

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

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

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

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

## DERECHO CIVIL

### DERECHO DE LA PERSONA

**1. Derecho al honor. Inclusión de datos personales en un registro de morosos. Día inicial del cómputo del plazo de la acción de protección del derecho al honor.**–El plazo de caducidad de la acción de protección del derecho al honor por la inclusión indebida en un registro de morosos se inicia desde que los datos dejan de estar incluidos en el fichero (STS 29 de

enero de 2014), o, más exactamente, desde que el afectado supo que sus datos habían dejado de estar incluidos en el fichero (STS de 4 de junio de 2014), pues los daños producidos por la inclusión indebida en un registro de solvencia patrimonial tienen naturaleza de daños continuados, como lo demuestra el hecho de que la causa que origina la intromisión en el derecho al honor (la imputación de ser moroso) persista durante el tiempo en su eficacia potencialmente lesiva del honor del afectado hasta que no se produce la baja del demandante en el citado registro, al margen de que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública.

**Acción de protección del derecho al honor. Plazo de caducidad.**—Esta Sala ha declarado (SSTS de 25 de febrero de 2013 y 29 de enero de 2014, y las que en ella se citan) que el plazo de cuatro años establecido en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982 es de caducidad, como claramente expresa el propio precepto, y por tanto no se interrumpe por la incoación de actuaciones penales por los mismos hechos ni por la incoación de un expediente administrativo sancionador por infracción de las normas sobre protección de datos.

**Derecho al honor y reclamaciones judiciales o extrajudiciales de supuestas deudas. Para apreciar si se ha vulnerado el derecho al honor ha de valorarse las circunstancias a fin de determinar si se trata de la reclamación de una deuda aparentemente existente o si se incurre en una actuación vejatoria o denigrante.**—En principio, afirmar tener un derecho de crédito frente a otra persona, y ejercitar las acciones que se derivan de tal afirmación, no puede considerarse en sí mismo una vulneración del honor del considerado deudor, aunque finalmente las reclamaciones no prosperen porque el órgano judicial desestime la reclamación, o porque el que afirmaba ser acreedor desista de continuar su reclamación. Una consideración diferente llevaría al absurdo de considerar vulnerado el derecho al honor de cada demandado que resulta absuelto de la reclamación que se formula contra él. Excepcionalmente, ciertas conductas significativamente agresivas, coactivas, ofensivas o persistentes, en las que se formulan insistentes reclamaciones de pago de un crédito contra quien razonablemente no puede ser considerado como deudor, o se le trata de un modo coactivo, vejatorio o desconsiderado (como era el caso de la STS de 2 de abril de 2001), pueden tener una potencialidad vulneradora del derecho al honor por el carácter degradante del trato sufrido por el considerado como moroso, por la valoración social negativa de las personas que son tratadas como morosas y porque la imputación de ser «moroso» lesiona la dignidad de la persona, menoscaba su fama y atenta a su propia estimación, y pueden llegar a suponer un trato vejatorio o incluso coactivo para con el supuesto deudor. Para valorar si se ha producido una vulneración del derecho al honor han de examinarse las concretas circunstancias concurrentes a fin de apreciar si fue razonable que las demandadas consideraran que el demandante era su deudor, y si el trato al que se sometió al supuesto deudor no fue degradante o vejatorio. (STS de 16 de julio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

**HECHOS.**—El demandante fundamenta la vulneración de su derecho al honor en dos conductas: a) la inclusión indebida de su nombre en un registro de morosos y b) la trasmisión de los supuestos créditos a terceros que a su vez habían encargado la gestión del

cobro de las deudas a otras empresas, las cuales le habían reclamado reiteradamente su pago. Se da la circunstancia de que las deudas, que originaron las conductas denunciadas, no habían sido contraídas por el demandante sino por una antigua novia que se prevaleció de su relación personal con él para solicitar una serie de servicios cuyo gasto cargaba en las cuentas del demandante. Por estos hechos la exnovia fue condenada por un delito de estafa. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda por caducidad de la acción de protección del derecho al honor. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación respecto a la sentencia de la Audiencia que consideró caducada la acción, pero desestima la demanda en cuanto que considera que las actuaciones de los demandados no pueden ser consideradas vulneradoras del derecho al honor. (C. O. M.)

**2. Derecho al honor. Colisión con otros derechos: derecho a la creación y producción literaria y artística. Ponderación de los derechos en conflicto. Ausencia del canon de veracidad en la obra literaria o artística.**—La intromisión en el derecho al honor se produciría por la producción y emisión de una película. Una obra audiovisual es una obra protegida por la propiedad intelectual y su producción y difusión estaría amparada por el derecho a la producción y creación literaria y artística del artículo 20.1.b) CE., que en nuestro ordenamiento jurídico está configurado como un derecho autónomo e independiente de la libertad de expresión e información [art. 20.1.a) y d) CE]. Mediante este derecho se protege la libertad del propio proceso creativo, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa y protegiéndolo de toda interferencia ilegítima procedente de los poderes públicos o de los particulares (STC de 14 de abril de 2008). Si bien, las obras audiovisuales o literarias basadas en hechos reales, y en las que puede reconocerse a personas también reales en sus personajes, presentan una especial problemática pues en ellas no puede negarse la potencialidad ofensiva para el honor de determinadas personas, amén de que concurren rasgos propios de las libertades de expresión e información, siendo exigible los requisitos de legitimidad en su ejercicio exigidos habitualmente en estas libertades. Cuando los hechos y las personas a las que se refiere la novela o la película son fácilmente reconocibles por los lectores o espectadores, no hay duda de que se produce una fuerte vinculación entre la libertad de información (cuyo objeto es la transmisión de hechos veraces y relevantes públicamente) y la libertad de creación artística (que ampara la desconexión con la realidad e incluso su transformación). Esta segunda está excusada del canon de veracidad y, además, le está permitido el uso de licencias creativas con el fin de hacer la obra más interesante y atraer la atención del espectador.

**Derecho al honor. No se produce intromisión ilegítima cuando la obra, pese al empleo de ciertas licencias creativas, tiene una clara voluntad de reflejar los hechos de una manera fidedigna aunque con matices.**—La ponderación de los derechos en conflicto muestra que no ha existido la alegada intromisión, ya que pese a la potencialidad ofensiva de la película, los hechos en ella expuestos son veraces, las escenas en las que se vierten sospechas difusas sobre los hijos de los asesinados forman parte de una sospecha más general que se cierne sobre todas las personas relacionadas con las víctimas y puede entenderse como un aceptable empleo de una licencia

creativa tendente a crear cierta tensión y captar el interés del espectador. Asimismo, se toma en cuenta la emisión previa de un documental en el que se reproducen las declaraciones realizadas a los medios de comunicación por las personas relacionadas con los hechos y, entre ellas, las del demandante refutando las acusaciones. De manera que no existió intromisión ilegítima en el derecho al honor, ya que los hechos expuestos eran veraces y las licencias creativas empleadas estaban justificadas y no llegaron a tergiversar los hechos acaecidos ni a acusar al demandante de haber tomado parte en el crimen de sus padres. (**STS de 29 de julio de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

**HECHOS.**—En 1980 se produjo el asesinato de un matrimonio perteneciente a la aristocracia española. Como resultado del mismo fueron condenados como autor el yerno de estos y, posteriormente, otra persona como encubridora. Casi treinta años después, en 2009, RTVE emitió dentro de la serie «La huella del crimen», un capítulo titulado «El crimen de los Marqueses de U.», precedido de un documental sobre los hechos en el que se explicaron los pormenores del caso tal como resultaban de las declaraciones realizadas a los medios de comunicación por las personas relacionadas con el caso. Se explicaba en el documental que el condenado había cambiado su declaración para incriminar a los hijos del matrimonio asesinado. También aparecían imágenes de declaraciones públicas de dichos hijos negando los hechos imputados. El capítulo en cuestión escenificó de manera dramatizada dichos acontecimientos, incluidas aquellas imputaciones, aunque finalizando luego con la condena del principal sospechoso. El hijo menor del matrimonio asesinado demandó a RTVE y a la productora PCPC, S. A. al considerar que la emisión de dicho capítulo se había hecho de modo que suponía una intromisión ilegítima en el honor del demandante al presentársele como el autor intelectual o inductor y colaborador necesario en el asesinato de sus padres. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

**3. La libertad de expresión.**—El derecho fundamental a la libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información porque no comprende, como ésta, la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. Según el Tribunal Supremo, cuando en un mismo texto concurren elementos informativos y valorativos y no es posible separarlos, ha de atenderse al elemento preponderante.

**Ataques al prestigio profesional.**—El Tribunal Supremo comienza señalando que no toda crítica sobre la actividad laboral profesional de un individuo constituye una afrenta a su honor personal. El ataque debe revestir un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse una lesión del derecho fundamental. La protección del artículo 18.1 CE sólo impide aquellas críticas que constituyan en el fondo una descalificación personal al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o

su ética en el desempeño de aquella actividad, lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido. No obstante, en la delimitación del honor, se ha de tener en cuenta el propio comportamiento de la persona.

**El derecho al honor de personas jurídicas.**—Aunque el honor es un valor que debe referirse a personas físicas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación también lo ostentan las personas jurídicas. Mediante los fines de la persona jurídico-privada puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad. La persona jurídica puede ver así lesionado su derecho mediante la divulgación de hechos concernientes a ella cuando la infame o la haga desmerecer en la consideración ajena. En tal caso, la persona jurídica afectada, aunque se trate de una entidad mercantil, no viene obligada a probar la existencia de daño patrimonial en sus intereses, sino que basta constatar que existe una intromisión en el honor o prestigio profesional de la entidad y que tal intromisión no es legítima. A pesar de todo, el Tribunal Supremo considera que la intromisión respecto de personas jurídicas no se puede valorar con los mismos parámetros que si fueran personas físicas. No debe atenderse al aspecto interno o personal de la persona jurídica, sino al externo, a la consideración pública, que no cabe identificar simplemente con la reputación empresarial, comercial, o, en general, del mero prestigio con que se desarrolla la actividad.

**Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión.**—A la hora de valorar cuál prevalece, hay que tener en cuenta que la libertad de expresión garantiza un interés constitucional relevante, como es la formación y existencia de una opinión pública libre, condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, y que alcanza un máximo nivel cuando la libertad de expresión es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de opinión pública, que es la prensa. Deberán tomarse en cuenta dos parámetros: 1) si las expresiones, opiniones o juicios de valor emitidos tenían interés general; 2) si en su difusión no se utilizaron términos o expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias, innecesarias para lograr transmitir aquella finalidad crítica.

Por lo que respecta al interés general, la jurisprudencia ha considerado existente dicho interés en el marco de informaciones y opiniones objetivamente susceptibles de lesionar el honor de asociaciones de consumidores. Y se ha llegado a indicar que debe prevalecer el derecho de información y de expresión en estos casos, no sólo por el amplio colectivo al que va dirigida, los consumidores y usuarios, sino también por la materia a la que se refiere, la protección y defensa de éstos.

En cuanto al segundo presupuesto, aunque la libertad de expresión tenga un ámbito de acción muy amplio, amparando incluso la crítica más molesta, hiriente o desabrida, en su comunicación o exteriorización no es posible sobrepasar la intención crítica pretendida dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, pues de ser así, debe prevalecer la protección del derecho al honor. Señala el Tribunal Supremo que, a la hora de apreciar dicho matiz, se ha de prescindir del análisis separado de cada término o de su mero significado gramatical para, en cambio, optar por su contextualización. La jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la opinión que se pretende comunicar o con la situación política o

social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible.

Finalmente, hay que tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el máximo nivel de eficacia justificadora del ejercicio de la libertad de expresión frente al derecho al honor cuando los titulares de ésta son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública. (**STS de 16 de junio de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Se produce un enfrentamiento entre dos asociaciones de consumidores (AD y AU). La demandada publicó diversos artículos en varios números de una revista entre los años 2007 a 2010. Del conjunto de todos los artículos resulta fundamentalmente una crítica a la actuación de AD y su presidente en el asunto de las filatélicas, al asumir la defensa de los intereses de la mayoría de los afectados, poniendo de manifiesto su incoherente y perjudicial comportamiento procesal, a la obtención de beneficios en forma de subvenciones a cambio de exonerar de responsabilidad patrimonial al Estado y, en el caso de su presidente, a la defensa de sus propios intereses por encima de los de los consumidores y usuarios. AD apuntó que dichos artículos formaban parte de una campaña de descrédito de los demandados hacia AD y su presidente, iniciada hace años y que sólo obedecía a intereses particulares de AU y al hecho de ostentar AD un liderazgo en el sector del consumo financiero con competencia directa con la demandada. Ésta se opuso a la demanda señalando que los artículos, además de referirse a hechos veraces sobre la actuación de AD en los procedimientos judiciales sobre *Forum* y su financiación, afectaban a asuntos de interés general, sin que en su comunicación se hubieran empleado términos o expresiones insultantes o atentatorias contra el honor.

El Juez de Primera Instancia situó el conflicto en el ámbito del derecho al honor y de las libertades de expresión e información, puesto que los artículos litigiosos contenían tanto hechos noticiosos como meras opiniones no afectadas por el requisito de la veracidad. Desestimó la demanda por los siguientes motivos: a) las informaciones y los juicios de valor divulgados venían referidos a asuntos de relevancia pública e interés general; b) la proyección pública de los demandantes, al tratarse de una asociación de consumidores con implantación nacional y de la persona de su presidente; c) las palabras o frases empleadas no tenían carácter injurioso, insultante o desproporcionado; d) en cuanto a las informaciones, eran veraces las relativas a la actuación de AD en los procedimientos judiciales de *Forum* y las relativas a la obtención de subvenciones públicas por dicha asociación. A la misma conclusión llegó la Audiencia Provincial, que desestimó el recurso de apelación.

En casación, el Tribunal Supremo desestima el recurso, compartiendo la decisión de la sentencia recurrida, al entender que lo que predomina en los textos enjuiciados es la expresión de una opinión crítica, por más que su exteriorización necesite apoyarse en la narración de hechos. Más que la difusión de un hecho noticioso, la razón última de los artículos en cuestión vino constituida por la exposición de una valoración crítica del comportamiento de los

demandantes. Además, el Alto Tribunal mantiene la misma ponderación de derechos que realizaron la Audiencia Provincial y el Juez de Primera Instancia, realizando una valoración conjunta y no aislada de las expresiones utilizadas –aunque alguna de ellas, tomada aisladamente, pudiera resultar efectivamente ofensiva–. Entiende que deben aplicarse en atención al contexto y las circunstancias subjetivas y objetivas de la cuestión, las cuales justifican un aumento del grado de tolerancia exigible, debiendo prevalecer el derecho de crítica. En este caso, una entidad, constituida para defender los intereses de todos los ciudadanos como potenciales consumidores y usuarios, y su presidente deben soportar la fiscalización de su actuación en todos los ámbitos que le son propios.

NOTA.–Sobre la distinción entre libertad de expresión y libertad de información, *vid.* SSTC 104/1986 y 139/2007 y SSTS de 26 de febrero de 2014, 24 de marzo de 2014, 6 de octubre de 2014, 15 de octubre de 2014, 31 de octubre de 2014 y 16 de octubre de 2012, entre las más recientes. En relación a los criterios para ponderar el derecho al honor y la libertad de expresión, *vid.* SSTS de 12 de septiembre de 2012, 2 de octubre de 2014, 20 de octubre de 2014 y 31 de octubre de 2014. Respecto al derecho al honor de personas jurídicas, *vid.* SSTC 214/1991, 223/1992, 76/1995 y 139/1995 y SSTS de 15 de abril de 1992, 19 de julio de 1996, 27 de julio de 1998, 3 de enero de 2014 y 1 de julio de 2014. Sobre la prevalencia de la libertad de información y de expresión sobre el derecho al honor, *vid.* SSTS de 16 de octubre de 2012, 2 de diciembre de 2013, 1 de julio de 2014 y 30 de septiembre de 2014. El Tribunal Supremo ya había resuelto previamente otros conflictos entre las mismas partes también por supuestas vulneraciones del derecho al honor. Así, cabe citar las SSTS de 2 de diciembre de 2013, 16 de octubre de 2012 y 11 de febrero de 2009. (*S. L. M.*)

**4. Derecho a la propia imagen. Intromisión ilegítima: publicación no consentida de la imagen de un menor en un medio de difusión cultural gratuito.**–La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen se produce en virtud del artículo 4 LPJM por la inclusión de la imagen del menor en una revista con independencia de los fines perseguidos por su publicación o de que pudiera o no afectar a la reputación del afectado. El acento efectivamente de la relevancia como causa limitativa del derecho, debe situarse en la imprescindibilidad del uso de la imagen en atención a sus fines (STS 19 de noviembre de 2008), lo que no es del caso, y el derecho se vulnera, también, aunque la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga (SSTS 27 de marzo de 1999; 24 de abril de 2000; 19 de noviembre 2008). La imagen, como el honor y la intimidad, constituye hoy un derecho fundamental de la persona consagrado en el artículo 18.1 CE, que pertenece a los derechos de la personalidad, con todas las características de estos derechos y que se concreta en la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen pudiendo en consecuencia evitar o impedir la reproducción y difusión, con independencia de cuál sea la finalidad de esta difusión y que en el caso de menores tiene como presupuesto el hecho de que, siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes

legales de los menores con la anuencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico (SSTS de 19 de noviembre de 2008; 17 de diciembre de 2013; 27 de enero de 2014, entre otras). En definitiva, es la propia norma la que objetiva el interés del menor y la que determina la consecuencia de su desatención. (STS de 30 de junio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La representante legal del menor demanda por la publicación de la imagen de su hijo en una revista de difusión cultural gratuita. La imagen, tomada en una muestra de cetrería, consiste en la representación del menor en brazos de su tía en una zona próxima a un ave rapaz y tratando de acariciarla. Se da la circunstancia de que la fotografía fue tomada por el tío del menor que era director de exposiciones de la entidad que organizó el evento de cetrería. La publicación carecía de fines publicitarios y estaba dirigida a dar información cultural al público infantil y familiar. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al entender que había habido consentimiento para su difusión y que la revista no tenía fines publicitarios sino informativos. La Audiencia Provincial desestimó el recurso. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación. (C. O. M.)

