imputable al consumidor, han de tomarse en cuenta, primero, las previsiones de la «lista negra» relativas a la resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes y sus consecuencias (actualmente las previsiones de los artículos 87.4, 85.6, 86.5 y 86.1 TRLGDCU), en caso de no encuadrar, se tendrá en cuenta la previsión de la cláusula general (art. 82.1 TRLGDCU).

La cláusula penal que establezca la retención de cantidades abonadas en concepto de prestaciones por el incumplimiento resolutorio del consumidor encuadra en la previsión específica del artículo 85.6 TRLGDCU, en la que se atribuye el carácter abusivo a la cláusula no negociada que establezca una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor que no cumpla sus obligaciones. Por consiguiente, para la valoración de abusividad conforme al artículo 85.6 TRLGDCU debe llevarse a cabo un enjuiciamiento concreto que compare el importe de los daños y perjuicios resultante de la aplicación de la cláusula penal y el importe acreditado de los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el predisponente. Si los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el predisponente superan la cantidad de la sanción convencional no se podrá aplicar la abusividad de la previsión específica del artículo 85.6 TRLGDCU.

Respecto al control de abusividad de la previsión general (art. 82.1 TRLGDCU), las condiciones generales que prevén una determinada indemnización para el empresario por incumplimiento resolutorio imputable al consumidor, sin prever una indemnización equivalente para el consumidor en caso que el empresario incumpla, pueden suponer un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que sea contrario a la buena fe.

Sin embargo, la diferencia de tratamiento contractual entre el incumplimiento imputable al comprador y al vendedor puede tener cierta justificación, de conformidad con lo que prevé el artículo 82.3 TRLGDCU, en cuanto que el carácter abusivo de la cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y de todas las circunstancias concurrentes al momento de celebración. Es más, la existencia de una cláusula «espejo» en favor de consumidor no garantizaría por sí sola el equilibrio, pues una indemnización desproporcionada a favor del predisponente no se justificaría por existir una cláusula correlativa en favor del consumidor. Por tanto, la diferencia de tratamiento puede tener cierta justificación, que el Alto Tribunal ha estimado en la difícil estandarización que puede tener la indemnización por incumplimiento de un vendedor frente a las diferentes circunstancias de uno u otro comprador. Además, el Tribunal Supremo considera que la previsión legal implica que para excluir el carácter abusivo de la cláusula penal deberá probarse la existencia de la proporción entre la indemnización prefijada y el quebranto patrimonial real causado al predisponente, a falta de alegación y prueba adecuada se declarará la abusividad de la cláusula penal. **(STS de 21 de abril de 2014; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El señor V demanda a la mercantil A para que se declare la nulidad por abusiva de la cláusula penal del contrato de compraventa de un inmueble celebrado entre ambas partes. La cláusula penal establecía que si el comprador incumplía en su obligación de comparecer al otorgamiento de la escritura pública cuando fuera requerido por la vendedora, facultaría a la vendedora a resolver el contrato con derecho a percibir (retener) las cantidades satisfechas por el comprador hasta entonces.

En su sentencia de 27 de mayo de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Javier (Murcia) desestima la demanda, por considerar que la cláusula cuestionada no es abusiva ya que no comporta un desequilibrio de las partes, sino favorece al vendedor para compensar el riesgo que asume y los perjuicios por incumplimiento del contrato.

En su sentencia de 24 de abril de 2012, la Audiencia Provincial de Murcia estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el señor V. En lo que respecta a las costas revoca la sentencia de primera instancia para que sean pagadas por igual entre las partes. Respecto a la abusividad de la cláusula cuestionada, considera que no genera un desequilibrio importante entre las partes, pues no limita el derecho del comprador a ser indemnizado de los daños y perjuicios en caso que la vendedora incumpliera el contrato. Tampoco considera la facultad moderadora de la pena convencional (art. 1154 CC) pues está prevista justamente para un incumplimiento parcial.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el señor V. El Alto Tribunal considera que la cláusula cuestionada no es abusiva, en cuanto que no comporta una indemnización desproporcionadamente alta. Lo anterior, ya que se comprobó que la indemnización resultante de la aplicación de la cláusula penal era proporcionada a la cuantía de los daños y perjuicios

realmente sufridos por la vendedora debido al incumplimiento del comprador.

NOTA.—Con su voto particular, los Excmos. Sres. Magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, D. Francisco Orduña Moreno y D. Sebastián Sastre Papiol discrepan, no en el sentido del fallo, sino en la fundamentación técnica del fallo sobre el carácter no abusivo de la cláusula discutida. En primer lugar, entienden que la diferencia de trato por medio de la cual la cláusula penal facilita al predisponente la fijación de la indemnización de daños y perjuicios, sin que el consumidor cuente con esa facilidad y deba acreditarlos, es de, por sí, relevante para apreciar el carácter abusivo de la cláusula. Por tanto, podría haber lugar al obviado supuesto normativo del artículo 87 TRLGDCU, *ab initio*, que conforme a lo dispuesto en el artículo 82. 4 c) TRLGDCU, sanciona el carácter abusivo de las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad del contrato, resultando contrario a la buena fe y en perjuicio del consumidor y usuario —en la misma línea STS de 16 de diciembre de 2009—. En segundo lugar, respecto a la cláusula general de abusividad (art. 82.1 y 3 TRLGDCU), consideran que hay una incorrecta metodología en cuanto que desnaturaliza la cláusula general, ya que extiende el control de contenido al plano de cumplimiento o ejecución del contrato en orden a meras hipótesis que el incumplimiento del contrato acarrea para las partes, así, la norma no permite decidir conforme a las características del caso concreto que se pongan en relieve (como la difícil estandarización del quebranto patrimonial entre uno y otro comprador). Por el contrario, el control de la cláusula general tiene por objeto el contraste del marco contractual predispuesto sin poder ser confundido o extendido al control de las consecuencias o hipótesis a las que pueda dar lugar, según el caso, el incumplimiento contractual de las partes —en este sentido, SSTJUE de 21 de febrero y 14 de marzo de 2013, en la que se destaca que se debe valorar la reglamentación contractual predispuesta en el momento de celebración del contrato—. Y, en tercer lugar, la metodología utilizada por el Alto Tribunal contradice la doctrina jurisprudencial de la STJUE de 16 de enero de 2004, en cuanto que la existencia de un desequilibrio importante con base en la lesión de derechos del consumidor, no solo debe valorarse desde su incidencia económica o patrimonial, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales. (I. V. B.)

8. Condición potestativa. Efectos: nulidad del contrato cuya existencia depende del cumplimiento de dicho tipo de condiciones.—El artículo 1115 CC, que encuentra su precedente en el artículo 1174 del *Code français*, responde a la idea de que es incompatible con el concepto de obligación que alguien se obligue condicionándolo a que quiera estarlo en un futuro, pues en tal caso, cuando el negocio se celebra no surge obligación alguna. De la misma manera el empleo de este tipo de condiciones impediría el nacimiento del vínculo contractual si es la génesis de éste lo que se somete al cumplimiento de tal condición. Por lo que dicho precepto no puede servir

para obtener un resultado que no es precisamente el previsto en la norma, de suerte que su aplicación no puede impedir que la vigencia de una promesa de venta no quede condicionada a la aprobación de un órgano de la sociedad dominante del grupo al que pertenece la promitente. Aún más, la cláusula en la que se establece una condición puramente potestativa puede carecer de seriedad, pero no de licitud –fuera del ámbito del derecho de consumo– y, en consecuencia, su utilización no conllevaría simplemente la depuración, sino precisamente la nulidad del contrato al que se había incorporado. **(STS de 7 de marzo de 2014; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.–La actora había mantenido tratos con la demandada, a través de un agente inmobiliario, para la compra de un local en una céntrica calle de Madrid perteneciente a la segunda. Acordadas las condiciones y precio, se incluyó una cláusula por la que la operación se sometía a la aprobación del órgano gestor de la sociedad matriz, propietaria de la sociedad demandada; aunque siempre se le advirtió a la adquirente que se trataba de un mero formalismo pues el consentimiento ya había sido otorgado. Se fijó de común acuerdo día y lugar para la firma de la correspondiente escritura, si bien días antes de tal fecha la demandada comunicó que sus supervisores habían denegado la autorización de manera que, según se había estipulado en las negociaciones, las mismas quedaban rotas y ambas partes liberadas de todo compromiso. La compradora demandó a la propietaria del local para que se declarase la existencia del contrato y se le condenara a elevar a público dicho acuerdo. La sociedad demandada se opuso alegando que todo lo que habían existido eran meros tratos preliminares. El Juzgado de Primera Instancia acogió la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y absolvió a la demandada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la actora. (*L. A. G. D.*)

9. Cláusula penal. Moderación judicial.–Conforme al artículo 1154 CC se establece que el juez podrá modificar la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. La jurisprudencia (entre otras, SSTS de 20 de junio de 2007 y 4 de mayo de 2011) ha interpretado que la moderación de la sanción convencional está sujeta a un cumplimiento defectuoso o parcial de la obligación que incorpora la cláusula penal. Lo anterior, responde, también en esta materia, a la idea de la «potencialidad normativa creadora de los contratantes» (art. 1255 CC) y su efecto vinculante (art. 1091 CC). Por tanto, no puede aplicarse la moderación del artículo 1154 CC cuando la cláusula penal está prevista para un incumplimiento parcial (STS de 14 de junio de 2006). Según la jurisprudencia citada, el Tribunal Supremo entiende que no se puede modificar la sanción convencional cuando el supuesto acaecido es el que está considerado en la cláusula penal, por tanto, la sanción convencional se podrá moderar solo en la medida que altere la hipótesis que se ha considerado para la misma (STS de 7 de mayo de 2012), por lo que no se podrá entrar a evaluar la indemnización cuando se ha declarado el incumplimiento total de la obligación que encierra la cláusula penal (STS de 21 de junio de 2013). **(STS de 18 de marzo de 2014; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—El señor A por medio de la sociedad F prestaba servicios de experto economista de empresas. El señor A y la sociedad F interponen demanda contra la señora S por la resolución de la relación contractual, sin concurrir en ninguna de las causas convenidas del contrato celebrado entre las partes, titulado «*prestación de servicios de asesoramiento patrimonial, empresarial y civil integral...*». En uno de los apartados del contrato se incorporó una cláusula penal, para estabilizar, en beneficio del prestador del contrato, el funcionamiento del contrato. La cláusula penal establecía que en caso que el cliente resuelva la relación contractual por su sola voluntad, sin que medie incumplimiento de la parte contraria, antes de la expiración del plazo o de las prórrogas del contrato, se deberá pagar cierta indemnización. Los demandantes consideran que la señora S incurre en el caso contemplado en la cláusula penal, por la resolución del contrato sin mediar ninguna causa convenida, razón por la que reclaman la totalidad de la pena concebida en la sanción convencional, más las facturas dejadas de pagar y las costas procesales.

En su sentencia de 27 de enero de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 59 de Madrid estima la demanda, en lo que respecta al reconocimiento de la totalidad de la indemnización concebida en la cláusula penal, junto con el resto de los pagos de las facturas pendientes por pagar.

En la sentencia de 19 de diciembre de 2011, la Audiencia Provincial de Madrid estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por S. Concluye que debe revocar parcialmente la resolución en el sentido de reducir a la mitad la indemnización fijada por la cláusula penal. Lo anterior, en cuanto que la Audiencia Provincial considera que debe reducir la cuantía de la sanción convencional por entender que el importe de la pena no se ajustaba a la realidad de los posibles daños y perjuicios.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el señor A y la sociedad F. El Alto Tribunal considera las pretensiones de la parte demandante, ya que S al decidir extinguir la relación contractual, por su sola voluntad, sin que hubiera mediado incumplimiento de la parte contraria y antes del plazo estipulado, incurre en el supuesto descrito, y vinculante, de la cláusula penal del contrato. Por tanto, el Tribunal Supremo no considera la moderación de la cláusula penal. (*I. V. B.*)

10. Concurso de acreedores. Calificación de culpable: fraude, exigible.—El fraude exigible para la calificación del concurso como culpable cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos, no proviene de su clandestinidad, que justificaría un alzamiento de bienes. El elemento de fraude en la salida de bienes o derechos en dicho caso, ha de relacionarse con el exigido en el artículo 1291.3 CC para la acción rescisoria por fraude. En este sentido, la jurisprudencia reciente considera que para que concurra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un *animus nocendi* (propósito de dañar o perjudicar) y sí únicamente la *scientia fraudis*, esto es, la conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio. Por tanto, para que con-

curra dicho fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo. Al ser éstas situaciones referidas al fuero interno del deudor, pueden resultar de hechos concluyentes que determinan necesariamente la existencia de ese elemento subjetivo, salvo que se prueben circunstancias excepcionales que lo excluyan. (STS de 27 de marzo de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Los administradores concursales de la entidad mercantil «S. C. N., S. L. U.» interpusieron demanda ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante solicitando se declare el concurso como culpable y se inhabilite a quien era el administrador único de la entidad en concurso don N. para la administración de bienes ajenos durante el periodo de dos años y se le condene a indemnizar los daños y perjuicios causados por su administración irregular. El Ministerio Fiscal se mostró conforme con las peticiones de la parte actora. La sentencia de instancia estimó parcialmente el recurso declarando el concurso como culpable y que el administrador único don N. tiene la condición de persona afectada por la calificación. Recurrida en apelación, la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Alicante, confirmó la resolución recurrida. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

11. Cesión de crédito. Formalidades.—El deudor, una vez conocida la cesión, sólo se libera pagando al nuevo acreedor. El Tribunal Supremo reitera su doctrina (SSTS de 19 de octubre de 1901, 4 de febrero de 1911, 21 de diciembre de 1925 y 5 de diciembre de 1940) acerca de la obligación de hacer constar en documento público la cesión de acciones o derechos (art. 1280.6.º CC), la cual se reduce a la recíproca facultad de compelerse mutuamente al otorgamiento del documento público en los términos del artículo 1279 CC, a pesar del empleo del tiempo verbal imperativo «deberán». La falta de constancia en escritura pública no afecta, por tanto, a la eficacia obligatoria de los contratos.

