

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), 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) Francisco SANTANA NAVARRO (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Isué VARGAS BRAND (Universidad Autónoma de Madrid).**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Retraso desleal e ineficacia de la pretensión.—La Sala 1.^a considera aceptable y ajustado al principio de buena fe (art. 7.1 CC) que el retraso desleal no deba producir siempre la ineficacia de la pretensión sino que ésta puede ser adaptada a las exigencias de aquel principio, provocando por ejemplo que, aun admitiendo en un caso concreto la existencia de retraso desleal pero estando dentro del plazo de prescripción de la acción, se reduzca el

tiempo de actualización de la cantidad dineraria reclamada. (**STS de 29 de marzo de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Los padres de A (demandante), B y C (demandados) transmitieron mediante compraventa sus bienes en tres partes. Una primera parte la transmitieron a la sociedad K (sociedad instrumental de B y C); una segunda parte a la sociedad S que a su vez la vendió a K; y otra tercera parte a la sociedad Z (sociedad instrumental de A). B y C, en contestación a una carta dirigida por A, le hicieron una oferta de compraventa según la cual, en el momento en que vendieran una parte significativa de la finca F, se comprometían a reservar a A la cantidad de 100.000.000 pesetas que se actualizarían con la variación del IPC desde el 1 de enero de 1991 hasta esa fecha.

En mayo de 1990 la sociedad Z vendió su parte del reparto a la sociedad K. En el contrato se pactó que los gastos e impuestos eran de cargo de la compradora, estipulándose en la escritura que el contrato se resolvería al amparo del artículo 1.504 CC si no se abonaba esta cantidad con anterioridad al 10 de enero de 1991. Aunque el pago se efectuó con retraso (marzo de 1992), en la carta de pago B se ratificó en la intención conjunta de B y C de reservar a A la cantidad de 100.000.000 pesetas tan pronto como enajenasen una parte significativa de la finca F.

En 1994 la sociedad K vendió una determinada finca que estaba comprendida en su tercio y que constituía una parte significativa de F. Ello suponía el cumplimiento de la condición que les obligaba a abonar a A 100.000.000 de pesetas.

A y su sociedad instrumental Z interpusieron en marzo de 2009 demanda frente a B, C y la sociedad K en reclamación de la cantidad de 100.000.000 pesetas convertida en 601.012,10 euros actualizados desde el 1 de enero de 1991 hasta la fecha de interposición de la demanda. B y C reconvinieron reclamando el abono del compromiso de pago de gastos e impuestos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia y redujo la cantidad a satisfacer por B y C A, manteniendo la desestimación de la reconvencción.

B, C y S, por un lado; y A y K, por el otro, interpusieron sendos recursos de casación frente a la sentencia de la Audiencia Provincial. (A. I. R. A.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho al honor: Derecho a la tutela judicial efectiva: Acusación por denuncia falsa que trae causa de anterior proceso penal entre las partes por injurias: Sentencia absolutoria en ambos procesos.—El presente recurso trae causa de una demanda en la que se ejercitó acción de tutela del derecho al honor, por intromisión ilegítima de la demandada al interponer ésta una denuncia acusando a la actora de cometer un supuesto delito de

denuncia o acusación falsa. Los actores (Leonardo y su esposa Pilar), y ahora recurrentes, interpusieron en su día querrela contra la demandada (Bibiana) alegando que ésta había vertido expresiones injuriosas y vejatorias durante una reunión de copropietarios, referente a unos malos olores que procedían de una gata titularidad de la actora, que esta poseía en su domicilio. Tal querrela culminó en un juicio de faltas que concluyó con sentencia absolutoria, confirmada por la Audiencia Provincial en trámite de apelación. Ante tal absolución, la querrelada y aquí demandada interpuso contra los querellantes, ahora parte actora, denuncia por haber incurrido en delito de denuncia falsa. Las diligencias penales concluyeron mediante sobreseimiento libre, confirmado por la Audiencia Provincial resolviendo la apelación, que adquirió firmeza. En la demanda de la que traen causa los recursos aquí interpuestos, se considera atentatorio al derecho al honor de los actores la presentación por la demandada de la denuncia por acusación falsa contra ellos.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, tras un prolijo relato de las dos causas penales que se encuentran íntimamente interrelacionadas en esta litis, considera como hechos probados, en lo que ahora es de interés, los siguientes: « Que Pilar y Leonardo interpusieron el 12 de julio de 2010 querrela contra Bibiana por hechos que, a su juicio, constituían delito contra el honor. Tras una serie de avatares procesales se reputaron falta los hechos, se celebró la vista del Juicio de Faltas, por una falta de injurias, y el 13 de mayo de 2011 se dictó sentencia que, tras ser recurrida, fue confirmada por la Audiencia Provincial, en la que se absolvía a Bibiana por no haber quedado acreditados los hechos objeto de la querrela, y además se les imponían las costas a los denunciados al apreciar temeridad por mantener la acusación frente a la denunciada pese a no existir ninguna prueba testifical de las ocho practicadas que apoyara las afirmaciones de los denunciados». «Que el 4 julio 2012 Bibiana formuló denuncia contra Pilar y Leonardo, por acusación y denuncia falsa que, tras avatares procesales concluyó con el archivo de las actuaciones. Tal archivo fue recurrido en reforma por ambas partes, desestimándose ambos recursos. El de Bibiana porque los hechos que se denunciaban como falsos no eran hechos que, de ser ciertos, constituyesen infracción penal del delito de denuncia falsa, sino imputaciones o valoraciones que en su caso deberían ser objeto de querrela por delito contra el honor y que, además, no había medio de comprobar la veracidad o falsedad de tales hechos. Ambas partes recurrieron lo decidido en el recurso de reforma, interponiendo el de apelación, y la Audiencia Provincial por auto de 31 de julio de 2013 desestimó el recurso de Bibiana y estimó el interpuesto por Pilar y Leonardo, en el sentido de acordar el sobreseimiento libre al no ser constitutivos de delito de denuncia falsa los hechos denunciados».

Con fundamento en tales hechos el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar que no ha existido una extralimitación ni objetiva, ni subjetiva, en el ejercicio del derecho a la acción penal que asistía a la demandada, pues no puede decirse que su denuncia careciese de una mínima apoyatura fáctica y técnica, si se tiene en cuenta que previamente los demandantes le habían acusado a ella en los términos ya expuestos; de lo que se infiere que con su denuncia sólo perseguía el ejercicio legítimo de una acción penal y no la de difamar y perjudicar el honor de los demandantes.

Contra la anterior resolución la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza resolvió la apelación de los demandantes por sentencia de 6 de marzo de 2015, desestimándola, argumentando que la sentencia de primera instancia entendió necesario tener en cuenta los antecedentes y circunstan-

cias en que se produjeron los hechos que según la demanda constituye la intromisión ilegítima y por ello incluyó un relato de lo sucedido entre las partes. Pero sólo cabe denunciar omisiones que sean trascendentes para la decisión del caso. La sentencia, partiendo de las actuaciones penales, apreció y valoró la prueba documental aportada para concluir con una resolución razonada cumpliendo los artículos 209 y 218 LEC. Cuestión diversa es que se discrepe de la valoración de la prueba. Las denuncias falsas se regulan de forma restrictiva por cuanto el artículo 456, 1 CP exige en la acusación falsa el conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, por lo que la mera interposición de una denuncia, aunque pueda llevar un descrédito, no implica en sí misma un ataque al honor. Así sucede en el presente caso en el que no se puede obviar el proceso penal anterior por injurias seguido contra la demandada a instancia de los actores en el que aquélla fue absuelta.

Valoración de los hechos cuando la resolución de casación afecta a derechos fundamentales.—Como declaró la STS de 9 de abril de 2012: «Esta Sala, en sus resoluciones más recientes, tiene declarado que cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre en el caso examinado con el derecho al honor, esta Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción del derecho fundamental alegado, sin limitarse a considerar, como ocurre cuando se interpone un recurso extraordinario por infracción procesal para combatir la valoración de la prueba en relación con un proceso cuyo objeto se desenvuelve en el plano de la legalidad ordinaria, si las conclusiones sobre los hechos obtenidos por el tribunal de instancia, además de no infringir las normas que integran el régimen de la prueba, simplemente soportan la aplicación de un test de racionabilidad». De ahí que persiguiendo tal finalidad se hayan admitido los recursos, y a ello se contraiga la decisión que en cada uno de ellos adopte la Sala.

Vinculación de resoluciones penales en posterior proceso civil.—Con carácter general la vinculación existente entre los pronunciamientos contenidos en una sentencia penal que pone fin al proceso de esa naturaleza absolviendo al acusado y los que con posterioridad, y a instancia de parte, pueda emitir la jurisdicción civil no es más que la establecida en el pár. 1.º del artículo 116 LECrim, por el que se prohíbe que se vuelva a decidir sobre hechos que la sentencia penal firme haya declarado que no existieron. Ello no impide que el tribunal civil goce de plena libertad para fijar la *quaestio facti* respecto del juicio axiológico o valorativo, así como para apreciar las diligencias penales traídas por testimonio al proceso civil junto al resto de pruebas practicadas en el mismo. En suma, como ha reiterado la jurisprudencia (SSTS de 31 de mayo de 2011 y 11 de enero de 2012), las sentencias penales absolutorias no crean cosa juzgada vinculante para el posterior proceso civil, salvo que se declare expresamente probado que el hecho no ocurrió en la realidad. Salvo en el caso indicado, la absolución o sobreseimiento penal no impide probar y apreciar otras circunstancias relevantes para la acción civil ejercitada.

La parte recurrente pone el acento en el auto de la Audiencia Provincial por el que, respecto a la denuncia falsa, estima el recurso de apelación formulado por D.^a Pilar y D. Leonardo y acuerda el sobreseimiento libre de las actuaciones. Pero interrelacionando el proceso penal por denuncia falsa con el precedente por injurias iniciado por querrela de los recurrentes, que es

precisamente lo que justifica aquella denuncia, se aprecia que el auto en cuestión sobreesee libremente las diligencias penales, pero no por declarar probado que las injurias existieron contradiciendo la resolución penal precedente, sino por faltar el requisito subjetivo de la existencia de dolo.

Ausencia de extralimitación en el ejercicio de derechos fundamentales.—Con base en la doctrina sentada por las SSTs de 11 de diciembre de 2008 y 4 de febrero de 2009, se infiere que el derecho a la tutela judicial efectiva interponiendo demandas no es absoluto, debiéndose tener en cuenta las circunstancias de cada caso, pues como concluye la STS de 4 de septiembre de 2008, para que haya abuso es necesario que el derecho se ejercite con extralimitación, por causa objetiva o subjetiva en que se asiente dicho concepto. La sentencia recurrida ha seguido y respetado tales parámetros jurisprudenciales, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Por ello afirma que no se puede obviar que la acusación por denuncia falsa contra los recurrentes trae causa de un proceso penal anterior por injuria iniciado por estos contra la demandada, de las que fue absuelta con imposición de costas a los ahora demandantes por temeridad ante la ausencia de testigos que adwersen los hechos objeto de la querrela. De ello colige, de modo razonable, que en la denuncia por acusación falsa no existió un ánimo de perjudicar a la parte actora que extralimitase su derecho a la tutela judicial efectiva. Se ha tratado de denuncias penales cruzadas entre las partes, sin que prosperasen ninguna de las acciones, en el que el honor de tales partes se ha visto afectado para ambas pero en los estrictos términos que lleva anudada toda denuncia, y sin extralimitación. (STS de 20 de abril de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—En una reunión de copropietarios de pisos, que puede presumirse animada y hasta acalorada, parece que alguien aludió a una perra, propiedad de una de las personas asistentes a la misma, causante de los malos olores perceptibles en el patio común. Se ignora si se adoptaron, o no, acuerdos sobre el mencionado tema, aunque más bien parece una anécdota intrascendente, que ulteriormente, incluso, minimizaron aquellos. Pero las consecuencias jurídicas de aquel nimio suceso fisiológico-canino, han sido sorprendentes (querrelas penales, denuncias y acciones civiles en defensa del honor, hasta desembocar en un recurso de casación) entre dos de los copropietarios, tal como se describe minuciosamente en la sentencia extractada. Que el dueño de un can no lo controle adecuadamente merece, eventualmente, alguna advertencia de la comunidad de propietarios, pero que seis Magistrados de la Sala 1.^a deban reunirse y estudiar el caso, parece un tanto excesivo, aunque se trata de una sentencia cuya razón de ser está indudablemente fundamentada, se ofrece cuidadosamente elaborada y resulta merecedora de plena aprobación por el logrado equilibrio de su argumentación. (G. G. C.)