**5. Protección de menores extranjeros no acompañados: prueba de la edad: doctrina legal.**—Esta Sala en sus sentencias de Pleno de 23 y 24 septiembre de 2014 se ha pronunciado sobre la cuestión aquí planteada, fijando la siguiente doctrina:

*Al inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente se desprende su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. Por tanto, procede realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad. En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad.*

Esta doctrina ha sido posteriormente aplicada por dos sentencias de 16 de enero de 2015 (rec. núm. 1406/2013 y núm. 21/2014) con el mismo resultado de estimar los recursos interpuestos y reconocer que el demandante en cada caso debió ser considerado menor y, por tanto, debió haber quedado bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados.

**Menor provisto de pasaporte: no está indocumentado.**—De la jurisprudencia invocada resulta, en síntesis, que el artículo 35.3 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por LO 2/2009, de 11 diciembre, y los artículos 6 y 190 del Reglamento de Extranjería deben ser interpretados en el sentido de que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de

determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de uno de esos documentos legalmente expedidos por el país de origen cuya validez no ha sido cuestionada ni ha sido invalidado por ningún organismo competente. Para la Sala *se hace necesario, por tanto, realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello debe acudir a las pruebas de determinación de la edad.*

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

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

**Menor ghanés provisto de pasaporte que prueba su minoría de edad: estimación del recurso.**—El recurso debe ser estimado, pues como en el caso de la STS de 16 de enero de 2015, el demandante-recurrente cuando compareció ante la policía, disponía de un pasaporte, expedido con objeto de posibilitarle que pudiera viajar documentado al extranjero, tratándose de documento oficial que, además de acreditar su identidad, también establecía la fecha de su nacimiento. El dato de la fecha de nacimiento acreditaba la minoría de edad del demandante, tanto en la fecha en que se personó voluntariamente en dependencias policiales – 17 de febrero de 2011– y se acordó su protección, como en la fecha en que se dictó la resolución administrativa impugnada dejando sin efecto la protección – 3 de marzo de 2011–. La fecha en que cumplía la mayoría según el pasaporte no ha sido controvertida. La segunda de las sentencias dictadas por el Pleno del Tribunal Supremo en esta materia, de 24 de septiembre de 2014 declara que el pasaporte «hace prueba

plena de la fecha de su nacimiento», lo que impone a la Administración la carga de probar que el dato no es cierto, por ejemplo, cotejándolo con el certificado de nacimiento, lo que no ha sido el caso. Por tanto, en atención a la doctrina expuesta, no puede aceptarse que el recurrente fuese un extranjero indocumentado cuya minoría pudiera ponerse en duda a los efectos de la normativa citada, y menos aún cuando las pruebas a que fue sometido dieron como resultado una edad mínima de 18 años, tan notablemente próxima a la minoría de edad que esta no podía quedar descartada. En consecuencia, el recurrente debió quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados. Asumiendo la instancia, procede estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia de primera instancia y estimar íntegramente la demanda en el sentido de declarar que cuando se dictó la resolución ahora impugnada (3 de marzo de 2011) el recurrente era menor de edad, lo que le otorgaba derecho a quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados (**STS de 3 de julio de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Doctrina que viene aplicándose ininterrumpidamente desde las dos sentencias dictadas por el Pleno de la Sala I.<sup>a</sup> Tribunal Supremo en 2014. Debe añadirse, a las citadas en la extractada, la STS de 23 de mayo de 2015, en un caso en el que el refugiado —también ghanés— solicitó inicialmente que se declarase su situación de desamparo y subsiguiente adopción, y ante su archivo demandó en juicio verbal a la Entidad Administrativa, y presentó en el Juzgado Primera Instancia una certificación de nacimiento expedida en su país cuya validez confirmó su embajada en Madrid, expidiéndole pasaporte. En la sentencia extractada se reitera la doctrina jurisprudencial que puede considerarse ya plenamente consolidada, y que resulta adecuada en las actuales circunstancias internacionales. (*G. G. C.*)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**6. Contratación de productos financieros complejos. Aplicación del TRLGDCU. Necesidad de actuación en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional.**—De acuerdo con el artículo 3 TRLGDCU, la protección que dicha Ley dispensa a quien ostenta el estatuto de consumidor exige que la persona actúe en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional, sin que baste la condición de persona física para quedar incluido en el ámbito subjetivo de aplicación de dicha norma. En el caso, al haberse vinculado la solicitud del préstamo hipotecario multdivisa a las actividades de promoción inmobiliaria del actor, no procede entender que tenga la condición de consumidor y, por ende, impide la aplicación de las reglas del mencionado TRLGDCU.

**Hipoteca multdivisa. Normativa aplicable a efectos de determinar el contenido de la obligación de información de la entidad prestataria.**—No es una cuestión pacífica la determinación de las reglas jurídicas aplicables a este tipo de operaciones para establecer el contenido de la obligación de información de la entidad prestataria. La Sala considera que la «hipoteca multdivisa», en tanto que préstamo, es un producto financiero. Se trata, además, de un producto financiero derivado toda vez que la cuantificación de la

obligación de una de las partes se hace depender de la cuantía que alcance otro valor distinto (activo subyacente), que en este caso es una divisa extranjera. Como instrumento financiero derivado está incluido en la Ley del Mercado de Valores (art. 2.2 LMV) con la categoría de instrumento financiero complejo (art. 79 bis 8 LMV). Por tal motivo, la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada LMV en la redacción vigente tras la reforma introducida por la Ley 47/2007 que traspuso la Directiva 2004/39/CE MiFID.

**Contratos sobre productos financieros complejos. Deber general de información. Consecuencias de su incumplimiento.**—Los deberes de información responden al principio general de que todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate, como una consecuencia directa del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe *ex* artículo 7 CC. Este deber genérico conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información se le ha de proporcionar en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad y, en función de esto, suministrar al cliente la información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar (STS de 20 enero de 2014). El incumplimiento de este deber genera unas consecuencias que es preciso delimitar. De acuerdo con la doctrina en esta materia (STJUE de 30 mayo de 2013 y STS 15 de diciembre de 2014), la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el caso de incumplimiento de los deberes de información, sino otro efecto distinto, de naturaleza administrativa, consistente en calificar esta conducta como una infracción muy grave y la apertura del correspondiente expediente sancionador por la CNMV (art. 97 LMV), de manera que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato.

**Influencia de la omisión de información en la conformación de un juicio equivocado que provoca un error vicio. No se da cuando el cliente, pese a ser minorista, presenta un perfil experimentado y con conocimientos sobre los riesgos que asume en la operación.**—Viene siendo doctrina reiterada de la Sala (SSTS de 20 enero 2013 y de 15 diciembre 2014), que el incumplimiento de los deberes de información por sí mismo no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. Sin embargo, ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio del consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la condición de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financiero (STS de 23 de abril de 2015). Lo relevante, pues, para decidir si ha existido error vicio no es si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. El error que, siendo excusable, vicia el consentimiento es el que recae sobre la naturaleza y los riesgos del producto. Lo que no vicia el consentimiento, y no es

por tanto adecuado para justificar la anulación del contrato, es la conducta de quien, conociendo el componente de elevada aleatoriedad del contrato y la naturaleza de sus riesgos, considera que puede obtener ganancias derivadas de esas características del contrato, yerra en el cálculo y, al contrario de lo que previó, obtiene pérdidas y no ganancias. (**STS de 30 de junio de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—En 2008, D. J y Dña. Z, matrimonio en el que el primero actuaba en representación de la segunda con poder para ello, suscribieron con la entidad bancaria K., S. A. un producto financiero complejo del tipo préstamo «multidivisa» con hipoteca conocido en el mercado como «hipoteca multidivisa», consistente en un préstamo con garantía hipotecaria a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega de capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, utilizándose comúnmente el Libor o similares. A la ventaja para el prestatario de utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de intereses son más bajos que los de la zona euro, así como la posibilidad que tiene de cambiar la moneda si la elegida altera su relación con el euro en perjuicio del cliente, se opone el mayor riesgo que se asume en estas operaciones derivado de las posibles fluctuaciones de la moneda, pues el tipo de cambio se usa también para determinar el importe en euros del capital pendiente de amortización, por lo que la fluctuación de la moneda impone un recálculo constante del importe del capital prestado, de suerte que con el tiempo, si la moneda se ha apreciado respecto del euro, no solo deban abonarse cuotas de mayor importe, sino que además el prestatario puede adeudar al prestamista un capital mayor en euros que el que le fue entregado al concertar la operación. En 2012 D. J y Dña. Z interpusieron demanda para que se declarase la nulidad o anulabilidad del préstamo y se fijase su cuantía en un importe menor del adeudado así como que se declarasen abusivas ciertas cláusulas del contrato, basándose para ello en la ausencia de información suficiente para hacerse una cabal representación del significado y consecuencias de la operación acometida. La entidad bancaria se allanó en cuanto a la declaración de abusivas de ciertas cláusulas pero se opuso a la pretendida anulación. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda pero la Audiencia Provincial de Madrid la revocó al considerar que, aunque el incumplimiento de la normativa administrativa sobre el deber de información tiene trascendencia para determinar si el cliente era consciente de las obligaciones y riesgos que asumía, no podía por sí solo determinar la anulación del contrato por error, sino que era necesario atender a la preparación financiera, nivel de formación y experiencia del mismo, que en el caso de autos reflejaban un perfil de persona conocedora y experta en este tipo de negocios, de manera que consideró que no había concurrido un error excusable que viciara el consentimiento prestado. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de los actores.

NOTA.—La LMV empleada para la resolución del conflicto sometido al Alto Tribunal ha sido derogada por la entrada en vigor

del RD Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores. En consecuencia, las alusiones al deber de diligencia y transparencia (art. 79) y al deber de información (art. 79 bis) deben entenderse hechas en la actualidad a los arts. 208 y 209 del TR-LMV de 2015. Por su parte, la calificación de estos incumplimientos como infracción muy grave (art. 99.2.z bis) se corresponde con el actual artículo 284 TR-LMV, sin que parezca que la nueva normativa, al igual que sucedía con la ahora derogada, ligue al incumplimiento de estos deberes otras consecuencias distintas de la sanción administrativa.

De otra parte, el litigio en cuestión vuelve a presentar un problema que, con la pervivencia de la crisis económica, parece perpetuarse. Este es, el derivado de la contratación de productos financieros complejos y sumamente volátiles en los que a las posibilidades de rápidas y altas ganancias se les opone el acusado riesgo de sufrir pérdidas cuantiosas. De manera que se pone énfasis por los tribunales en que el sujeto tenga un pleno conocimiento de la verdadera entidad del riesgo que asume al acometer estas operaciones. El fundamento de la protección dispensada al cliente no se debe tanto al hecho de que sea la parte débil del contrato como a que le son transferidos los riesgos derivados de los instrumentos financieros. Por ello, la información sobre éstos y la advertencia sobre los eventuales conflictos de interés constituyen un elemento esencial de la conformación de la voluntad, cuya ausencia, falta de corrección o exhaustividad podrá comportar para la entidad la obligación de resarcir el daño sufrido por el cliente (Así, FERRANDO VILLALBA, M. L. «Extensión y límites del deber de informar al inversor en MIFID II: conflictos de interés y asesoramiento financiero». RDMV, n.º 13 (2013), p. 101 y ss.). Sin embargo, en ocasiones se ha llamado la atención sobre el carácter no determinante de la asimetría en la información con la que cuentan proveedor y cliente, sino que aun teniendo la información suficiente y adecuada, el sujeto no es capaz de hacer un uso racional de la misma. Así, se alude a la «ilusión de entender» [NAVAS NAVARRO, S. «Cláusulas sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia». CESCO-DC, núm. 14 (2015), p. 158], o se habla también de «racionalidad imperfecta», por la cual los sujetos tienden a subestimar los riesgos que ellos mismos toman y, en consecuencia, tienden paralelamente a sobrestimar su capacidad de evaluar los riesgos incluidos en este tipo de acuerdos [v. DE LA MAZA GAZMURI, I. «El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información». RDUCN, núm. 2 (2010), p. 28]. En este sentido, es de alabar la doctrina jurisprudencial en la medida que no permite al cliente escudarse en su condición de minorista para eludir los riesgos propios del negocio emprendido, cuando no parece justo, por sus condiciones de preparación y experiencia, que traslade el coste de la información en exclusiva a la entidad financiera o de inversión [en este sentido, AGÜERO ORTIZ, A. «El consumidor como inversor de alto riesgo: la impugnación por vicios del consentimiento de los contratos de adquisición de participaciones preferentes y swaps, una opción sólo al alcance de algunos». CESCO-DC, núm. 8 (2013), p. 501-503]. (L. A. G. D.)

**7. Contratos bancarios. Adquisición de bonos. Plazo de ejercicio de la acción de anulación por error vicio del consentimiento: el día inicial del cómputo será aquél en que se tiene cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción.**—Al interpretar hoy el artículo 1301 CC en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a *la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*, tal como establece el artículo 3 CC. En la fecha en que el artículo 1301 CC fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la *actio nata*, conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal premisa se halla recogida actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error (STS de 12 de enero de 2015).

**El incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio del consentimiento.**—Pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error (STS de 20 de enero de 2014).

**Consecuencias del desconocimiento de aspectos esenciales del riesgo que determinó la pérdida de la inversión.**—El desconocimiento de aspectos esenciales del riesgo constituye un error esencial sobre el objeto y las condiciones del contrato (STS de 10 de septiembre de 2014). (STS de 7 de julio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 21 de septiembre de 2005, la demandante, una congregación religiosa, contrató con Bankinter, entidad demandada, un producto financiero, bono senior, por un importe de 343.000 euros, que ofrecía un interés del 7,25% durante los cinco primeros años, y transcurrido este tiempo, pasaba a ser variable. El emisor de

estos bonos era Lehman Brothers, aunque en el contrato inicialmente convenido entre la demandante y la demandada no aparecía esta entidad como emisora. En la descripción del valor aparecía lo siguiente: «Bono Senior Rating A1, A, A+; Vcto 5/10/35 Cupón 7,25 5 años, luego flotante [4x(10-2)]». No quedó acreditado que Bankinter entregara, antes de la suscripción de la orden de compra, un folleto, documento o explicación escrita que describiera las características y connotaciones esenciales del producto que se adquiriría. Con la quiebra de Lehman Brothers, en septiembre de 2008, Bankinter comunicó a la demandante la pérdida de la inversión. Bankinter realizó una reclamación colectiva, para la que fue autorizado por la demandante, con la que consiguieron la devolución de 14.093,45 euros. También después de la quiebra de Lehman Brothers, Bankinter pasó a la demandante otros documentos a firmar, entre los que se encontraba un contrato fechado no entonces, sino en diciembre de 2006, en el que sí aparecía como emisor de los bonos Lehman Brothers. En primera instancia prosperó la nulidad del contrato por error en el consentimiento al haber faltado una correcta información sobre el producto por la demandada. La Audiencia estimó el recurso de apelación, al apreciar la caducidad de la acción de nulidad por error. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación y confirmó la sentencia de primera instancia. (I. D.-L.)

**8. Características del consentimiento informado.**—Según el Tribunal Supremo, el consentimiento informado es un presupuesto esencial de la *lex artis* y, como tal, forma parte de toda actuación asistencial de la profesión médica. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente, lo contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. Además, entiende el Alto Tribunal que la información es más acusada en la medicina voluntaria que en la asistencial, pues en aquélla el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo, habida cuenta de la innecesariedad o falta de premura de la misma.

**Responsabilidad médica.**—La responsabilidad del profesional médico es de medios y, como tal, no puede garantizar un resultado concreto. Su obligación es poner a disposición del paciente los medios adecuados, comprometiéndose no sólo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. La intervención médica está sujeta al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas pueden proceder no de una mala praxis, sino de simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico. Hay que tener en cuenta que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual. (STS de 17 de junio de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—E, aconsejada por su odontólogo que, en 2007, comenzó a aplicar un tratamiento de ortodoncia en una clínica, decidió que le colocaran unos implantes de titanio. El día 31 de octubre de 2008, la doctora R, que prestaba servicios como profesional no dependiente de la citada clínica, le practicó la intervención con anestesia local, con la técnica de infiltración que debía permitir mantener la sensibilidad del nervio dental inferior. Antes de la intervención había estudiado, con una ortopantomografía, la estructura de la zona donde había de operar y decidió que no requería ninguna prueba. Tras ello empezaron a surgir complicaciones y la demandante comenzó a sufrir diversas dolencias (pérdida de sensibilidad en la zona, vértigos, ruidos en los oídos o dolores de cabeza, entre otros). E interpone una demanda, alegando: 1) la obligatoriedad de prestar el consentimiento expreso de la paciente previo a la intervención quirúrgica realizada para la colocación de los dos implantes; 2) que la información es inherente al derecho fundamental del paciente a la integridad física; 3) que la relación entre médico y paciente es de naturaleza contractual cuando se trata de colocación de implantes —estamos ante medicina voluntaria en la que se exige un resultado y se extrema la obligación de informar de los riesgos y complicaciones de la mismas, sin que se haya logrado el resultado comprometido—; 4) que existe nexo causal por vulneración de la *lex artis*.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, al igual que la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Esta última concluyó que: a) no había lesiones como consecuencia de la colocación de los implantes, pues las que tiene quedaban fuera del alcance de los implantes y de los instrumentos quirúrgicos; b) no había nexo causal; c) la posibilidad de que se hubiera podido producir una lesión del nervio dental inferior se planteaba como una simple hipótesis, no acreditada; d) no hubo mala praxis, pues entiende la Audiencia que las pruebas realizadas previamente fueron suficientes y resulta discutible que la intervención se pudiera incluir dentro del ámbito de la cirugía puramente facultativa, dado que la prótesis debía tener una repercusión funcional positiva, como es mejorar la función de masticar; e) no hay daño desproporcionado; f) es irrelevante la existencia de un documento de consentimiento informado, pues hubo información suficiente —la paciente reconoció que el médico que le había hecho el tratamiento precedente de ortodoncia le había explicado que la mejor forma de reparar la ausencia de dos piezas era la colocación de unos implantes, habiendo tenido la oportunidad de decidir con conocimiento de causa el tratamiento que más le convenía—.