Consentimiento del deudor en la cesión de créditos.—Para transmitir el crédito, convertir al cesionario en acreedor y, en definitiva, para que tenga lugar la subrogación basta, conforme a los artículos 1203.3.º y 1209 CC, con que concurren los consentimientos de cedente y cesionario, sin necesidad de que el deudor cedido lo consienta, ni siquiera que lo conozca. Por esta razón, la finalidad de los artículos 1164 y 1527 CC no es otra que proteger al deudor de buena fe frente a la apariencia de titularidad del acreedor original y cedente.

Responsabilidad del tercero por complicidad en la infracción del derecho de crédito.—En contraposición con una interpretación del principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC), a cuyo tenor los contratos únicamente surten efectos entre las partes contratantes, en tanto que *res inter alios acta*, sin generar deber alguno de conducta para los terceros, el Tribunal Supremo considera que para éstos existe siempre un deber de respeto del derecho de crédito ajeno, derivado del principio *neminem laedere*, de tal suerte que de la vulneración, dolosa o negligente, de este deber por parte de terceros nace la obligación de indemnizar (art. 1902 CC). En caso de dolo se agrava, además, el deber de indemnizar abarcando todas las consecuencias dañosas

de su actuación (art. 1107 II CC). Esta doctrina, extrapolada a una cesión del derecho de crédito, concede al acreedor lesionado la posibilidad de actuar no sólo contra el deudor que incumple su obligación de pago, sino también frente a los propios terceros. En estos casos, la responsabilidad entre deudor y tercero tiene carácter solidario (art. 1.137 CC), sin que la falta de vinculación contractual del tercero con el acreedor sea óbice para confeccionar la situación de solidaridad entre ellos.

Compatibilidad entre interés legal y lucro cesante.—Consistiendo la prestación debida en la entrega de un bien inmueble y deviniendo la prestación original *in natura* imposible por la venta de la cosa a un tercero de buena fe, sólo procede el devengo de intereses legales —superpuestos con la indemnización por lucro cesante— a partir del momento en que dicha prestación se hace imposible y se produce su transformación en el equivalente pecuniario, no antes. (STS de 5 de febrero de 2014; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La sociedad A, propietaria de una parcela, celebró con la sociedad B un contrato de permuta de solar por obra futura, conforme al cual B se obligaba a construir a su costa un edificio sobre la parcela y entregárselo a A en el plazo de 4 años.

Durante ese periodo, la sociedad C se subroga en los derechos y obligaciones de B para con el contrato de permuta, adquiriendo la parcela en cuestión y asumiendo, en consecuencia, las obligaciones resultantes de la permuta pactada, a lo que A da su conformidad. Posteriormente la sociedad A otorga un documento, en el que interviene C, y en cuya virtud A acepta que C —adjudicataria final del acuerdo de permuta— negocie con 3 de los socios de A, a fin de que C les entregue la parte proporcional de metros cuadrados permutados correspondientes a su participación en la sociedad A y que resultó ser del 32,74% del total de la permuta.

Unos días después, la Junta General Extraordinaria y Universal de A acuerda, por unanimidad, adquirir las acciones de los 3 socios antedichos, autorizando a C para que les entregue, como pago en especie de las mismas, determinadas unidades de obra relativas a la permuta (viviendas, locales y plazas de garaje). En esta misma Junta se acuerda facultar a otros 2 socios de A —distintos de los 3 socios vendedores— para que, de manera indistinta, comparezcan ante notario y eleven a público estos acuerdos otorgando para ello las escrituras públicas correspondientes.

Ante el incumplimiento de las obligaciones mencionadas por parte de los 2 socios, que permanecen en la sociedad A, los otros 3 interponen demanda frente a aquéllos, así como frente a las sociedades A y C, solicitando que se condene a los demandados a entregarles las unidades de obra pertinentes, que se les indemnice en el lucro cesante y que, subsidiariamente y para el caso en que no fuera posible la entrega, se les indemnice por el valor de mercado de los inmuebles. Meses después, la sociedad C entrega a A la *totalidad* de las unidades de obra, que habían sido objeto de permuta, incluidas las que correspondían a los 3 antiguos socios demandantes. A los pocos días de contestar a la demanda, las viviendas que debían entregarse a los 3 socios son enajenadas a terceros de buena fe por la sociedad A.

Con fecha 9 de diciembre de 2009, el Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid dicta sentencia, por la que estima parcialmente las pretensiones de los 3 socios demandantes condenando a la sociedad A de tal suerte que, al haberse enajenado los inmuebles a terceros de buena fe, sustituye la entrega por una indemnización equivalente al valor de mercado de los bienes y a los intereses legales desde la fecha en que se requirió el cumplimiento en la entrega. La sentencia absuelve al resto de demandados (sociedad C y los 2 socios de A). Esta resolución es recurrida en apelación por los demandantes y por A y C. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a) dicta sentencia el 21 de noviembre de 2011, que revoca la resolución recurrida en el sentido de que estima parcialmente el recurso de apelación de los demandantes y desestima los recursos de los demandados, condenando a *todos los demandados* a pagar solidariamente una indemnización en concepto de daño emergente, más el interés legal devengado desde el mismo momento antes referido, más el lucro cesante. Contra esta sentencia recurren en casación la sociedad C, así como los 2 socios demandados de la sociedad A.

El Tribunal Supremo termina desestimando parcialmente el recurso al entender que se produjo una cesión de crédito –por las unidades de obra citadas– de la sociedad A, a favor de los 3 socios demandantes, la cual C conoció y consintió, debiendo haber entregado los mismos a los 3 socios y no a la sociedad A; y no siendo, de modo alguno, relevante que la sociedad C consintiera esta cesión. A su vez, se condena solidariamente a los 2 socios de A (anterior acreedora y cedente de parte del crédito) al entender que, en lugar de realizar todas las actuaciones precisas para lograr la plena eficacia del acuerdo novatorio, actuaron en connivencia dolosa para impedir su cumplimiento, en lo que constituye una infracción del *neminem laedere*. Sin embargo, respecto a la condena al pago de intereses legales sobre el equivalente pecuniario a la prestación debida junto con el lucro cesante de los arriendos que los demandantes podían haber concertado sobre los inmuebles, el Tribunal Supremo considera que el devengo de intereses sólo procede a partir del momento de la venta a terceros de buena fe de los inmuebles y no desde la fecha en que se requirió el cumplimiento en la entrega. (A. I. R. A.)

12. Cumplimiento de las obligaciones que nacen de los contratos.–

Pactándose en un contrato de compraventa de bienes inmuebles (locales) que la *traditio* tiene lugar con la entrega de llaves el día de la elevación a público de la compraventa, pero facultándose a la parte compradora para visitar, entretanto, los locales en las ocasiones en que sea necesario, previo aviso y con autorización de la vendedora, al objeto de transformar aquéllos en viviendas para su posterior venta, la Sala Primera del Tribunal Supremo declara que esta posesión previa no es nunca en concepto de dueño y no produce efecto adquisitivo alguno.

Contrato de compraventa con opción de cesión.–No tiene lugar la instrumentalización de la cesión de un contrato de compraventa a favor de tercero, permitida por el propio contrato, cuando a la fecha estipulada el comprador no adquiere el bien y, meses más tarde, el vendedor enajena el objeto del

contrato a terceros, contando con el consentimiento y sin oposición del comprador. En estos casos no puede entenderse que se ha producido una cesión presunta del contrato, de acuerdo con los requisitos y alcance de esta figura.

Relación negocial subyacente de intermediación en compraventa con opción de cesión. Actos propios.—Cuando el vendedor, en el marco de un contrato de compraventa con opción de cesión, vende directamente a tercero el bien objeto del contrato, teniendo en cuenta el propósito del comprador de revender el bien transformado y actuando en la gestión con la aprobación del comprador; lo que subyace realmente es una relación de intermediación. Esta relación se desprende de las conductas de las partes, concretamente de los actos anteriores, coetáneos y posteriores a la celebración del contrato (art. 1282 CC), al igual que de los actos propios del vendedor.

Doctrina de la equivalencia de resultados.—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (SSTS de 7 de diciembre de 2006, 12 de noviembre de 2007, 15 de junio de 2010, 12 de mayo de 2011 y 11 de junio de 2013, entre otras) que para estimar el recurso de casación no basta con que la argumentación recurrida sea rechazada, si el resultado a que dicha argumentación ha llegado es apropiado. (**STS de 14 de febrero de 2014**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—C (comprador) celebra con V (vendedor) un contrato denominado como de promesa bilateral de compraventa de dos locales (a transformar en viviendas para su posterior venta). El contrato contemplaba una cláusula de arras penitenciales (art. 1454 CC), en cuya virtud C entregó a cuenta 60.000 euros. El contrato facultaba también a C para que, en cualquier momento, pudiera ceder o enajenar a favor de terceros los derechos y condiciones del mismo, sin que ello alterase al precio pactado. En otra de las cláusulas y pese al expreso pacto de que la entrega acaecería el día de la firma de la escritura con la entrega de llaves, se facultaba a C para visitar la finca objeto de la compraventa en aquellas ocasiones en que fuera necesario, avisando con anterioridad y previa autorización de V. El contrato fue objeto de determinadas prórrogas y llegada la fecha de vencimiento de la última de ellas, C no compra los locales. Meses más tarde V procede directamente a la venta de los locales a un tercero, lo cual se efectúa en presencia en la notaría de C y sin oposición de ésta.

C interpone demanda solicitando que V le entregase las cantidades entregadas a cuenta de la compraventa, que finalmente no se concluyó, más la diferencia entre el precio de venta pactado entre C y V y el precio obtenido por V en la venta a terceros, esto es, el lucro que buscaba experimentar con la reventa. V interesa, por vía reconvenicional, la resolución contractual y el derecho a quedarse con las arras. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Sabadell dictó sentencia con fecha de 23 de octubre de 2009, estimando parcialmente la demanda y condenando a V a reintegrar a C las cantidades entregadas a cuenta del precio de compraventa, que no se llegó a realizar. Estima el Juzgado parcialmente, a su vez, la demanda reconvenicional en el sentido de que V puede hacer suyas las arras penitenciales al haber incumplido C con su obligación de compra. El Juzgado entendió que no existía ningún contrato de cesión de derechos de C a favor de los terceros compradores ni

tampoco ningún contrato que recoja que la diferencia reclamada por C le debía ser entregada. C interpone recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, que dicta sentencia el 24 de marzo de 2011 estimando parcialmente el recurso de apelación al entender que el contrato de compraventa inicial había sido perfeccionado con transmisión de la propiedad, por lo que la que, realmente había vendido los inmuebles a los terceros había sido C y no V. De este modo, la Audiencia considera que no cabe hablar de cesión de contrato sino de una verdadera compraventa en la que C, como propietaria, era la vendedora real de los inmuebles a los terceros. Por tanto, C tiene derecho, según la Audiencia, a la diferencia mencionada.

Contra la sentencia de la Audiencia interpone V recurso de casación, el cual es desestimado por el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal, pese a considerar que en modo alguno C había adquirido la propiedad, confirma el resultado del fallo de la Audiencia con base en la doctrina de la equivalencia de resultados, porque V no podía desconocer, conforme a la base negocial de lo pactado y la buena fe, el propósito de C de revender los locales transformados como viviendas, ni tampoco sus actos propios en la medida en que intermedió para la realización de la venta a terceros.

NOTA.—La doctrina del Tribunal Supremo acerca del negocio jurídico de cesión de contrato, así como la diferenciación de éste con otras figuras próximas, como el contrato en favor de tercero y la cesión de crédito, se contiene en la STS de 25 de febrero de 2013 (FD.º 2), de la que fue ponente, al igual que en la presente sentencia, el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. (A. I. R. A.)

13. Arrendamiento de obra. Acción del subcontratista *ex artículo 1597 CC: interpretación jurisprudencial.*—La jurisprudencia concibe el artículo 1597 CC como una acción directa, que se puede ejercer contra el comitente o contra el contratista o subcontratista anterior, y asimismo frente a todos ellos simultáneamente, al estar afectados y obligados en la relación contractual instaurada, que de esta manera se proyecta al comitente y, en tal caso, la responsabilidad de éste y del contratista es solidaria. No es una acción sustitutiva, por lo que cabe ejercitarla sin reclamación previa o simultánea al contratista, al que basta con haber constituido en mora, sin haber hecho excusión de sus bienes ni de haberse declarado en insolvencia.