3. Derecho al honor y su ponderación con el Derecho a la libertad de expresión libro de investigación histórica sobre los huidos, maquis y guerrilleros en la zona cantábrica. Valoración del término «chaquetero» e imputación de la condición de traidor.—Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional debe observarse un deber de veracidad en los trabajos de

investigación sobre hechos históricos (SSTC 23 de marzo de 2004 y 2 de abril de 2014). De acuerdo a la anterior doctrina constitucional: a) el derecho de los contemporáneos a formar nuestra propia visión del mundo a partir de la valoración de experiencias ajenas exige la existencia de una ciencia histórica libre y metodológicamente fundada, no pudiendo pretender fijar una verdad histórica por los tribunales en aras a exigir responsabilidades de la información, b) la libertad y el debate científico disfrutan de una protección constitucional reforzada, pues aun partiendo del contenido de las libertades de expresión e información, se refiere a hechos del pasado, protagonizados por individuos cuya personalidad se ha ido diluyendo, c) la investigación histórica resulta polémica y discutible debido a que gira alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible que alcance la certidumbre. En este sentido, la doctrina constitucional señala que se trata de una incertidumbre consustancial al debate histórico que representa lo que este tiene de valor por su papel esencial en la formación de la conciencia histórica en una sociedad libre y democrática, d) en el marco de la investigación histórica, la libertad de información comporta una participación subjetiva del autor; en la manera de interpretar las fuentes y el modo de hacerlo, razón por la cual el artículo 8.1 LO 1/1982 restringe la protección de los derechos de la personalidad (honor, libertad y propia imagen) y prescribe que «[N]o se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas ... cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante» (STC de 23 de marzo de 2004). Por tanto, el Alto Tribunal señala que los pasajes del libro —objeto del litigio— deben valorarse en relación a la totalidad de su texto, con la materia tratada y con periodo histórico investigado, que en este caso reflejan que una de las consecuencias más dolorosas de la Guerra civil fue el enfrentamiento en el seno de las familias y entre los vecinos de un mismo pueblo por razones ideológicas, que son heridas que tardan en curar pero que los tribunales no pueden cerrar imponiendo una sola verdad histórica. Por ello, el Tribunal considera que es indiscutible el valor del libro de transmitir esa dolorosa realidad como rememoración histórica de algo que no debería volver a suceder.

En cuanto a la palabra «chaquetero», el Tribunal Supremo considera que a pesar de su carácter peyorativo, en este caso debe considerarse amparada por la libertad de expresión en virtud, tanto del contexto en el que se pronunció; una investigación histórica sobre hechos conocidos personalmente por la parte demandada, como de los datos comprobados; que reflejaron efectivamente un cambio de bando del personaje en cuestión. (**STS de 20 de marzo de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La señora M demanda al señor J y la editorial E por agresión ilegítima contra el derecho al honor del fallecido padre de la actora, constituida por determinados testimonios recogidos en un libro de investigación histórica sobre huidos, maquis y guerrilleros en el norte de España durante la Guerra Civil y la posguerra. La demandante aduce que el autor, que se había servido de entrevistas personales con vecinos de los lugares de los hechos, había incluido testimonios vejatorios referidos a su padre, en concreto con las expresiones «el hermano era un chaquetero» y «mi hermano está en el monte porque yo no tengo pistola».

En su sentencia de 14 de febrero de 2014, el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Santander desestimó la demanda. El Juzgado estimó que constaba probado que el escritor historiador se dedicó a

realizar 69 entrevistas entre 1995 y 1996 con el fin de documentarse para escribir un libro sobre la guerrilla Cantabria y que preguntaba sobre los guerrilleros, no sobre las familias en concreto. Por otro lado, el Juez consideró que las frases resaltadas por la demandante contienen meros juicios de valor amparados por la libertad de expresión de quien las pronunció, por no contener expresiones insidiosas, impertinentes, vejatorias ni innecesarias dentro del contexto en que se vertieron tales opiniones, pues solo se trataban de opiniones en un contexto de disputa por las diferentes ideologías políticas que habían enfrentado los vecinos del pueblo.

En la sentencia de 28 de enero de 2015, la Audiencia Provincial de Cantabria desestima el recurso. La Audiencia estima que el conflicto que atañe al honor y a las libertades de expresión e información, cuya prevalencia en abstracto solo se justifica, en el caso concreto, tratándose de opiniones o informaciones sobre hechos de interés general, si en su comunicación no se sobrepasa el respectivo fin crítico o informativo dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado y se evitan insultos. La audiencia basó su decisión en la doctrina del Tribunal constitucional de la STC 23 de marzo de 2004.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la demandante. (*I. V. B.*)

4. Derecho fundamental a la propia imagen y revocación del consentimiento.—La revocación del consentimiento (art. 2.3 Ley Orgánica 1/1982) también incide en el derecho a la propia imagen como derecho fundamental, más allá de su aspecto o dimensión puramente patrimonial. Así resulta tanto del carácter esencial atribuido por la Ley Orgánica 1/1982 al consentimiento como de la STC 117/1984, centrada en la relevancia del consentimiento y de su revocación para el derecho a la propia imagen en su dimensión de derecho fundamental.

Por consiguiente, una cláusula contractual contenida dentro de un contrato de cesión de derechos de imagen que prevea que, en el supuesto de terminación del contrato la cesión del derecho seguirá siendo operativa y la misma se entenderá de aplicación cualquiera que sea la causa de terminación del contrato, resulta contraria a la protección legal del derecho a la propia imagen en su dimensión de derecho fundamental. La razón estriba en que la facultad legal de revocar el consentimiento «en cualquier momento» (art. 2.3 Ley Orgánica 1/1982) excluye necesariamente no solo la perpetuidad, sino incluso la sujeción al plazo pactado, por más que en este último caso pueda proceder una indemnización a favor del cesionario. (**STS de 21 de abril de 2016**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—L celebró el 30 de enero de 2008 un contrato de arrendamiento de servicios y cesión de derechos con la sociedad A. En el marco del contrato, S quedaba encargada de promocionar la imagen de L como modelo. A consiguió entonces un reportaje fotográfico para L. Al hacerse ese reportaje, L denunció coacciones e intimidaciones, pues desconocía que las imágenes que se tomarían incluían desnudos. Las fotos y videos se publicaron en la web *www.bellisimas.com* (revista digital de contenido erótico propiedad de

S). Ante ello, sintiéndose víctima de un engaño, el 10 de diciembre de 2008 L revolió el contrato haciendo uso de la facultad que le concedía la cláusula quinta. Pese a la resolución, su imagen siguió divulgándose en televisiones de ámbito local y autonómico en programas de contenido erótico. Mediante burofax de 8 de abril de 2010, L reiteró su voluntad de resolver el contrato, conminando a S a cesar en el uso de su imagen. L envió un segundo burofax a la sociedad TV, de cuyo contenido dio traslado a S. S contestó que había dado órdenes a esta segunda entidad de retirar de la difusión televisiva el material.

El 14 de julio de 2010, L demandó a S y a la sociedad TV solicitando tanto la nulidad por vicios del consentimiento del contrato de cesión, como la protección de sus derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. L consideraba que sus derechos al honor y a la propia imagen habían sido infringidos por la comercialización, sin su consentimiento, de unas fotografías en las que aparecía desnuda o semidesnuda. S se opuso a la demanda alegando, entre otras cosas, (i) que la demandante no había sido víctima de error o engaño, pues ya tenía experiencia en trabajos eróticos y pornográficos y conocía la actividad que la demandada realizaba a través de su web; (ii) que antes de firmar el contrato se le dieron todo tipo de explicaciones sobre el funcionamiento del servicio; y (iii) que los términos del contrato eran claros, habiendo consentido L que se realizara la sesión de fotos, incluyendo desnudos, y cedido voluntariamente los derechos de explotación de tales imágenes. La sociedad TV también se opuso a la demanda alegando, entre otros puntos, que en el contrato se establecía que la cesión de derechos continuaría siendo operativa pese a la terminación del vínculo contractual por cualquier causa.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y declaró tanto la nulidad del contrato por vicios del consentimiento (error y dolo) como la existencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante.

En segunda instancia, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de S y totalmente el de TV. La Audiencia desestimó la acción de nulidad del contrato y la vulneración de los derechos fundamentales invocados. Sin embargo, la Audiencia declaró la nulidad, por abusiva, de la cláusula séptima del contrato en relación con la cláusula segunda en virtud de los artículos 1.256 y 1.300 CC, el principio de buena fe (art. 1.258 CC) y el necesario equilibrio de la contratación). Como consecuencia, S debía cesar en la difusión de la imagen de L, por cuanto su mantenimiento supondría que la demandada podría seguir usando y divulgando la imagen de la demandante de por vida.

Contra la sentencia de la Audiencia, L interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

5. Responsabilidad de los motores de búsqueda por la publicación de datos personales.—Según el artículo 2.d) de la Directiva 1995/46/CE, de 24 de octubre, de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, el respon-

sable del tratamiento será la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales. Dicho responsable del tratamiento debe responder de los daños y perjuicios causados por un tratamiento automatizado de los datos personales que no respete las exigencias de la normativa sobre protección de datos y carezca de cobertura jurídica. Además, dado que la Directiva tiene como objetivo garantizar una protección eficaz y completa de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, el concepto de «responsable del tratamiento de datos» no puede ser objeto de una interpretación restrictiva.

Lo mismo cabe decir del concepto de «tratamiento de datos» del artículo 2.b). Cuando se explora Internet de forma automatizada, constante y sistemática en busca de información, la gestión de un motor de búsqueda recoge tales datos, extrayéndolos, registrándolos y organizándolos posteriormente en el marco de sus programas de indexación, que después los comunican a los usuarios en forma de listas de resultados de búsquedas. Estas operaciones constituyen un tratamiento de datos en el sentido de la Directiva. No es relevante, a estos efectos, que el gestor del motor de búsqueda también realice las mismas operaciones con otros tipos de información y no distinga entre éstos y los datos personales.

Derecho a la intimidad versus derecho a la información.—Hay que hacer una ponderación entre el ejercicio de la libertad de información y el respeto a los derechos de la personalidad, fundamentalmente el derecho a la intimidad personal y familiar. Los elementos a tener en cuenta para realizar esta ponderación son dos: 1) el potencial ofensivo que para los derechos de la personalidad tenga la información publicada; 2) el interés público en que esa información aparezca vinculada a los datos personales del afectado en una búsqueda hecha en un buscador como Google. Por ejemplo, que la sociedad pueda estar adecuadamente informada sobre los indultos otorgados por el Gobierno a personas condenadas por sentencia firme, la identidad de esas personas y los delitos que habían cometido, responde a un interés público, enlazado con el derecho a la libertad de información, que justifica el tratamiento inicial de los datos que supone indexar las páginas web donde tales indultos son publicados y mostrarlos en la página de resultados de un buscador generalista de Internet.

Ahora bien, un tratamiento de datos que es lícito inicialmente puede, con el paso del tiempo, dejar de serlo y provocar un daño desproporcionado al afectado. Apunta el Tribunal Supremo que el factor tiempo tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de los datos personales debe cumplir con los principios de calidad de datos (adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud) no sólo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo en que se produce ese tratamiento.

El derecho al olvido digital.—Según el Tribunal Supremo, no puede exigirse al gestor de un motor de búsqueda que, por su propia iniciativa, depure datos personales, porque ello supondría un sacrificio desproporcionado para la libertad de información, a la vista de la ingente cantidad de información objeto de procesamiento y tratamiento por esos motores de búsqueda. Pero sí puede exigírsele que dé una respuesta adecuada a los afectados que ejerciten sus derechos de cancelación y oposición al tratamiento de datos, y que cance-

le el tratamiento de sus datos personales cuando haya transcurrido un período de tiempo que haga inadecuado el tratamiento, por carecer las personas afectadas de relevancia pública, y no tener interés histórico la vinculación de la información con sus datos personales.