El Tribunal Supremo desestima el recurso. Entiende que debe considerarse inamovible la conclusión probatoria de la sentencia recurrida, conforme a la cual se ha probado que se informó a la paciente de la naturaleza de la actuación médica y las alternativas y que no ha sido privada de su derecho a decidir con suficiente conocimiento de causa del tratamiento que más le convenía, no habiendo daño imputable a una omisión del deber de informar. A juicio del Tribunal Supremo, queda acredita la existencia de consentimiento, sin que sea necesario que sea proporcionado por escrito.

NOTA.—Sobre el consentimiento informado como presupuesto fundamental de la *lex artis* y para toda actuación asistencial, *vid.* también las SSTs de 29 de mayo de 2003, 23 de julio de 2003, 21 de diciembre de 2005, 15 de noviembre de 2006 y 7 de mayo de 2014. En relación al diferente nivel de intensidad del deber de información en la medicina voluntaria y en la medicina asistencial, *vid.* SSTs de 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006, 29 de junio de 2007, 27 de septiembre de 2010 y 20 de enero de 2011. El Tribunal Supremo también ha señalado varias veces que la responsabilidad del profesional médico es de medios y no de resultado, y que se trata de una responsabilidad subjetiva o por culpa. Así, por ejemplo, cabe destacar las SSTs de 12 de marzo de 2008, 30 de junio de 2009, 20 de noviembre de 2009, 3 de marzo de 2010, 19 de julio de 2013 y 7 de mayo de 2014. (S. L. M.)

**9. Control de incorporación de condiciones generales de la contratación suscritas por relación o por referencia expresa.**—Las exigencias de claridad, sencillez y transparencia inherentes al control de incorporación de condiciones generales de la contratación (art. 5.5 LCGC) son aplicables también a la redacción del documento en que las condiciones generales se aceptan, por relación o referencia, mediante la firma del adherente. No sólo cuando el adherente acepta las condiciones generales mediante la firma del documento donde se contienen. La referencia ha de ser precisa y expresa a unas condiciones generales perfectamente identificadas y debe ser suficientemente visible en el documento que el consumidor rubrica. A lo anterior debe acompañarse la entrega efectiva del documento que recoge dichas condiciones. De este modo, el adherente tiene oportunidad real de conocer las condiciones generales que, de manera completa, acepta al tiempo de contratar. En caso contrario, las condiciones generales no pueden entenderse incorporadas al contrato.

**Carácter abusivo de la cláusula no negociada de interés de demora en contratos de préstamo personal con consumidores.**—Lo determinante para resolver sobre el carácter abusivo del interés de demora establecido en una cláusula no negociada, dentro del marco de un contrato con consumidores, es decidir si hay proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento (art. 85.6 TRLGDCU). Para decidir sobre la abusividad de la cláusula no negociada de interés de demora el juez ha de estar a las normas aplicables en defecto de pacto, al tipo de interés de demora fijado respecto al tipo de interés legal y a si el profesional podía estimar que el consumidor habría aceptado la cláusula de haber negociado individualmente con él (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz).

En el caso de préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado. Por lo tanto, resulta abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal (art. 576 LEC). La Sala 1.<sup>a</sup> vuelve a confirmar así el criterio sentado por la STS 265/2015, de 22 de abril.

**Consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo.**—La consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora debe ser supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta el reintegro de la suma prestada (SSTS de 22 de abril y 8 de septiembre de 2015).

**Cláusula de vencimiento anticipado en contratos de financiación de bienes muebles a plazos.**—La cláusula que permite al vendedor dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación de la compra del bien mueble a plazos no puede considerarse abusiva cuando es la simple transcripción del régimen legal que regula el contrato (art. 10.2 LVPBM). (**STS de 7 de septiembre de 2015**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Santander Consumer celebró un contrato de financiación de bienes muebles a plazos, en febrero de 2007, con D. Sabido, como prestatario, y D. Federico, como fiador. El contrato tenía como objeto financiar la adquisición de un automóvil. La cantidad prestada devengaba un interés remuneratorio al tipo nominal del 7,4669% (TAE 8,87%). El interés de demora se fijó en un 2% mensual (equivalente a un 24% anual). Estas estipulaciones se contenían en un documento de condiciones particulares suscrito con las firmas de los contratantes. Además, el contrato se regía por las condiciones generales depositadas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, recibiendo los firmantes un ejemplar de las mismas. En las condiciones generales se incluía una cláusula según la cual la falta de pago de dos plazos facultaba al financiador para exigir al prestatario el abono de la totalidad de la deuda pendiente. Las cuotas de amortización resultaron impagadas desde diciembre de 2008 hasta noviembre de 2009.

Santander Consumer promovió procedimiento monitorio contra el prestatario y el fiador reclamando el capital pendiente de amortización más los intereses de demora. El fiador se opuso al monitorio, ante lo cual Santander Consumer presentó demanda de juicio ordinario. El fiador contestó invocando la nulidad de determinadas cláusulas del contrato (cláusula de interés de demora y cláusula de vencimiento anticipado) y alegando que no se le había entregado copia de las condiciones generales.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pues estimó que no podía considerarse aceptado el contrato por los demandados. Santander Consumer recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso. A juicio de la Audiencia Provincial, la mención a las condiciones generales en el documento contractual y la entrega de un ejemplar de las mismas bastaba para superar el control de incorporación. También consideró la Audiencia que la cláusula de interés de demora no era abusiva, por no ser desproporcionada, al superar el tipo de interés de demora ligeramente 2,5 veces el interés remuneratorio. El fiador interpuso recurso de casación. (*A. I. R. A.*)

**10. Control de abusividad de la cláusula no negociada de interés de demora en contratos de préstamo personal con consumidores.**—La cláusula que establece el interés de demora en contratos con consumidores es susceptible de control de abusividad de su contenido, no sólo en cuanto a su transparencia, sino también a si, en contra de las expectativas de la buena fe y en perjuicio del consumidor, causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (art. 82.1 TRLGDCU), pues no se incluye en el ámbito de aplicación del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE.

El incremento de dos puntos porcentuales previsto en el artículo 576 LEC para la fijación de la mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización desproporcionada al consumidor que no cumpla con sus obligaciones (art. 85.6 TRLGDCU). Este criterio evita, para la Sala 1.<sup>a</sup>, que el interés de demora sea inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños irrogados al prestamista y contiene un factor disuasorio para que el condenado no se demore en exceso en el cumplimiento de la sentencia.

**Consecuencias de la nulidad de la cláusula no negociada que fija un interés de demora abusivo.**—La consecuencia de la apreciación de abusividad de la cláusula abusiva del interés de demora es la supresión del tal cláusula (art. 6.1. Directiva 93/13/CEE), sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho interno prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato (art. 1.258 CC), toda vez que no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor.

La consecuencia de la apreciación de abusividad de la cláusula del interés de demora no debe, en consecuencia, ser la moderación de dicho interés hasta un porcentaje considerado como aceptable (reducción conservadora de la validez) ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevea el devengo del interés legal (art. 1.108 CC) o cualquier otra que prevea interés de demora en diversos sectores de la contratación (art. 83 TRLGDCU). Pero la consecuencia tampoco puede ser el cese en el devengo de cualquier interés: el interés remuneratorio continúa devengándose hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada (STS de 22 de abril de 2015). (**STS de 8 de septiembre de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Asbury Park, S. A. (en adelante, Asbury) interpuso demanda contra Dña. Coro reclamando a ésta el pago de la deuda derivada de un contrato de préstamo personal. El interés remuneratorio del préstamo ascendía a un 9% anual (revisable tras el primer año añadiendo un diferencial al tipo de referencia pactado), mientras que el interés de demora consistía en la adición de 20 puntos porcentuales al interés remuneratorio aplicable en cada momento.

El Juzgado de Primera Instancia reconoció el carácter de consumidora de Dña. Coro y adoptó el punto de vista doctrinal que excluye la cláusula de intereses moratorios de la protección conferida a los consumidores por el TRLGDCU. Entendía el Juzgado que esta cláusula no forma parte de las prestaciones constitutivas del objeto del contrato, ya que la entrada en juego de esta estipulación sólo depende del comportamiento incumplidor del consumi-

dor no siendo posible calificar la cláusula como una condición abusiva de crédito.

Dña. Coro recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó que una cláusula que fija el interés de demora en un tipo superior en 20 puntos el interés remuneratorio no resulta abusiva al no alcanzar el triple del interés remuneratorio pactado.

Dña. Coro interpuso recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Provincial. (A. I. R. A.)

**11. Condiciones Generales de la Contratación: alcance.**—Un contrato, aun integrado por condiciones generales, en el que el adherente no ostenta la condición de consumidor, queda excluido del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, y se debe aplicar el régimen general del contrato por negociación. Por tanto, aunque las partes no se encontrasen en un plano de igualdad o el adherente no haya tenido posibilidad de negociar el contenido del contrato, integrado por condiciones generales de la contratación, al no tener tal adherente la cualidad legal de consumidor, es aplicable el régimen general.

**Condiciones Generales de la Contratación. Nulidad cláusulas abusivas: finalidad.**—En nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando éste se ha obligado con base en cláusulas no negociadas individualmente. También se concluye que en nuestro ordenamiento jurídico las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el artículo 1255 del CC, y en especial las normas imperativas, como recuerda el artículo 8.1 LCGC.

**Contratos. Interpretación: principio rector.**—La jurisprudencia viene entendiendo la jurisprudencia las reglas legales de interpretación de los contratos, en orden a su finalidad. El principio rector de la labor de interpretación del contrato es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes. Esta búsqueda de la intención común de las partes se proyecta, necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas, de ahí que la interpretación sistemática (art. 1285 CC) constituya un presupuesto lógico-jurídico de esta labor de interpretación.

**Contratos. Interpretación: sentido literal.**—El sentido literal, como criterio hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto que constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito negocial proyectado en el contrato. Cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal no sólo es el punto de partida sino también el de llegada del fenómeno interpretativo, e impide que, con el pretexto de la labor interpreta-

tiva, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. A ello responde la regla de interpretación contenida en el párrafo primero del artículo 1281 CC. Pero, en otro caso, la interpretación literal también contribuye a mostrar que el contrato por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor de interpretación debe seguir su curso, con los criterios hermenéuticos a su alcance (arts. 1282 – 1289 CC), para poder dotar a aquellas disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual.

**Contratos. Condiciones resolutorias expresa y tácita: diferencias.**—La jurisprudencia considera que una cosa es la condición resolutoria expresa, propia de las obligaciones condicionales (arts. 1113, 1114, 1123) y otra la condición resolutoria tácita o implícita que confiere al acreedor el art. 1124 del CC pues esta tiene su origen en la ley y aquella en la voluntad de las partes. La tácita, a diferencia de la condición resolutoria propia, no actúa automáticamente, sino que únicamente faculta a la otra parte para resolver el contrato. No obstante, ambos actúan con efecto retroactivo.

**Contratos. Condición resolutoria tácita: no es obligación condicional.**—La doctrina científica ha señalado que la facultad resolutoria tácita no tenga relación con las obligaciones condicionales ni por su origen ni por su mecanismo, concluyendo que nada justifica que el Código Civil incluya el artículo 1124 en la sección relativa a las obligaciones condicionales. Por ello, la jurisprudencia ha reiterado que no procede la aplicación del artículo 1124 del CC por no entrar en juego su reglamentación, cuando en el contrato existe pacto de *lex commissoria*, es decir, cuando hay cláusula establecida por las partes que regula y condiciona el ejercicio de la resolución; y si se dispone que el incumplimiento de la prestación funcione como condición resolutoria, entonces la resolución se produce automáticamente y no por la «facultad» de resolver que otorga el dicho artículo 1124 CC.

**Contratos. Autonomía de la voluntad: validez de pactos resolutorios por incumplimiento.**—El artículo 1255 del CC permite a las partes contratantes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al artículo 1124 del CC tengan o no trascendencia resolutoria. Igualmente, lo que en principio puede calificarse como obligación accesorias puede constituirse en obligación esencial del contrato, al configurarlo las partes como condición resolutoria expresa (art. 1281 CC), diseñando las consecuencias del incumplimiento a través de una cláusula penal. (STS de 28 de junio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La representación procesal de la entidad G. G. I. S. L., interpuso demanda contra la C. S. L., solicitando el cumplimiento y elevar a escritura pública los contratos de compraventa de locales y de plazas de garaje suscritos entre las partes. La representación procesal de C. S. L., formuló demanda reconvenzional suplicando se declaren resueltos los contratos objetos de la *litis*. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 24 de Sevilla estimó parcialmente la demanda y la reconvenzión y declaró que no había *no lugar a la resolución contractual instada, y condeno a la entidad demandada C. SL al cumplimiento de los contratos de*

*compraventa de locales y plazas de garaje*. Recurrida en apelación por la representación procesal de C. S. L., la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso y confirmó íntegramente la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**12. Contratos. Integración e interpretación.**—La integración del contrato, propiamente dicha, opera en un plano diferenciado y específico dentro del ámbito general de la interpretación del contrato. En este sentido, la integración acompaña necesariamente a la valoración jurídica de la relación negocial, de forma que puede proyectarse tanto en el ámbito de la citada interpretación del contrato, como en la conformación de la eficacia resultante del mismo artículo 1258 CC.

**Contratos. Integración: efectos.**—La integración, unas veces, se traduce en una mera complementación objetivada de la reglamentación acordada por las partes, casos, entre otros, de la existencia de lagunas o de imprecisión del clausulado. Otras veces, en un sentido más específico, su aplicación se traduce en la configuración de auténticas obligaciones accesorias de las prestaciones contempladas como en su caso, supuesto que nos ocupa, en una corrección de lo ejecutado por alguna de las partes por infringir los deberes legales que se derivan de los criterios de integración contractual previstos por la norma; especialmente con relación al principio de buena fe contractual. Principio estrechamente conectado tanto con la conducta de las partes como medio o criterio de interpretación (art. 1282 CC), como con la doctrina de los actos propios (art. 7.1 del CC).

**Contratos. Integración: alcance.**—Su aplicación confluye complementariamente en torno al eje central de la voluntad querida por las partes, sin posibilidad de alterarla o modificarla en lo expresamente pactado o querido por las mismas. De esta forma, aunque su aplicación objetivada nos permita, por ejemplo, adscribir una determinada obligación o deber, no expresamente asignado, a una de las partes por razón de la naturaleza del negocio en cuestión, no obstante, por su propio carácter instrumental y subordinado, su aplicación no permite resolver la cuestión interpretativa cuando ésta, se centra en el ámbito de la base económica que conformó la razón de ser del contrato, integrando su causa concreta o propósito práctico querido inicialmente por las partes.

**Contratos. Integración: buena fe.**—La buena fe, como fuente objetiva de integración normativa del contrato, sanciona, entre otros extremos, todos aquellos comportamientos que en el desenvolvimiento contractual resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de la palabra dada y de la confianza que razonablemente derivó del acuerdo de voluntades, entre las partes. De forma que el acto o la reclamación, en una relación contractual, que vulnere estos deberes impuestos por la buena fe contractual resultan abusivos y pueden ser impugnados o excepcionados por la parte afectada. (STS de 20 de julio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La representación procesal de la entidad financiera BBVA, S. A. interpuso ante Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Cornellá de Llobregat demanda contra C. L. D. S., S. A., don J. M. y doña C. Reclamado el importe de las cantidades que ha satis-

fecho la actora a la Comunidad de Propietarios de los Locales Comerciales. Las partes suscribieron en su día un contrato de arrendamiento financiero con opción de compra sobre un local de una galería comercial, previa adquisición de la propiedad del local por la parte actora, en dicho contrato de arrendamiento financiero la parte demandada se obligaba al pago de las cuotas de la comunidad de propietarios. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de BBVA, S. A., la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, estimó el recurso de apelación interpuesto revocando la sentencia de instancia, condenando a los codemandados al pago solidario la cantidad solicitada en la instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**13. Cláusula penal incorporada en el contrato de compraventa. Improcedencia de la moderación judicial.**—De acuerdo al artículo 1154 CC, el juez podrá moderar equitativamente la pena convenida cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. La jurisprudencia (entre muchas otras, SSTS 4 de enero de 2007 y 30 de abril de 2013) ha establecido que la moderación de la cláusula penal es un mandato que el juez debe cumplir sin ser instado por las partes. No obstante, dicho mandato debe quedar condicionado a la concurrencia del supuesto de incumplimiento previsto en el contrato, fuere parcial o irregular, pues la facultad moderadora no puede operar si se produce exactamente la infracción prevista (entre muchas otras, SSTS 14 de junio de 2006 y 20 de junio de 2007). Lo anterior, responde a la idea de la «potencialidad normativa creadora de los contratantes» (art. 1255 CC) y su efecto vinculante de la «*lex privata*» (art. 1091 CC) [SSTS 31 de marzo de 2010 y 2 de julio de 2010, entre otras]. Por tanto, la finalidad del artículo 1154 CC no reside en resolver la cuestión de si se debe rebajar equitativamente la pena por ser elevada, sino en interpretar si las partes, al pactar, pensaron en un incumplimiento distinto del producido (SSTS 15 de octubre de 2008 y 26 de marzo 2009). El Alto Tribunal considera que en el caso concreto la cláusula penal no puede moderarse por el juez, pues se había pactado libremente por las partes, con una doble función punitiva y liquidadora de los daños y perjuicios que se ocasionaran al vendedor y, concretamente, para el supuesto que los compradores desistieran unilateral e injustificadamente de sus obligaciones contractuales esenciales (escriturar y pagar en ese momento el precio restante). (ST de 18 de junio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—Los señores H y R, compradores, demandan a la sociedad mercantil A, vendedora, para que se declare resueltos los contratos de compraventa de ciertos bienes inmuebles suscritos por las partes. Asimismo reclaman que se devuelvan las cantidades percibidas por la vendedora de los compradores. En uno de los apartados de los contratos se incorporó una cláusula penal, que establecía que en caso que el incumplimiento del comprador de su obligación de comparecer al otorgamiento de la Escritura Pública cuando fuera requerido por la vendedora, o de su deber de satisfacer cualquier pago de contrato, dará derecho a la vendedora a resolver el contra-

to, con derecho a percibir una pena convencional igual a las cantidades hasta entonces satisfechas por el comprador.