Crédito documentario: significado y contenido; desvinculación del contrato a cuya financiación sirve. Eficacia extintiva de la obligación: solo si así se ha pactado.—El crédito documentario es una figura atípica que se caracteriza por ser un convenio por virtud del cual el banco emisor, obrando por solicitud de su cliente, como ordenante del crédito, se obliga a hacer un pago a un tercero beneficiario, o a autorizar otro banco para que efectúe tal pago, pero siempre contra la entrega de los documentos exigidos, y cumpliendo rigurosamente los términos y condiciones de crédito. La relaciones contractuales en juego permanecen independientes y sin confundirse entre sí, pues un deriva del contrato de obra (cuyo importe final no estaba satisfecho cuando el subcontratista reclama), y otra es la que resulta del crédito documentario, que se establece exclusivamente entre el banco y el beneficiario.

Esta suerte de negocio jurídico no produce la extinción de la obligación como si fuese el pago (art. 1.156 del CC), salvo que se haya pactado, sino que a través de él se garantiza el exacto cumplimiento del pago del precio, el cual se efectúa por el banco, cuando se presenten los documentos que acrediten que la prestación se ha efectuado correctamente por el beneficiario. (STS de 13 de marzo de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—El subcontratista de una obra reclama al dueño el importe de los servicios de equipamiento y tuberías realizados en la ejecución de una planta de producción de biodiésel. En el contrato de obra, el comitente y el contratista habían pactado que el abono del precio se realizara mediante crédito documentario irrevocable diferido a tres meses desde la firma del certificado de aceptación provisional de la obra. No consta que el crédito documentario hubiese sido convenido con efecto de pago desde el momento de su emisión. A falta de pago del contratista por la parte subcontratada, el subcontratista demanda al dueño de la obra. El Juzgado de Instancia y la Audiencia Provincial estiman la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—No existe en nuestro ordenamiento jurídico disposiciones específicas que regulen el crédito documentario. En el ámbito internacional, la Cámara de Comercio Internacional ha elaborado una recopilación de usos y prácticas que se conocen como las «Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos Documentarios» (su última revisión es de 2007). Dichas reglas pueden formar parte del contrato de crédito documentario si las partes estipulan su aplicación (STS de 20 de mayo de 2008). (C. O. M.)

14. La entrega de efectos cambiarios por el dueño de la obra o comitente al contratista. La cesión de créditos y su transcendencia en la aplicación del artículo 1597 CC.—Citando sus sentencias de 6 de junio de 2000 y de 31 de enero de 2002, el Tribunal Supremo afirma que el artículo 1597 CC concede acción directa al tercero que ha puesto su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista frente al dueño de la obra, pero la razón de ser de esta norma hacen que alcance también a los contratistas anteriores. Por ello, si el dueño de la obra celebra contrato de obra con un contratista, éste subcontrata y éste a otro, etc., cualquiera de los subcontratistas tiene la acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente al subcontratista anterior. La cesión a un tercero, por parte del contratista, del crédito que éste tenía frente al comitente o dueño de la obra es inoponible frente al subcontratista, en tanto no se haya producido el efectivo pago del mismo. El régimen del artículo 1597 CC presenta un carácter excepcional que impide oponer frente al titular de la acción directa la cesión a un tercero del crédito del contratista frente al dueño de la obra o comitente. El régimen previsto en esta norma es una excepción no sólo al principio general de relatividad de los contratos, sino también a los efectos ordinarios de las cesiones de crédito. La cesión de créditos no afecta al subcontratista. De no reconocerse esta inmunidad frente a la cesión de créditos, el régimen excepcional de esta norma quedaría en la práctica desactivado, habida cuenta de la habitualidad de la cesión de créditos como mecanismo de financiación, dejando sin protección a acreedores situados por lo general en

una posición contractual débil a la hora de exigir garantías que aseguren la realización de sus créditos. Cuando el legislador ha querido dejar sin efecto, frente a la cesión de crédito, el régimen excepcional del artículo 1597 CC en determinadas parcelas de la contratación, lo ha hecho expresamente. Mientras que el contratista y el dueño de la obra tienen ordinariamente fortaleza en su posición contractual, el subcontratista se encuentra en una posición más débil que le impide exigir anticipadamente garantías de satisfacción del crédito que resulte de la aportación de trabajo y materiales, por lo que sólo dispone para satisfacer su crédito, como garantía adicional a la responsabilidad patrimonial del contratista, del régimen excepcional de la acción directa del artículo 1957 CC.

Efectos del concurso sobre la acción del artículo 1597 CC ejercitada antes de su declaración.—El nuevo artículo 51 bis LC, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, conforme al cual «declarado el concurso y hasta su conclusión, quedarán en suspenso los procedimientos iniciados con anterioridad en los que se hubiera ejercitado la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 CC», no es aplicable a concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor de esta ley, conforme a la disposición novena de la referida Ley 38/2011. **(STS de 16 de abril de 2014;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La demandante, Obras L, S. L., realizó trabajos subcontratados por la entidad DT, S. L. relativos a la Exposición Universal de Zaragoza. DT había sido subcontratada por MA, S. A., mediante dos contratos. Esta última, a su vez, había recibido el encargo de realización de las obras por parte de Expo Agua Zaragoza. Ante el impago de DT a Obras L, ésta dirigió requerimiento formal de pago a MA, a efectos del ejercicio de la acción directa del artículo 1957 CC. DT reconoció deber la cantidad requerida, haciendo cesión a Obras L del crédito que ostentaba contra MA para que ésta pagara directamente a Obras L esa suma. MA, alegando varios incumplimientos de DT, remitió comunicación resolviendo los contratos que la unían a ésta. Con posterioridad a la demanda que dio origen al proceso, DT presentó demanda de concurso voluntario, que fue declarado. En dicho proceso se dictó sentencia por la que se resolvieron formalmente los contratos entre MA y DT y se determinó el saldo pendiente de liquidar a DT.

En la demanda de origen del proceso, la demandante, Obras L, reclamó de DT la cantidad total de la deuda, que reclamó asimismo a MA, mediante la acción prevista en el artículo 1957 CC. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Por su parte, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de MA y redujo el crédito de DT frente a MA, a efectos del ejercicio de la acción directa por Obras L, en el importe de 25 pagarés librados antes del requerimiento extrajudicial de pago formulado por Obras L a MA, pese a que su vencimiento era posterior a esa fecha, al considerar que esos pagarés se habían entregado a DT y fueron pagados a sus tenedores a su vencimiento, de manera que el pago hecho al legítimo tenedor del título liberó la deuda del firmante con el tenedor.

Obras L interpone recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, que son estimados. El Tribunal Supremo anula la sentencia de instancia y desestima el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, que queda confirmada.

NOTA.—Los Excmos. Sres. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel y D. Sebastián Sastre Papiol formularon voto particular. Entienden que el artículo 1597 CC no era aplicable al caso. Este precepto responde a la voluntad del legislador de conceder a determinados acreedores la facultad de dirigirse directamente contra el deudor de su deudor para obtener la satisfacción del crédito de que es titular. Esta norma presupone que el dueño de la obra, contra quien se dirige la acción directa, no es el sujeto pasivo del crédito de quien la ejercita contra él. Este precepto carecería de utilidad si el contratista hubiera cedido al subcontratista el crédito de que era titular contra el dueño de la obra, pues en este último caso las normas aplicables serían las que regulan la cesión de créditos. Entienden que solamente sería aplicable el artículo 1597 CC si la cesión de crédito convenida entre la contratista y la demandante hubiera sido ineficaz. Por otra parte, los Magistrados firmantes del voto particular sostienen que, dado que no consta que MA debiera a DT lo que en la demanda se le reclama, falta uno de los requisitos necesario para el éxito de la acción directa que regula este precepto. (*G. M. A.*)

15. Responsabilidad profesional del abogado: sobreseimiento penal: inundación catastrófica del campamento de Biescas en 1996: admisión de responsabilidad patrimonial de la Administración: retraso de más de un año en informar a los clientes: prescripción de la acción en vía contencioso-administrativa.—El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre una acción de responsabilidad civil promovida por los hoy recurrentes contra su letrado y la aseguradora de este por actuación negligente del primero en la defensa de los intereses de los demandantes en la obtención de las indemnizaciones que les hubieran podido corresponder por fallecimiento de sus respectivos familiares (cónyuge e hija de cada uno) en el siniestro del camping «Las Nieves» de Biescas (7 de agosto de 1996), siendo el perjuicio que se invoca, y el origen de los daños materiales y morales que se reclaman, la prescripción de la acción para reclamar responsabilidad patrimonial de la Administración. Los demandantes habían contratado al abogado demandado, quien se hizo cargo de su dirección en las diligencias previas seguidas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jaca. Estas actuaciones fueron sobreseídas provisionalmente y archivadas por auto de 4 de octubre de 1999, reservándose a los perjudicados el ejercicio de las acciones en vía civil o contencioso-administrativa. El recurso contra el auto de archivo y sobreseimiento fue desestimado por auto de 14 de julio de 2000 de la Audiencia Provincial de Huesca, notificado a la procuradora de los demandantes el 17 de julio de 2000. Después de transcurrido el plazo de prescripción de un año para reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración, el abogado demandado comunicó a los demandantes el cambio de tramitación de las actuaciones y les indicó que por no ser especialista en la jurisdicción contencioso-administrativa, no continuaría con el caso, recomendando a otro abogado a quien remitió la documentación el 8 de marzo de 2002. El 2 de diciembre de 2005 la Sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional dictó sentencia reconociendo la indemnización correspondiente a

quienes habían ejercitado oportunamente la acción. Los demandantes alegaron que el daño material coincidía con la pérdida de oportunidad procesal, por la imposibilidad de obtener una indemnización por el fallecimiento de sus familiares similar a la reconocida en dicha sentencia a los que habían reclamado a tiempo; y el daño moral, añadido al anterior, por tener que soportar cómo otros perjudicados sí eran indemnizados, tras diez años de espera, y empezaban a cobrar las indemnizaciones judicialmente reconocidas. La reclamación de los perjudicados fue desestimada en ambas instancias. Durante la tramitación de este recurso los recurrentes aportaron copia de la STS de 27 de enero de 2012, de la Sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional, desestimando el recurso administrativo de los aquí recurrentes y confirmando la resolución del Ministerio del Medio Ambiente, desestimatoria por prescripción de la reclamación administrativa.

El deber de defensa es obligación de medios, no de resultado.—Es doctrina jurisprudencial que el juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas, o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador. Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe resultar probado, se ha producido —siempre que no concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto de la actuación judicial no susceptible de ser corregida por medios procesales— una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte, suficiente para ser configurada como un dato que deba ser resarcido en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 CC.

Estimación del recurso.—Esta Sala considera que el recurso debe ser estimado. Desde un principio los ahora recurrentes vienen solicitando de su letrado que se haga responsable y les indemnice del daño consistente en haber perdido la oportunidad de obtener la indemnización a que podrían haber tenido derecho, como otros perjudicados por el siniestro de Biescas, si no hubiera dejado de transcurrir negligentemente el plazo de prescripción anual del artículo 142.5 de la Ley 39/1992. Es decir, reclaman por un daño de contenido patrimonial en tanto que la acción frustrada por la prescripción tenía por finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico. No se comparte el razonamiento de la Audiencia Provincial y se entiende que las circunstancias fácticas del caso enjuiciado, y en particular las referida a la conducta del letrado demandado una vez se notificó al procurador la resolución firme de sobreseimiento de las actuaciones penales, en cuanto integran un incumplimiento de sus deberes contractuales conducen a declarar su responsabilidad e imputarle las consecuencias dañosas que para los demandantes ha supuesto el hecho mismo de no haber obtenido indemnización cuando sí la obtuvieron los perjudicados que en su día reclamaron a tiempo en vía administrativa. El letrado demandado vulneró las reglas de su profesión al incumplir la obligación de informar a su cliente, no advirtiéndole a tiempo de la notificación hecha al procurador ni de su contenido, privándole en definitiva del conocimiento del cierre del proceso penal y de la posibilidad de encau-

zar desde ese instante su reclamación por otras vías, en particular la consistente en la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración, como hicieron los demás perjudicados.