Entiende el Tribunal Supremo que el llamado «derecho al olvido digital» no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos. Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminando de Internet las informaciones negativas o posicionando a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet. Sin embargo, sí ampara que el afectado, cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse a un tratamiento de sus datos personales, sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de su persona, provocando un efecto estigmatizador e impidiendo su plena inserción en la sociedad. (**STS de 5 de abril de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Una serie de buscadores de Internet habían enlazado a páginas del BOE donde se publicaban datos personales del demandante. En particular, la resolución por la que se le concedió un indulto de la pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento, tras haber sido condenado como autor de un delito. Aunque habían pasado casi diez años de la resolución mencionada, los datos seguían apareciendo en las listas de resultados de los buscadores cuando se introducían el nombre y los apellidos del actor. Con carácter previo al proceso, el Director de la AEPD, en base a una reclamación formulada, dictó en 2010 una resolución sobre la reclamación del demandante contra BOE, Google y Yahoo. Se estimaba la reclamación formulada y el derecho de oposición ejercido contra Google e instaba a esta entidad para que adoptara las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilitara el acceso futuro a los mismos. Lo mismo respecto de Yahoo, si bien esta entidad ya había empezado a adoptar medidas para evitar la indexación de los datos. Desestimaba la reclamación formulada contra el BOE.

Tras esta resolución, el afectado interpuso demanda en 2011, donde solicitaba: a) que se declarara que los demandados habían cometido una intromisión en sus derechos a la intimidad personal y familiar, a la imagen y al honor; b) que se les ordenara retirar la información personal de las indexaciones y caches en que constaba publicado el RD por el que se indultaba al demandante por un delito cometido en 1981 y que, en adelante, se prohibieran y cesaran las indexaciones; c) el pago de una indemnización por los daños morales y económicos sufridos. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, por entender que la acción de protección frente a las intromisiones ilegítimas, establecida en la LO 1/1982, había caducado por el transcurso del plazo de cuatro años desde que el legitimado pudo ejercerla (desde antes de 2007).

El demandante apeló la sentencia. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso. En primer lugar, revocó el pronunciamiento que estimaba la caducidad de la acción, al considerar que el plazo de caducidad no se habría iniciado hasta que los buscadores no hubieran cesado de publicar los datos personales del demandante en las búsquedas hechas por los internautas. A continuación, consideró que los buscadores, al enlazar al usuario de Internet con el contenido del BOE, afectaban a los derechos al honor y a la intimidad, pero no al derecho a la propia imagen. No obstante, según la Audiencia, el núcleo de la controversia lo constituía la responsabilidad de las demandadas por el daño causado por la infracción del derecho a la protección de datos. Desestimó las reclamaciones contra Telefónica y Yahoo. Respecto de la reclamación de Google, la Audiencia consideró al motor de búsqueda responsable del tratamiento de los datos personales del demandante. La aparición de un indulto concedido en 1999 en la lista de resultados de un buscador de Internet en el año 2010 no se ajustaba a los principios que rigen el tratamiento automatizado de datos personales. Declaró que Google, a partir de la decisión de la AEPD de 19 de enero de 2010, que estimó la reclamación del demandante contra Google, debía conocer la antijuricidad de su conducta y, sin embargo, continuó presentando el enlace a la página web del BOE donde aparecía el real decreto del indulto durante varios meses. No obstante, la Audiencia también señaló que el incumplimiento de la normativa de protección de datos no implica automáticamente un daño indemnizable. No entendió producidos daños patrimoniales, pero sí daños morales.

Contra la sentencia de la Audiencia han recurrido tanto el demandante como Google Spain. Comenzando por este último, alegó el buscador que no tiene legitimación pasiva porque no es la responsable del buscador donde se indexa la información litigiosa, sino que lo es Google Inc. El Tribunal Supremo comienza afirmando la legitimación pasiva de Google Spain, al entender que la Directiva 1995/46/CE contiene un concepto amplio de «responsable del tratamiento». Y destacó, a estos efectos, el apartado 46 de la sentencia del TJUE del caso Google, donde se afirmó que, aunque no está probado que Google Spain realice en España una actividad directamente vinculada a la indexación o al tratamiento de la información o de datos contenidos en los sitios de Internet de terceros, sin embargo, la actividad de promoción y venta de espacios publicitarios, de la que Google Spain es responsable para España, constituye la parte esencial de la actividad comercial del grupo Google y puede considerarse que está estrechamente vinculada a Google Search.

La segunda alegación que hace Google en su recurso es la infracción del artículo 20.1.d) CE, por la falta de ponderación entre el derecho a la protección de datos y el derecho de acceso a la información. En este sentido, señala Google que la publicación del indulto en el BOE viene impuesta por la Ley. Al tratarse de una fuente de acceso público, la indexación de los datos personales del demandante por parte de Google no necesita su consentimiento y, por tanto, el afectado no puede oponerse al tratamiento automatizado que supone la indexación de sus datos personales. Alega tam-

bién que el derecho al olvido no es un derecho ilimitado, sino que debe ceder ante el interés preponderante del público en tener acceso a la información. El Tribunal Supremo indica, a este respecto, que la mención de los datos personales del demandante y el delito que había cometido en la resolución publicada en el BOE en el que se concedía el indulto, y la posibilidad de que tales datos fueran indexados por los buscadores de Internet y comunicados a los internautas, no puede considerarse que fuera contrario a la normativa de protección de datos personales. La afectación que ello supone al honor y la intimidad de la persona indultada debe ser soportada por ésta porque así lo exige el derecho a la información. Sin embargo, una vez transcurrido un plazo de tiempo razonable, el tratamiento de datos deja de ser lícito porque es inadecuado para la finalidad con la que se hizo dicho tratamiento. Y señala el Alto Tribunal que la gravedad del daño que se le causa al afectado, que muchos años después todavía debe sufrir el estigma social de haber sido condenado por un delito, no encuentra justificación en el ejercicio de una libertad de información como la que supone la actividad de un buscador de Internet, cuando el interés público de la información se ha visto considerablemente mermado por el transcurso de un extenso período de tiempo.

A continuación, el Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación planteado por el demandante, que lo desestima en su integridad. En lo que aquí interesa, alega la dificultad de cuantificar el daño moral y que deben considerarse indebidamente aplicados los criterios del artículo 9.3 LOPH. Además, afirma que dado que los derechos al honor, a la intimidad y a la protección de datos personales tienen carácter autónomo, la sentencia de la Audiencia debió diferenciar el perjuicio causado a cada uno de ellos. El Tribunal Supremo entiende que la indemnización concedida (8.000 €) no es simbólica y se ajusta a los daños producidos. En cuanto a la independencia de derechos, señala el Alto Tribunal que la conducta ilícita es una y el daño moral causado es también único. Pese a que la ilicitud provenga de la vulneración de varios derechos, se trata de un concurso ideal con relación a una sola conducta y a un único resultado lesivo que debe ser indemnizado conjuntamente. El precepto alegado no exige que se fijen indemnizaciones diferentes por cada uno de los derechos vulnerados. En todo caso, proceder de este modo no supondría una indemnización total superior a la fijada por la Audiencia. Fuera de lo anterior, el recurrente alega toda una serie de errores en la valoración de la prueba, siendo todos desestimados por el Tribunal Supremo, al entender que los mismos no pueden ser alegados en un recurso de casación.

NOTA.—El famoso caso Google fue resuelto por el TJUE en sentencia de 13 de mayo de 2014 (asunto C-131/12). Sobre el derecho al olvido digital, *vid.* también la STS de 15 de octubre de 2015 y el artículo de la profesora Gemma Minero Alejandre «Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea», publicado en el *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, vol. L, 2017, pp. 13-58. En relación a la protección de los datos de carácter

personal frente al derecho a la información, *vid.* igualmente la sentencia del TJUE de 18 de septiembre de 2014, sobre el caso Brunet. (S. L. M.)

6. Incapacitación: Privación en la sentencia judicial del derecho de sufragio activo: Prueba.—El recurso de casación se formula contra el pronunciamiento que priva a D.^a Rosalía del derecho de sufragio activo como consecuencia de la discapacidad que ha sido reconocida y declarada en la sentencia que ahora recurren en casación sus padres, con un motivo único, por oposición a la jurisprudencia de esta Sala contenida en las Sentencias de 30 de junio y 30 de septiembre de 2014, e infracción de la Convención de Nueva York en cuanto prohíbe toda discriminación por motivos de discapacidad y garantiza a todas las personas en esta situación protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo (art. 5. 1 y 2). Se alega que en el examen de la forense no fueron observadas todas las normas contenidas en la Convención (art. 12) puesto que se le preguntaron que mencionara los partidos políticos en lugar de enseñar unos pictogramas con las siglas y preguntar a su hija si reconocía a esos partidos, y puesto que su voluntad es acudir a las elecciones y con ello conservar su dignidad al poder tomar sus propias decisiones, conforme al artículo 29 de la Convención, debiendo casarse la sentencia.

No se discute que la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta. Lo que se cuestiona es de qué manera se encuentra afectada doña Rosalía para adoptar la medida que sea más favorable a su interés y cómo puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convención de N. Y., respecto de la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención, concretado en la privación del derecho de sufragio, respecto del cual esta Sala en sentencia de 24 de junio de 2014 ya alertó sobre el riesgo de no reconocer y potenciar en lo posible la capacidad acreditada en cada caso, «más allá de la rutina protocolar», evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal de la persona en situación de discapacidad.

El artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1.b) y 2 de la Ley de 19 julio 1985, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de este estado, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal.

La decisión de privación del derecho de sufragio activo es, por tanto, legalmente posible y compatible con la Convención de N. Y., sin perjuicio

de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, para calibrar la necesidad de una medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada, como advierte la sentencia recurrida.

Ocurre en este caso, a diferencia del supuesto resuelto en el recurso de casación que dio lugar a la STS de 24 junio 2013, que tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la de apelación no han actuado «de forma rutinaria o con inadvertencia hacia este aspecto concreto», antes al contrario, dicha persona fue objeto de atención específica, provocando que se formularan preguntas concretas de interés sobre el mismo, en las varias sesiones en que estuvieron con ella. «Consta –señala la recurrida– datos plenamente relevantes como que su nivel de competencia curricular sea el 1.º ciclo de educación primaria (de 6 a 8 años), su desconocimiento casi total del valor del dinero o de conceptos legales básicos, su carencia casi total de conocimientos políticos (ignorancia sobre los partidos políticos o sobre el contenido de las elecciones) o su falta de capacidad para adoptar decisiones elementales (cuestión relativa al incendio), que llevan a estimar soportada por prueba suficiente la decisión restrictiva adoptada en la sentencia recurrida, al carecer la demandada de las aptitudes básicas necesarias, con arreglo a los criterios expuestos para ejercer el derecho de sufragio. Dados los intereses en juego no se hace especial declaración en cuanto a las costas causadas por el recurso. (STS de 17 de marzo de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.–El interés aplicativo de la Convención de 2006 se va difundiendo entre nosotros, no sólo su neo-terminología sino su aplicación teleológica por parte de los Tribunales, sin perjuicio de que algunos lamenten su lentitud. En el presente caso resulta evidente la atención específica que se prestó al tema objeto del recurso desde las iniciales fases del procedimiento de modificación de capacidad de la afectada. La negación de tal derecho aparece en los autos debidamente fundamentado, y por tanto es rechazado el recurso interpuesto por los padres. (G. G. C.)

7. Ineficacia de los actos de disposición efectuados por guardador de hecho de presunto incapaz.–Conforme a la jurisprudencia es claro la tesis de la nulidad de pleno derecho o absoluta de los contratos y actos jurídicos celebrados por incapaces no incapacitados, por falta de consentimiento (SSTS de 21 de marzo 1952, 27 de marzo 1963 y STS de 4 de abril de 1984). Asimismo, la jurisprudencia reciente acogió la tesis de nulidad absoluta o inexistencia del contrato (SSTS de 4 de mayo de 1998 y 19 de noviembre de 2004) con base en los artículos 1261 y 1263 CC.