En su sentencia de 7 de diciembre de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Totana estimó parcialmente la demanda. El juez estimó la demanda pero para declarar resueltos los contratos por no haber atendido los compradores a los requerimientos de la vendedora para escriturar, reconociendo el derecho contractual de la vendedora a retener las cantidades percibidas.

En la sentencia de 18 de abril de 2013, la Audiencia Provincial de Murcia estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes. La Audiencia revocó la sentencia apelada solo para moderar la penalización. La Audiencia no la consideró abusiva la cláusula penal, pero sí dispuso que podía ser moderada (art. 1154 CC) dado que la vendedora seguía siendo propietaria del bien y que había cumplido parcialmente el contrato. Por tanto, moderó la cláusula penal disminuyéndola en un 50% de las cantidades entregadas.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la mercantil demandada. El Alto Tribunal consideró que no cabía moderación de pena convencional, pues los compradores desistieron de forma unilateral y sin justa causa de los contratos de compraventa suscritos, obligación que estaba contemplada en el supuesto de la cláusula penal. (*I. V. B.*)

**14. Concurso de acreedores. Condena de administradores al pago de créditos concursales: régimen jurídico.**—La reforma introducida por el Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, incorpora en el artículo 172 bis LC la exigencia expresa de que la condena a cubrir el déficit concursal lo sea en la medida en que la conducta que mereció la calificación culpable hubiera generado o agravado la insolvencia, lo que ha cambiado sustancialmente la justificación de esta responsabilidad por déficit. Se introduce un régimen de responsabilidad de naturaleza resarcitoria, en cuanto que podrá hacerse responsable al administrador liquidador o apoderado general de la persona jurídica (y, en determinadas circunstancias a los socios) a la cobertura total o parcial del déficit en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. Este nuevo régimen de responsabilidad debe aplicarse a los casos en que la sección de calificación se hubiera abierto con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto Ley 4/2014. Esto es, el régimen legal aplicable será el vigente al tiempo de abrirse la sección de calificación.

**Concurso de acreedores. Condena de administradores al pago de créditos concursales: presupuestos.**—La jurisprudencia que interpretó el artículo 172.3 LC, en su redacción originaria, ha sido uniforme al entender que la caracterización de esta responsabilidad por déficit giraba en torno a tres consideraciones: *i)* La condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa (...) no es, según la letra de la norma (art. 172.3 LC), una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida. *ii)* Para que pueda pronunciarse esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza. Además de la con-

currencia de los condicionantes impuestos por el propio apartado del artículo 172, la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación, es necesario que el Juez valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado en el apartado 1 del artículo 164, haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia, ya el de mera actividad que describe el apartado 2 del mismo artículo, haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado. *iii*) Por ello, no se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social y, al fin, a la sociedad y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable.

**Concurso de acreedores. Condena de administradores al pago de créditos concursales: exigencia de justificación añadida.**—La exigencia de una justificación añadida responde a la idea de que la mera calificación culpable del concurso no debe determinar la condena a cubrir el déficit concursal, sino que es preciso que concurra alguna razón adicional relacionada con lo que es objeto de condena, la cobertura total o parcial del déficit, que lo justifique. Esta, no necesariamente tenía que ser la generación o agravación de la insolvencia, pero, obviamente podía serlo, en la medida en que formara parte de los elementos objetivos y subjetivos de alguna de las conductas que habían motivado la calificación culpable. Cuando la conducta que ha motivado la calificación del concurso es la tipificada en el artículo 164.1 LC, y, más en concreto, haber mediado culpa grave en la generación del estado de insolvencia por parte de los administradores de la compañía, no cabe duda de que, como exige en la actualidad el artículo 172 bis LC, la responsabilidad de estos administradores respecto de la cobertura del déficit estará en función de su participación en esta conducta, que es, además, la que indirectamente ha provocado la insatisfacción total o parcial de los créditos.

**Concurso de acreedores. Condena de administradores al pago de créditos concursales: supuestos.**—La justificación añadida en el caso de los pagos de retribuciones injustificadas, radica en la correlación que puede establecerse entre estos pagos que minoraron el activo de la sociedad y lo que no llegaron a cobrar los acreedores concursales con la liquidación concursal de la masa activa. En el caso del retraso en la solicitud, la justificación añadida radica en el agravamiento de la insolvencia provocada por el retraso en la solicitud de concurso. En ambos casos, la justificación añadida guarda relación con el agravamiento de la insolvencia que estas dos conductas provocaron. Tiene sentido en la medida en que en los dos casos los elementos normativos de la conducta tipificada como culpable inciden en el agravamiento de la insolvencia. En el caso de las enajenaciones fraudulentas porque, a no ser que se haya restituido el perjuicio ocasionado a través de otros medios, como la acción rescisoria (art. 73.1 LC) o la condena a restituir lo indebidamente percibido (art. 172.2.3.º LC), los pagos injustificados han provocado una reducción del activo, lo que ha impedido en el mismo importe de los pagos la satisfacción de los créditos en la liquidación concursal. Y por lo que respecta al retraso en la solicitud de concurso, calificar culpable el concurso por retra-

so en su solicitud, al amparo de la presunción de dolo o culpa grave del artículo 165.1 LC, supone integrar esta presunción con la causa de calificación culpable regulada en el art. 164.1 LC. De acuerdo con este precepto, el concurso se declara culpable porque la insolvencia se agravó debido a un comportamiento de los administradores de la sociedad, realizado con dolo o culpa grave. Este comportamiento fue el retraso en la solicitud. De tal forma que el agravamiento de la insolvencia, como consecuencia del retraso en la solicitud, constituye uno de los elementos objetivos y subjetivos de esta causa de calificación culpable, en realidad el más preponderante, con arreglo al cuál podía articularse la justificación de la responsabilidad por déficit del artículo 172.3 LC (en su redacción original).

**Concurso de acreedores. Condena de administradores al pago de créditos concursales: administrador de hecho.**—La jurisprudencia ha declarado que quienes, sin ostentar formalmente el nombramiento de administrador y demás requisitos exigibles, ejercen la función como si estuviesen legitimados prescindiendo de tales formalidades, pero no a quienes actúan regularmente por mandato de los administradores o como gestores de éstos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador con inobservancia de las formalidades mínimas que la Ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición. Es decir, cuando la actuación supone el ejercicio efectivo de funciones propias del órgano de administración de forma continuada y sin sujeción a otras directrices que las que derivan de su configuración como órgano de ejecución de los acuerdos adoptados por la junta general.

**Concurso de acreedores. Condena de administradores al pago de créditos concursales: administrador de hecho y ausencia de designación formal.**—La noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se configura en torno a tres elementos caracterizadores: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad. No se requiere que el administrador de hecho actuara de forma directa o en primera persona, por lo tanto, de modo aparente y notorio, por lo que se admitía que el administrador de hecho pudiera ser oculto, como se ha reconocido expresamente por el artículo 236.3 LSC, tras la reforma de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

**Concurso de acreedores. Condena de administradores al pago de créditos concursales: concurrencia de administradores de hecho y de derecho.**—La jurisprudencia, no descarta que pudiera existir algún supuesto en que, en atención al específico deber legal de actuación quebrantado, sin perjuicio de la responsabilidad del administrador de hecho, no pueda eludir su responsabilidad el de derecho. Pues, aunque no cabe descartar la posible coexistencia de administradores de derecho puramente formales con otro u otros de hecho, singularmente cuando se acredita que la designación formal tiene por objeto eludir la responsabilidad de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad bajo la cobertura del apoderamiento, como

regla quien debe responder de los daños derivados de la administración lesiva es el administrador de derecho ya que, al existir un administrador nombrado legalmente es el auténtico responsable de la marcha de la sociedad. (STS de 22 de julio de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Los administradores concursales de la entidad I. P. S. L., solicitaron del Juzgado de lo Mercantil núm. Seis de Barcelona que declarase el concurso como culpable, así como la determinación como personas afectadas por la calificación culpable del concurso en su condición de administradores de hecho de la concursada a don E. y don R. y al administrador de derecho don J. A. al tiempo que se les considere solidariamente responsables del pago. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda y calificó como culpable el concurso y consideró como persona afectada por tal calificación a don J. A. y a don R., en calidad de administradores de derecho de la concursada, así como a don E., como administrador de hecho de la compañía, condenando a don E. y don J. A. a satisfacer conjunta y solidariamente la deuda reclamada. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don E., la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**15. Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: concepto.**—El perjuicio para la masa puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en tanto supone una minoración del valor del activo sobre lo que más tarde constituirá la masa activa del concurso y, además, carece de justificación.

**Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: ausencia de justificación y prueba.**—La falta de justificación subyace en los casos en que el artículo 71.2 LC presume, sin admitir prueba en contrario, el perjuicio. Fuera de estos supuestos, en la medida en que el acto de disposición conlleve un detrimento patrimonial, deberán examinarse las circunstancias que concurren para apreciar su justificación, que va más allá de los motivos subjetivos, y conforman el interés económico patrimonial que explica su realización. En principio, la acreditación del perjuicio le corresponde a quien insta la rescisión concursal (art. 71.4 LC), salvo que el acto impugnado esté afectado por alguna de las presunciones de perjuicio previstas en el artículo 71.3 LC, que por admitir prueba en contrario, traslada a los demandados la carga de probar que aquel acto impugnado no perjudica a la masa activa.

**Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: criterio general en el supuesto de pagos.**—En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.

**Concurso de acreedores. Perjuicio para la masa activa: excepcionalidad en el supuesto de pagos.**—Un pago debido, realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la *par condicio creditorum*. (STS de 24 de junio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.]

HECHOS.—El Administrador concursal de P. I. de E. 2003, S. L., interpuso demanda ante el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Badajoz por incidente concursal en ejercicio de la acción de reintegración contra la entidad financiera C. de A. de E., en la que solicitaba la declaración de rescisión por ser perjudiciales para la masa activa, básicamente de la disposición de fondos para pago de deudas personales, vencidas y exigibles, representadas por dos pagarés, novaciones hipotecarias, contratos de prenda, operaciones de transformación de créditos personales en hipotecarios, así como la calificación de ciertos créditos como subordinados. La sentencia de instancia estimó la demanda salvo en la calificación de subordinados de los créditos que pretendía la administración concursal. En este sentido, decretó la rescisión de las novaciones hipotecarias y los contratos de prenda, las operaciones de transformación de los créditos personales en hipotecarios y condenó a la demandada a reintegrar a la masa activa una suma de dinero. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la C. de A. de E., la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**16. Compraventa de vivienda en construcción. Terminación fuera de plazo: alcance de la acción rescisoria del comprador fundada en el artículo 3 de la Ley 57/68, de 27 de julio, en relación con el artículo 1124 CC.**—El retraso en la entrega de la vivienda respecto de lo pactado en el contrato, aunque no sea especialmente intenso o relevante, constituye un incumplimiento del vendedor que sí faculta al comprador para resolver (*rescindir*) el contrato, pero con la condición, eso sí, de que el derecho a resolver se ejercite por el comprador antes de ser requerido por el vendedor para el otorgamiento de escritura pública por estar la vivienda ya terminada y en disposición de ser entregada aun después de la fecha estipulada para su entrega. Además, esta doctrina doctrina no excluye que la *rescisión* o resolución del contrato pueda denegarse, conforme a los principios generales, por mala fe o abuso de derecho del comprador (SSTS de Pleno de 20 de enero y 30 de abril de 2015).

**Equiparación de la rescisión a que se refiere el artículo 3 de la Ley 57/68, de 27 de julio, a la resolución por incumplimiento regulada en**

**el artículo 1124 CC: Efectos.**—Como declararon la STS de Pleno de 5 de mayo de 2014 y la STS de 30 de abril de 2015, equiparando la *rescisión* a que se refiere el artículo 3 de la Ley 57/68 a la resolución por incumplimiento regulada en el CC, no procedía resolver el contrato por retraso en la terminación de la vivienda, a instancia del comprador, porque al requerir este de resolución al vendedor la vivienda estaba ya estaba terminada, contaba con licencia de primera ocupación y el comprador había sido previamente requerido por el vendedor para consumir el contrato. (STS de 10 de septiembre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El pleito nace de un contrato de compraventa de vivienda en construcción en el que cada parte contratante alegó el incumplimiento de la parte contraria: la promotora-vendedora, demandante inicial, para pedir la condena de la compradora a cumplir totalmente el contrato concurriendo al otorgamiento de escritura pública y pagando el resto pendiente del precio; y la compradora, mediante reconvencción, para pedir la resolución del contrato por entender que este había sido previamente incumplido por la promotora-vendedora al haberse retrasado en la entrega de la vivienda y sus anejos. Quedó acreditado que hubo un retraso en dicha entrega de seis meses, que la fecha de entrega no se pactó como esencial y que la compradora nada dijo sobre dicho retraso cuando fue requerida por la entidad vendedora para escriturar una vez que la vivienda estaba concluida y en plena disposición de ser entregada. El juez estimó íntegramente la pretensión de la actora y desestimó la reconvencción. La audiencia revocó la sentencia de primera instancia sólo para limitar la condena dineraria al pago de la parte del precio que restaba por abonar y a sus intereses. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la compradora.

NOTA.—La Ley 57/1968, de 25 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, tenía por finalidad, principalmente, asegurar y garantizar tanto la aplicación efectiva de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios a la construcción de su vivienda, como la efectiva devolución de lo anticipado con sus intereses, en caso de que la obtención no se llevase a efecto [Véase LLAMAS POMBO, E., *La compraventa* (Madrid 2014) pp. 1026 a 1035].

Por último, la Ley 20/2015, de 14 de julio, *de ordenación y supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras*, ha modificado, entre otras leyes, la LOE, y derogado la Ley 57/1968, de 27 de julio (cuya vigencia expiró el 31 de diciembre de 2015). La LOE se modifica para introducir como alternativa a la suscripción obligatoria de un sistema de seguros, la obtención de una garantía financiera que permita cubrir el mismo riesgo. Además, se dota de una mayor seguridad jurídica a la posición del adquirente de la vivienda frente al promotor al garantizarse desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales (esta modificación entró en vigor el 1 de enero de 2016). (I. D.-L.)

**17. Revocación de donación por ingratitud: el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario debe quedar reflejado como un hecho integrado en la causa de ingratitud del artículo 648.1 CC.**—La interpretación sistemática del artículo 648.1 CC, en cuanto al maltrato de obra o psicológico se refiere, debe realizarse conforme a los siguientes criterios:

a) En primer lugar, aunque las causas de revocación de la donación sean únicamente las que expresamente contempla la norma (art. 648 CC), y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de aplicación analógica, ni de interpretación extensiva; esto no significa que los elementos conceptuales contemplados por la norma, deban ser, asimismo, objeto de interpretación rígida o sumamente restrictiva.

b) En segundo lugar, ha destacado esta Sala la interpretación flexible que cabe realizar de este precepto 648 CC, tanto respecto a la falta de precisión técnica con la que se refiere al concepto de delito y a los concretos derechos o bienes protegidos *persona, honra y otros bienes*, por lo que el precepto debe interpretarse, en sentido laxo, con relación a todo posible delito por el que pudiera resultar ofendido el donante en su gratitud, como a la innecesariedad que, a tales efectos, se haya producido previamente una sentencia penal condenatoria, ni tan siquiera que el procedimiento penal se haya iniciado; bastando la existencia de una conducta del donatario socialmente reprochable, que revistiendo caracteres delictivos, aunque no estén formalmente declarados como tales, resulte ofensiva para el donante.

c) Por último, en tercer lugar, debe concluirse que, de acuerdo con los criterios interpretativos de la realidad social del momento de aplicación de la norma y su propia finalidad, el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario debe quedar reflejado como un hecho integrado en la causa de ingratitud del artículo 648.1 CC (SSTS de 3 de junio de 2014 y 30 de enero de 2015). (STS de 20 de julio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Los donantes, padres de la donataria, demandaron a esta última por ingratitud y, en consecuencia, solicitaron la revocación de las dos donaciones que habían efectuado en favor de su hija. Asimismo, pidieron que se declarase la titularidad de los demandantes sobre unos determinados fondos bancarios. Quedó acreditado que en los años anteriores a la demanda el comportamiento de la donataria no fue el que debe tener un hijo con relación a sus padres. La desconsideración y maltrato se colmaron cuando la hija propina una bofetada a su padre insultando gravemente tanto a éste como a su madre. El juez estimó parcialmente la demanda, declarando la causa de ingratitud prevista en el artículo 648.1 CC, por lo que revocó las donaciones efectuadas. Además, consideró la titularidad privativa de los fondos bancarios solicitada por los demandantes. La audiencia revocó la anterior sentencia, al estimar que el artículo 648 CC es de interpretación restrictiva y que sus causas son taxativas, de forma que no cabe la integración del maltrato o desconsideración denunciado en ninguna de las causas contempladas por la norma. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora al fijar como doctrina jurisprudencial que el maltrato, de obra o psicológico, por parte del donatario hacia el donante, queda califi-

cado como un hecho integrado en la causa de ingratitud contemplada en el artículo 648.1 CC.