Obligación de informar a su cliente.—Es un hecho probado que debe respetarse en casación que, pese a que la firmeza del sobreseimiento provisional y archivo de las diligencias previas se produjo por el auto de la Audiencia Provincial de 14 de julio de 2000, notificado al procurador el día 17, sin embargo, los demandantes no tuvieron conocimiento de la conclusión de las diligencias penales hasta el año 2002, cuando los documentos se remitieron al letrado especialista (8 de marzo de 2002). En esta tesitura no se justifica la absolución del letrado por la circunstancia de que al tiempo de formularse la demanda fuera posible discutir, con apoyo en criterios doctrinales razonables, sobre si la acción se encontraba o no prescrita por el transcurso del plazo anual, ni tampoco es decisivo el que los demandantes formularan, pese a todo, reclamación contra la Administración por responsabilidad patrimonial. Lo determinante, a efectos de apreciar la responsabilidad civil contractual que se interesa, es la falta de diligencia del letrado, que al no comunicar puntualmente a sus clientes el estado de las actuaciones penales dio lugar a que estos se vieran privados de la oportunidad de reclamar y, así, perdieran la oportunidad de obtener, ya en 2005, la indemnización a la que tuvieron derecho, la cual sí percibieron en esa fecha los perjudicados por el mismo siniestro que habían reclamado en su momento. La actuación del letrado, contraria a sus deberes profesionales y a su obligación de medios, ha supuesto una disminución notable y cierta de las posibilidades de éxito, de entidad bastante para ser configurada como un daño resarcible.

Dies a quo del plazo prescriptivo: negligencia del abogado.—Notificado al procurador de los hoy recurrentes el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones penales, era un indiscutible deber profesional del abogado demandado informar inmediatamente a sus clientes aunque solo fuera para indicarles, ya en ese momento, que debían consultar con otro abogado para empezar una vía de reclamación diferente o, cuando menos, para que interesaran del órgano jurisdiccional penal una notificación personal del sobreseimiento y archivo. Por el contrario, lo que en ningún caso era compatible con las reglas de la profesión de abogado fue la inactividad durante más de un año, manteniendo a sus clientes en la ignorancia de la terminación de las actuaciones penales y, una vez pasado ese tiempo, derivarles hacia otro abogado para plantear en vía administrativa una reclamación de resultado altamente incierto, debido al transcurso de tiempo, cuando, de haber actuado el abogado diligentemente, tal incertidumbre no se habría planteado en absoluto. En suma, entender que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración no ha comenzado porque, conforme al artículo 160 LECRIM, el sobreseimiento provisional y archivo todavía no se ha notificado personalmente a los hoy recurrentes, o bien que la manifiesta omisión del letrado demandado solo puede generar un daño cuando se hayan agotado todas las vías jurídicas imaginables de resarcimiento del daño original, por inciertas que sean, raya en la más absoluta desprotección de quienes, creyéndose perjudicados, contratan a un abogado precisamente para que les oriente y dirija en sus pretensiones de indemnización y en las vías jurídicas más idóneas para satisfacerlas, por lo que tienen razón los recurrentes cuando alegan que, con la resolución de la sentencia recurrida, se les priva del derecho a la tutela judicial efectiva. La realidad es que los recurrentes han perdido cualquier oportunidad de ver atendida su reclamación, oportunidad

cierta a la vista del resultado de las reclamaciones de otros perjudicados en sus mismas circunstancias, y que la causa de esta pérdida ha sido siempre la misma, la falta de diligencia del abogado demandado, al no advertirles que disponían de un año para reclamar. La sentencia recurrida infringe el artículo 1544 CC y la jurisprudencia que lo interpreta en su aplicación a los servicios profesionales del abogado, y no tiene en cuenta que el artículo 42.1 del Estatuto General de la Abogacía impone el deber de *máximo celo y diligencia* en el cumplimiento de la misión de defensa encomendada, que el artículo 13.9, e), del Código Deontológico adaptado a dicho Estatuto, impone al Abogado la obligación de poner en conocimiento del cliente la evolución del asunto encomendado y esta misma obligación la impone el artículo 3.1.2 del Código Deontológico de la Abogacía Europea.

Cuantía de las indemnizaciones: asunción de la instancia y no devolución de actuaciones.—Procediendo casar en todo la sentencia recurrida, esta Sala debe asumir la instancia para fijar la cuantía de las indemnizaciones y resolver sobre la cobertura de la responsabilidad del abogado demandado por la aseguradora codemandada. En el presente caso la devolución de actuaciones al Tribunal sentenciador pugnaría con el derecho de los demandantes a la tutela judicial efectiva si se atiende a la fecha del siniestro del camping (1996), a la del sobreseimiento y archivo penal (14 de julio de 2000) y a la interposición de la demanda contra el abogado (13 de diciembre de 2006). De ahí que al existir elementos bastantes en las actuaciones, procede resolver ambas cuestiones.

Cuantía de las indemnizaciones.—La cuantía de las indemnizaciones por daño patrimonial ha de ser la reclamada en la demanda (360.607,26 euros) para cada demandante, por coincidir con la que, con toda seguridad, habrían obtenido si, debidamente aconsejado por el abogado demandado, hubieran formulado a tiempo reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración, como sucedió con los perjudicados por el mismo siniestro que sufrieron el mismo daño que los hoy demandantes. En cuanto a la cantidad de 60.000 euros por daño moral para cada demandante, se considera adecuada y razonable para compensar la zozobra e incertidumbre provocadas por la negligencia de su abogado, viéndose abocados a emprender actuaciones de resultado altamente incierto, mientras quienes se encontraban en su misma situación de perjudicados por el siniestro del camping obtenían sentencia favorable del orden jurisdiccional contencioso-administrativo a finales del año 2005. Todas las sumas devengarán, conforme al artículo 1108 CC, el interés legal desde la interposición de la demanda.

Responsabilidad de la aseguradora: acción directa del perjudicado.—Es doctrina reiterada que la autonomía del derecho del perjudicado tiene marcado sus límites por la ley y por el propio contrato de seguro. Es decir, aunque el artículo 76 LCS reconoce al perjudicado una acción directa contra el asegurador que convierte a este en responsable solidario junto al asegurado, pudiendo ser demandados ambos conjunta o individualmente por aquel, dicha solidaridad tiene particulares características y límites, pues el artículo 73 LCS preceptúa que el asegurador responde dentro de los límites del contrato y de la ley, con lo que existe una frontera ineludible para la acción directa. Esta singularidad se traduce en que el derecho propio del perjudicado no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño. De forma que el tercero perjudicado, cuando el causante está asegurado, tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones que no se confunden, la del asegurado (que

nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76 LCS que dispone que el asegurador no puede oponer frente al perjudicado las excepciones personales, pero según se deduce del artículo 73 sí puede oponer los términos objetivos de la cobertura del contrato, que cabe entender que sí resulta oponible una delimitación temporal de cobertura, correspondiendo a los tribunales fijar no solo el periodo de tiempo afectado sino las circunstancias y modalidades que configuran el siniestro. Esta Sala, en línea con la postura mantenida por una destacada doctrina científica, ha declarado (STS de 3 de julio de 2009) que la deuda de indemnización nace de manera inmediata cuando se verifica el hecho dañoso del que deriva, pues el patrimonio del asegurado se ve gravado por el adeudo generado por aquel y surge el débito de responsabilidad, por lo cual ha de concluirse que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil coincide con el nacimiento de la deuda generada por el hecho dañoso.

Cláusulas de delimitación temporal o *claims made*.—Las cláusulas de delimitación temporal o *claims made*, que buscan desplazar la deuda de responsabilidad al momento en que se produce la reclamación, al margen del seguro vigente al producirse el siniestro, han sido aceptadas por la jurisprudencia únicamente en tanto fueran en beneficio y no perjudicarán los derechos del asegurado o perjudicado, reputándose como lesivas en caso contrario (SSTS de 20 de marzo de 1991 y 23 de abril de 1992). Y esta consideración no ha variado tras la reforma introducida por Ley 30/1995, de 8 de noviembre, pues según declara la STS de 14 de julio de 2003, la adición de un segundo párrafo al artículo 73 LCS por la DA 6.^a, 5 de la citada Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados de 1995, solo demuestra que para la ley las cláusulas en cuestión tienen hoy el carácter de limitativa de los derechos de los asegurados. En aplicación de esta doctrina procede declarar responsable a la aseguradora demandada.

La aseguradora considera que existían dos pólizas, una colectiva en vigor el 31 de diciembre de 2005, suscrita con el Colegio de Abogados de Tarragona para dar cobertura a la responsabilidad civil de sus abogados, siendo el demandado uno de los colegiados en ejercicio en dicha provincia; y otra individual, en vigor el 2 de febrero de 2006 hasta el 2 de febrero de 2007, suscrita por el propio letrado y que servía de complemento cuantitativo de la primera (de tal manera que la colectiva cubría los 300.000 euros, importe de la franquicia de la póliza individual, y esta segunda cubría desde esa suma y hasta la máxima asegurada de 600.000 euros). La aseguradora demandada insiste en que ninguna de ellas cubría el riesgo por el que se reclama al acaecer con anterioridad a su fecha de efecto y ser el asegurado plenamente conecedor de dicha circunstancia. Pero esta Sala no comparte la exclusión de cobertura alegada. En ambos casos, del tenor literal de la cláusula de delimitación temporal de cobertura se desprende que el hecho de que la negligencia origen de la responsabilidad fuera anterior a la vigencia de la póliza no determina la exclusión de cobertura, a menos que se pruebe que el asegurado tuvo conocimiento previo de la reclamación o incidencia mediante notificación del perjudicado al asegurado en cualquier forma, incluso mediante una simple declaración de intenciones. Es decir, la falta de cobertura no se hace depender del momento en que se produjeran los daños, pues quedan cubiertos con independencia de su fecha de producción, sino de que la reclamación se hiciera dentro de la vigencia del seguro, a menos que el asegurado fuera

conocedor no del hecho, sino de la reclamación. Como se ha razonado anteriormente, son plenamente válidas las estipulaciones en virtud de las cuales se determina que el hecho causante del daño que origina su resarcimiento sea cubierto no por el seguro que estuviera en vigor cuando se produjo dicho hecho, sino por el seguro o póliza que lo estuviera cuando se produjo la reclamación, siempre y en todo caso que dichas estipulaciones se interpreten en beneficio del asegurado/perjudicado y no en su contra. En el presente caso la demanda se presentó el 13 de diciembre de 2006 y la póliza individual finalizaba el 2 de febrero de 2007; y contrariamente a lo que sostiene la aseguradora no puede considerarse probado que el letrado demandado fuera ya conocedor de que iba a exigírsele responsabilidad con anterioridad a la fecha de las respectivas pólizas dado que lo único que se ha podido acreditar es que no fue hasta el 8 de marzo de 2002 cuando remitió la documentación a su compañero, lo que no equivale a concluir que ya tuviera conocimiento de hecho de que sus clientes le fueran a demandar o a requerir extrajudicialmente el importe del perjuicio que consideraban irrogado por su mala praxis, razonamiento que corrobora el documento 8 de la demanda que sitúa en el 30 de octubre de 2006 la comunicación por la que se le anunciaba que se le iba a exigir responsabilidad civil por incumplimiento del contrato de arrendamiento de servicios.

Franquicia.—Constituye doctrina de esta Sala que también constituye una excepción oponible al perjudicado (SSTS de 27 de junio y 12 de septiembre de 2013). Ahora bien el argumento opuesto con carácter subsidiario por la aseguradora en el sentido de que los primeros 300.506 euros sólo pueden estar cubiertos por el seguro colectivo y no por el individual, que cubriría sólo a partir de esa cantidad —constituida por la franquicia— y hasta la suma asegurada por siniestro y año, no se sostiene desde el momento en que el siniestro ha quedado cubierto también por la póliza colectiva pues su cobertura no dependía de la fecha en que se produjeron los hechos origen del daño de que es fuente de responsabilidad civil sino de que su reclamación se realizó durante la vigencia de ambas pólizas, como así fue. En cualquier caso conviene advertir que no es coherente con la lógica del seguro de responsabilidad civil que, amparado un abogado por el seguro colectivo contratado por su colegio profesional y por un seguro individual costeado por el propio abogado para protegerse de posibles reclamaciones hasta donde no le protegiera el seguro colectivo, la compañía de seguros oponga que ni uno ni otro protegían de nada al abogado, como si el pago de las primas de ambos seguros no dependiera de la aleatoriedad inherente a su naturaleza sino a la inexistencia de riesgo alguno que asegurar. **(STS de 20 de mayo de 2014; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Extensa y minuciosamente argumentada —con indudable finalidad pedagógica—, esta sentencia de la Sala 1.^a viene a poner punto final a todas las reclamaciones judiciales pendientes derivadas del luctuoso hecho ocurrido en el verano de 1996, en el camping de Biescas (Huesca), con amplias repercusiones nacionales dado el elevado número de víctimas y los numerosos informes periciales que se adjuntaron a las diversos procesos penales, civiles y contencioso-administrativos que se vieron obligadas a interponer las víctimas, hasta lograr ser indemnizados (a partir de 2005) con base en una resolución de la Audiencia Nacional. Parece ser que los demandantes del proceso resuelto por esta Sentencia eran los úni-

cos perjudicados que, –según sus alegaciones reiteradamente rechazadas en ambas instancias–, por culpa del letrado que habían designado, no habían sido indemnizados. Cabe recordar que, en general, las reclamaciones de los clientes que se han sentido perjudicados por la actuación de sus abogados (o procuradores) ante los tribunales, se han incrementado notablemente entre nosotros, habiéndose consolidado una jurisprudencia más bien restrictiva en cuanto a su admisibilidad y, sobre todo, en la cuantía de la indemnización si se accedía la declaración de responsabilidad. Sin embargo, las circunstancias concurrentes en este caso han facilitado notablemente su estimación dada la similitud de supuestos en que fallecieron todas, y también las indemnizaciones (elevadas) concedidas por la Audiencia Nacional. La negligencia del letrado parece grave al haber dejado de transcurrir el plazo de prescripción de la acción administrativa antes de notificárselo a sus clientes. Notable también es la argumentación empleada para condenar a la aseguradora. Muy de aprobar los argumentos de la Sala para no prolongar un proceso que haría peligrar la eficacia del artículo 24 CE, en relación con la duración de los procesos interpuestos (18 años desde el hecho dañoso, y 8 años desde la interposición de la demanda contra el letrado). (G. G. C.)