Sin embargo, el Alto Tribunal encuentra que el problema jurídico en este caso no versa sobre la nulidad o no de los actos de disposición (unas pretendidas donaciones por parte del guardador), sino que el problema versa sobre la interpretación del artículo 304 CC, conforme al cual no se impugnan lo actos hechos por el guardador en interés del menor o presunto incapaz si

redundan en su utilidad. Al respecto, el Tribunal considera que la respuesta no debe ser distinta a la que han dado a los casos de contratos o actos jurídicos realizados por los padres o tutores de menores de edad o incapacitados en nombre de éstos sin contar con la preceptiva autorización judicial. Conforme a la doctrina jurisprudencial (STS de 22 de abril de 2010 y 8 de julio de 2010) a estos casos se aplica lo dispuesto en el artículo 1259 CC, y se elimina la tesis de la anulabilidad, acogida por algunas resoluciones antiguas de este Tribunal (STS 10 de marzo de 1994, aplicaba el art. 304 CC). Por tanto, el Alto Tribunal establece que la norma del artículo 304 CC es un precepto excepcional por violentar el artículo 1259 CC, que es la norma general para los actos realizados por el guardador de hecho que no sean en interés del menor o presunto incapaz o que no redunden en su utilidad. En cuanto la nulidad, señala que, salvo ratificación (art. 1259 II), no está sujeta a plazo de caducidad alguno. **(STS de 17 de marzo de 2016; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—La señora A, en calidad de heredera de la señora B, demanda a los señores L y S para que se les condene a restituir las cifras de dinero correspondientes a ciertos actos jurídicos celebrados por el señor L en calidad de guardador de la señora B, por considerarse nulos, debido a que la señora B padecía una enfermedad que la hacía incapaz y a que tales actos también constituyen apropiación ilícita.

En su sentencia de 6 de junio de 2013, el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Majadahonda estima la demanda. El Juzgado declaró la nulidad de la disposiciones de numerario (mediante cheque, transferencia y en efectivo) realizadas con cargo a la señora B y la restitución de ciertas cantidades por parte de los codemandados. El Juzgado en cuanto a la capacidad de obrar de la señora B, consideró que si bien la capacidad se presume y la incapacidad debe ser probada de modo evidente y completo, incumbiendo a la prueba a quien sostiene la falta de capacidad, en el caso concreto se puede afirmar sin duda alguna que, a fecha de su ingreso a la residencia, la fallecida señora B tenía mermadas su capacidad de decisión y autogobierno, que motivaron que tuviera que autorizarse judicialmente su internamiento no voluntario. Por tanto, el Juzgado considera que no es preciso que exista una declaración judicial de incapacidad para que el acto sea nulo si el sujeto que lo realiza carece de capacidad natural para llevarlo a cabo.

La Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 25 de junio de 2014, desestimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados. La Audiencia considera que la incapacidad para prestar el consentimiento por parte de quien padece demencia senil da lugar a la inexistencia de consentimiento, lo que en efecto genera la nulidad de pleno derecho del acto dispositivo. La Audiencia aclara que no se trata de un vicio del consentimiento (art. 1300 CC), sino de que este acto es inexistente (STS de 19 de noviembre de 2004).

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por los demandados y confirmó la sentencia se la Audiencia. El Alto Tribunal encontró que no constaba que ninguno de los actos de disposición impugnados hechos por el guardador se emplearan en utilidad de la señora B y que tampoco consta ni se acredita que

ninguno de estos movimientos se realizara o redundara en beneficio de la señora B. (I. V. B.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

8. Utilización de las reglas del baremo y daño moral.—La utilización de las reglas del baremo como criterios orientadores para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a las personas como consecuencia del daño corporal no ocasionado por un hecho de la circulación (de un vehículo motor), no excluye la indemnización por separado de los daños morales que no sean consecuencia del referido daño corporal; requisito, este último que eliminaría por hipótesis la posibilidad de una doble indemnización por el mismo daño moral. Por tanto, la indemnización del daño moral no consecuencia del daño corporal es posible, se realiza al margen del baremo y atiende a las situaciones de agonía, zozobra, ansiedad o estrés que sufran las víctimas. (STS de 8 de abril de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—El caso se enmarca en las reclamaciones de indemnizaciones por daños y perjuicios llevadas a cabo por 22 pasajeros del crucero Costa Concordia, que encalló frente a las costas de Italia. Las 22 personas eran miembros de una asociación de afectados por el naufragio, que interpuso demanda contra la compañía Costa Crociere, S. P. A (en adelante, «Costa»). En esa demanda se solicitaba, para cada uno de los pasajeros, una indemnización de 80.000 euros en concepto de daño moral, por la gravísima preocupación, zozobra, angustia y estrés que padecieron durante la noche del naufragio del crucero. Además, para 13 de los 22 demandantes se solicitaba una indemnización de 37.000 euros por tratamiento médico prolongado, por baja laboral de más de 3 meses y secuelas leves. Finalmente, para otros 4 de los 22 demandantes, se interesaba una indemnización de 74.000 euros por tratamiento médico prolongado, baja laboral de más de 3 meses y secuelas graves. En su contestación a la demanda, Costa solicitó que se aplicase el «Sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a personas en accidentes de circulación», que, hasta su reforma por la Ley 35/2015, figuraba como anexo al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que aprobó el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor.

El Juzgado de Primera Instancia condenó a Costa a pagar a la asociación demandante a pagar como indemnización 15.000 euros por cada uno de los 22 pasajeros. En su resolución, el Juzgado consideró que, dada la pérdida de vidas humanas, así como la entrada en vigor del Reglamento CE 392/2009 que ha elevado considerablemente los límites por indemnización, la suma de 15.000 euros resultaba ajustada al caso. Dentro de dicha suma quedaba comprendida la indemnización por incapacidad permanente.

La asociación recurrió la sentencia de instancia solicitando aumentar la cantidad a 60.000 euros por pasajero. La Audiencia estimó parcialmente el recurso y condenó a Costa a pagar 12.000

euros a cada uno de los 22 pasajeros por los daños morales provocados por la zozobra, angustia, estrés y ansiedad vividos durante la noche del naufragio. La Audiencia sostuvo que no debe considerarse incompatible utilizar el baremo como referencia a título orientativo para cuantificar las indemnizaciones por los perjuicios causados a personas como consecuencia del daño corporal; y valorar como partida independiente y por separado los daños morales sufridos por los pasajeros en la noche del naufragio.

Contra la sentencia de la Audiencia, la asociación interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

9. Concurso de acreedores. Calificación: limitación del ámbito de conocimiento de la sección de calificación reabierta por incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento del convenio a la imputabilidad de la frustración de su cumplimiento al deudor concursado. Fijación de doctrina legal.—La reapertura de la sección de calificación del concurso por incumplimiento o imposibilidad de cumplir el convenio de contenido gravoso para los acreedores no permite enjuiciar la culpabilidad por cualquiera de las causas o motivos regulados en los artículos 164 y 165 LC. De acuerdo con el artículo 167.2 LC la sección de calificación reabierta únicamente podrá tener por objeto las causas del incumplimiento del convenio y las posibles responsabilidades a que hubiere lugar. Ello se fundamenta en que la aprobación judicial de un convenio de contenido gravoso para los acreedores (por contener para todos ellos o para los de una o varias clases una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años) conlleva la apertura de la sección de calificación (art. 167.1 LC). Y esta apertura inicial permite examinar con anterioridad al incumplimiento del convenio los motivos de culpabilidad previstos en los artículos 164 y 165 LC, salvo lógicamente el establecido en el artículo 164.2.3.º LC atinente a las causas de dicho incumplimiento (STS de 12 de febrero de 2013). La sentada limitación del ámbito de conocimiento de la sección de calificación reabierta opera tanto en los supuestos de incumplimiento del convenio como en los de imposibilidad de cumplirlo, a pesar de que el artículo 167.2 LC sólo se refiere expresamente a los primeros. Lo contrario no estaría justificado porque colocaría en peor situación al deudor que solicita la apertura de la liquidación ante la constatación de la imposibilidad de cumplir frente al que espera a la verificación del incumplimiento y a dicha apertura a instancia de los legitimados para ello. El retraso del deudor en la solicitud de la liquidación ante la imposibilidad de cumplir el convenio no se encuentra previsto legalmente como causa de culpabilidad del concurso, ni resulta trasladable al artículo 165 LC que tipifica como tal el retraso en la solicitud de declaración del concurso. Este precepto no puede aplicarse de manera extensiva dadas las consecuencias negativas de la calificación de culpabilidad (analogía in *malam partem*), y además se conecta con el artículo 5.1 LC que sujeta a plazo la obligación del deudor de solicitar la declaración del concurso, sujeción que no se predica de la de instar la liquidación contemplada en el artículo 142 LC. Aún más, la LC no prevé la declaración de oficio del concurso, y en cambio el artículo 143 LC posibilita la apertura de oficio de la fase de liquidación. (STS de 13 de abril de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El Juzgado de lo Mercantil aprobó un convenio que suponía una quita del 32,5% del importe de los créditos y una espera de seis años, por lo que conforme al artículo 167.1 LC acordó la apertura de la pieza de calificación del concurso, que sería archivada a raíz de los informes de la Administración Concursal y del Ministerio Fiscal que lo calificaron como fortuito. Al cabo de unos años la entidad concursada, ante la imposibilidad de cumplir el convenio, solicitó la liquidación de su patrimonio, que fue acordada por el Juzgado con la consiguiente reapertura de la sección de calificación archivada, de acuerdo con el artículo 167.2 LC. En ese momento tanto la Administración Concursal como el Ministerio Fiscal solicitaron la declaración del concurso como culpable con fundamento, entre otros motivos, en la comisión de unas irregularidades contables con anterioridad a la aprobación del convenio; así como la condena como responsables de tres personas (entre ellas, el administrador de derecho de la concursada y su administrador de hecho) con cobertura total de créditos. El Juzgado de lo Mercantil conforme al artículo 167.2 LC se limita a enjuiciar en tal sección las causas de incumplimiento del convenio, y llega a la conclusión de su inviabilidad originaria. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal al declarar culpables a los administradores de derecho y de hecho de la concursada con condena a la cobertura parcial de créditos. La Audiencia Provincial, a diferencia del Juzgado de lo Mercantil, tomó en consideración las referidas irregularidades contables anteriores a la aprobación del convenio. El administrador de derecho y el administrador de hecho interponen sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo casa la sentencia y con asunción de la instancia, tras limitar el ámbito de conocimiento de la sección de calificación reabierta al análisis de las causas de imposibilidad de cumplimiento del convenio, desestima el recurso de apelación interpuesto por la Administración Concursal al llegar a idénticas conclusiones que el Juzgado de lo Mercantil.

NOTA.—El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación interpuesto por el administrador de derecho de acuerdo con la redacción vigente al momento de la reapertura de la sección de calificación de los artículos 167.2, 168.2 y 169.3 LC, que resulta ser la originaria. El primero de los preceptos en su redacción actual (tras reformas realizadas por el RD Ley 3/2009, de 27 de marzo y la Ley 38/2011, de 10 de octubre) continúa limitando el alcance de la sección de calificación reabierta por incumplimiento del convenio a la determinación de sus causas y las responsabilidades a que hubiera lugar. El segundo mantiene (tras modificaciones operadas por las mismas normas) la restricción del escrito de los interesados en la calificación reabierta a la determinación de las causas referidas. Por su parte el artículo 169.3 LC no ha sufrido modificación alguna. (F. S. N.)