NOTA.—El maltrato realizado por la donataria a los padres, como conducta socialmente reprochable o condenable, es suficiente para justificar la revocación, sin necesidad de que haya sido declarado formalmente como delito. Todo ello, mediante una interpretación conforme a la realidad social del tiempo presente y al espíritu y finalidad de la norma (art. 3.1 CC), y no desde su mera literalidad, de la ingratitud del donatario como causa de revocación de la donación del artículo 648.1 CC. En consecuencia, no es preciso para que se produzca el efecto revocatorio que se trate de uno de los delitos expresamente contemplados en el artículo 648.1 CC, bastando la realización por el donatario de comportamientos, socialmente reprochables o condenables, por los que el donante resulte ofendido y revelen ingratitud. Esta doctrina jurisprudencial sobrepasa los casos que taxativamente menciona el artículo 648 CC, al extenderse más allá de los supuestos en él previstos. (*I. D.-L.*)

**18. Arrendamiento de vivienda. Renuncia a la denegación de prórroga.**—El artículo 6.3 LAU establece el carácter dispositivo de los beneficios y derechos del arrendador. La jurisprudencia (entre otras, SSTs 24 de febrero de 1961, 30 de junio de 1984 y 9 de abril 1999) señaló que el artículo 6.3 LAU autorizaba la renuncia voluntaria de los arrendatarios de locales de negocio, salvo el beneficio de prórroga forzosa, y que dicha renuncia se proyecta tanto en derecho nacidos, como en los que, aún sin nacer, constituyen expectativa de derecho, siempre que se trate de un derecho reconocido por la legislación vigente. El Alto Tribunal señala que la renuncia a la denegación de la prórroga no es un derecho personalísimo del acreedor, tanto es así que la ley le otorga el derecho al arrendador y a los que les sucedan en la posición contractual (el art. 62 LAU recoge como supuesto genérico la denegación de la prórroga). Por tanto, el Tribunal sostiene que el arrendador, al renunciar al derecho de denegación de prórroga, no solo podía estar pensando en su situación personal, sino que debía saber que dicha renuncia afectaría a ulteriores personas que asuman su posición contractual de arrendador. La renuncia a la denegación de la prórroga tampoco viola los derechos de terceros (art. 6.2. CC), pues, como declara la doctrina, es válida la renuncia que no afecte a otros derechos que a los propios del renunciante, aunque en el futuro pueda perjudicar a sus herederos. Por otro lado, el Tribunal señala que la renuncia a la denegación de la prórroga no es un acto irrelevante del arrendador, pues tiene gran repercusión en los intereses del arrendatario, ya que con ello goza de una posición más estable en la vivienda, que puede determinar su elección por la misma. Lo anterior, máxime cuando, como ocurre en el caso concreto, la contrapartida de la renuncia al derecho a la denegación de la prórroga generó un beneficio económico en la renta a percibir. (**STS de 24 de junio de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—El señor A, como sucesor de la posición de arrendador, demanda a la señora B para que se deniegue la prórroga forzosa y se resuelva el contrato de arrendamiento suscrito entre la

señora B y la antigua arrendataria, por necesidad de vivienda del arrendador.

En su sentencia de 29 de septiembre de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Sevilla desestima la demanda.

La Audiencia Provincial de Sevilla, en su sentencia del 27 de noviembre de 2012, estima el recurso de apelación interpuesto por los demandantes. La Audiencia declaró resuelto el contrato y ordenó su desalojo. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandada y revoca la sentencia de la Audiencia. (I. V. B.)

**19. Aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico sujetos a la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Nulidad del contrato por falta de determinación del alojamiento sobre el que recae el derecho.**—En el régimen legal establecido por la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, la falta de determinación en el contrato del alojamiento que constituye su objeto determina la nulidad del referido contrato, según lo dispuesto por el artículo 1.7 en relación con el 9.1.3.º de la citada Ley (STS de 15 de enero de 2015).

**Consecuencias de la nulidad del contrato por falta de determinación del alojamiento sobre el que recae el derecho: La nulidad de los contratos de préstamo vinculados.**—La nulidad del contrato conlleva la de los vinculados que se celebraron con la entidad financiera, también demandada, pues se desprende de la documentación aportada con la demanda el acuerdo para la financiación existente entre los demandados, lo que da lugar a la ineficacia en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley 42/1998 que, aunque sólo se refiere expresamente al desistimiento o a la resolución, comprende necesariamente los supuestos de nulidad como el presente. (STS de 8 de septiembre de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don Lucas y doña Leonor interpusieron, con fecha 17 de noviembre de 2009, demanda contra Inversiones Gormes SL y Banco Guipuzcoano SA, solicitando que se declarara el derecho de desistimiento o, subsidiariamente, la nulidad o la resolución del contrato de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, que habían celebrado con la demandada Inversiones Gormes, S. L. en fecha 25 de noviembre de 2007. Igualmente se pretendía la declaración de ineficacia de otros contratos relacionados con el indicado, en especial el de préstamo que se concertó con la demandada Banco Guipuzcoano SA. La demanda alegaba la omisión de la inserción en el contrato de los artículos 10, 11 y 12 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que regulaba dichos contratos, con la finalidad de ocultar el derecho de desistimiento y resolución que establecía dicha ley. Quedó probado que se había entregado a los actores, tras la firma del contrato, un anexo en forma de cuaderno, de letra pequeña, complejidad lingüística y difícil lectura, lo que afectaba especialmente al anexo V de dicho cuaderno, relativo a la nota informativa de los artículos 8 y 9 de la Ley. En primera y segunda instancia no prospera la pretensión de los actores. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes.

NOTA.—Esta doctrina jurisprudencial afecta a la mayoría de los contratos de Tiempo Compartido que se firmaron bajo la Ley 42/1998, de 15 de diciembre. Todos los contratos que tengan una duración superior a cincuenta años serán nulos de pleno derecho. Las consecuencias de esta jurisprudencia y el impacto que ha tenido en la realidad social, está generando *consumidores de mala fe*, motivados por causas totalmente ajenas a las que se recogen por el TS para declarar la nulidad de los contratos, como son el haberse cansado de usar la semana, o porque no quieren seguir pagando la cuota de mantenimiento, o ya sea porque quieren revender su semana y no pueden hacerlo a un precio satisfactorio. En todos estos casos y en algunos similares, los consumidores de estos productos están acudiendo a la vía judicial para solicitar la nulidad del contrato y obtener la devolución del precio de la semana de Tiempo Compartido, al amparo del art. 1.7 de la Ley. Véase RODRÍGUEZ PERDOMO, E., *La regulación de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en la Ley 4/2012. Un enfoque práctico y jurisprudencial*, tesis doctoral inédita leída en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria en marzo de 2016, pp. 539, 540 y 548. (I. D.-L.)

**20. Enriquecimiento sin causa.**—La figura del enriquecimiento sin causa tiene su origen en sendos textos prácticamente idénticos de POMPONIO recogidos en el Digesto: «nadie debe enriquecerse en detrimento de otro» (S., 12, 6, 14) y «es equitativo por Derecho natural que nadie se enriquezca en detrimento o en daño de otro» (D., 50, 17, 206). El enriquecimiento sin causa se aplicó, desde antes del Código Civil, por la jurisprudencia como principio vigente contenido en Las Partidas. El Alto Tribunal señala que su fundamentación reside en la «atribución patrimonial sin causa» del que se ha enriquecido, el cual, debe restituir al empobrecido aquello que se enriqueció (en el BGB se regula en su § 812). La jurisprudencia (entre muchas otras, SSTS 12 de enero de 1943, 1 de diciembre de 1980 y 19 de julio de 2012) ha proclamado el enriquecimiento injusto, de forma explícita o de forma implícita, como un auténtico principio general del Derecho. El enriquecimiento sin causa tiene tres requisitos: el enriquecimiento de una parte, el correlativo empobrecimiento de la otra parte y la falta de causa que justifica la atribución patrimonial (SSTS 27 de septiembre de 2004, 18 de noviembre de 2005 y 9 de febrero de 2009, entre muchas otras).

**Subsidiariedad del enriquecimiento injusto.**—El Tribunal sostiene que no hay tal falta de causa cuando la atribución patrimonial corresponde a una relación jurídica patrimonial o a un precepto legal. Por tanto, es clave la situación de subsidiariedad del enriquecimiento injusto; si la ley prevé un supuesto en que la atribución patrimonial corresponde a un precepto del ordenamiento o a una relación contractual, no pueden mantenerse las doctrinas del enriquecimiento injusto. Aunque hay jurisprudencia que sostiene la no subsidiariedad del enriquecimiento sin causa (como las SSTS 14 de diciembre de 1994 y 5 de mayo de 1997), el Tribunal considera que sí es subsidiaria (entre muchas otras, SSTS 18 de diciembre de 1996, 19 de febrero 1999, 28 de febrero de 2003 y 30 de abril de 2007). De acuerdo a la STS 19 de febrero de 1999, si la ley dispone de acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se aplica, pues ni

su fracaso o falta de ejercicio legitiman la aplicación del enriquecimiento injusto (SSTS 25 de noviembre de 1985, 12 de marzo de 1987 y 3 de marzo de 1990). La jurisprudencia que sostiene la no subsidiariedad del enriquecimiento sin causa (citada anteriormente), lo ha hecho mediante meros *obiter dicta*, y no como *ratio decidendi*, por lo que tales pronunciamientos no son jurisprudencia vinculante. En cambio, la jurisprudencia si ha admitido con claridad la confluencia entre la acción de enriquecimiento sin justa causa y la aquiliana del artículo 1902 CC (SSTS 12 de abril de 1955 y 5 de mayo 1964, entre otras), pero, en el caso concreto, la demandante no pide los daños y perjuicios por vía de responsabilidad extracontractual, sino por la acción de evicción, subsidiariamente por la acción pauliana, y subsidiariamente por el enriquecimiento sin causa.

La concreción de la aplicación subsidiaria del enriquecimiento sin causa comporta las siguientes consideraciones (STS 19 de julio de 2012): 1. Si con la pretensión de enriquecimiento injusto se pide lo mismo o no queda otra acción; 2. Si la pretensión de fondo viene regulada por normas concretas o por previsión normativa; 3. Si la norma preferente elimina, expresa o indirectamente, cualquier otra vía que persiga el mismo resultado u otro parecido; 4. Si el ordenamiento al señalar una acción específica y preferente otorga un plazo de prescripción, para cerrar la cuestión ante cualquier otra reclamación referida al mismo objeto; y 5. Si la acción específica ha perdido viabilidad del éxito por defecto de la prueba o interacción de alguna causa imputable al actor. (STS de 29 de junio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Los señores A, B y C demandaron a la Promotora P por incumplimiento de los contratos de permuta de cambio de solares por obra futura, solicitando la resolución de los contratos y la indemnización de daños y perjuicios por valor de las cantidades entregadas a cuenta por la promotora. La demandada formuló reconvencción, solicitando que se condenara a los demandantes al pago de los gastos de la urbanización de los solares.

En su sentencia de 23 de septiembre de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Valencia, estima la demanda y desestima la reconvencción. El Juzgado considera que no hay enriquecimiento injusto, pues se había previsto en el contrato la obligación de urbanizar, cuyo importe es el que se reclama como indemnización de daños.

En su sentencia de 10 de mayo de 2013, la Audiencia Provincial de Valencia estima la reconvencción. La Audiencia señala que con la resolución de la relación contractual y la cláusula convencional que permite que los demandantes hagan suyas las cantidades percibidas, se debe dilucidar si ha existido un enriquecimiento sin causa. La Audiencia considera que si cabe el enriquecimiento injusto porque el contrato había quedado resuelto *ex tunc* y no puede alegarse como apoyo del principio de subsidiariedad. Por tanto, condena a los demandantes a que abonen a la promotora una importante cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios por los gastos habidos por la urbanización.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por los demandantes. El Alto Tribunal sostiene que el contrato prevé la obligación de urbanizar a cargo de la constructora, por lo

que ésta no puede alegar que se ha producido en la otra parte un enriquecimiento sin causa correspondiente al importe de la urbanización, pues la causa está en el mismo contrato, ya que urbanizar era una de sus obligaciones. (*I. V. B.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**21. Propiedad horizontal. Trato discriminatorio de la comunidad de propietarios hacia un comunero.**—No cabe apreciar desigualdad de trato de la comunidad hacia el comunero, cuando las actuaciones emprendidas por la comunidad se encuentran amparadas por la ley. Una comunidad de propietarios no vulnera el principio de igualdad (art. 14 CE), cuando ejercita una acción contra un comunero concreto, que emprende obras sin autorización, y no lo hace en otros casos de obras similares o iguales acometidas por otros comuneros. Adviértase que a Sala 1.<sup>a</sup> concede importancia a que no haya sido acreditado que la comunidad haya renunciado a ejercitar acciones contra los otros comuneros.

Tampoco resulta discriminatorio, para la Sala 1.<sup>a</sup>, que la junta de propietarios, en el ejercicio de su competencia, varíe, en un determinado momento y de cara al presente, su postura acerca de las obras meramente consentidas.

**Propiedad horizontal. Abuso del derecho.**—No constituye ejercicio anormal o abusivo del derecho una acción ejercitada por la comunidad de propietarios, expresamente amparada por una norma y que persigue una finalidad beneficiosa para el conjunto de propietarios. (**STS de 17 de junio de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

**HECHOS.**—Uno de los comuneros de una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal realizó obras sin recabar el previo consentimiento de la junta de propietarios, que resultaba exigible al afectar las obras a elementos comunes (fachada). El comunero no solicitó autorización a la junta de propietarios ni comunicó el inicio de las obras. La comunidad interpone demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción declarativa. El motivo principal de oposición del comunero a la acción ejercitada de adverso se fundamentaba en la existencia de obras similares efectuadas por otros vecinos dentro de la comunidad, que habían sido consentidas por ésta al no haberse impugnado las obras. No obstante, ha de destacarse que la comunidad sólo había autorizado el cerramiento en la zona del salón a los propietarios de los pisos bajos.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda porque el silencio de la comunidad respecto de las obras ejecutadas por los otros comuneros debía interpretarse en sentido positivo, es decir, entendiendo que habían existido consentimientos informales para la realización de las obras resultando la estimación eventual de la demanda un agravio comparativo para el comunero.

La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.<sup>a</sup>) estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia de instancia. Para la Audiencia, el hecho de que otros propietarios hayan incurrido en ilegalidad no justifica la infracción de la ley de propiedad horizontal por parte del comunero demandado: las obras que afectan a la

estructura del edificio exigen para su realización el acuerdo por unanimidad de la junta de propietarios (arts. 12 y 17.1.º LPH).

El comunero interpuso recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia Provincial. (A. I. R. A.)

## DERECHO DE FAMILIA

**22. Divorcio: guarda y custodia compartida de hijos menores: doctrina jurisprudencial.**—Se ha de partir (STS de 16 de febrero de 2015) de que este régimen debe ser lo normal y deseable, señalando la Sala (STS de 29 de abril de 2013, 25 de abril y 22 octubre de 2014) que la redacción del art. 92 Cc no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto y cuanto lo sea. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la que la Sala se hace eco en las sentencias citadas, ha supuesto un cambio de visión extraordinario hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional, unido todo ello a las amplias facultades que aquélla fijó para la decisión de los tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complementario de todo ello es la reforma del Código civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancias está supeditado a que favorezca el interés del menor.

**Interés del menor.**—Partiendo de la asunción de ese principio hay que enmarcar lo declarado por la Sala sobre este sistema cuando afirma (SSTS de 25 de abril, 22 y 30 de octubre, y 18 de noviembre de 2014, y 16 de febrero de 2015, entre otras) que *la interpretación del art. 92, números 5, 6 y 7 Cc, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la STS de 29 de abril de 2013*. Se pretende aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.

**Estimación del recurso.**—Los hechos que contiene la sentencia recurrida conducen a este régimen: (i) Se va a beneficiar el hijo porque ambos progenitores reúnen condiciones adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales; (ii) Ambos tienen también capacidad para atender a su hijo de manera adecuada, según motiva el informe del equipo psico-social; (iii) Sus horarios laborales se acomodan a la mejor atención del menor; (iv) El menor tiene una vinculación sólida con su padre y con su madre; (v) No existen por su edad factores negativos para actividades básicas, lo que le permite asumir roles personales en descargo de sus padres (vestido, aseo, etc.); (vi) Ambos progenitores tienen domicilio estable, sin que el cambio suponga para el hijo una alteración sustancial

de la estructura social en que se integra, con facilidades tanto para la pernocta como para el estudio; (vii) Finalmente coincide el deseo del menor, que es calificado por el equipo psicosocial de maduro a tal fin, con el sistema de custodia compartida.

Surge la pregunta de si puede verse perjudicado ese interés del menor por las circunstancias que retiene la sentencia de instancia en las manifestaciones del padre. La respuesta ha de ser que no, pues, aun partiendo de que ese fuese el interés del progenitor, de lo que se trata es de indagar si el sistema pretendido es beneficioso para el menor, y ya se ha dado una respuesta afirmativa. De otra parte que sea más beneficiosa para el padre prestar su obligación alimenticia en su domicilio no es un interés espurio si las circunstancias lo permiten, como es el caso, hasta el punto de que así lo prevé el propio legislador en el artículo 149 CC cuando regula los alimentos entre parientes. Otro tanto cabe decir respecto del uso de la vivienda familiar, pues como recoge la STS de 18 de mayo de 2015, el interés del menor «es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un *status*, si no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento y estos se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros». (STS de 15 de julio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

NOTA.—La actitud de los tribunales civiles españoles y, en particular, del Tribunal Supremo en relación con la guarda compartida que puede ejercerse por los padres separados o divorciados en relación con sus hijos menores ha sufrido una evolución, calificada de lenta y prudente, al comienzo de la segunda década del presente siglo y que recibe un fuerte impulso después de la STC núm. 185/2012, que elimina la necesidad de que el Ministerio Fiscal lo informe favorablemente. En STS de 25 de mayo de 2012 (ponente Encarna Roca Trías) se había aplicado incluso a padres no matrimoniales (extractada en ADC, 2014, p. 378-380), aunque suele considerarse determinante para el giro jurisprudencial o cambio de visión extraordinario, la STS de 29 abril 2013 (pte. Seijas Quintana) extractada en ADC, 2015, pp. 310-312. La STS de 16 de febrero de 2015 (ponente. Arroyo Fiestas) se extracta con anotación mía en ADC. 2016, pp. 1178-1180.

En contraste, mayor uso jurisprudencial por los tribunales se ha hecho anteriormente del concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor, hasta el punto de llegar a peligrar su utilidad ante su invocación indiscriminada (así se advierte en STS del Pleno de 6 de febrero de 2014) en el controvertido tema de la maternidad subrogada (extractada en ADC, 2015, pp. 1627-1635, esp. p. 1631). (G. G. C.)