16. Fianza: aval a primer requerimiento. Efectos de la novación de la obligación garantizada sobre el aval. Ampliación del plazo de entrega: interpretación y alcance del artículo 1851 CC.–Una interpretación literal del artículo 1851 CC llevaría a entender que la ampliación del plazo para dar cumplimiento a la obligación constituye una prórroga que se concede por el acreedor al deudor, que, si no ha sido consentida por el fiador, liberaría a éste de la fianza. Pero esta interpretación debe atemperarse en atención a la ratio del precepto, que puede hallarse en la protección del fiador frente al perjuicio que le puede deparar la concesión de la prórroga al deudor. Este perjuicio afloraría cuando la prórroga alargara la incertidumbre y con ello empeorara la situación económica del deudor, e hiciera ilusoria la vía de regreso. Por eso, en esos casos, el fiador podría liberarse de la fianza porque, aun no siéndole oponible la prórroga, le impide una vez pagada la fianza utilizar la subrogación en el derecho del acreedor para ejercer el regreso inmediato contra el deudor. De este modo, como se ha concluido en la doctrina, «el artículo 1851 CC sólo tiene sentido en cuanto protege la vía subrogatoria, y siempre que ésta sea procedente en beneficio del fiador».

Fianza que cubre la obligación de pago de la penalidad pactada por cada día de retraso en la entrega de las obras: la concesión de un nuevo término para la entrega beneficiosa al fiador.–La concesión de un nuevo término para la entrega de las obras, cuando la fianza cubre la obligación de pago de la penalidad pactada por cada día de retraso, no perjudica la eventual vía subrogatoria del fiador *solvens*, sino que en este caso la prórroga beneficia al fiador pues ésta aminora el riesgo de tener que pagar la fianza al dejar de aplicarse la pena pactada al periodo al que se extiende la prórroga. Sería un contrasentido que la ampliación del plazo para la entrega de la obra que beneficia no sólo al deudor sino también al fiador, en cuanto que reduce el riesgo del aparición de la obligación garantizada y no merma la eficacia de una eventual acción subrogatoria en caso de pago de la fianza, una vez cons-

tatada la duración del retraso, pueda legitimar al fiador para liberarse de la fianza.

Incremento de la cuantía a pagar por día de retraso: no es oponible al fiador si este no lo consintió.—Al fiador solo le es exigible el cumplimiento de su obligación en los términos inicialmente convenidos. La novación de la obligación garantizada, sin el consentimiento del fiador, no es oponible a este. (STS de 3 de marzo de 2014; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS—Las partes celebran un contrato de obra para la construcción de un hotel; se pactó una cláusula de prestación de aval bancario a primer requerimiento para cubrir cualquier responsabilidad por vicios o defectos en la construcción o por retraso en la entrega de la obra terminada, con penalización por día de retraso. Con posterioridad al otorgamiento del aval, la constructora y la comitente conciertan un nuevo plazo de entrega con incremento de la cuantía a pagar por día de retraso. Concluida la obra con retraso de 107 días la dueña reclama judicialmente al avalista el importe de la sanción por retraso prevista en el segundo acuerdo y otras responsabilidades cubiertas por el aval. El Juzgado de Primera Instancia desestima la pretensión. Apelada la sentencia la Audiencia Provincial estima totalmente la demanda. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación.

NOTA.—La jurisprudencia define el aval a primer requerimiento como un contrato atípico conforme al cual el garante o avalista viene obligado a realizar el pago al beneficiario cuando éste se la reclama, y en el cual la obligación asumida por el garante se configura como una obligación distinta, autónoma e independiente de las que nacen del contrato cuyo cumplimiento garantizan. De modo que el garante no puede oponer al beneficiario otras excepciones que las que derivan de la garantía misma. No obstante, como dice la doctrina y recoge la propia sentencia, el garante puede oponerse al pago por las causas de los artículos 1851 y 1852 CC, salvo que se hubiere hecho una renuncia expresa de dichas causa de oposición. (C. O. M.)

17. Accidente de circulación: atropello de peatón: concurrencia de culpas.—La víctima cruzó el paso de peatones en fase roja del semáforo y el vehículo en fase verde; se trataba de un cruce regulado por semáforos con las especialidades de que al disponer solamente de luces de peatones el vehículo ignoraba en que fase se encontraba el semáforo, de forma que es la confianza en la normalidad en el funcionamiento del sistema semafórico el que le lleva a la creencia de que se encontraba en fase roja para los peatones, como efectivamente ocurrió. Carece de relevancia para determinar culpa exclusiva del conductor la velocidad a que circulaba el vehículo (52 km/h, ligeramente por encima de los 50 permitidos); lo mismo ocurre respecto a las características de la calzada, la existencia de numerosos peatones en la zona, en atención a la hora y condición de la vía, y el vehículo detenido en el carril derecho; todo lo cual influye en la concurrencia de culpas, pero en modo alguno para declarar que la culpa sea exclusiva del conductor, careciendo todos y cada uno de ellos de efectos enervantes respecto a los hechos objetivos, a saber, que la

peatón cruzó con el semáforo en rojo, que fue la única que lo hizo de todas las personas que esperaban para cruzar y, por último, que corrió cuando vio venir al vehículo. Todo ello permite concluir en la concurrencia de culpas. Tras el siniestro de circulación la accidentada quedó en coma vigil, calificado de gran invalidez por las partes sin discusión, encontrándose internada en un hospital de crónicos, insertada en el sistema de Seguridad Social. En este recurso se postula la culpa exclusiva del conductor, la necesidad de ayuda de tercera persona, la ayuda para la adaptación de la vivienda y el recargo del artículo 20 LCS.

Cuota de responsabilidad.—A la vista de los hechos declarados probados se debe considerar razonable la cuota de responsabilidad atribuida a cada uno de los intervinientes, a saber, 70% a la peatón y 30% al conductor del turismo. Dado que la intervención significativa, aunque no exclusiva, de la víctima es la que propicia la concurrencia de culpas, con la consiguiente moderación de las prestaciones indemnizatorias que se ajusta a los hechos probados apreciados sin signo alguno de arbitrariedad, operando el tribunal con arreglo a la lógica y lo razonable. La STS de 11 de noviembre de 2010 ha declarado: «La moderación de la responsabilidad del conductor se integra en la apreciación del nexo de causalidad en su aspecto jurídico determinando su alcance. Esta es la razón por la que la negligencia del perjudicado no solamente aparece considerada en las tablas II, IV y V del Anexo de la LRCSVM como factor de corrección de las indemnizaciones básicas (en relación con el Anexo I, apartado 7 de la misma), sino también como elemento determinante del alcance de la responsabilidad del conductor por daños a las personas, en el artículo 1 de la misma Ley y en el Anexo I, apartado 2, en el que se contienen criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización».

Factor de corrección por «grandes inválidos».—Consta que la recurrente está internada en un hospital de crónicos, pero sin que se aporte evaluación de si será indefinida, si puede ser dada de alta hospitalaria, voluntaria o forzosa, si puede ser rechazado su internamiento por las instituciones de la SS, razones todas ellas que permiten entender que la aplicación del factor de corrección sobre ayuda de tercera persona solo está supeditada a la concurrencia del supuesto de hecho, y sin necesidad de otra prueba. En este sentido la STS de 10 de diciembre de 2009, en supuesto de fallecimiento prematuro de gran inválido, que el carácter finalista de las indemnizaciones según la LRCSVM, no impone limitaciones sobre su empleo ni permite control alguno sobre su destino, y, en términos generales, la falta de empleo de una indemnización por daños en la reparación de éstos no altera su fundamento causal como instrumento de compensación de los daños padecidos y no puede dar lugar por sí misma a enriquecimiento injusto si no se prevé en la ley o concurren circunstancias excepcionales. También es de tener en cuenta que en la tabla IV del Baremo, el anexo emplea la palabra *coste* para referirse a los estados de coma vigil o vegetativo; expresiones que se refieren no sólo al aspecto económico de mantenimiento del lesionado, sino también al de dedicación y atención continuada en el caso que lo desempeñan personas ligadas con el incapacitado, que no reciban remuneración.

En función de ello, a la vista de la edad de la demandante, 43 años, y su estado de coma vigil, procede aceptar la cantidad de 322.000 euros, y dada la contribución de aquella en un 70% a la causación del siniestro se condena, solidariamente, a los demandados al pago de 96.600 euros.

Gastos de adaptación de la vivienda.—Es un concepto que no es de aplicación automática, y en la sentencia recurrida se deniega al no acompañar presupuesto o factura, ni tan siquiera se indica en qué vivienda será necesaria la adaptación. La tabla IV del Baremo lo supedita a «las características de la vivienda y circunstancias del incapacitado en función de sus necesidades», por lo que no habiéndose acreditado el primer requisito procede mantener su desestimación.

Recargo del artículo 20 LCS.—Según el artículo 20.8 LCS, el recargo de los intereses por mora del asegurador tiene lugar cuando no se produce el pago de la indemnización por causa no justificada o imputable a la aseguradora. En su interpretación, tanto del texto primitivo como de la reforma de 1995, esta Sala ha declarado que esta indemnización tiene un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador. La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia entre las partes, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial, nada de lo cual se da en el caso. La aseguradora actuó con razonable diligencia, pagando o garantizando gran parte del importe de las cantidades reclamadas, pese a las serias dudas sobre la cobertura del siniestro dada la influencia en el resultado de la propia lesionada, que se tradujo en una cuota de imputación del 70%. **(STS de 24 de abril de 2015;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.] (G. G. C.)

18. Responsabilidad profesional del Notario: compraventa de piso: mal funcionamiento de la relación institucional entre Notaría y Registro: omisión al comprador de que la finca estaba embargada: responsabilidad del Notario.—El presente recurso interpuesto por el Notario debe partir de los siguientes hechos probados:

a) El 22 de mayo de 2008 dos empresas en forma de S. L. suscriben un contrato de arras para la compra de una vivienda sita en el Paseo de Gracia de Barcelona, fijándose el precio en 2.450.000 euros, entregándose el primer pago en concepto de arras por importe de 53.500 euros;

b) El 4 de junio otorgan un contrato de ampliación de arras, entregándose 294.250 euros a cuenta del precio;

c) La escritura pública de compraventa que inicialmente se iba a otorgar el 18 de septiembre, lo fue finalmente el 22 de septiembre en la Notaría de Carlos M.^a;

d) Antes el 16 de septiembre un Oficial de la Notaría había solicitado por fax al Registro de la Propiedad núm. 18 de Barcelona, información registral continuada de la finca en cuestión, con la finalidad de otorgar escritura pública de compraventa el 18 de septiembre, aproximadamente a las 10 de la mañana; en esa solicitud de facilitó un determinado número de fax acabado en 34;

e) A las 9,48 horas del 18 de septiembre de 2008, el Registro de la Propiedad creó un documento conteniendo nota informativa con efectos al cierre del Diario del día hábil anterior a la fecha de expedición, para enviarlo por fax informático, sin que conste acreditada su recepción;

f) El mismo día 18 de septiembre, a las 12,39 horas, tuvo entrada en el Registro de la Propiedad un mandamiento de embargo sobre la misma finca

del Juzgado de Primera Instancia núm. 42 de Barcelona, por un importe de 1.970.877 euros de principal y 580.000 euros de intereses y costas;

g) Como se había pedido información continuada, el Registro de la Propiedad creó otro documento para comunicar a la Notaría por fax informático que había tenido entrada aquella orden de anotación de embargo. El sistema informático generó un informe según el cual el documento fue recibido por el destinatario el día 19 de septiembre a las 9,47 horas;

h) Sobre las 11,30 horas del día 19 de septiembre, el Oficial de la Notaría que se encargaba de esta escritura comunicó por teléfono con el Registro de la Propiedad para advertirles que no habían recibido la información que habían solicitado, y les facilitó un nuevo número de fax, que acababa en 33;

i) Desde el Registro de la Propiedad, y por medio de un fax convencional, se reenvió la primera nota informativa que había sido creada el 18 de septiembre, esto es, antes de que entrara el mandamiento de embargo, y por eso omitía una referencia al embargo. Esta comunicación fue recibida en la Notaría el 19 de septiembre a las 11,46 horas;

j) La escritura fue otorgada sin que incluyera, ni se pusiera en conocimiento del comprador, el embargo trabado sobre la finca comprador, el embargo trabado sobre la finca.