10. Concurso de acreedores. Resolución de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. Artículo 61.2 LC: restitución e indemnización de daños y perjuicios. Solo cuando se acredite

efectivamente la existencia del perjuicio y el contrato no contenga otras previsiones al respecto.—La indemnización de los daños y perjuicios con cargo a la masa no es una consecuencia necesaria e ineludible de la resolución del contrato por convenir al interés del concurso. Es necesario realizar un enjuiciamiento tanto fáctico como jurídico para valorar si, aplicando la regulación contractual establecida en el contrato a las circunstancias fácticas concurrentes, la resolución que resulta del régimen excepcional contenido en el artículo 61.2 LC determina la procedencia de indemnizar daños y perjuicios y si, efectivamente, tales daños y perjuicios se han producido. La resolución contractual prevista en el segundo párrafo del artículo 61.2 LC tan solo prevé una nueva causa de resolución de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, pero no equipara esta resolución con la causación de un daño indemnizable al contratante no concursado, ni excepciona las reglas que deben aplicarse para determinar si existe daño y si existe responsabilidad. De ahí que la resolución por conveniencia del interés del concurso no determina necesariamente la procedencia de indemnización; y en tanto la disciplina contractual de la responsabilidad de los contratantes y de la restitución del anticipo del precio no resulta excluida por el artículo 61.2 LC, el criterio seguido por la sentencia recurrida, al acudir a la regulación contractual para decidir los efectos económicos de la resolución del contrato, ha sido correcto. **(STS de 18 de marzo de 2016; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—La mercantil DCW, S. L., declarada en concurso, presentó demanda contra WC, A. G. en la que solicitaba, en interés del concurso, la resolución del contrato de suministro que tenía concertado con la demandada proveedora, la devolución de los dos millones de euros que, en concepto de anticipo, le había entregado en su día y que se declarara que no había lugar a indemnizar a la demandada por daños y perjuicios. WC, A. G. no se opuso a la resolución combatiendo solo la devolución del anticipo y solicitando una indemnización de siete millones de euros en concepto de lucro cesante. El Juzgado de lo Mercantil acordó la resolución contractual instada y, de acuerdo con las estipulaciones del propio contrato, entendió procedente la devolución del anticipo así como que no procedía el abono de la indemnización pedida ya que en el convenio se preveía la exención de responsabilidad al contratante que no pudiera dar cumplimiento a sus obligaciones por causas que se encontraran más allá de su control razonable; lo que entendió que se producía a consecuencia de circunstancias exógenas que habían determinado la crisis de la concursada, debido a la extraordinaria bajada del precio del producto que vendía la concursada y que provocó una gran desproporción entre el precio convenido con la suministradora y el que alcanzaba el producto en el mercado poco después de formalizarse el contrato, por debajo de la mitad del que había pactado con la demandada. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. *(L. A. G. D.)*

11. Derecho concursal. Créditos con privilegio especial. Significado del inciso final del artículo 91.1.6.^a LC (redactado conforme la Ley 38/2011, de 10 de octubre). Interpretación literal del precepto: se refiere a la prenda en garantía de créditos futuros sin incluir a la prenda de créditos futuros.—La Ley 38/2011 introdujo una mención especial relativa a los créditos futuros, pero en unos términos que ha generado confusión o cuando menos un equívoco. Así, el número 6.^a, apartado 1, del artículo 91 LC se refiere a la prenda en garantía de créditos futuros. Como muy bien advierte la doctrina, una cosa es la «prenda de (o sobre) créditos futuros» y otra la «prenda en garantía de créditos futuros». En el primer caso, se refiere a los créditos objeto de la garantía, mientras que en el segundo a los créditos garantizados con la prenda. Siendo dos realidades jurídicas distintas, no hay razón para separarse de la interpretación literal del precepto y entender que la apostilla introducida con la Ley 38/2011 se refiere a la prenda de (sobre) créditos futuros. Con este añadido legal, se regula la prenda en garantía de créditos futuros, tal y como se desprende del tenor literal del precepto y lo corroboran las menciones posteriores. Así, la mención que hace la norma de que se reconocerá el privilegio respecto de los créditos nacidos después de la declaración de concurso cuando en virtud del artículo 68 LC se proceda a su rehabilitación, tiene sentido si, bajo la interpretación literal del precepto, entendemos que se refiere a la «prenda en garantía de créditos futuros», pues está pensando en créditos posteriores a la rehabilitación de un contrato de préstamo o cualquier otro crédito en virtud del artículo 68 LC, acaecida con posterioridad a la declaración de concurso. Sin embargo, no lo tiene si al comienzo de la frase sustituyéramos la expresión «prenda en garantía de créditos futuros», por «prenda sobre créditos futuros», porque estos créditos objeto de rehabilitación necesariamente son créditos de un tercero frente al deudor concursado, y no créditos del deudor concursado frente a un tercer deudor. La salvedad referida a los créditos posteriores a la declaración de concurso «cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación» guarda relación con la dicción literal del precepto, esto es, con la «prenda en garantía de créditos futuros».

Efectos de la cesión anticipada de créditos *pro solvendo* en el concurso de acreedores. Doctrina jurisprudencial.—Las SSTs de 22 de febrero de 2008 y 6 de noviembre de 2013 admitieron la validez de la cesión de los créditos futuros, que pasan al cesionario sin integrarse en la masa activa del concurso, al menos, en los casos en que, al tiempo de la declaración del concurso, se hubiera celebrado ya el contrato o estuviere ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada. Es estos supuestos, el crédito en cuestión nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición del patrimonio.

Créditos garantizados con prenda sobre créditos futuros Requisitos para otorgarle la condición de créditos con privilegio especial del artículo 91. 1. 6.^a LC. Aplicación de la doctrina sobre la cesión de créditos *pro solvendo*.—Si se admite la validez de la cesión de créditos futuros y su relevancia dentro del concurso de acreedores, bajo las mismas condiciones deberíamos reconocer el privilegio especial del artículo 90.1. 6.^o LC a la prenda de créditos futuros siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviere ya constituida la relación jurídica fuente de los créditos futuros pignoralos. (STS de 18 de marzo de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En septiembre de 2008, una entidad bancaria concedió un crédito a una entidad mercantil para financiar la compra y puesta en funcionamiento de una instalación fotovoltaica de producción de energía eléctrica. Dicho préstamo fue afianzado. En el 2010, en garantía del crédito, mediante póliza intervenida por notario, se constituyó una prenda de derechos de créditos correspondiente a la venta y entrega a un tercero de la energía eléctrica producida en las instalaciones fotovoltaicas. Esta pignoración fue notificada al adquirente de la energía mediante diligencia ese mismo año. En 2012, la empresa mercantil deudora del préstamo fue declarada en concurso. El Juzgado de lo Mercantil tan sólo reconoció la clasificación de crédito con privilegio especial respecto de los intereses adeudados, pero no del capital. La Audiencia Provincial confirma el criterio del juzgado. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

NOTA.—La confusa redacción que la Ley 38/2011 dio al artículo 90.1. 6.º LC originó un debate doctrinal y jurisprudencial en torno a lo que quiso referirse el legislador cuando en el inciso último del mencionado precepto hizo mención a la prenda en garantía de créditos futuros. Una parte de la doctrina entendió que la norma se refería a una prenda de créditos futuros -interpretación correctora- mientras que otros consideraron que regulaba una prenda en garantía de créditos futuros -interpretación literal- (sobre el estado de la doctrina vid., entre otros, PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ, *El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros*, en Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, núm. 20, 2014, págs. 15-42; y REDONDO TRIGO, *Crónica judicial de un despropósito legislativo. El artículo 90.1.6 de la Ley Concursal*, en RCDI, núm. 744, 2014, págs. 1984-2002). En el ámbito judicial también se reflejó la división entre las dos posturas existentes con sentencias que acogieron la tesis correctora de la norma (entre otras, SSAP de Burgos de 18 de enero de 2012, de Valencia de 10 de abril de 2012, de Zaragoza 23 de enero de 2012 y de Valladolid de 4 de julio de 2013) y resoluciones judiciales a favor de la interpretación literal (SSAP de Barcelona de 17 de mayo de 2012 y 3 de abril de 2014). La STS de 18 de marzo de 2016 se adscribe a la tesis de interpretación literal. Por otro lado, y debido a la falta, en el artículo 90.1. 6.º LC, de una mención específica de la prenda de créditos futuros también se pronunció sobre el alcance de la resistencia de dicha garantía al concurso. Finalmente, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ha modificado, otra vez, el artículo 90.1. 6.º LC regulando la prenda de créditos futuros inspirándose en la línea jurisprudencial de la SSTS de 22 de febrero de 2008 y 6 de noviembre de 2013. (C. O. M.)

12. Contrato de compraventa. Retracto de comuneros. Subrogación del retrayente en la entera posición contractual del comprador retraído. La interpretación del contrato ha de hacerse como si hubiese sido redactado por el propio retrayente.—El retrayente, al subrogarse en la posición del comprador inicial se coloca en la entera posición de éste, inclui-

da la redacción del contrato si la hubiera llevado a cabo; de suerte que quien ejercita el retracto no puede alegar que la interpretación no favorable a sus intereses se hace en contra de quien no lo redactó (art. 1288 CC), pues por el retracto se produce una plena subrogación en la posición jurídica ocupada por el inicial comprador.

Obligaciones condicionales. Condición incierta. No tiene este carácter si, al ejercitarse el retracto, se sabía que ya no era susceptible de cumplimiento.—Cuando se ejercita el retracto la recurrente ya conocía que el proyecto era insubsanable, pese a lo cual mantuvo la acción de retracto y la iniciativa tendente a subsanar, iniciar nuevo proyecto o vender. De manera que, cuando la retrayente se subroga en la compraventa, no existe incertidumbre según el artículo 1113 CC, pues se trataba de un hecho perfectamente conocido por aquélla; lo que determina, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1117 CC, la pérdida de la facultad de optar por la resolución. Ya que, si bien cuando se firmó originariamente el contrato de compraventa era incierta la aprobación del proyecto, sin embargo cuando el retracto se estima, dicho suceso ya no era incierto tanto para el primitivo comprador como para la subrogada. **(STS de 30 de marzo de 2016; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Las copropietarias de una parcela suscribieron un contrato con la promotora ABS, S. L., por el que le vendían sus cuotas en la propiedad del inmueble. Se pactó un pago inicial a cada comunera quedando pendiente el resto del precio a la aprobación del proyecto de urbanización de dicha parcela. En el contrato se dispuso que, para el caso de no aprobarse el proyecto, la compradora podía optar por: a) resolver el contrato, con devolución de las cantidades entregadas; b) continuar la compradora con las gestiones necesarias para obtener dicha aprobación. Así las cosas, E. —copropietaria que no había vendido su participación— ejercitó el retracto legal de comuneros y se subrogó en la posición de la empresa adquirente. Cuando ejercitó el retracto E. era concedora de que el proyecto de urbanización no iba a ser aprobado, pese a lo cual constituyó un aval bancario para garantizar el abono de las cantidades pendientes de pago y continuó con las gestiones para obtener las autorizaciones administrativas correspondientes. Tiempo después, y no habiendo logrado la licencia pretendida ni podido vender la parcela en cuestión, canceló el aval. Esto motivó que las vendedoras demandaran solicitando el cumplimiento del contrato de acuerdo con lo pactado y, en concreto, la formalización de un nuevo aval, la fijación de un plazo para el pago y el abono de las cantidades que aún faltaban por pagar. La retrayente se opuso y consideró que, ante la imposibilidad de obtener la autorización administrativa para urbanizar por causa no imputable a la compradora, procedía, de acuerdo con las cláusulas del contrato, la resolución del mismo. Tanto el Juzgado como la Audiencia consideraron que la retrayente había optado por la continuación del contrato, al seguir desarrollando las gestiones para la urbanización de la finca, de manera que no procedía la resolución alegada sino el pago de la cantidad restante sin que tuviese derecho a plazo puesto que la cancelación del aval había determinado la

pérdida de este beneficio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1129.3.º CC. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la demandada. (*L. A. G. D.*)

13. Compraventa de vivienda: Pacto de que el comprador abone el IVA: Jurisprudencia que declara su carácter abusivo antes de la Ley de 29 de diciembre de 2006.—El motivo único se formula por vulneración del artículo 10 bis de la Ley de de 19 julio de 1984, y debe ser estimado por considerarse abusiva la cláusula contractual según la cual todos los gastos, honorarios, impuestos y arbitrios de cualquier índole que se deriven o se relacionen con el presente contrato elevado a escritura pública el 8 de marzo de 2005, ratificando lo pactado en el documento de reserva de 17 de diciembre de 2002, serán a cargo del comprador, incluso el impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Y ello por las siguientes razones: i) Porque, conforme al principio de la buena fe produce desigualdad de la parte vendedora frente a la adquirente y desequilibrio en el contenido económico del contrato. ii) El impuesto que grava el incremento del valor y se pone de manifiesto al tiempo de la transmisión, es al transmitente a quien se le impone su pago puesto que es quien percibe el aumento de valor, sin que tal plusvalía genere beneficio alguno para el comprador, desequilibrio que destaca la jurisprudencia. iii) Existe una jurisprudencia consolidada (algunas sentencias relativas a la misma entidad promotora que interviene en este caso), que declara abusiva esta cláusula que traslada al comprador un importe que corresponde al vendedor (así SSTS de 25 de noviembre de 2011, 12 de marzo de 2014 y 22 de octubre de 2014). Y iv) a modo de interpretación y no de aplicación pues no cabe su retroactividad, la Ley de 29 de diciembre de 2006, declaró abusiva la estipulación que ahora se discute. Consecuencia de su carácter abusivo, que aquí se reitera, debe declararse su nulidad, tal como dispone el mencionado artículo 10 bis, apartado 2, de LGDCU de 1984. (**STS de 17 de marzo de 2016**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.] (*G. G. C.*)