**23. Admisión de los pactos prematrimoniales.**—El Tribunal Supremo parte de una serie de consideraciones: 1) los pactos matrimoniales, que no son más que capitulaciones matrimoniales, están sujetos a estrictos requisitos formales, como el deber de formalizarse en escritura pública con inscripción posterior (arts. 1327 y 1333 CC); 2) las capitulaciones no sólo afectan al régimen económico matrimonial, sino también a cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo (art. 1325 CC); 3) las estipulaciones que sean contrarias a las leyes, las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos de los cónyuges serán nulas (art. 1328 CC).

El Tribunal Supremo pone de manifiesto cómo la evolución social ha venido demandando una mayor libertad de pacto entre los cónyuges, tal como proclama el artículo 1323 CC, de tal manera que se potencie la facultad de autorregulación de éstos. Como no existe una prohibición legal de los pactos prematrimoniales, debe ponerse el acento en los límites de los mismos, que están en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores, aplicándose analógicamente el artículo 90.2 CC.

**Aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.**—La aplicación de esta cláusula exige que la alteración de las condiciones económicas del cónyuge deudor sea sobrevenida y que concurra un aumento extraordinario de la onerosidad o que no concurra la posibilidad de haber efectuado una previsión razonable de la situación desencadenada. (STS de 24 de junio de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—T y C contrajeron matrimonio civil en agosto de 2003, haciéndolo en régimen de separación absoluta de bienes, en virtud de escritura pública autorizada días antes por un Notario. El mismo día de las capitulaciones matrimoniales, y ante el mismo fedatario, comparecen ambos, manifestando, en lo que aquí interesa, lo siguiente: a) que en el supuesto hipotético de tener que solicitar la separación matrimonial, y con objeto de evitar entre ellos reclamaciones y contenciosos judiciales, acuerdan que C abonará a T, como renta mensual vitalicia, la cantidad de 1.200€; b) que en el supuesto de producirse dicha separación, la cantidad mensual antes señalada se actualizará anualmente por aplicación del IPC. En marzo de 2004, C comparece ante ese Notario para añadir una puntualización a esta última cláusula de las capitulaciones. En particular, que la actualización anual se empezaría a contar a partir del día de la boda. Surgidas diferencias entre los cónyuges e interrumpida la convivencia matrimonial, C efectuó a favor de T transferencias periódicas mensuales de 1.425€ a la cuenta de ésta. En realidad, según lo expresamente pactado, la cantidad mensual era de 1.412,21€. Reconciliados los cónyuges y reanudada la convivencia, en febrero de 2010 se produce la ruptura definitiva del matrimonio, dando lugar a la demanda de separación.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda de separación y se declaró la nulidad de los acuerdos prematrimoniales, por ser contrarios al principio de igualdad entre los cónyuges (art. 32 CE). Declaró el Juez que los pactos analizados limitarían el derecho a la separación matrimonial y colocaría a uno de ellos en desigualdad con respecto al otro, infringiéndose el artículo 1328 CC. Además, descarta que se trate de una pensión compensatoria, pues la deman-

dante carece de necesidad y la separación no ha producido desequilibrio alguno, mejorándose incluso su situación económica.

La Audiencia Provincial dio por válido el pacto de una renta vitalicia mensual, solo por el esposo, para el caso de separación conyugal. A su juicio, no afecta a la igualdad de los cónyuges, sino que es manifestación de la libre disposición en materia patrimonial.

Se interpone recurso de casación por el esposo, alegando la infracción de los artículos 6.2, 1255, 1256, 1328 y 90.3.º CC. En particular, alegó que se debía dilucidar: a) si estamos ante una renuncia a la aplicación de la ley (art. 6.2 CC) o a una renuncia a un derecho futuro (art. 1328 CC); b) si los pactos son contrarios a la ley, la moral o el orden público; c) si suponen dejar al arbitrio de uno de los cónyuges la validez de dichos pactos; d) si los pactos limitan la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge (art. 32.1 CE); e) si una vez declarada la validez, es posible obviar los pactos por haber cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de suscribir los mismos.

El Tribunal Supremo señala, en primer lugar, que no se trata de un supuesto de renuncia de derechos, pues lo acordado por las partes no tiene su fundamento en la necesidad de alguno de ellos, ni en el desequilibrio posterior a la crisis del matrimonio, pues ambas partes gozaban de una saneada economía. Por tanto, lo pactado es una renta mensual vitalicia –no una pensión compensatoria– que, como pacto atípico, tiene encuadre en el artículo 1323 CC. En segundo lugar, apunta el Alto Tribunal que los pactos no son contrarios a la ley, a la moral o al orden público, en la medida en que se limitan a pactar un acuerdo económico para el caso de separación conyugal, lo cual tiene cabida en los artículos 1323 y 1325 CC. En tercer lugar, el cumplimiento del pacto no queda al arbitrio de uno de los cónyuges, dado que fue negociado, como se deduce de su posterior modificación. En cuarto lugar, a juicio del Tribunal Supremo no queda cuestionada la igualdad de los cónyuges, pues no consta que los pactos hayan sido gravemente perjudiciales para el recurrente, de profesión abogado y divorciado de un matrimonio anterior, manteniendo ambos una saneada situación económica. Finalmente, planteándose el Tribunal Supremo si cabe o no la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*», rechaza la moderación o extinción de la renta vitalicia, pues no se provoca una especial onerosidad en las prestaciones, ni la situación actual de los contratantes era difícilmente previsible, dado que su situación actual es igual que la existente en el momento de los pactos, por lo que no se ha producido ninguna variación. Todo esto lleva al Tribunal Supremo a desestimar el recurso de casación y a concluir que hay que aplicar el artículo 1258 CC, esto es, que los contratos deben ser cumplidos por las partes.

NOTA.–El Tribunal Supremo ha resuelto asuntos similares al aquí planteado en otras sentencias. Así, en la sentencia de 31 de marzo de 2011, se descartó la infracción del artículo 1256 CC en un caso en el que las partes, tras una crisis conyugal terminada con reconciliación, pactaron que, si volvía a producirse la separación, el esposo pagaría una cantidad mensual. En ese caso, el Alto Tribunal lo trató como un pacto atípico y no tanto como un convenio regulador. En otras dos sentencias, señaló que el convenio suscrito era un

negocio jurídico de Derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad, podía contener tanto pactos típicos como atípicos. Se trataba de supuestos de pensiones compensatorias acordadas en un convenio regulador, donde se establecía por las partes que la pensión se mantendría incluso si la esposa empezaba a trabajar. Vid. SSTs de 20 de abril de 2012 y 25 de marzo de 2014. En cuanto a la cláusula «rebus sic stantibus», el Tribunal Supremo ha dejado claro, en varias sentencias, los dos requisitos para su aplicación: 1) la alteración sobrevenida de las circunstancias económicas del cónyuge deudor; 2) que concurra un aumento extraordinario de la onerosidad (SSTs de 17 de enero de 2013, de 18 de enero de 2013 y de 15 de octubre de 2014, entre otras). (S. L. M.)

**24. Sociedad de gananciales: escritura de liquidación: interpretación.**—El marido formuló demanda de juicio ordinario contra su esposa solicitando se declarara el incumplimiento por la demandada del compromiso adquirido en la escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de sociedad de gananciales otorgada el 2 de diciembre de 2005, de renunciar a solicitar la adjudicación de la vivienda familiar y se condenara a abonarle la suma de 19.310 euros por daños y perjuicios. La demandada se opuso y formuló demanda reconvenzional solicitando se declarara la validez y vigencia de la estipulación octava de la escritura de capitulaciones, según la cual «el esposo declara comprometerse en un futuro a dejar a sus hijos la nave que es titularidad de *Printed Communication SL*, o su equivalente económico». El Juzgado Primera Instancia desestimó la demanda por considerar justificado el incumplimiento del compromiso contraído por la demandada ya que, a consecuencia del divorcio, la atribución del uso de la vivienda se hizo a favor de los hijos y cónyuge a quien se le confiaba la guardia y custodia. También desestimó la reconvenzión por innecesaria y superflua. La Audiencia Provincial desestimó los recursos interpuestos por ambos cónyuges. La esposa interpuso recurso extraordinario por infracción por cuatro motivos, que fue desestimado, y recurso de casación por cuatro motivos basados en la interpretación de la mencionada cláusula, que la Sala aborda conjuntamente por estar estrechamente relacionados al pretender impugnar la interpretación que la Audiencia Provincial ha dado a la misma, y, en particular, que en lugar de considerarla como obligación condicional se la califique a plazo prevista en el artículo 1128 CC.

**Principios rectores de la interpretación contractual.**—La interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia, y la realizada por éstos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación salvo cuando sea contraria a alguna de las normas legales que regula la interpretación de los contratos o se demuestra su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario (SSTs de 14 de mayo de 2013 y 14 de mayo de 2014). Al abordar el sentido de las reglas generales de interpretación de los contratos, la jurisprudencia afirma que el principio rector de la interpretación es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes. Esta búsqueda de la intención común de las partes se proyecta necesariamente sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas, de ahí que la interpretación sistemática (art. 1285 CC) constituya un presupuesto lógico-jurídico de esta labor de interpretación. No obstante, el sentido literal, como criterio

hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito negocial proyectado en el contrato. Cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal no sólo es el punto de partida sino también el de llegada del fenómeno interpretativo, e impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. A ello responde la regla contenida en el pár. 1.º del artículo 1281 CC («si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas»). Pero en otro caso, la interpretación literal también contribuye a mostrar que el contrato por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor hermenéutica debe seguir su curso, con los criterios interpretativos a su alcance (arts. 1282-1289 Cc) para poder dotar a aquellas disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual.

**Interpretación de cláusula contenida en capitulaciones.**—La estipulación octava objeto de interpretación, con su escueta redacción, resulta oscura y ambigua, lo que contradice que pueda inferirse su exacto sentido de la mera literalidad. Más que una obligación de futuro parece contraerse un compromiso de contraerla en un futuro (así dice «declara comprometerse en un futuro»), esto es, una promesa de obligación. El compromiso es «dejar» a sus hijos, término que se compadece más en el lenguaje coloquial con las voluntades testamentarias. Recae el compromiso sobre un bien del que reconoce no ser titular, por pertenecer a «Printer Communication SL», o su equivalente, que no se cuantifica ni siquiera por referencia. De todo ello se colige que no es posible una interpretación literal de la estipulación, siendo razonable la sentencia de instancia cuando concluye que para su cumplimiento existe una incertidumbre total y absoluta.

Ahora bien, lo que ya no aprecia la Sala como lógico y razonable es que se deduzca de tal incertidumbre la naturaleza condicional de la obligación en función de las circunstancias concurrentes, pues ni del texto de la estipulación ni del contenido de la escritura en que se inserta se aprecia que el compromiso se condicione a las circunstancias y situaciones que menciona la sentencia, carentes de sustrato para predicar su representación por las partes, respondiendo a una hipótesis poco lógica, pues no tiene sentido que se reconozca que el bien que se dejará en un futuro a los hijos menores forma parte de la actividad económica del núcleo familiar y el titular del negocio se desprenda de la fuente de sus ingresos. Así debió pensarlo el tribunal y condicionó la obligación a una serie de circunstancias que, a su juicio, lo harían posible, pero que no aparecen previstas ni literalmente ni en el contexto de la escritura en la que la recurrente se adjudica las acciones y participaciones de dos sociedades distintas, y otra cuyas participaciones se adjudicó el marido.

Dado que esta Sala no considera razonable y lógica la interpretación realizada por la Audiencia Provincial, metodológicamente hay que abordar si la que corresponde es la que sustenta la parte actora como fundamento de su pretensión en la demanda reconventional.

La conclusión que alcanza esta Sala es que no se está en presencia de una obligación a plazo y, por ende, no cabe que se apliquen las previsiones que contiene el artículo 1128 CC. Las partes formalizaron un negocio jurídico

complejo en el que se liquidó la sociedad de gananciales y se adjudicó el patrimonio que lo integraba, tanto de inmuebles, de muebles, como de participaciones en sociedades que eran la fuente de ingresos de la unidad familiar. En la escritura la recurrente se adjudicó las participaciones de dos sociedades, y el recurrido la de «Printer Communication SL», titular de la nave objeto de la estipulación. Si el compromiso contraído en esta fuera a plazo, el adjudicatario de tales participaciones se vería gravemente afectado en lo que es su fuente de ingresos, sin contraprestación análoga de la recurrente. Es por ello más razonable que se trate de un compromiso que contrae ante sus hijos sin plazo determinado e indeterminable, fuera de la sucesión. La recurrente al formalizar el recurso de apelación debió ser consciente de lo anteriormente razonado porque, aunque con carácter subsidiario, plantea, separándose de su pretensión principal, que pueda calificarse el contenido de la estipulación como «donación entre vivos» con efectos *post mortem*. Pero los bienes donados han de ser presentes, pues el artículo 635 CC dispone que *la donación no podrá comprender los bienes futuros. Por bienes futuros se entiende aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación*, que es lo que sucede en el caso presente en que el bien donado no pertenece al recurrido, según consta en la propia estipulación.

Lo declarado en los fundamentos jurídicos precedentes implica que, aunque se han estimado en parte los motivos de casación, el recurso debe ser desestimado por aplicación de la doctrina sobre la equivalencia de resultados, por no estimarse que se está en presencia de una obligación a plazo cuya indeterminación deba fijarse por los tribunales, lo que supone confirmar la sentencia recurrida. (STS de 5 junio de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Aunque la debatida cláusula 8.<sup>a</sup> figura en la liquidación de una sociedad de gananciales, derivada de una sentencia de divorcio, en realidad se trata de una cláusula de *contenido atípico* de tal liquidación de gananciales. Cabe preguntarse: ¿Quién de las partes la había propuesto? ¿Cabía imputar negligencia profesional a alguno de los letrados asesores que dieron el visto bueno a la misma? En su caso, ¿debió el notario autorizante advertir a las partes contratantes de la imperfección de su redacción? De cualquier modo, y atendiendo a lo realmente debatido en el recurso, éste me parece acertadamente delimitado y adecuadamente resuelto. (G. G. C.)

**25. Acogimiento familiar permanente otorgado por la Administración, que previamente había declarado el desamparo: Separación o divorcio de los abuelos acogedores: Competencia para adoptar medidas definitivas de guarda y alimentación respecto de la nieta acogida.**—Una menor se encuentra conviviendo con sus abuelos maternos desde que tenía cinco meses y, a instancia de ellos, se les concedió por la Comunidad Autónoma de Madrid el acogimiento familiar permanente de la niña el 23 de diciembre de 1999, que previamente la había declarado en situación de desamparo, asumiendo la tutela administrativa de la misma en aplicación del artículo 172.1 CC. Cuando aún es menor de edad la nieta acogida se declara judicialmente la separación o el divorcio de los abuelos acogedores, y surge la interrogante de si la sentencia que hace tal declaración puede adoptar medidas respecto de la menor en orden a la guarda y alimentación de ésta.

**Interés superior del menor: Su definición como concepto jurídico indeterminado.**—La CE de 1978, al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona, en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores. El mandato constitucional impelió al poder legislativo a la promulgación de la normativa necesaria para la protección del menor, siendo la más significativa, de inicio, en este orden la Ley 21/1987 de 11 noviembre, que modifica el Código civil y la Ley de Emjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores. En ellas se contempla el desamparo del menor y la previsión de la tutela otorgada a la entidad pública por ministerio de la ley cuando aquél se encuentre en esa situación. Con esta Ley tuvo lugar la desjudicialización del sistema jurídico de protección del menor. Más adelante se promulgó la LO 1/1996, de 15 enero, Ley de Protección Jurídica del Menor. Estas dos leyes son las que vienen a modificar de forma sustancial en el ordenamiento jurídico estatal el régimen de protección del menor de edad. La mayoría de las Comunidades Autónomas, con inspiración en tal normativa, y al amparo de la competencia concedida por el artículo 148, 20.º CE, han venido promulgando su propia legislación en esta materia.

Toda esta normativa se ha visto poderosamente influenciada por los textos internacionales que se han ocupado de la protección de los menores, de los que destacan la Declaración Universal de los Derechos del Niño (Nueva York 1959) y la Convención de los Derecho del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York, 20 de noviembre de 1989).

En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, si bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando, bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y de la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales. Meritada concreción al caso es la sentada y aplicada por esta Sala, existiendo un cuerpo de doctrina respecto a las decisiones que deben adoptarse en los casos de riesgo para los niños (STS de 21 de febrero de 2011). Se aprecia que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en juego, pero sin incurrir en calificar el interés de aquél con otros que pudiesen darle apariencia de serlo, como se aprecia en la sentencia del Pleno de la Sala de 31 de julio de 2009.

Según la Observación general núm. 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño en el ámbito de las Naciones Unidas, el interés superior del niño tiene tres dimensiones: «A) *Un derecho sustantivo*: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es

de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. B) *Un principio jurídico interpretativo* fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. C) *Una norma de procedimiento*: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales [...]».

En el ordenamiento español, hasta tal punto se contempla ese interés que la jurisprudencia constitucional, dada la importancia de los intereses de orden personal y familiar de los menores, ha admitido la existencia de un menor rigor formal en este tipo de procesos, admitiendo que las medidas que les afectan se fijen en su interés, incluso con independencia de lo pedido por las partes en litigio (STC de 10 diciembre de 1984).

**Acogimiento familiar permanente.**—La STS de 31 de julio de 2009 dice que el Cc establece las medidas de protección que deben adoptarse respecto de los menores que se hallen en situación de desamparo, entre ellas la asunción por la Administración de la tutela del menor (art. 172.1), mediante el acogimiento familiar simple, de carácter provisional (art. 173.3 II y 173 bis, 1.º), y el acogimiento familiar en las modalidades de permanente o preadoptivo, que deberá ser acordado por el juez si los padres se oponen (art. 73 bis, 2.º y 3.º). En el supuesto que se enjuicia el acogimiento fue familiar, de la familia extensa, es decir los abuelos maternos de la menor. Se trata de un acogimiento convencional, previsto en el art. 173.2, que se formaliza por escrito con el contenido que establece el citado precepto y en el que es obligado el contenido que el propio precepto establece para la formalización del documento. Además es permanente (art. 173, bis, núm. 2) por aconsejarlo así las circunstancias de la menor.