La entidad compradora reclamó solidariamente al vendedor y al Notario, una indemnización de 2.450.000 euros. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda dirigida contra el vendedor, y absolvió al Notario. Pero la Audiencia Provincial estimó el recurso contra el Notario, al que condenó solidariamente con el vendedor.

No hay responsabilidad de la Registradora.—La sentencia de instancia declara probado que el fax informático remitido por el Registro el 18 de septiembre, en el que daba cuenta del mandamiento judicial de embargo sobre la finca que iba a ser objeto de compraventa, fue recibido en la Notaría el 19 de septiembre a las 9,47 horas.

Conforme al artículo 175.1 del Reglamento Notarial (RN), el Notario, antes de autorizar el otorgamiento de una escritura de adquisición de un bien inmueble, debía comprobar la titularidad y el estado de cargas del bien. Para ello debe solicitar del Registro de la Propiedad una nota informativa del estado de cargas en ese momento y que se le informe de las posteriores, antes de que autorice la escritura de compraventa. Las partes que acuden a la Notaría, especialmente el comprador, confían en que el Notario les informará adecuadamente de las cargas que pesan sobre el inmueble objeto de la compraventa, para evitar lo que ocurrió en este caso, que el comprador preste su consentimiento a la compra de un inmueble sin conocer que acaba de trabarse un embargo sobre este bien, que lógicamente lo devalúa.

El artículo 146 RN prescribe la responsabilidad civil del Notario respecto de los daños y perjuicios ocasionados por dolo o ignorancia inexcusable. Es indudable que el hecho de que el Notario no dejara constancia del embargo judicial que gravaba el inmueble al tiempo de autorizar la escritura de compraventa, ocasionó un grave perjuicio al comprador, quien consistió pagar un precio de 2.450.000 euros por dicho inmueble, que estaba devaluado en una cifra similar como consecuencia del embargo. No puede negarse un nexo de causalidad entre esta conducta, omitir el estado actual de las cargas que pesan sobre el inmueble que compra. En un caso como el presente en que el sistema de comunicación entre la Notaría y el Registro de la Propiedad no funcionó, y se declara probado que este remitió la comunicación en la que informaba del embargo y la Notaría debió recibirlo, la ignorancia del Notario sobre la

existencia de esta carga es inexcusable, a los efectos de responder, conforme al artículo 146 RN, de los daños y perjuicios ocasionados al comprador. Lo anterior no prejuzga la posible responsabilidad en que hubiera podido incurrir la Registradora frente al Notario, si se llega a demostrar que los problemas de comunicación también fueron debidos al sistema informático del Registro de la Propiedad. **(STS de 18 de marzo de 2014; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

NOTA.—Quizá pudiera anotarse, con carácter general, que el supuesto de hecho de esta sentencia de la Sala 1.^a puede desencadenar todas las alarmas en la sede de los dos beneméritos Cuerpos de funcionarios sobre los que descansa en España la regularidad del tráfico inmobiliario. La lectura de los hechos probados convence que existió, sin duda, un fallo en el sistema de comunicación entre Registro y Notaría, sin que aparezca plenamente explicada la última causa eficiente. ¿Deberán figurar obligatoriamente y siempre, expertos informáticos en las plantillas de ambas Oficinas? ¿Cómo garantizar, en el futuro, la no producción de fallos técnicos en las mismas? (G. G. C.)

19. Culpa médica: contagio de hepatitis vírica: legislación aplicable: irretroactividad.—Resultan aplicables al caso los artículos 1902 CC y 28 de la LGDCU 1984, sin que proceda aplicar el artículo 148 TRLGDCU de 2007 en razón al principio de la *perpetuatio actionis*; tampoco lo es la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, dado que la relación de causalidad se ha establecido en relación a pacientes hemofílicos que hubieran recibido concentrados de factor de coagulación hasta 1990, momento a partir del cual todas las unidades de sangre o plasma reciente extraído debían someterse a las pruebas de detección de anticuerpos de la hepatitis C. Según la STS de 24 de noviembre de 2006, el artículo 2.3 CC establece el principio de irretroactividad de las leyes si no dispusieran lo contrario, inspirándose en el principio *tempus regit actum* o de irretroactividad, especialmente recogido el Disposición final de la Ley 22/1994, según la cual la presente ley no será de aplicación a la responsabilidad civil de los daños causados por productos puestos en circulación antes de su entrada en vigor, la cual se regirá por las disposiciones vigentes en dicho momento. Es decir, la propia Ley 22/1994 rechaza toda pretensión de retroactividad de la misma al determinar como momento de su aplicación, no ya el de la producción del daño, que puede haber tenido lugar después de la entrada en vigor de la ley, sino el momento de la puesta en circulación del producto causante del daño, sólo si esta puesta en circulación ha tenido lugar vigente ya la referida ley. No se trata, como pretende el recurrente, de una ley aclaratoria o interpretativa, o que venga a suplir lagunas de otra ley (en este caso la LGDCU de 1984), sino que se trata de una ley que establece un régimen jurídico nuevo respecto a la materia que es objeto de regulación. Por otra parte, carece de todo fundamento al pretender basar esa retroactividad en el hecho de ser la Ley 22/1994 adaptación de la Directiva Comunitaria 85/374.

La imputación objetiva de responsabilidad del artículo 28 LGDCU cede ante riesgos inevitables y los llamados de progreso.—El artículo 28 vincula la responsabilidad derivada de los daños originados por el correcto uso y consumo de bienes y servicios al hecho de que *por su propia naturale-*

za, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad en debidas condiciones al consumidor o usuario». Sin duda, la protección de los consumidores se produce mediante la introducción, con menor o mayor amplitud, de una imputación objetiva de la responsabilidad de los daños que se produzcan con ocasión del consumo, razón por la cual el artículo 28 opta por una responsabilidad objetiva que permite cubrir, en principio, todos los daños producidos por determinados bienes y servicios. Ahora bien la STS de 19 de junio de 2001 advierte de la posibilidad de exonerarse de esta responsabilidad cuando estamos ante un riesgo inevitable, así como en aquellos casos en que el paciente debe soportar los llamados riesgos de progreso, cuando se derivan de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, como sucede en los que el contagio por transfusión se produjo con anterioridad a la disponibilidad de los reactivos para la práctica de las pruebas del sida, siempre que se hayan adoptado las medidas exigidas en su momento, con arreglo al estado de la técnica, en torno a la obtención y tratamiento del plasma, la comprobación de su posible contaminación y el diagnóstico y adecuado tratamiento de la enfermedad.

En el presente caso, conforme a la conclusión probatoria obtenida por el tribunal de instancia, a partir de un detenido y razonado análisis de la prueba practicada, en el sentido de que se aplicaron los criterios de selección de donantes y los marcadores indirectos de hepatitis, así como las técnicas de inactivación viral que iban apareciendo en la investigación científica; de que se trataba de una situación beneficiosa para los hemofílicos demandantes afectados por la administración de los concentrados de factor de coagulación, y de un riesgo convenientemente advertido en los productos por la administración de los concentrados, conforme exigía en aquella época el RD 3451/1977, de 1 de diciembre, sobre promoción, información y publicidad de los medicamentos y especialidades farmacéuticas, y el artículo 13.1, f) LGDCU de 1984, lo que hacía inevitable el contagio de VHC hasta que comenzaron a aplicarse técnicas de inactividad viral, por más que se adoptaran todas las medidas a su alcance tendentes a reducir al máximo el riesgo de tal contagio en atención a la evolución de los conocimientos científicos del momento. (STS de 21 de mayo de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

20. Culpa médica: cirugía radiográfica y convencional: efectos secundarios: información adecuada.—Es cierto que el documento que firma el paciente no menciona los efectos secundarios y/o complicaciones debidos al tratamiento mediante radiaciones, pero lo que sí es cierto es que se le transmitió de forma expresa sobre la dificultad del resultado positivo que pudiera obtenerse y que se le proporcionó toda información de forma expresa sobre la dificultad del resultado positivo que pudiera obtenerse y que también se le proporcionó toda la información necesaria en la primera visita efectuada, sin que en relación a los efectos secundarios, y más concretamente, en relación con la radionecrosis, esté acreditada su existencia. Esta Sala ha declarado que el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rango informativo adecuado no sirve para conformar debida ni correcta información (SSTS de 27 de abril de 2001 y 29 de mayo de 2003). Pero no es esto

lo que sucede en este caso, ni por la forma del propio documento ni por como se produjo.

La información integra por su propia naturaleza un procedimiento gradual y básicamente verbal y tiene en este caso, como dato de interés, el hecho de que a la intervención se llegó tras una previa decisión clínica que, primero, permitió al paciente valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar la terapia elegida por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto, y, después, valorar toda la información proporcionada, sin que conste que no hubiera comprendido la información que se le entregó en forma adecuada por lo que cabe deducir, conforme a las circunstancias que el buen sentido impone a cada caso, que tanto la opción de intervención mediante radiocirugía, como el hecho de someterse posteriormente a la misma, fue tomada de forma libre y voluntaria aceptación, aceptando los riesgos inherentes; todo lo cual permite concluir que el consentimiento del demandante fue prestado y obtenido en la forma que exige el artículo 10.5 de la Ley 14/86, al reunir los requisitos mínimos y razonables para haberle permitido decidir, con suficiente conocimiento y tiempo, si decidía someterse o no a la intervención. **(STS de 9 de mayo de 2014; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El paciente, nacido en 1966, padeció el 4 de octubre de 1991 un cuadro de cefaleas y vómitos, tras la realización de un esfuerzo físico. Al día siguiente en el Hospital Vall d'Hebron se le detectó una malformación arterio-venosa, confirmada mediante angiografía cerebral, así como un aneurismo en una de las arterias nutrientes. El 11 de octubre en el mismo Hospital se decide no extirpar la malformación por cirugía convencional sino someterle a radiocirugía, lo que se realiza sin éxito el 5 de noviembre. Tras dos años el paciente acude a la Clínica Sagrada Familia para que se le aplique la cirugía convencional el 24 de noviembre de 1993, también sin éxito. En 2008 el Juzgado de lo Social núm. 17 de Barcelona declara la incapacidad absoluta del enfermo. La demanda se interpone contra el cirujano de la primera intervención, siendo rechazada en ambas instancias así como el recurso de casación. *(G. G. C.)*

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

21. Procedimiento de ejecución hipotecaria. Actos de comunicación. Deficiencias de los actos de comunicación que provocan indefensión del destinatario.—Los actos de comunicación son el cauce a través del cual las partes y los interesados legítimos conocen la existencia del proceso y sus trámites esenciales, y de este modo pueden realizar las actuaciones procesales que consideren adecuadas para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Los órganos jurisdiccionales tiene el deber específico de adoptar todas las cautelas y garantías que resulten razonablemente adecuadas para que la comunicación con el interesado sea real y efectiva y asegurar que esa finalidad no se frustre por causas ajenas a la voluntad de los sujetos a quienes afecte, sin que ello signifique exigirles el despliegue de una desmedida labor investigadora que pudiera conducir a la indebida restricción de los derechos

de defensa de los restantes personados en el proceso. La omisión o defectuosa realización de los actos de comunicación constituye indefensión cuando priva al destinatario del conocimiento necesario para ejercer su defensa en los procesos o recursos en que intervenga o deba intervenir. No existe indefensión cuando la falta de intervención en el proceso es imputable al propio interesado que pretende que se anulen las actuaciones por defectuosa práctica de los actos de comunicación, como sucede cuando el interesado se ha colocado al margen del proceso mediante una actitud pasiva o cuando resulte probado que poseía un conocimiento extraprocesal de la existencia del litigio en el que no fue personalmente emplazado. Dado que lo presumido es el desconocimiento del proceso cuando así se alega, han de acreditarse fehacientemente los hechos que sirvan para desmontar dicha presunción. Cuando las deficiencias de los actos de comunicación no afectan únicamente a un acto aislado, sino que se refiere de manera reiterada a los actos de comunicación más importantes del proceso de ejecución hipotecaria (como son el requerimiento judicial de pago, la notificación del señalamiento de la subasta y la notificación de la mejor postura ofrecida en la subasta cuando ésta sea inferior al 70% del tipo de la subasta, para que el ejecutado pueda presentar a un tercero que mejore la postura) impide que estos cumplan su finalidad. **(STS de 13 de marzo de 2014; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La demandante, doña Paula, participaba, como socia, en distintas sociedades con don Ildefonso, siendo este el gestor efectivo de las mismas. La demandante había adquirido para sí de una de las sociedades gestionadas por don Ildefonso una finca consistente en una galería comercial, subrogándose en el contrato de arrendamiento del local, con una duración de 25 años, y teniendo como arrendataria una importante cadena de alimentación. Para adquirir dicha finca, se constituye una hipoteca por importe de 400.000 euros, a favor de la prestamista Caja de Ahorros C. En la escritura de constitución se señala como domicilio para las notificaciones la misma finca hipotecada. Además, en la domiciliación de pagos de la hipoteca en el citado banco, la demandante facilitó como domicilio a efectos de notificaciones, el del despacho de su abogado.