14. Compraventa de vivienda en construcción: Incumplimiento del plazo de entrega: Interpretación.—El contrato de compraventa contenía la cláusula quinta del siguiente tenor: «La vivienda será entregada a la parte compradora en el mes de diciembre del año 2007 y siempre que el comprador haya cumplido la totalidad de las obligaciones que le incumben.—Con la entrega de las llaves se considera consumada la compraventa no pudiendo la parte compradora hasta tanto no haya satisfecho totalmente el precio definitivo a la parte vendedora, ceder en todo o en parte ningún derecho a terceros sin el consentimiento escrito de la parte vendedora, según disponen los artículos 1203 y siguientes CC. El incumplimiento de esta obligación será causa de resolución del contrato en la forma que se acuerda en la estipulación séptima.—El acto de entrega de la vivienda se haría coincidir con el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, y en ella se garantiza el precio aplazado a elección de la parte vendedora, bien con hipoteca o bien con la condición resolutoria explícita que se establece en la estipulación séptima.—La escritura se firmará a favor de la parte compradora o de la persona física o jurídica que esta designe». La licencia de primera ocupación fue obtenida el 10 de septiembre de 2008, casi nueve meses después de la fecha de entrega pactada. La parte compradora no atendió ninguno de los pagos trimestrales. No obstante, con fecha 22 de noviembre de 2007 facturó trabajos realizados

a la vendedora (suministro de material) por importe total de 15.102,80 euros. Con fecha 22 de junio de 2009 la parte vendedora dirigió un burofax a la compradora requiriéndola para el otorgamiento de escritura pública y para el pago de las cantidades adeudadas. La parte compradora contestó el 25 de junio de 2009 alegando que del documento privado no se desprendería la obligación de escriturar y que había sido la vendedora la que había incumplido sus obligaciones al no haber hecho entrega de la vivienda en la fecha pactada. Finalizaba el escrito abogando por una solución amistosa a las pretensiones de ambas partes. Con fecha 1.º septiembre de 2009 la parte vendedora requirió de nuevo a la parte compradora, esta vez notarialmente, para el otorgamiento de escritura pública y pago de las cantidades adeudadas. La compradora compareció ante notario y manifestó que la vendedora había incumplido la obligación de entregar la vivienda en plazo, que las cantidades entregadas a cuenta del precio eran superiores a las indicadas de contrario y que, por todo ello, entendía que el contrato había quedado de todo punto resuelto. Con fecha 5 noviembre 2009 la vendedora formuló demanda interesando el cumplimiento del contrato o, subsidiariamente, la resolución si aquel resultara imposible. En síntesis alegaba como fundamento de sus pretensiones que la compradora había incumplido su obligación esencial de pagar el precio aplazado por no haber atendido ninguno de los vencimientos trimestrales, y que se había negado a escriturar pese a los dos requerimientos enviados a tal fin. La parte compradora se opuso y solicitó su desestimación argumentando en síntesis que era la vendedora quien había incumplido sus obligaciones por no haber entregado la vivienda en plazo y que, en todo caso, la suma adeudada era menor que la reclamada por la compensación en concepto de entrega de materiales. La demanda fue desestimada en ambas instancias.

Doctrina jurisprudencial sobre el carácter esencial del plazo de entrega de la vivienda en construcción.—Para la jurisprudencia, la mera previsión contractual de un plazo de entrega no se traduce en su consideración como esencial, ni tan siquiera cuando se trate de compraventa de inmuebles celebradas por consumidores. Sólo si las partes quisieron dar al plazo de entrega un carácter esencial con efectos resolutorios explícitos, el retraso del vendedor en la entrega ampara la resolución. Esto es así porque como recuerda la STS de 30 de diciembre de 2015 «el artículo 1255 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 CC tengan, o no, trascendencia resolutoria». Es decir, «no es necesario valorar si un mero retraso puede generar la resolución del contrato cuando son las propias partes las que contractualmente determinan los efectos del incumplimiento» (en idéntico sentido la STS de 28 de junio de 2015).

Por el contrario si el plazo de entrega no se quiso como esencial, el retraso del vendedor en la entrega solo ampara la resolución del comprador si el cumplimiento tardío frustra sus legítimos intereses. Así lo recuerda la STS de 30 de diciembre de 2015, y anteriormente la STS de 29 de enero de 2011, al declarar que «excluida la configuración del plazo de entrega como término esencial, esto es, fuera del campo de actuación de los incumplimientos resolutorios, propiamente dichos, la prevalencia del plazo satisfactorio del cumplimiento hace que el mero retraso puede carecer de trascendencia resolutoria cuando su incidencia no frustra la finalidad o base del contrato y el cumplimiento levemente tardío, sigue siendo útil e idóneo para la satisfacción de los intereses de la contraparte». En suma, según este cuerpo jurisper-

dencial cuando las partes no quisieron dar al plazo de entrega un carácter esencial con efectos resolutorios explícitos el retraso del vendedor en la entrega solo ampara la resolución si el cumplimiento tardío frustra los legítimos intereses del comprador.

Protección de los consumidores.—La mencionada doctrina jurisprudencial no tiene una excepción en la normativa protectora de los consumidores, pues también ha declarado esta Sala que del deber de expresar con claridad la previsión de los plazos de finalización y entrega de las viviendas (art. 5.5 RD 515/1989, de 21 de abril), no cabe inferir directamente el carácter de término esencial de dichos plazos STS de 11 de abril de 2013). Es más, ni tan siquiera en las compraventas de vivienda regidas por la hoy derogada Ley de 27 de julio de 1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, el plazo de entrega tiene un carácter tan esencial que, en caso de retraso, permita siempre al comprador desvincularse del contrato, pues la opción que le concede el artículo 3 de dicha ley (rescisión, o prórroga) habrá de ejercitarla antes de que el vendedor le comuniqué que la vivienda está terminada y en disposición de ser entregada (SSTS de 5 de mayo de 2014 y 20 de enero de 2015). Además esta Sala ha puntualizado en este ámbito que la opción del comprador por la resolución del contrato «rescisión» en los términos de dicha ley-, debe ejercitarse de buena fe para evitar pretensiones oportunistas de desvincularse del contrato alegando como incumplimientos esenciales del vendedor los que no sean tales (SSTS de 30 de abril y 10 de septiembre 2015).

Plazo de entrega no esencial.—Descartado que en la compraventa de vivienda el plazo de entrega tenga siempre un carácter esencial, ni la sentencia recurrida concluye que este carácter resulte de una interpretación del contrato litigioso ni esta Sala considera que tal carácter se desprenda de la cláusula 5.ª del contrato. Antes bien, en esta se preveía la entrega de las viviendas para el mes de diciembre de 2007 siempre que el comprador haya cumplido la totalidad de las obligaciones que le incumben, lo que no fue el caso.

Constituye un hecho probado que la compradora, además de no satisfacer los pagos aplazados del precio a sus respectivos vencimientos, guardó silencio durante los nueve meses que transcurrieron desde la expiración del plazo de entrega pactado y la fecha en que la vivienda estuvo en disposición de ser entregada (septiembre de 2008), pues en ningún momento adujo la existencia de dicho retraso, ni como excepción de contrato no cumplido, ni tampoco como sustento de una eventual resolución extracontractual, pues no hay prueba de que comunicara en ese tiempo su intención resolutoria a la vendedora con base en el referido retraso. Es más, ni siquiera comunicó clara y terminantemente su intención de resolver después de ser requerido por la vendedora para otorgar escritura pública, cuando la vivienda ya estaba terminada y contaba con licencia de primera ocupación, pues al contestar a los dos requerimientos que se le hicieron en junio y septiembre de 2009 se limitó a dejar constancia de lo que entendía era un previo incumplimiento de la vendedora, pero optando por solicitar una solución amistosa en el primer caso, y por manifestar en el segundo que, a su entender, el contrato había quedado resuelto de forma automática a resultas de aquel incumplimiento. En consecuencia, cabe razonablemente entender que no fue intención de las partes atribuir carácter esencial al plazo de entrega pactado, y que, en esta situación, la prevalencia del plazo satisfactorio del cumplimiento hace que el retraso de nueve meses - durante los cuales nada consta que dijera al respecto la parte compradora -, carezca de trascendencia resolutoria toda vez que su incidencia no

frustraba la finalidad o base del contrato y el cumplimiento, levemente tardío, seguía siendo útil e idóneo para la satisfacción de los intereses de la contraparte. Concurriendo circunstancias semejantes, esta Sala se ha pronunciado en el sentido de no reconocer efectos resolutorios al retraso en la entrega incluso en caso de retraso más extensos en el tiempo (SSTS de 30 de diciembre de 2015 y 17 de febrero de 2016). Estimado el recurso de casación interpuesto por la parte vendedora, procede resolver sobre el caso, revocando la sentencia de primera instancia, estimando la pretensión principal de cumplimiento del contrato, pues la resolución se formuló con carácter subsidiario. Del precio reclamado se deducirán los trabajos realizados por la demandada para la actora. Los intereses del 10% anual se devengarán desde la interposición de la demanda dada la falta de cualquier previsión al respecto. (STS de 7 de abril de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—La STS de 10 de septiembre de 2015, de igual ponente extractada en *ADC*, 2017, p. 318, sentencia con nota de I. D-L. explica la derogación de la Ley 57/1968, a partir de 31 de diciembre de 2015, y las mayores garantías para el comprador de vivienda de Ley 20/2015, de 14 julio. (G. G. C.)

15. Compraventa regida por Ley 57/1968: Promotora declarada en concurso: Obligación del banco de avalar cantidades depositadas: Óbice de admisibilidad: Interés casacional: Jurisprudencia contradictoria.—La parte recurrida sostiene que las Sentencias invocadas por los recurrentes no justifican el interés casacional porque lo en ellas resuelto, relativo al carácter accesorio o esencial de la obligación asumida por la promotora de entregar los avales a los compradores de vivienda en construcción y su incidencia en el ámbito contractual entre vendedora y compradora, es distinto de lo decidido por la sentencia recurrida, relativa a la responsabilidad legal de la entidad de crédito como depositaria de las cantidades ingresadas por los compradores en la cuenta especial abierta en aquélla.

Acerca del interés casacional es cierto que, en su modalidad de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, exige coincidencia en el caso resuelto por la sentencia impugnada y los casos sobre los que se hubieran pronunciado las sentencias invocadas como representativas de aquella doctrina jurisprudencial, de modo que la interpretación de una norma determinada no se intente trasladar a unos hechos opuestos o distintos de los que justificaron o explican tal interpretación, pero no lo es menos que dicha coincidencia basta con que sea sustancial, pues exigir una total identidad equivaldría a eliminar en la práctica esta modalidad de interés casacional, como también la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, si se tiene presente que en el Derecho privado, regido generalmente por el principio de la autonomía de la voluntad, el contenido de los negocios jurídicos es tan diverso que lo normal es la diferencia y lo excepcional, la identidad.

En relación con el interés casacional, la STS de 15 de diciembre de 2010 lo considera justificado, pese a la falta de identidad entre los casos, por la necesidad de decidir si la jurisprudencia sobre un determinado problema en materia de títulos nobiliarios es o no también aplicable a un problema distinto pero similar y aún no resuelto por esta Sala. Y la STS de 10 de enero de 2011 rechaza que la diversidad de materias entre las tres sentencias en el

recurso y la falta de total coincidencia, a su vez, con la materia del propio recurso excluyan su interés casacional, debido a la propia novedad de la materia que resulta prácticamente imposible la invocación de otras sentencias que traten de la misma, pudiéndose citar como exponentes de su doctrina jurisprudencial las sentencias que versando sobre materias relacionadas puedan considerarse representativas de unos determinados criterios o postulados jurisprudenciales de carácter más general pero que, a modo de principios, permitan dar respuesta fundada a la nueva cuestión planteada.

A partir de las anteriores consideraciones sobre el interés casacional es innegable el que presenta este recurso, pues la sentencia recurrida, que estima la demanda de los compradores al amparo del artículo 1.º, condición 2.ª de la Ley 57/1968, por apreciar la responsabilidad del Banco en que se abrió la cuenta especial y se ingresaron las cantidades, podría parecer contraria a la STS de 5 de febrero de 2013, invocada en el recurso, que en un caso de falta de entrega de avales declaró que no procedía condenar al banco. El interés casacional lo complementa la recurrente con la doctrina general de esta Sala, reiterada en la STS de 11 de abril de 2013, de que la omisión del aval o de la garantía implica una vulneración de lo pactado que puede ser calificada de grave o esencial. De forma análoga al recurso que analizó la STS de 23 de marzo de 2015, también aquí el interés casacional se justifica porque, tanto en la fecha en que se dictó la sentencia recurrida como al tiempo de interponerse el recurso de casación, no existía doctrina jurisprudencial específica que resolviera la contradicción de criterios hasta entonces existente en torno a la interpretación del artículo 1.º de la Ley 57/1968 y el alcance de la obligación de la entidad depositaria de los anticipos.