El acogimiento tiene un contenido esencialmente personal por el que el acogedor tiene la obligación (artículo 173.1) de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. La norma reproduce las obligaciones que el art. 154, 1.º impone a los padres, si bien el acogedor no asume las facultades de representación y administración de los bienes, que son inherentes a la patria potestad. Se está en presencia de instituciones diferentes aunque coincidentes en obligaciones personales en favor del menor.

Según el art. 173.4 el acogimiento cesa por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de éstas a la entidad pública. De ello se desprende que quienes intervinieron en el convenio del acogimiento pueden revocarlo. Pero en cualquier caso sobre la revocación habrá de pronunciarse la autoridad pública que ostenta la tutela administrativa del menor, y mientras tanto no cabe un abandono de facto del menor, y los acogedores deben seguir cumpliendo con los deberes inherentes de su cargo.

**Medidas cautelares y definitivas respecto de los menores cuando el matrimonio de los acogedores entra en crisis.**—En supuestos de nulidad, separación o divorcio de cónyuges acogedores no cabe adoptar en la sentencia que recaiga, declarando tales situaciones, medidas definitivas respecto de menores acogidos, sujetos a la tutela administrativa del ente público, con suspensión de la patria potestad.

Cuando existe un acogimiento familiar permanente convencional, no puede dejarse sin efecto, ni modificarse o regularse a través de un proceso

matrimonial sino que su cese o modificación debe solicitarse de la Entidad Pública que asumió la tutela administrativa y autorizó el acogimiento administrativo permanente, ya que no existe laguna legal por la que se deba acudir a aquellos procesos para resolver las incidencias derivadas del acogimiento. Por tanto, en caso de separación o divorcio de los acogedores, debe ser la Entidad Pública, tutora del menor y autorizante del acogimiento, quien, de oficio o a instancia de parte, y a la vista de las nuevas circunstancias, adopte las medidas más beneficiosas para el menor.

Ahora bien, el interés superior del menor impide que se cree una desatención de éste en tanto en cuanto la Autoridad administrativa adopta la decisión correspondiente, pues mientras ello no suceda ambos acogedores lo siguen siendo y tienen la común obligación de «velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral (art. 173.1). De ahí que la sentencia de la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 26 de marzo de 2010, afirme que en sentencia se establezca la cantidad en que deba contribuir el acogedor no custodio a los gastos y necesidades del menor, así como medidas de carácter personal para mantener la vinculación afectiva que hasta la fecha había existido, sin perjuicio de que se haya de estar a lo que más adelante decida el Ente público sobre el acogimiento a la vista de la ruptura de vida en común de los acogedores. Pero en el presente litigio no es necesario que el órgano judicial que conoce de la separación, y en aplicación del interés superior del menor, acuerde de oficio el modo de cumplir los acogedores sus obligaciones, porque tales medidas han sido instadas por la Comisión de Tutela del menor de la Comunidad de Madrid, al haber comparecido en el procedimiento. En atención a ello el motivo debe prosperar y mantenerse las medidas provisionales que respecto a la menor estableció la sentencia del Juzgado Primera Instancia al acordar el divorcio de los acogedores, bien entendido que no se adoptan como efectos de este sino como protección cautelar a favor de la menor hasta que el Ente Público decida sobre el cese o modificación del acogimiento que autorizó el 23 de diciembre de 1999.

**Divorcio de abuelos acogedores: Pensión compensatoria a favor de la abuela que sigue acogiendo a una nieta menor.**—La sentencia recurrida —parca de motivación—, sólo tiene en cuenta una causa para negar la pensión, cuál es que la recurrente tiene atribuido el uso de la vivienda familiar. Pero con independencia de que ello lo motive el que se le haya atribuido la guarda de la nieta acogida y, por ende, sin vocación necesaria de permanencia, aun en la hipótesis de que así fuese, no se tiene en cuenta que la recurrente ha dedicado a la familia 39 años, tiene en la actualidad 65 años y los ingresos son notoriamente desproporcionados entre uno y otro de los cónyuges. El reproche de que ella podía haber trabajado como él a jornada completa es inconsistente, si se tiene en cuenta que han tenido tres hijos, desde el año 1999 tienen acogida a la nieta, y es más que razonable que la dedicación a la familia y a la llevanza de labores diarias del hogar hiciese muy gravosa una dedicación laboral en su empleo en las mismas condiciones de horas de trabajo que las del marido. En atención a tales circunstancias, y teniendo en consideración para la fijación del *quantum* que, al día de hoy, él debe hacer frente a los gastos de una vivienda en la que habitar, se considera adecuada la cantidad de 200 euros mensuales. (STS de 20 julio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Que se superpongan o coincidan crisis matrimoniales entre los miembros de familias pertenecientes a dos generaciones sucesivas, no parece hoy ni raro ni infrecuente. Que una familia que ha criado a tres hijos, acoja a la nieta fruto del matrimonio disuelto de uno de ellos (coloquialmente se diría que «tratándola en su hogar como un hijo más») y, llegando a la adolescencia, ocurra la separación de los acogedores, originando pleitos entre ellos sobre pensiones alimenticias, no resulta habitual ni, en cierto modo, normal. El caso se complica porque el acogimiento fue establecido por la Comunidad Autónoma de residencia, mientras que la separación de los abuelos se tramita ante la jurisdicción civil. Casi patética es la declaración de la Autoridad Pública de carecer actualmente de presupuesto para abonar alimentos, con idéntica perspectiva para el futuro.

NOTA.—La sentencia extractada logra clarificar aspectos que la compleja legislación en vigor parece empeñarse en complicar (no afectan en el caso las reformas, más complejas aún de fondo y forma, operadas en 2015). Oportuno es tratar de precisar el significado del concepto jurídico indeterminado *the best interest of Child*, plenamente incorporado ya a nuestro ordenamiento, así como delimitar el régimen jurídico del acogimiento íntegramente administrativo respecto de los procesos que sólo resuelven crisis matrimoniales. Todo ello sin perjuicio de que aquel principio impida de forma absoluta, interregnos con desatención a los menores, pero residiendo en la Administración la competencia para resolverlas definitivamente. Sin perjuicio de las convincentes razones jurídicas que se alegan para explicar la doctrina que se sienta, creo que es de considerar que la firmeza de esta sentencia ocurre en vísperas de la mayoría de edad de la nieta acogida, la cual, en mi opinión, cabe pensar que la interesada seguirá relacionándose con sus abuelos como si en realidad hubieran sido sus padres. Una consideración lateral: ¿De qué sirve a las Entidades Públicas detentar amplias competencias legales en materia de protección de menores, cuando carece de presupuesto para actuarlas? (G. G. C.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**26. Testamento ológrafo: Autenticidad declarada en juicio declarativo: Validez.**—Con fecha 14 de agosto de 1978, don Pablo Jesús otorgó testamento ológrafo cuya designación de herederos, aparte de un prelegado, está redactado en estos términos literales: «Yo, Pablo Jesús, natural de Benasar, provincia de Alicante, hago testamento en favor de mis hermanos Luis Pedro, Victorio, José Ángel y Tomasa, de todos mis bienes muebles e inmuebles. La división de dichos bienes se hará por igual entre todos mis hermanos [...]». Posteriormente contrajo matrimonio con D.<sup>a</sup> Ramona. No cambió ni modificó el testamento. Pablo Jesús falleció el 10 de octubre de 2009. No tuvo descendencia y su viuda instó acta de notoriedad para obtener la declaración

de herederos a su favor, ignorando la existencia del testamento ológrafo, siendo declarada heredera de su fallecido esposo.

Los cuatro hermanos como herederos abintestato formularon demanda en 2010 con un confuso suplico que en la audiencia previa quedó subsanado en el sentido de que contiene también la petición de que se declare la autenticidad del testamento ológrafo y el derecho a suceder como herederos testamentarios. La sentencia de la Audiencia Provincial, sección 20.<sup>a</sup> de Madrid, de 3 de octubre de 2013 confirmó en todos sus pronunciamientos la dictada por la Juez de Primera Instancia núm. 96 de la misma capital de 13 de mayo de 2011, estimatoria de la demanda cuyo fallo contiene tres pronunciamientos: autenticidad del testamento; derecho de los hermanos a sucederle como herederos testamentarios; y nulidad del acta de notoriedad de heredera abintestato de la viuda, demandada en la instancia y recurrente en casación.

El recurso de casación se contiene en un solo motivo, por infracción del artículo 691 CC. que prevé la adverbación por el Juez de Primera Instancia del testamento ológrafo, como acto de jurisdicción voluntaria. Pero ello no impide, todo lo contrario, que se declare su autenticidad por medio de juicio declarativo ordinario. Así expresa esta doctrina la STS de 14 de mayo de 1996, con cita de sentencias anteriores, que ahora se reitera en estos términos: *Obtener la declaración judicial de que un determinado documento es válido y eficaz como testamento ológrafo, puede pretenderse directamente a través de un juicio declarativo ordinario, sin haber tenido que obtener previamente la protocolización, y así lo tiene proclamado esta Sala en sentencia de 31 de enero de 1911 y 28 de enero de 1914. En la primera de ellas se declara que esas mismas solemnidades, en lo que tengan de fundamental para hacer constar la voluntad de un testador y su forma legal de expresión, pueden y deben acreditarse, bien en el expediente de jurisdicción voluntaria previsto en [...] la Lec, bien en el correspondiente juicio contradictorio. Y agregando la segunda que no puede admitirse, como se pretende en el recurso, que la no existencia de esa protocolización les prive de su carácter ni obste para que en el procedimiento de juicio ordinario, como se ha hecho en este caso, pueda sostener su validez o solicitar la declaración de nulidad.* La expresada solución es la que aquí se mantiene subsistente, ya que el juicio declarativo ordinario, con la plenitud de conocimiento que comporta, ofrece mayores garantías de acierto que un acto de jurisdicción voluntaria, siempre que no haya transcurrido el plazo de caducidad que establece el artículo 689 CC. y, además, en dicho juicio ordinario, se dé posibilidad de ser oídos a todos los parientes del testador que relaciona el artículo 692 de dicho código. En definitiva, tras el examen de la prueba practicada y valorada en su conjunto este tribunal no alberga dudas sobre la autenticidad del testamento ológrafo atribuido a D. Pablo Jesús. Así ni se ha infringido el artículo 691 CC. ni cabe cuestionar la declaración de hecho probado que hace el Tribunal de instancia, por lo que el único motivo se desestima (**STS de 16 junio de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

NOTA.—El derecho aplicable en la sentencia extractada es anterior a las reformas introducidas por la LJV y la LEC. En el recurso por infracción procesal se invoca, entre otros motivos, la incongruencia, pues como reconoce la sentencia extractada la demanda aparece extraña y confusamente redactada. Por eso en el 2.º FJ se insiste en que la congruencia es la correcta adecuación entre el suplico y el fallo, y que la adecuación no significa litera-

lidad de modo que no es preciso que coincida exactamente el suplico y el fallo, teniendo en cuenta, además, que el suplico puede quedar matizado o *subsano* en la audiencia previa. Se aclara también que la audiencia previa tiene por objeto, según ordena minuciosamente el artículo 426 LEC. 2000, el complemento, aclaración o *subsano* de lo alegado anteriormente, y así se corrigió un claro error en el suplico de la demanda al denominar como herederos *forzosos* los que verdaderamente eran *testamentarios*, pues era evidente que los hermanos no son legitimarios, y también la petición de autenticidad no ya fue subsanada, sino que quedó clara por el texto de la demanda y suplico, autenticidad implícita incluso en el curso del proceso.

¿Podría decirse que está en desuso actualmente el testamento ológrafo? Creo que sentencias como la extractada, —plenamente de aceptar—, irían más bien en sentido opuesto, supliendo la falta de adverbación notarial por la que se haga en el proceso. (G. G. C.)

**27. Determinación de la ley aplicable en supuestos de Derecho Internacional Privado.**—Según el Tribunal Supremo, la determinación de la norma de conflicto exige un proceso previo de interpretación de los conceptos jurídicos incardinados en el caso a resolver. Según nuestro artículo 12.1 CC, la calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre conforme a la ley española.

**Los distintos tipos de contenidos de un testamento.**—Dentro del testamento podemos encontrar dos tipos de contenidos: propio o típico e impropio o atípico. El primero se refiere a la típica disposición patrimonial *mortis causa*, esto es, los casos de institución de heredero y del legado. El segundo contenido tiene que ver con cualquier acto o manifestación de voluntad que aproveche la formalidad testamentaria para otras cuestiones distintas de las anteriores (por ejemplo, el reconocimiento de hijos, la rehabilitación del indigno, el reconocimiento de deuda o de cualquier otro derecho de contenido patrimonial). Esta distinción se encuentra recogida en los artículos 741 y 873 CC, de los que habría que hacer una interpretación sistemática. (STS de 23 de junio de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

**HECHOS.**—El testador, residente en Madrid y de nacionalidad marroquí, otorgó testamento aquí el 2 de diciembre de 1975. En él manifiesta que, por conservar la nacionalidad marroquí, está sometido a la legislación de dicha nación en cuanto se refiere al Derecho sucesorio, por remisión de la misma al Derecho hebraico, el cual otorga libertad absoluta de testar y de disposición de bienes. En el testamento se incluía una disposición que se refería a un bien inmueble, respecto del cual los actores señalaban que el causante no podía disponer libremente, en la media en que el 80% del usufructo correspondía a partes iguales y proindiviso a su madre y a sus hermanos, por haberlos adquirido conjuntamente. Se plantea en este caso la determinación de la ley aplicable a una cláusula testamentaria. Para la parte actora —la hermana del testador fallecido y los hijos de otra hermana también fallecida—, respecto de la cláusula controvertida habría que aplicar la ley española, conforme al artí-

culo 12.1 CC, en la medida en que se establece un reconocimiento de derecho a favor de los demandantes. La parte demandada, viuda e hijos del testador, entiende que la ley aplicable es la hebrea, que no permite la libre disposición del testador cuando éste deja esposa e hijos.

El Juez de Primera Instancia desestimó la acción, por lo que los actores interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial lo desestimó igualmente, al entender que la ley aplicable era la marroquí, al tratarse de un ciudadano marroquí de religión hebrea. Por tanto, la Audiencia no considera aplicables las instituciones sucesorias del Código Civil y, en particular, el artículo 873 CC.

En casación, el Tribunal Supremo señala que la interpretación de la cláusula del testamento no ofrece duda alguna. A su juicio, se trata de un reconocimiento del derecho alegado por la parte demandante (usufructo vitalicio). Así, en lugar del artículo 9.8 CC, que remitiría a la ley nacional del causante, hay que aplicar el artículo 10.1 CC y, en consecuencia, la ley del lugar donde se hallen los bienes inmuebles. Y añade el Alto Tribunal que a la misma conclusión se llegaría si se interpretara como un reconocimiento de deuda (art. 10.5 CC). Por tanto, estima el recurso de casación, declarando: a) que, en esa cláusula cuarta del testamento, el causante quiso reconocer una deuda a favor de su madre y hermanos por el capital prestado en su momento por éstos; b) que la cuantía de la deuda reconocida consiste en el 80% del usufructo de los inmuebles a los que se refiere la cláusula en cuestión respecto del valor actual que presentan aquéllos; c) la titularidad conjunta y por partes iguales de los beneficiarios de la deuda reconocida.

NOTA.—A la misma conclusión llegó el Tribunal Supremo en sendas sentencias de 9 de mayo de 1988 y de 19 de junio de 2011, en supuestos similares al aquí planteado. Se aplicó la ley española por ser la del lugar donde se había reconocido el derecho a su titular. (S. L. M.)

**28. Derecho de sucesiones: concurrencia entre la acción de impugnación del testamento por preterición de heredero forzoso y la acción de petición de herencia.**—De los antecedentes fácticos conviene destacar los siguientes hechos: A) Don Borja, padre ya fallecido del actor D. Prudencio, fue reconocido como hijo extramatrimonial por D. Guillermo en testamento notarial otorgado el 2 de julio de 1955. B) D.<sup>a</sup> Valentina, demandada y reconviniente, también fue reconocida como hija extramatrimonial de D. Guillermo en testamento notarial de 16 de septiembre de 1963, siendo instituida además como heredera universal de los bienes de la herencia. C) La sentencia de la Audiencia Provincial, en contra del criterio de la sentencia del Juzgado Primera Instancia considera que la parte actora ejercita tanto una acción de preterición de heredero forzoso, como una acción de petición de herencia, consideración que justifica, a su vez, en los propios pedimentos del suplico, en donde se solicita el derecho a percibir la porción de la herencia que le corresponde con los frutos producidos, y en el debate planteado, en donde tanto en la contestación a la demanda, como en la oposición a la apelación, la parte demandada opone la excepción de la acción de petición de herencia. D) Ambas instancias, en todo caso, sitúan el hecho determinan-

te del plazo prescriptivo en el momento temporal en que la demandada ejercita un procedimiento de desahucio por precario contra Don Borja y su esposa, esto es en el año 1981.

Se plantea la cuestión de fondo consistente en determinar el régimen de aplicación que cabe establecer en el ejercicio conjunto de la acción de preterición de heredero forzoso en sede testamentaria y la propia acción de petición de herencia. La respuesta, concorde con la decisión de la Audiencia Provincial, debe ser negativa, es decir, a favor del reconocimiento del juego autónomo y diferenciado de cada acción en atención a las siguientes consideraciones. Esta Sala en su sentencia de 10 de diciembre de 2014, a propósito de la ineficacia testamentaria por la preterición de un heredero forzoso (art. 814 CC), pese al tenor literal del precepto, declara que la acción que se ejercita no se incardina, en sentido técnico, en el marco de una acción de nulidad que provoque la invalidez estructural de lo ordenado por el testador sino que responde a las medidas de resolución propias de la defensa de la intangibilidad cuantitativa de la legítima. De ahí que la causa de la ineficacia resultante se dirija funcionalmente a purgar los efectos que resulten lesivos frente al derecho que asiste al heredero preterido como legitimario. En todo caso el ejercicio de la acción de preterición no condiciona o impide el curso de las otras acciones que también le asisten al heredero en la defensa de sus derechos hereditarios. En relación con la acción de petición de herencia nos encontramos ante una verdadera acción que trae causa directa de la cualidad del título de heredero, como expresión máxima de su condición, frente a cualquier poseedor de bienes hereditarios que la niegue. En el presente caso, a mayor abundamiento, dicha acción se realiza en el ámbito de la sucesión intestada y por el cauce del derecho a la legítima dada la condición de heredero forzoso de don Borja, del que trae causa la parte actora.