El Juzgado de Instrucción decretó la prisión provisional de doña Paula por su implicación en un posible delito de blanqueo de capitales y decretó el embargo y bloqueo de las cuentas de esta. Se supone que la entidad bancaria fuese poco clara. Cursó varios telegramas en los que comunicaba la existencia de saldo deudor en el préstamo y requirió el pago, enviados tanto a la dirección de la finca hipotecada como al domicilio del abogado. Iniciado el procedimiento de ejecución, se realizó un nuevo requerimiento, también en la dirección de la finca hipotecada, desconociéndose el destino que finalmente pudieron tener los documentos. Tras ello, se practicó notificación en el domicilio del abogado de doña Paula, que fracasó, declarando el agente comunicador que doña Paula ya no era cliente suya.

Realizada la subasta, doña Antonieta se adjudicó la finca. Doña Paula compareció en el procedimiento e instó incidente de nulidad de actuaciones, por no haberse practicado correctamente

las notificaciones, que fue inadmitido, al haber transcurrido el plazo para ello.

Doña Paula interpone demanda. Ejercita, con carácter principal, la acción de nulidad del procedimiento de ejecución, por incumplimiento de las normas legales que rigen los actos de comunicación. Subsidiariamente, ejercita acciones de responsabilidad extracontractual y de enriquecimiento injusto contra don Ildefonso y doña Antonieta, por entender que esta última se adjudicó la finca por la mitad de su valor, a lo que hay que sumar la subrogación en el contrato de alquiler, habiéndose confabulado padre e hija para ocultar a la demandante la existencia del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Las sentencias de primera y segunda instancia desestiman las pretensiones de la demandante. Entienden que no se infringieron las normas procesales sobre notificación ni se generó indefensión, pues las comunicaciones se realizaron en los domicilios facilitados por la actora al banco. No se entendió probada la existencia de confabulación entre los demandados.

Doña Paula interpone recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación. Solamente este último es estimado. Entiende el Alto Tribunal que se han vulnerado las normas esenciales del proceso y que tal vulneración ha provocado indefensión a la recurrente. Si bien es cierto que la demandante podía haber actuado con mayor diligencia en la designación de su domicilio, ello no la colocó al margen del proceso mediante una actitud pasiva con el fin de obtener una ventaja de esa marginación, ni tenía un conocimiento extraprocesal de la existencia del litigio y, dadas las circunstancias (la recurrente estuvo en la cárcel durante la práctica totalidad del proceso, el banco tenía en su poder una copia del DNI de esta, etc.), el banco debió extremar las cautelas respecto de la hipotecante. Consecuentemente, el Tribunal Supremo declara la nulidad del proceso de ejecución hipotecaria y de la adjudicación acordada a favor de doña Antonieta y declara la cancelación de los asientos registrales realizados como consecuencia de dicha adjudicación. (G. M. A.)

22. Registro de la Propiedad. Legitimación activa del Registrador para impugnar ante la jurisdicción civil la decisión de su superior jerárquico (DGRN) revocatoria de su calificación negativa: interés legítimo o personal.—La legitimación activa frente a la Dirección General de los Registros y del Notariado la tiene el Registrador cuando su interés no es el genérico o abstracto inherente a su función de defensa de la legalidad registral, sino cuando deriva de la existencia de una posible declaración de responsabilidad civil o disciplinaria sobre él (SSTS de 20 de marzo y 28 de mayo de 2013, por citar de las más recientes). También, se aprecia falta de legitimación activa del Registrador cuando se propugna la nulidad de la resolución gubernativa por haberse dictado fuera de plazo (STS de 2 de enero de 2012). (STS de 2 de abril de 2014; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El presente recurso de casación trae causa de un procedimiento en el que se ejercitaba acción de impugnación de una resolución de la DGRN que autorizó la práctica del asiento

denegado anteriormente por el Registrador por no haberse acreditado la constitución del seguro decenal de daños en la construcción en relación a una obra nueva y división horizontal, cuya escritura pública pretendía inscribirse. El Registrador impugnó mediante demanda civil la resolución de la DGRN que, estimaba el recurso gubernativo del Notario, y revocaba en consecuencia la calificación registral negativa, alegando el afectar la resolución a un derecho o interés del que era titular, y que ese derecho o interés legítimo había de interpretarse ampliamente.

El Juzgado estimó la demanda al considerar que debía revocarse la decisión de la DGRN, ya que la vivienda sobre la que se pretendía inscribir la declaración de obra nueva sí exigía el seguro de responsabilidad decenal por no tratarse de una única vivienda para uso propio. La audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el TS dio lugar al recurso de casación interpuesto por la DGRN.

NOTA.—El párrafo cuarto del artículo 328 LH, redactado conforme a la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, *de reformas para el impulso a la productividad*, establece: *Carecen de legitimación para recurrir la resolución de la Dirección General el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, el Consejo General del Notariado y los Colegios Notariales. El notario autorizante del título o su sucesor en el protocolo, así como el registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles cuya calificación negativa hubiera sido revocada mediante resolución expresa de la Dirección General de los Registros y del Notariado podrán recurrir la resolución de ésta cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares. El Juez que conozca del recurso interpuesto podrá exigir al recurrente la prestación de caución o fianza para evitar cualquier perjuicio al otorgante del acto o negocio jurídico que haya sido calificado negativamente. (I. D.-L.)*

DERECHO DE FAMILIA

23. Matrimonio entre lesbianas: divorcio: relaciones de las progenitoras con tres menores: visitas.—Doña Elvira contrajo matrimonio con doña M.^a Luz el 3 de agosto de 2007. Anteriormente tuvo una hija, Leticia, por fecundación in vitro el 4 de marzo de 2005, inscrita en el Registro Civil como hija de madre soltera, siendo posteriormente adoptada por doña M.^a Luz mediante resolución judicial de 25 de abril de 2008. En la STS de 5 de diciembre de 2013, resolviendo un proceso paralelo seguido entre las partes, se reconocieron como hijas matrimoniales de doña M.^a Luz y doña Elvira, a las gemelas Mónica y Maite, concebidas por la primera también mediante fecundación in vitro, y que habían sido inscritas con la sola filiación materna y con los apellidos de la madre en el mismo orden.

Doña Elvira solicitó el divorcio en 2009 contra doña M.^a Luz, pidiendo medidas en cuanto a la guarda y custodia de la hija mayor del matrimonio, Leticia, adoptada por la demandada, la cual se opuso y formuló reconvencción solicitando la guarda y custodia, no sólo de Leticia, sino también de Mónica y Maite. Basó su pretensión en su calidad de madre de las menores y, subsidiariamente, en ser *allegada*, conforme al artículo 160 CC.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y acordó el divorcio, concediendo la guarda y custodia de la hija mayor del matrimonio a la demandante, con un régimen de visitas a favor de la demandada. La sentencia de Audiencia Provincial estableció el derecho de visita de las dos gemelas igual que el de su hermana mayor; se argumenta que existe una clara intencionalidad por parte de la pareja de tener hijos y formar una familia, y que existe una posesión de estado, pero no fija régimen de guarda y custodia ni alimentos, al no ser firme la sentencia por la que la misma Audiencia Provincial, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia, declaró la filiación matrimonial de las menores a favor de la demandada, no siendo posible ejecutar en este pleito una sentencia todavía no firme. Simultáneamente se ejerció reclamación de filiación matrimonial respecto de Mónica y Maite, resuelta definitivamente por la citada STS de 5 de diciembre de 2013. Doña Elvira recurre en casación.

Interés de las menores.—Ninguno de los motivos de casación puede prosperar. En primer lugar, el recurso es puramente formal y no tiene en cuenta el interés de las menores, que ni siquiera se invoca, sin que exista infracción del artículo 160 CC porque se haya implantado un régimen de visitas tan amplio como el de un progenitor, a quien tan solo es considerado como allegado, puesto que después de la STS de 2013, ya es progenitor, y en ella se declara que: *En estos momentos existe un interés real, y este no es otro que el de las niñas, y el de la unidad y estabilidad familiar entre las tres hermanas que preserve las vinculaciones ya conseguidas entre todas.* En segundo lugar, tampoco puede infringirse el artículo 131 CC, sobre posesión de estado, no solo porque estamos en un juicio de divorcio y no de filiación, sino porque carece de sentido apelar a una situación que ya ha quedado resuelta. **(STS de 19 de mayo de 2014;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—La complejidad de la situación fáctica ha conducido a errores en el 1.º FD, subsanables fácilmente con el resto del relato de la sentencia (atribuir a Elvira la maternidad que corresponde a M.ª Luz, y calificar a Leticia como hija menor del matrimonio). Además, paralelamente al de divorcio las mismas partes mantenían otro proceso de filiación matrimonial, afortunadamente resuelto antes de esta sentencia. Sociológicamente podrá estudiarse en adelante la duración entre nosotros de estas uniones, cuya litigiosidad en otros países recae también en sus relaciones con los hijos. (G. G. C.)

24. Divorcio: alimentos a hija menor: proporcionalidad.—La jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que *el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el TS a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del artículo 146*, de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma *entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente no puede ser objeto del recurso de casación* (SSTS 21 de noviembre de 2005, 26 de octubre de 2011, 11 de noviembre de 2013, 27 de enero de 2014, entre otras). Pues bien, la sentencia recurrida tiene en cuenta los gastos que comporta la educación del menor en todos sus aspectos, inclui-

do el comedor, las obligaciones que pesan sobre el matrimonio respecto de la vivienda familiar, el hecho de que en el año 2009, asumió voluntariamente el esposo el pago del colegio, hipoteca, suministros, derramas, impuesto, etc.; el importante cargo que desempeña el esposo, que no tiene gastos de alojamiento puesto que reside con su madre en una zona exclusiva de Madrid, y la capacidad económica de la esposa, todo lo cual tiene en cuenta para mantener el nivel de vida en beneficio del hijo. Es decir, la sentencia establece un juicio razonado de proporcionalidad en función de este conjunto de datos, que la Sala debe mantener, pues en ningún caso se justifica la existencia del interés casacional que se invoca por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. (STS de 28 de marzo de 2014; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia para el único hijo del matrimonio, nacido en 2001, fijó la suma alimenticia de 1.500 euros mensuales. Recurrió la madre, que conservó la guarda y el domicilio familiar, logrando que la Audiencia Provincial la elevara a 2.500 euros, argumentando la sentencia que *se debe mantener el nivel de vida en beneficio de los hijos, en la medida que existan posibilidades económicas por parte de los progenitores, y en especial del progenitor no custodio, teniendo en cuenta los gastos escolares, actividades deportivas, etc. que origina dicho hijo*. La disparidad de ingresos entre los progenitores era notable: el padre en el periodo 2008-2010, declara a Hacienda en torno a 150.000 euros brutos anuales, mientras que la suma declara por la madre oscila entre los 30.000 y 18.000 euros brutos anuales. Con todo la Audiencia Provincial destaca que ella es maquilladora y peluquera de alto nivel por lo que presume que gana todavía más dinero que el declarado, afirmando —*obiter*?— que el esposo no debe afrontar la totalidad del gasto escolar del hijo y que la esposa debe contribuir a la pretensión alimenticia de modo directo. (G. G. C.)

25. Pensión compensatoria: repercusión de la herencia recibida por uno de los cónyuges en trámite de modificación de medidas.—La incidencia de una herencia recibida por el cónyuge receptor en la modificación o extinción de la pensión compensatoria, de los artículos 100 y 101 CC, opera como una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, y como tal determinante de su modificación o extinción.

La pensión compensatoria es un medio para evitar el desequilibrio producido en uno de los cónyuges por la separación o el divorcio.—Aunque ello no implica que sea un medio para lograr la igualación entre los cónyuges (SSTS de 19 de enero de 2010, 25 de noviembre de 2011 y 20 de junio de 2013, entre otras).

Reglas de distribución de la carga de la prueba.—La carga de la prueba concerniente a la parte actora para hacer efectivo su derecho era acreditar la existencia de esta herencia adquirida por su cónyuge, lo que no se niega, mientras que la prueba de los pormenores y detalles de la herencia, obstativos al éxito de la acción entablada, correspondía a la demandada de tal forma que la falta de prueba (o insuficiencia de prueba) sobre los extremos de la heren-

cia, no cabe que opere en perjuicio de aquel a quien no incumbía la probanza (cfr. SSTs de 12 de abril de 2013, y 16 de marzo y 27 de septiembre de 2011, entre otras). (STS de 17 de marzo de 2014; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—En trámite de modificación de medidas se discutió la influencia que tuvo la herencia recibida por doña Tomasa tras el fallecimiento de su madre para entender superado el desequilibrio económico que determinó la pensión compensatoria que, por importe de 1.500 euros mensuales, recibía a cargo de don Nicolás (su cónyuge). La pretensión del obligado fue desestimada en ambas instancias, al no quedar suficientemente acreditado un cambio sustancial de las circunstancias. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación y anuló la sentencia recurrida en lo que se refiere a la pensión compensatoria que recibía doña Tomasa de don Nicolás, al haber incrementado aquélla además de su patrimonio inmobiliario, sus ingresos en la cuantía de 1.700 euros mensuales, más los que pudiera percibir en un futuro por los bienes inmuebles que integrados en la herencia

NOTA.—El artículo 100 CC ha sido modificado por la *disposición final* de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria. La nueva redacción añade al párrafo primero la posibilidad de que fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge *que así lo aconsejen*. Este nuevo inciso: *que así lo aconsejen* refuerza aún más la discreción judicial para la modificación de la pensión compensatoria.