El interés casacional del presente recurso se centra en si la entidad de crédito en que se abrió la cuenta especial y en la que los compradores ingresaron los anticipos a cuenta del precio de la compra de las viviendas sobre plano, que fueron resueltas por incumplimiento de la promotora, viene o no obligada a pagar a los compradores el importe de los anticipos que no fueron garantizados. Pues bien, aun cuando al dictarse la sentencia recurrida (14 de octubre de 2013) y al interponerse el recurso (28 de noviembre de 2013) ciertamente la sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 2013 había descartado la condena de un banco, en esa ocasión demandado junto con el promotor, por la circunstancia de no haber velado por la entrega de aval por el promotor al comprador, en la actualidad ya no puede sostenerse que la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Antes bien, se ajusta plenamente a la misma.

Debe puntualizarse que la otra sentencia de esta Sala de 11 de abril de 2013 carece de relevancia a tales efectos, pues trata de las garantías exigidas por la Ley 57/1968 desde la perspectiva de las obligaciones del vendedor, y para determinar si su incumplimiento justifica o no la resolución del contrato a instancia del comprador. En otras palabras, el que dicha sentencia considere la garantía como una obligación esencial del vendedor hasta la entrega de la vivienda no significa que la garantía incumba única y exclusivamente al vendedor.

En cambio, sí fija doctrina jurisprudencial sobre la misma cuestión que plantea el presente recurso la sentencia del Pleno de esta Sala de 23 de septiembre de 2015 rectificando explícitamente el criterio de decisión de la de 5 de febrero de 2013 para que «no quede insatisfecha la previsión de garantía contenida en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 57/1968» y porque «no debe pesar sobre el comprador que ha entregado cantidades a cuenta la actuación gravemente negligente o dolosa del promotor que deja de requerir los certifi-

cados o avales individuales». A partir de estas consideraciones esenciales, la referida sentencia de Pleno sienta la siguiente doctrina: «i) Al concertar el seguro o aval colectivo con la promotora y la percepción de las correspondientes primas, la entidad aseguradora o avalista pasaba a cubrir la eventualidad garantizada, que era la obligación de restitución de las cantidades percibidas, junto con los intereses previstos en la norma legal, referidas a la promoción o construcción a la que se refería la garantía; ii) la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales, por la entidad aseguradora o avalista, a favor de cada uno de los compradores, legitima a estos para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva, conforme al artículo 3 de la Ley 57/1968; y iii) la ausencia de los correspondientes avales individuales no impide que la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, quede cubierta a favor de los compradores que han concertado un contrato de compraventa y entregado unas cantidades a cuenta, al amparo de la existencia de la póliza colectiva».

A lo anterior se une que la STS de 21 de diciembre de 2015 fija como doctrina jurisprudencial que «en las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad», y que esta doctrina se reitera en las SSTS de 9 y 17 de marzo de 2016, de modo que la desestimación del recurso no viene sino a corroborarse, porque frente a la tesis central o nuclear de su único motivo, la doctrina de esta Sala es que la condición 2.ª del artículo 1.º de la Ley 57/1968 sí impone al banco una obligación de control sobre el promotor cuyo incumplimiento determina la responsabilidad del banco frente al comprador, y más aún cuando, como en este caso, el banco recurrente era el mismo en el que el promotor tenía abierta la cuenta especial y el mismo que se había constituido en garante de las cantidades anticipadas por los compradores, pues también es doctrina de esta Sala que la garantía ha de cubrir la totalidad de las cantidades anticipadas aunque en el documento correspondiente se haga constar un límite máximo inferior, ya que de no ser así se infringiría el artículo 2 de la Ley 57/1968.

Pese a la desestimación del recurso no procede imponer las costas a la parte recurrente, porque la sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 2013 y su posterior rectificación por la sentencia del Pleno de 23 de septiembre de 2015, demuestran por sí solas las dudas de derecho sobre la cuestión litigiosa existentes al tiempo de la interposición del recurso. (STS de 8 abril de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.] (G. G. C.)

16. Contrato de obra: desistimiento unilateral del comitente e indemnización.—Para la cuantificación de las consecuencias indemnizatorias que el artículo 1594 CC anuda a la facultad del comitente de desistir de la ejecución o continuación de la obra, no pueden considerarse las circunstancias relativas al cumplimiento o incumplimiento por los contratantes de sus obligaciones; tampoco aquellas otras circunstancias relativas a los móviles que impulsaron al comitente a desistir del contrato (STS de 24 de mayo de 2009).

Interpretación de la expresión «utilidad que el contratista pudiera obtener de ella» (art. 1594 CC).—La expresión «utilidad que pudiera obtener de ella» se identifica con el beneficio industrial que el contratista habría

obtenido de haberse realizado la obra en su totalidad, descontando el beneficio que, en su caso, hubiera cobrado el contratista por la parte de la obra realizada hasta el desistimiento unilateral del comitente (art. 1594 CC). La anterior expresión no es comprehensiva de los gastos generales del contratista.

El cálculo del montante de beneficio industrial debe atender, en primer lugar, a los márgenes o elementos de referencia que el concreto contrato de obra de que se trate ofrezca. A falta de tales datos contractuales, la Sala 1.^a admite que, para el cálculo del montante de indemnización en que el beneficio industrial se cristalice, puede emplearse el margen del 15 % (STS de 3 de diciembre de 2001). Hay que advertir que este porcentaje no es inmutable, sino que está sometido a las circunstancias socioeconómicas de los tiempos. (STS de 5 de abril de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—La Sociedad Estatal de Infraestructuras de Transporte Terrestre (SEITT) desistió unilateralmente de la ejecución del contrato de remodelación de una autovía, que se había celebrado con la sociedad Ploder Ulicesa, S. A. U («Ploder»). En el presupuesto base de la licitación los gastos generales se cifraron en el 17 %, y el beneficio industrial en el 6 %, ambos del presupuesto de ejecución material de la obra. Ploder interpuso demanda contra SEITT reclamando que se le indemnizase, en aplicación del artículo 1594 CC, con una cantidad por los «gastos» y «trabajos»; y con otra cantidad por la «utilidad de la obra para el contratista». Esta segunda cantidad se cifraba en el 23 % del presupuesto de ejecución de la obra desistida: el 17 % en concepto de gastos generales y el 6 % en concepto de beneficio industrial.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó conceder indemnización por la primera de las cantidades reclamadas por falta de prueba. Sin embargo, estimó parcialmente la indemnización relativa a la segunda cantidad en el importe del 15 % del precio de la obra no ejecutada. en aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre el particular.

La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia de instancia y condena a SEITT a abonar a Ploder el 6 % del beneficio industrial dejado de obtener. Ploder interpuso recurso de casación, denunciando infracción del artículo 1594 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta. (A. I. R. A.)

17. Ley de Crédito al Consumo (Ley 7/1995, de 23 de marzo). Determinación de su ámbito de exclusión por la cuantía del contrato de crédito al consumo: el límite cuantitativo previsto en el artículo 2.1.a) resulta aplicable sobre el importe del crédito destinado a financiar cada acto de consumo diferenciable por su naturaleza y objeto, aunque sean financiados a través de un único contrato.—El ámbito de exclusión fijado en el artículo 2.1.a) de la Ley de Crédito al Consumo, en atención a que el importe del crédito sea superior a 3.000.000 ptas., debe determinarse de acuerdo con el criterio interpretativo teleológico. Ello supone atender a la protección de los consumidores y usuarios al constituir una de las principales finalidades de la Ley conforme a su exposición de motivos. De acuerdo con esta finalidad, la norma alcanza a cada acto de consumo que resulte clara-

mente diferenciable por su naturaleza y objeto, aunque exceda la financiación concedida por un mismo contrato para el conjunto de todos ellos del límite cuantitativo referido. En este sentido, el último inciso del artículo 2.1.a) conecta expresamente tal límite a «la adquisición de un mismo bien o servicio» y no a la de varios bienes o servicios distintos. Por ello, en el caso de autos la exclusión de la norma debe realizarse en atención a la cuantía del crédito que financia la adquisición del concreto y diferenciado servicio incumplido, aunque el préstamo concedido sea documentado en un único contrato. La interpretación sistemática arroja idéntico resultado dado que el límite inferior de exclusión (contratos cuyo importe sea inferior a 25.000 ptas.) opera según el precepto aunque la financiación de un mismo bien o servicio se divida en varios contratos, lo que persigue evitar el fraude mediante el fraccionamiento de la financiación. Ello, trasladado al límite máximo estudiado, impide la burla de la norma mediante la concentración en un contrato único de bienes o servicios de diferente naturaleza cuyas cuantías en conjunto traspasen aquél. (**STS de 8 de abril de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.— Un numeroso grupo de personas suscribió con una entidad diversos contratos de compraventa de vehículos y de servicios de reparación y mantenimiento de ellos. Algunos demandantes (grupo A) compraron sus vehículos y contrataron los servicios a través de la financiación ofrecida por una entidad financiera. Otros actores (grupo B) pagaron al contado el precio de la compra y del referido servicio. Al cabo del tiempo la entidad obligada dejó de prestar los servicios a pesar de lo cual la entidad financiera code mandada continuó cobrando las cuotas mensuales al grupo A de actores. Ante ello, se interpone demanda solicitando frente a la entidad prestadora de los servicios la resolución del contrato. Además, el grupo A reclama de la entidad financiera la devolución de la parte de las cuotas mensuales derivadas de los contratos de financiación que corresponde a los servicios contratados que continuaron abonando desde el incumplimiento de la code mandada, así como los intereses cargados en tales cuotas e intereses legales. El grupo B reclama las cantidades abonadas por razón de los servicios desde que dejaron de prestarse. Además, los dos grupos de actores solicitan indemnización por daños morales. La entidad prestadora de servicios se allanó a la demanda. La entidad financiera se opuso por prescripción de la acción, por no haberse dejado de prestar los servicios, y por resultar inaplicable la Ley de Crédito al Consumo. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda frente a la entidad prestadora de servicios, no acogió las pretensiones formuladas por el grupo B frente a la entidad financiera por prescripción, y estimó parcialmente la demanda interpuesta por el grupo A declarando ineficaz el contrato de financiación a consumidor desde la fecha del incumplimiento, condenando a la devolución de determinadas cantidades. Se formulan sendos recursos de apelación por el grupo B de actores, el cual sería desestimado, y por la entidad financiera. La Audiencia Provincial estima parcialmente este último pero mantiene que el grupo A se encuentra amparado por la Ley de Crédito al Consumo porque ninguno de los préstamos concedidos para adquirir los servicios supera el máximo previsto en su

artículo 2.1.a). La entidad financiera interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, ha sido derogada por la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo. Como señala el Alto Tribunal, el artículo 4.5 de la nueva norma establece el límite máximo de exclusión en 75.000 euros, y aparte el artículo 3.c) fija el límite mínimo en 200 euros al que se conecta idéntico inciso que el que figuraba en el artículo 2.1.a) de la ley derogada. (F. S. N.)

18. Aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles y omisión de información precontractual.—La consecuencia de la omisión del deber de información previsto en el artículo 8 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias permite resolver el contrato en el plazo de tres meses a contar desde la fecha del contrato (art. 10.2 Ley 42/1998); o alternativamente ejercitar la acción de nulidad por vicio en el consentimiento (art. 1301 CC).

Nulidad de pleno derecho por falta de objeto del contrato de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles constituido como derecho real.—Un contrato de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles constituido como derecho real limitado (art. 1.1 Ley 42/1998 *in fine*) que no especifique el alojamiento concreto, con mención de sus datos registrales y el turno en que es objeto de aprovechamiento, ni indique los días y las horas en que se inicia y termina (art. 9.1.3.º Ley 42/1998) es nulo de pleno derecho (art. 1.7 Ley 42/1998) (STS 8 de septiembre de 2015). El único supuesto en que el régimen legal establecido por la Ley 42/1998 permite que el alojamiento sea determinable por sus condiciones genéricas es el del artículo 1.6 (derecho personal de aprovechamiento por turno).