**Prescripción adquisitiva: inaplicación.**—Además de no haberse opuesto tempestivamente esta circunstancia en el escrito de contestación, no concurren los requisitos objetivos de la prescripción de diez años. Desde el *dies a quo* del plazo (demanda de desahucio por precario de 1981) no puede sostenerse la aplicación, sin más, del artículo 1957 (buena fe y justo título), pues aparte de faltar el presupuesto de la posesión de los bienes hereditarios, acreditada en parte a favor del hijo preterido, tampoco es posesión pública y pacífica (art. 1941), habida cuenta del título de heredero opuesto en el procedimiento de desahucio. (STS de 23 de junio de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Destaca en el *factum* la dilatada realización en el tiempo de los hechos básicos, que arrancan del reconocimiento de un hijo no matrimonial verificado en 1955 (Borja), por un padre algo desmemoriado (Guillermo) que en 1963 reconoce en testamento, esta vez a una hija (Valentina), designándola heredera universal omitiendo a su hermano de vínculo sencillo. En 1971 fallece el padre, abriéndose para ambas familias (naturales, según la terminología de la época) un largo periodo que culmina con el presente pleito, que también transcurre pausadamente, entre 2006 y 2015, periodo en el que Valentina litiga con sus sobrinos (de vínculo sencillo, o naturales) pues ha fallecido entretanto Borja. La sentencia de la Audiencia Provincial dejó aclaradas las cuestiones litigiosas básicas. Es estimada la demanda planteada por un nieto del causante, en nombre de la comunidad hereditaria forma-

da por sus dos hermanos, hijos legítimos de Borja y en calidad de nietos de Guillermo, ejercitando acumulativamente la acción de preterición y la acción de petición de herencia, con base en que el plazo de prescripción de esta última es de 30 años y no había transcurrido al ejercitarse. Se desestima íntegramente la nulidad del reconocimiento de Borja ejercitada por vía reconvenicional. Marginalmente surgen algunos interrogantes: ¿No hubiera sido aconsejable resolver el pleito por vía de mediación? Dos familias próximas que probablemente había adquirido conocimiento hacía bastantes años de su común origen, discuten sobre la titularidad de un patrimonio común con títulos hereditarios escasamente dudosos. (G. G. C.)

**29. Partición hereditaria: Rescisión por lesión: Recurso extraordinario por infracción procesal: Incongruencia y falta de motivación son independientes: Valoración de la prueba pericial.**—La incongruencia y la falta de motivación son conceptos distintos que han de integrar también motivos diferentes, por la sencilla razón de que una sentencia puede ser congruente aunque no esté motivada y cabe que, pese a estar motivada, la sentencia sea incongruente (SSTS de 1 de diciembre de 1998, 25 de enero de 1999 y 25 de septiembre de 2003). En consecuencia, no cabe hablar de falta de motivación por el hecho de que la sentencia hubiera dejado de pronunciarse sobre determinadas pretensiones de las partes, pues precisamente la falta de motivación ha de ponerse en relación con el pronunciamiento que se considera inexplicado y ausente de respaldo; lo que cabalmente es distinto e incompatible con la incongruencia que consiste en la falta de pronunciamiento o en el pronunciamiento discordante con el objeto del proceso y las alegaciones efectuadas por las partes en defensa de sus pretensiones. En el cuaderno particional se tuvo en cuenta la pendencia de un litigio sobre el bien al parecer más valioso adjudicado, haciéndose constar que el procedimiento «continuará a instancia de aquel heredero al que se asigne la finca en litigio, y las consecuencias del único beneficio que se puede obtener del mismo es la recuperación de la posesión de una franja de la finca». Si, como ahora se sostiene, tal apreciación era discutida y constituía cuestión litigiosa, debió hacerse constar así en la demanda, y no plantearla con posterioridad. En realidad la crítica que se dirige contra la sentencia sería más bien de falta de exhaustividad en cuanto se echa de menos una referencia a la alegación de la actora sobre los efectos que en la valoración de la finca ha de atribuirse al hecho de la existencia de un pleito pendiente sobre ella, requisito al que se refiere el artículo 218.1 LEC en cuanto impone que las sentencias hagan las declaraciones que exija la demanda y las demás pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el pleito. Pero si se examina la demanda se advierte que en ella no se hace mención alguna a la aludida finca, ni, por tanto, se especifica que haya de valorarse la misma teniendo en cuenta la pendencia de un litigio sobre parte de ella, razón por la que la Audiencia Provincial no estaba obligada a tratar de esta cuestión, que era nueva en la apelación. La improcedencia de plantear cuestiones nuevas constituye doctrina reiterada de esta Sala, y además en este caso se ignora el resultado del pleito seguido sobre la finca.

El artículo 348 LEC, en referencia a la valoración de los informes periciales se limita a señalar que *el tribunal valorará los dictámenes periciales*

*según las reglas de la sana crítica.* Esta Sala tiene declarado al respecto que tales reglas no se hallan recogidas en precepto alguno ni están previstas en ninguna norma valorativa de prueba (SSTS 21 de enero de 2000, 28 de junio de 2001, 28 de febrero y 15 de abril de 2003, y 2 de octubre de 2014), y, en consecuencia, no existiendo reglas preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, la conclusión que resulta es, en principio, la imposibilidad de someter la valoración de la prueba pericial a la verificación casacional (STS de 29 de abril de 2005). No obstante, estando vedados el error patente, la arbitrariedad y la irracionalidad por el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE), y como las reglas de la sana crítica son las del raciocinio lógico, cabe el control casacional cuando en las afirmaciones de los peritos o en la valoración judicial se aprecia un error de tal magnitud, es decir, un error patente, ostensible o notorio (SSTS 18 de diciembre de 2001 y 8 de febrero de 2002), o se extraen conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SSTS 13 diciembre 2003 y 9 de junio de 2004), o se adoptan criterios desorbitados o irracionales, se efectúan apreciaciones arbitrarias o contrarias a las reglas de la común experiencia, o se tergiversan por el tribunal las conclusiones periciales de forma ostensible, se falsean arbitrariamente sus dictados o se aparta el juzgador del propio contexto del dictamen pericial (SSTS 21 y 28 de febrero de 2003, 19 de julio y 30 de noviembre de 2004). Fuera de tales casos no cabe, en el recurso extraordinario, reiterar la postura de parte favorable a las conclusiones periciales que más le favorecen frente a las que le perjudican, para lograr así una nueva valoración a modo de tercera instancia. (STS de 22 de junio de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

NOTA.-Aparte de que en esta sentencia se interpone exclusivamente el recurso extraordinario por infracción procesal, cabe destacar la notable rapidez de la resolución del pleito (la sentencia del Juzgado Primera Instancia se dicta el 8 de marzo de 2013, y la Audiencia Provincial resuelve la apelación el 13 de diciembre de 2013), que dura algo más de dos años desde la sentencia de primera instancia hasta la firme de casación. Se trata del ejercicio de una acción de rescisión por lesión, en una partición entre hermanos, que se desestima en ambas instancias y también el recurso extraordinario por infracción procesal. (G. G. C.)

## DERECHO MERCANTIL

**30. Carta de patrocinio. Negocio jurídico unilateral de eficacia obligacional. Garantía asumida por el patrocinador. Relación jurídica exigida entre patrocinador y patrocinado.**—La carta de patrocinio, en su sentido propio, responde a la estructura del negocio jurídico unilateral con trascendencia obligacional, como declaración de voluntad unilateral de voluntad, de carácter no formal, dirigido a la constitución o creación de una relación obligatoria. El patrocinador asume una obligación de resultado con el acreedor, o futuro acreedor, por el buen fin de las operaciones o instrumentos de financiación proyectados; de forma que garantiza su indemnidad patri-

monial al respecto. Cabe admitir como *causa credendi* del compromiso obligacional asumido cualquier relación existente entre el patrocinador y el patrocinado que justifique el legítimo interés, atribución o ventaja que para aquél pueda representar la realización de las operaciones financieras. Dicho marco relacional, entre patrocinador y patrocinado, puede responder a la relación existente entre la sociedad matriz respecto a su filial, bien a otras relaciones diferentes como ser el patrocinador acreedor o accionista de la patrocinada (STS 13 de febrero de 2013).

**Presupuestos de su eficacia obligacional.**—La eficacia obligacional de la carta de patrocinio requiere de dos presupuestos o condiciones. En primer término, y en el plano de la interpretación de la declaración de voluntad, debe contemplar de manera clara e inequívoca, el compromiso obligacional del patrocinador al margen, de toda declaración de mera recomendación o complacencia, sin voluntad de crear un auténtico vínculo obligacional. En segundo término, dado el carácter recepticio de esta declaración unilateral de voluntad, el efecto obligacional requiere que el compromiso del patrocinador resulte aceptado por el acreedor en orden a la realización de la operación proyectada. Aceptación, que conforme a la naturaleza de la figura, no tiene carácter formal o expreso, pudiendo ser tácita o presunta, particularmente inferida de la relación de causalidad entre la emisión de la carta de patrocinio y la realización o ejecución de la financiación prevista.

**Atipicidad contractual y disciplina normativa aplicable.**—De acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta en la STS de 24 de octubre de 2014, la tipicidad básica de la denominada carta de patrocinio responde a tres criterios de interpretación, claramente concatenados. El primero, relativo a su función negocial, da cuenta de su carácter instrumental respecto de un negocio principal (operación financiera de que se trate) al que acompaña o sirve como una modalidad de garantía personal dentro del marco general de estas garantías. Correlativamente, el segundo criterio, ya en el plano de la normativa o régimen aplicable, concreta que esta función de garantía personal que caracteriza a la carta de patrocinio no se realiza como una proyección o suerte de contrato de fianza sino como una modalidad de garantía personal que, precisamente, excluye la tipicidad y régimen que se deriva de esta figura, de ahí que conceptualmente la carta de patrocinio no pueda quedar embebida o ser reconducida al contrato de fianza o a una mera aplicación analógica de la misma, pues conforme a su tipicidad básica se trata de una modalidad de garantía personal con personalidad propia y diferenciada (STS de 30 de junio de 2005). En consecuencia, tercer criterio de interpretación, el contenido obligacional que se establece en la relación jurídica entre el patrocinador y el acreedor resulta claramente especializado respecto del contenido típico que regula esta misma relación en el contrato de fianza.

**Alcance o extensión de la responsabilidad. Las obligaciones derivadas de la carta de patrocinio son distintas respecto a las que nacen del contrato de fianza. No es aplicable el régimen previsto para el fiador en el contrato de fianza.**—El contenido obligacional que deriva de la relación jurídica constituida entre el patrocinador y el acreedor resulta claramente especializado respecto del contenido típico que regula esta misma relación en el contrato de fianza. En primer término, porque el patrocinador no viene obligado a ejecutar a favor del acreedor una prestación idéntica a aquélla que adeuda el deudor principal o patrocinado, por la operación financiera llevada a cabo, sino otra de

distinta naturaleza y contenido. Esto es, una obligación de indemnidad patrimonial respecto del buen fin o resultado de la operación financiera proyectada a cargo del acreedor. En segundo término, porque este cambio en el objeto u obligación garantizada también comporta una clara modificación del régimen típico que en la fianza regula la extensión y alcance de la obligación del fiador desde sus notas de accesibilidad y subsidiariedad. De forma que al patrocinador, en principio, tampoco le resulta aplicable este contenido obligacional expresamente previsto para el contrato de fianza, particularmente, en relación a la extensión máxima de la obligación del fiador y la reclamación legal del exceso, dado que el compromiso indemnizatorio asumido puede ser mayor que la prestación programada, a la aplicación legal del llamado beneficio de excusión a favor del fiador, o a las propias excepciones oponibles al acreedor. En definitiva, del análisis de la tipicidad básica que subyace en la función negocial de esta práctica, y de su naturaleza o autonomía en el marco de las garantías personales, no se infiere, salvo pacto expreso de las partes al respecto, que resulte de aplicación el régimen legal previsto para el fiador en el contrato de fianza. (STS de 28 de julio de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—El litigio versa sobre la naturaleza y alcance contractual de la denominada carta de patrocinio emitida por la entidad demandada para favorecer una operación financiera de descuento bancario. La demandada se obligó, a través de un contrato atípico, a responder de las obligaciones contraídas por la empresa DHO con una entidad bancaria en relación al contrato de descuento bancario de letras de cambio celebrado entre esta entidad de crédito y aquella empresa. En concreto la referida carta de patrocinio estaba redactada de la siguiente manera: «Muy señores nuestros: Por la presente les confirmamos que tenemos conocimiento de la operación de descuento que por importe nominal de 10.271.594,36 Euros van ustedes a formalizar con DHO el presente día. Les confirmamos que somos accionistas de esta sociedad y somos conocedores de que la citada operación se ha concedido en base a nuestra participación en la misma. Así mismo les confirmamos que, en base a las relaciones que mantenemos con dicha compañía, nos comprometemos frente a ustedes a realizar nuestros mejores esfuerzos, incluido el apoyo financiero, para que D. H. O. cumpla en todo momento sus compromisos con ustedes, y en especial los adquiridos por la citada operación de descuento, con objeto de que ustedes no tengan ningún perjuicio. El presente compromiso permanecerá en vigor en tanto subsistan responsabilidades derivadas de la citada operación de descuento que ustedes formalicen con DHO». La entidad bancaria descontante de las letras de cambio reclama, en base a la obligación de garantía asumida, una determinada suma de dinero a la entidad patrocinadora. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estiman la demanda. El TS desestima el recurso de casación. (C. O. M.)

**31. Aplicabilidad de la normativa MIFID y su terminología para considerar a un cliente como inversor profesional.**—El empleo de la terminología introducida por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, trasponedora de la Directiva 2004\39\CE (MIFID) a fin de evaluar los conocimientos finan-

cieros y la preparación del cliente no constituye aplicación de la normativa MIFID. El empleo de la terminología propia de la Directiva MIFID para referirse a un supuesto gobernado por la normativa anterior es indiferente. Lo verdaderamente relevante consiste en dejar constancia de una realidad que influya en el enjuiciamiento bien de la existencia de vicios en el consentimiento a la hora de contratar el producto financiero bien del incumplimiento del deber de información por parte de la entidad prestadora de servicios de inversión.

**Incumplimiento del deber de diligencia en la administración de la inversión ante la quiebra de la entidad emisora del objeto de la inversión.**—No hay incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato de asesoramiento financiero que permita indemnizar daños y perjuicios por la diferencia entre el precio al que podría haberse desinvertido y el precio al que finalmente se desinvertió, cuando el cliente es consciente de los riesgos asumidos con la inversión y es informado de la situación del emisor así como de la cantidad que se obtendría por la venta del producto financiero. (STS de 21 de julio de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Ribertierra, S.L. (en adelante, «Ribertierra») celebró con Altae Banco, S.A. (en adelante, Altae) un contrato de asesoramiento financiero y de orden de movilización de valores. En el marco de ese contrato, Ribertierra invirtió en diversos productos financieros (bonos estructurados a renta fija) emitidos por Credit Suisse y BNP. En este contexto, Ribertierra dirigió asimismo una orden de compra a Altae para la contratación del bono estructurado «Digital Tarn 12% Mayo 2007», que es objeto del litigio. En la orden de compra, Ribertierra comunicaba a Altae su interés por orientar sus inversiones hacia estructuras financieras de estrategia y gestión alternativa más sofisticadas. Entre estas opciones se encontraba el precitado bono estructurado «Digital Tarn 12% Mayo 2007» emitido por *Landsbanki Islands HF*, que contaba con una calificación AAA. Este bono, cuyo vencimiento estaba fechado para junio de 2017, pagaba el primer año un cupón del 6% trimestral. El segundo año pagaba un cupón del 6% multiplicado por un coeficiente resultante de determinar el número de días en que el EURIBOR a 3 meses estuviere comprendido dentro de un rango (2,30% - 4,70%). La información suministrada por Altae incluía un análisis de escenarios. En la orden de compra, Ribertierra declaraba conocer las características y condiciones del producto y confirmaba que el mismo se adecuaba a sus objetivos de inversión. En junio de 2008, el jefe administrativo de Ribertierra es informado de que el bono estaba fuera de rango debido a lo elevado de los tipos de interés del EURIBOR a 3 meses y de que en la venta no se obtendría una cantidad superior al 85% del valor nominal de la inversión. La entidad emisora fue nacionalizada por el gobierno islandés el 9 de octubre de 2008 y después sometida a un proceso de liquidación. De este modo, los bonos adquiridos no generaron rédito desde entonces.

Ribertierra interpuso demanda frente a Altae y Cajamadrid en la que solicitaba que se declarara la ineficacia de la orden de compra de los bonos Digital Tarn, fundamentada en el incumplimiento

de las demandadas, como prestadoras de servicios de inversión y asesoramiento por quebranto de conducta, ausencia o falseamiento de información y negligencia en el asesoramiento. Entre otras pretensiones, Ribertierra solicitaba indemnización de daños y perjuicios, cuantificada en 6.000.000 de euros, por el importe en que los bonos podrían haberse vendido en enero de 2008 (86,42% del valor nominal).

Las pretensiones de Altae fueron desestimadas tanto en primera instancia como en apelación.

NOTA.—La reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.<sup>a</sup>) de 14 de noviembre de 2016 (Id. Cendoj: 28079110012016100650) ha concedido indemnización derivada del incumplimiento de los deberes de información y asesoramiento al inversor por la pérdida patrimonial consistente en la diferencia de valor de las acciones por la bajada de su cotización, sin que los demandantes tuvieran oportunidad de deshacerse a tiempo de las mismas y, por lo menos, atenuar el descalabro económico. (*A. I. R. A.*)