También, se añade al artículo 100 un segundo párrafo en el que se recoge que *la pensión y las bases de su actualización fijadas en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o Notario podrán modificarse mediante nuevo convenio, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código. (I. D.-L.)*

26. Adopción internacional: Ley 54/2007, de 28 de diciembre: no existe un derecho subjetivo a adoptar.—Como se recuerda en la Exposición de Motivos de la Ley de Adopción Internacional de 2007, se concibe la adopción internacional como una medida de protección de los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que se realicen en interés superior del niño y con respeto a sus derechos. Por tanto, siendo muy legítima la aspiración de cualquier persona a la paternidad o maternidad y a satisfacerla mediante la adopción, no es propiamente un derecho subjetivo que se tenga que satisfacer a toda costa, sino que está en función del interés superior del niño, razón por la cual se requiere que los adoptantes gocen de idoneidad en el momento de verificarse una concreta adopción internacional.

Idoneidad.—El artículo 10.1 LAI concibe la idoneidad como la *capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendiendo a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las peculiaridades, consecuencia y responsabilidades que conlleva la adopción internacional*. Para valorarla adecuadamente el artículo 10.2, dispone que

debe contarse con una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes, y su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias, así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional. Esta valoración, aunque se apoye en criterios o parámetros objetivos o susceptibles de una cierta objetivación, no deja de encerrar una apreciación subjetiva por parte de los técnicos que la realizan, por lo que la norma insta a las autoridades administrativas para que se establezcan criterios homogéneos de valoración que eviten disparidades injustificadas, y ello sin perder de vista que lo importante es el superior interés del menor. Y si todo esto se prevé en general de quienes pretenden acceder a la adopción internacional, con mayor motivo debe reconocerse a las personas –un matrimonio en este caso– que ya habían sido declarados idóneos para la misma y que al renovarse la declaración se someten a una nueva valoración.

La duración trienal de la validez de la idoneidad es lógica que se limite a tres años, pues se trata de algo muy dinámico que se tiene en un momento y lo lógico es que, mientras no también las circunstancias personales y externas, se mantenga, pero se ve afectado por el paso del tiempo y por lo que puede acaecer en la vida de las personas, por diversas eventualidades, unas más previsibles que otras. Por ello, si se constata la realización de *modificaciones sustanciales en la situación personal y familiar de los solicitantes*, deberá tenerse en cuenta por los mismos medios empleados para la declaración y por cualquier otro que pueda servir al efecto.

Duración trienal: renovación de la idoneidad.—En cualquier caso, se entiende que el transcurso de los tres años deja sin efecto la declaración de idoneidad y exige una nueva, con los preceptivos informes psicosociales. En contra de lo que se argumenta en la sentencia recurrida, la renovación requiere una nueva valoración que constate que todo aquello que fue objeto del informe psicosocial para conceder la primera valoración positiva (situación personal, familiar y relacional de los adoptantes, y su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias, así como cualquier otro elemento útil relacionado con la singularidad de la adopción internacional) subsiste, y tal exigencia se reitera en el artículo 16 del Decreto 45/2005, de 19 de abril, que regula la adopción de menores en Castilla la Mancha. Por tanto, la nueva valoración ha de ser completa, como corresponde a una nueva solicitud, aunque tampoco debe ser contradictoria con la primera, de modo que si hace cinco años se valoró positivamente la idoneidad de los solicitantes y ahora se aprecia que carecen de ella –lo cual es perfectamente posible– es lógico que deba darse una explicación razonable basada, o en el cambio de circunstancias relevantes, o en ser insuficientes los criterios empleados en la primera valoración. Otra cosa conduce a la arbitrariedad que la ley trata de evitar al instar a la autoridad administrativa a homogeneizar los criterios de valoración.

Motivación.—En el presente caso se declara probado que tras el interrogatorio la trabajadora social que realizó el informe declaró que no existía ningún inconveniente relacionado con la capacidad y aptitud de los solicitantes para la adopción, pero que se consideraba insuficiente la motivación por inadecuada, pues respondía a expectativas no realistas de adoptar a una niña china, adoleciendo además del *síndrome del nido vacío*, ya que tenían deseo

de ampliar su familia y volver a ser padres, dando un nuevo hermano a los hijos que ya tienen.

La motivación es uno de los parámetros a tener en cuenta para la idoneidad, y puede determinar su falta, pero para ello es necesario que esa apreciación esencialmente subjetiva se objective de alguna forma para mostrarla con cierta claridad y, al mismo tiempo, que se explique cómo al ponderar este criterio junto con otros, prive de idoneidad al solicitante. En el presente caso, no consta que la motivación de los solicitantes hubiera cambiado respecto de la que tenían cuando les fue reconocido por primera vez la idoneidad, cinco años antes, ni tampoco se justifica que hubiera habido un cambio de criterios en la ponderación de la motivación para el reconocimiento de la idoneidad. En estas circunstancias, la denegación de la idoneidad no se aprecia justificada por lo que la decisión de la sentencia no infringe la normativa legal aplicable al caso. **(STS de 24 de marzo de 2014; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

NOTA.—Sentencia pedagógica que analiza minuciosamente el supuesto, relativamente frecuente, de solicitud por un matrimonio español de renovación de su idoneidad administrativa para poder adoptar. Confirma la Sentencia de apelación aunque rectifica su fundamentación dado que tal renovación no es un mero trámite, sino un nuevo procedimiento administrativo cuyos requisitos deben darse *hic et nunc*. Pero al mismo tiempo advierte de los riesgos del subjetivismo en la emisión de dictámenes psicosociales que inciden en disparidades injustificadas. Es legítimo aspirar a adoptar menores para tener que ejercitar nuevamente las funciones parentales, y también lo es aspirar a que sus hijos biológicos se eduquen en compañía de una menor de origen oriental.

Actualmente conviene saber que, a nivel global, la institución adoptional está inmersa en un profundo análisis de reestructuración ya que la reciente experiencia está demostrando que no es siempre el remedio *prêt à porter*, válido en cualquier coyuntura, ni en todos los supuestos de conflictos o catástrofes los funcionarios internacionales que de buena fe tratan de remediarlos de modo inmediato, conocen a fondo su funcionamiento real, ni hasta ahora se han puesto en actuación, por la ONU y otras organizaciones, mecanismos eficaces que eviten el odioso —y remunerador!— tráfico mundial de menores entre países *exportadores e importadores* de cualquier continente. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

27. Testamento: nulidad por carecer el testador de cabal juicio: nulidad de la partición: efectos: bienes enajenados a terceros: valor a restituir.—La cuestión de fondo es el alcance de la obligación de restitución en relación a la declaración judicial de nulidad de un testamento abierto, y de su correspondiente escritura de aceptación y adjudicación de bienes. Los recursos interpuestos traen causa de la demanda interpuesta por los recurrentes en la que se ejercitaba principalmente una acción de nulidad de testamento por vicio grave de consentimiento, otorgado por doña Rocío el 5 de marzo

de 2002, cuya pretensión fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia por considerar que la testadora no tenía cabal juicio para saber, querer y conocer la trascendencia del otorgamiento del testamento, si bien se determinó que la obligación de restitución de los bienes, respecto de los que no existiera posibilidad de devolución por haber dispuesto de ellos, se realizaría de acuerdo con el valor fiscal de la transmisión y no el valor de mercado, con los intereses legales incrementados en dos puntos a computar desde el otorgamiento de la escritura de aceptación de herencia en virtud de testamento cuya nulidad se declaraba, de fecha de 19 de abril de 2007. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso interpuesto en el sentido de fijar el importe de los bienes que no fueran susceptibles de devolución, devengarían los intereses legales del artículo 576 LEC desde la fecha de primera instancia, declarando la validez del testamento precedente otorgado por la testadora.

Ausencia de incongruencia.—La sentencia recurrida resulta congruente al pronunciarse expresamente sobre las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, con una cumplida exteriorización de las consecuencias jurídicas que justifican la confirmación de la nulidad de pleno derecho del testamento otorgado por doña Rocío, y, en consecuencia, de la nulidad también de pleno derecho, de la escritura de aceptación y adjudicación de dicha herencia, llevada a cabo por don Edmundo, el 19 de abril de 2007. En este contexto, la restitución ordenada en favor de la masa patrimonial de la herencia de la causante y su puesta a disposición de doña Guillerma, como legítima y única heredera a raíz del último y válido testamento otorgado el 14 de marzo de 1989, resulta incuestionable, como legítima y única heredera, por ser una proyección o referencia obligada de la propia vocación testamentaria y de la razón de equivalencia entre la unidad del fenómeno sucesorio de la causante y el *ius delationis* en favor exclusivamente de doña Guillerma que, tras su ejercicio de la aceptación de la herencia, determinó que todos los bienes y derechos que traían causa de la sucesión, incluidas las restituciones que resultaran procedentes, pasaran a integrar parte de su patrimonio y, en su caso, de su propio haber hereditario. También es congruente que ante la imposibilidad de proceder a la restitución *in natura*, por la transmisión del bien a terceros adquirentes de buena fe, transforme el contenido de la restitución respecto a su equivalente pecuniario, de forma que nada obsta a la fundamentación técnica que justifica la aplicación del artículo 576 LEC en relación a los intereses derivados de la mora procesal desde que se dictó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

El precio de venta como valor a restituir.—Resulta incorrecta la aplicación metodológica de la valoración fiscal o tributaria que hace la sentencia recurrida, pues trae causa de una escritura de aceptación y adjudicación de bienes cuya ineficacia estructural ha sido declarada también tras la nulidad del testamento que, a su vez, causalizó dicha adjudicación. De ahí que la interpretación normativa deba reconducirse al ámbito de aplicación del artículo 1307 CC, en la medida en que la enajenación del bien puede considerarse equivalente a la pérdida de la cosa que expresamente contempla dicho precepto, ante la inexistencia de respuesta normativa específica respecto a esta cuestión. En su consecuencia, y con apoyo también en el artículo 1897 CC en la regulación del cobro de lo indebido respecto del *accipiens indebiti* de buena fe, el cálculo del valor del bien objeto de restitución por equivalente pecuniario debe quedar determinado por el precio de venta del mismo.

En el presente caso, no habiéndose acreditado la mala fe del demandado en la venta efectuada, la valoración de las circunstancias concurrentes exteriorizan, con claridad, que el aumento del valor del bien en el momento de su enajenación, respecto de la asignación dada a su valor fiscal, no se debió, en ningún caso, a las mejoras realizadas o al trabajo o industria del demandado enajenante, sino a la mera oportunidad que ofrecía su venta o transmisión en el mercado inmobiliario; de ahí que el contenido de la obligación de restitución por el equivalente pecuniario coincida con lo dispuesto en el artículo 1897 CC para el *accipiens indebiti* de buena fe que enajena el bien objeto de restitución, esto es, el precio de la venta obtenido. **(STS de 28 de abril de 2014; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.] (*G. G. C.*)

28. Partición de la herencia: rescisión por lesión: prueba.—Al socaire de una posible infracción del artículo 1074 CC afirma el recurrente que no ha quedado acreditada la lesión, siendo así que la sentencia de instancia la ha declarado probada, y en casación no cabe afirmar lo contrario haciendo supuesto de la cuestión.

Opción indemnizatoria del demandado.—Es cierto que al demandado no se le ha dado la opción prevista en el artículo 1077 CC, pero tal opción no se mencionaba en la pretensión, ni se ha formulado reconvención al respecto. La STS de 17 de mayo de 2004 permite que se ejercite dicha opción en fase de ejecución de la sentencia, pero ello no cabe cuando es ineludible una nueva partición con valoración de bienes, como se dijo en STS de 25 de enero de 1971.

Favor partitionis.—Un principio general no puede evitar que se rescinda una partición cuando se dan los presupuestos para ello. De lo contrario este principio anularía las normas sobre ineficacia de la partición, como la rescisión, dando lugar a la realidad de particiones viciadas que vulnerarían este principio. **(STS de 14 de mayo de 2014; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Doña Amalia fallece en 9 de septiembre de 2000, siendo esposa en segundas nupcias del demandante con quien pactó el régimen de separación de bienes, y madre de dos demandados (hijos de su primer matrimonio) designados herederos, siendo legatario su esposo (demandante) de la cuota hereditaria que señala la ley como cónyuge viudo; nombró albacea contador-partidor, el cual redactó el cuaderno particional protocolizado ante notario en fecha 1 de abril de 2004. El viudo entendió que se le había perjudicado en más de la cuarta parte y solicitó la nulidad o, subsidiariamente, la rescisión de la partición basándose en la infravaloración de los bienes de la herencia. En ambas instancias se ha estimado la demanda, declarándose la rescisión por lesión en más de la cuarta parte. (*G. G. C.*)