Efectos de la nulidad del contrato de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.—La finalidad del artículo 1.7 Ley 42/1998, que establece que en caso de nulidad de pleno derecho serán devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas, es dejar indemne al adquirente de buena fe que se ha visto sorprendido por el contenido de un contrato que no cumple con las prescripciones legales. Cuando el adquirente ha disfrutado, durante un prolongado periodo, de los alojamientos a que el contrato de aprovechamiento por turnos le daba derecho, el reintegro de cantidades debe ser proporcional al tiempo que debía restar de vigencia teniendo en cuenta la duración máxima de cincuenta años. (STS de 29 de marzo de 2016; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El matrimonio M suscribió con la sociedad Anfi del Mar, S. A. («Anfi») dos contratos (uno en 1998 y otro en 1999) denominados de «asociación de compra de membresía de club» en virtud de los cuales adquirieron un derecho de uso de un apartamento en el Club Monte Alfi durante una concreta temporada. M interpuso demanda interesando la nulidad de los contratos y de sus anexos y el reintegro de las cantidades satisfechas en concepto de

pagos derivados de dichos contratos, más los intereses devengados desde la demanda.

Respecto del primer contrato, M sostenía que adolecía de nulidad por no contener los requisitos mínimos esenciales exigidos por la Directiva 94/47, en cuanto al contenido. Respecto al segundo contrato, se afirmaba que carecía de objeto por no identificar el apartamento concreto ni la semana sobre la que recaía el derecho de M (contenido mínimo exigido por la Ley 42/1998).

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, pues condenó a Anfi a devolver los anticipos abonados por M relativos al primer contrato.

Ambas partes recurrieron en apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso interpuesto por Anfi y parcialmente el interpuesto por M, condenando a Anfi a satisfacer a los demandantes una cantidad correspondiente al anticipo del segundo contrato.

M interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. (A. I. R. A.)

19. Contratos. Enriquecimiento injusto. Requisito de inexistencia de causa del desplazamiento patrimonial. Doctrina jurisprudencial.—La apreciación del enriquecimiento injusto exige, entre otros requisitos, la inexistencia de una causa que justifique la atribución patrimonial del enriquecido, presupuesto que no se da cuando media una relación jurídica que la fundamente: carácter de subsidiariedad que se ha destacado jurisprudencialmente (SSTS de 4 de noviembre de 2004 y 24 de junio de 2010). Por ello, no cabe apreciar enriquecimiento injusto cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es consecuencia de pactos libremente asumidos, debiendo exigirse para considerar un enriquecimiento como ilícito e improcedente que el mismo carezca absolutamente de toda razón jurídica, es decir, que no concurre justa causa, entendiéndose por tal una situación que autorice el beneficio obtenido, sea porque existe una norma que lo legitima, sea porque ha mediado un negocio jurídico válido y eficaz (STS de 29 de febrero de 2008). Así, cuando existe un contrato válido o cuando el legislador, por razones de interés social, tolera consecuencias en casos concretos, no puede sostenerse que los beneficiados indirectamente por ella se enriquezcan injustamente (STS de 29 de junio de 2015). En el caso de autos, la mercantil demandada, recibió como mediadora el pago anticipado de una parte del precio relativo a un contrato en el que actuaba como simple intermediaria, quedando obligada a conservar o entregar dicha suma a la parte vendedora, a saber, el verdadero titular dominical del inmueble por cuya cuenta actuaba. No había, pues, razón o justa causa legal o contractual que le permitiera hacerla suya, o que le facultara para disponer de ella a su voluntad en un segundo negocio destinado a adquirir el inmueble para sí y para sus socios-administradores.

Enriquecimiento injusto. Requisito de subsidiariedad: inexistencia de cualquier otra acción o recurso jurídico dirigido a obtener el restablecimiento del equilibrio patrimonial injustamente alterado.—Los actores no contaban con ninguna otra acción específica de ejercicio preferente a la de enriquecimiento injusto. Lo cierto es que se reclama a la inmobiliaria demandada por ser quien incorporó a su patrimonio la cantidad anticipada a cuenta del precio de una compraventa en la que medió, a fin de utilizarla después en un segundo contrato de compraventa en su propio y exclusivo

beneficio. Es evidente que la parte compradora demandante no tenía acción alguna contra los verdaderos e iniciales dueños, que nada recibieron en concepto de precio por el primer contrato y solo lo hicieron por razón de este segundo contrato en el que los demandantes-reconvenidos no fueron parte. **(STS de 7 de abril de 2016;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El matrimonio demandante suscribió un contrato de servicios con la inmobiliaria GC, S. L., por el cual ésta se obligaba a vender la vivienda propiedad de los primeros. Asimismo, celebraron otro contrato por el cual el matrimonio compraba a GC, S. L. un terreno con casa por el precio de 650.000 €, de los que se abonaron en aquel momento 130.000 €. Es de destacar que en este contrato de venta, la mercantil GC, S. L. se presentaba como vendedora, garantizando que era la propietaria de la finca o que estaba autorizada para disponer de ella por el actual propietario, don E. Casi un año después, don E. vendió la nuda propiedad del terreno con casa a GC, S. L. y el usufructo vitalicio de la misma finca a don M. y a su esposa doña C., a la sazón socios y gestores de la inmobiliaria, quienes utilizaron los 130.000 € como parte del precio de la compra a su favor. Tras diversas vicisitudes, el matrimonio actor presentó demanda contra GC, S. L. en la que pidió la declaración de nulidad de los contratos, con devolución de las cantidades entregadas, al entender que se habían celebrado con error vicio y, eventualmente, con dolo pues la compraventa y pago de la segunda vivienda estaban vinculados a la venta de la primera; lo que nunca llegó a tener lugar. Alternativamente, solicitaron se declarase que existía un enriquecimiento injusto por parte de GC, S. L. ya que habían empleado como suyos los 130.000 € entregados a cuenta por los actores, de suerte que se produjo un enriquecimiento sin causa que lo justificara. Por el contrario, la demandada reconvinó pidiendo la resolución contractual y que se declarara su derecho a conservar los 130.000 € entregados por los actores-reconvenidos en concepto de indemnización de daños y perjuicios según los términos del propio contrato. La Audiencia Provincial, revocando la sentencia de instancia, acogió la demanda principal y declaró la existencia del enriquecimiento injusto alegado, condenando a CG, S. L. a la devolución de los 130.000 €. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*I. D.-L.*)

20. Responsabilidad extracontractual. Prescripción extintiva, interrupción mediante denuncia penal.—Conforme a la jurisprudencia (STS 13 de enero de 2015) resulta de los artículos 111 y 114 LECrim en relación con el 1969 CC, que la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de acción civil, al implicar un impedimento para su ejercicio (entre otras, SSTs de 5 de julio de 2007, 19 de octubre de 2009 y 24 de mayo de 2010). Asimismo, la jurisprudencia ha establecido que la prescripción extintiva de la acción de responsabilidad civil extracontractual se interrumpirá cuando, al promoverse el proceso penal, el plazo de un año haya comenzado a transcurrir conforme a lo que dispone el artículo 1968.2 CC y lo establecido por la jurisprudencia

al aplicarlo a los diferentes tipos de daños; y en caso contrario se retrasará el inicio del cómputo (SSTS de 2 de abril de 2014 y 8 de junio de 2015). La jurisprudencia habla de una interrupción de la prescripción, y no meramente de la suspensión (STS de 3 de noviembre de 2010). Por tanto, el Tribunal aduce que en este caso se trata de una interrupción de la prescripción (SSTS de 9 de marzo y 3 de octubre de 2006), pues la suspensión de la prescripción solo se produce cuando alguna norma específica así lo ha establecido (STS de 12 de junio 1997). Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1973 CC, en cuanto que la denuncia penal supone una forma de ejercicio de la acción civil ante los tribunales e interrumpe la prescripción.

El Alto Tribunal considera las razones expuestas y estima pronunciarse sobre el fondo del asunto, pues en este caso, la primera instancia estableció los hechos como probados; determinó la cuantía de los daños y perjuicios sufridos, y el recurso de apelación impugna esencialmente el juicio de imputación de responsabilidad.

Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo. Carga de la prueba sobre la culpa.—Conforme a normatividad y la muy desarrollada jurisprudencia al respecto (entre muchas otras, SSTS de 10 de mayo de 2006, 30 de mayo de 2007, 28 de julio de 2008, 6 de febrero de 2012 y 3 de diciembre de 2014), se han establecido las siguientes tesis al respecto:

Responsabilidad por riesgo. El Alto Tribunal señala que la creación de un riesgo, por sí sola, no es un elemento suficiente para imponer responsabilidad (objetiva por riesgo), ni siquiera cuando la actividad generadora del riesgo sea fuente de lucro para quien la desempeña. Pues, la doctrina jurisprudencial establece que además se requiere la concurrencia de la culpa (responsabilidad subjetiva), elemento básico, conforme al artículo 1902 CC, el cual no admite otras excepciones más que las previstas en la Ley. En otras palabras, el Tribunal señala que el mero hecho de que se haya producido el hecho dañoso —realización del riesgo—, no puede considerarse prueba de culpa —«demostración de que falta algo por prevenir»— puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por resultado (no conforme con el art. 1902 CC).

Valoración de la culpa. La doctrina jurisprudencial entiende que la apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. En este sentido, constituye culpa el comportamiento que «no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas». Por tanto, el mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye en sí el «reproche culpabilístico».

El riesgo. El Alto Tribunal señala la tesis que riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que tiene relevancia para la ponderación del nivel de diligencia exigido. Por tanto, el para doctrina jurisprudencial la creación de un riesgo superior al normal reclama una elevación proporcionada de los estándares de pericia y diligencia. En efecto, la falta de agotamiento de las medidas de cuidado requeridas para el caso justifica atribuir responsabilidad por los resultados dañosos que sean realización del mayor riesgo creado: «que sean objetivamente imputables a esa culpa en el desempeño de la actividad peligrosa».

La carga de la prueba sobre la culpa. El Tribunal Supremo sustenta que el carácter anormalmente peligroso de la actividad causante del daño puede justificar la imposición, a quien la desempeña, de la carga de probar su falta

de culpa. Asimismo, el Alto Tribunal considera que para las actividades que no queda calificar de anormalmente peligrosas regirán las normas generales del artículo 217 LEC. Lo anterior, en relación al artículo 1902 CC, de donde se desprende que corresponde al dañado demandante probar la culpa del causante del daño demandado. Sin embargo, se puede invertir la carga de prueba por disposición legal expresa (art. 207.6 LEC) en la que se imponga al demandado la carga de probar que hizo cuanto le era exigible para prevenir el daño; o también se puede invertir la carga de la prueba por los principios de «disponibilidad y facilidad probatoria» (art. 217.7 LEC). En el presente caso, en aplicación de normas especiales (art. 217.6 LEC), el Tribunal además tomó en cuenta lo dispuesto en el artículo 147 TRLCU «los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores o usuarios, salvo que prueben que hayan cumplido con las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos (...)».

El Tribunal Supremo, de acuerdo a las tesis expuestas y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 386 LEC, estimó que podía imponer culpa del resultado dañoso acaecido; lo anterior, teniendo en cuenta las especiales circunstancias, la pertenencia a una categoría de resultados que típicamente se produzcan (realización de un riesgo) por impericia o negligencia y sin que el demandado haya proporcionado una explicación causal del resultado dañoso que excluya su culpa. (**STS de 18 de marzo de 2016**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—El señor F demanda a la Compañía M por responsabilidad civil extracontractual, debido a que el señor F se hallaba en la sala de fiestas administrada por la compañía M en la madrugada del 9 de noviembre de 2008, cuando pisó un cristal roto en la zona de acceso a los baños, que atravesándole la zapatilla se le clavó en la planta del pie.

En su sentencia de 27 de julio de 2012, el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Madrid estima la demanda. El Juzgado desestimó la excepción sobre la prescripción y se pronunció sobre el fondo del asunto condenando a la compañía M a pagar indemnización por responsabilidad civil extracontractual. En relación a la prescripción, el Juzgado consideran que si bien los hechos fueron el 9 de noviembre de 2008 y esta demanda se presentó hasta 8 de marzo de 2011, quedó acreditado que al señor F se le dio de alta de su incapacidad hasta 18 de febrero de 2009, fecha en la que luego se dirige a interponer una denuncia penal por estos hechos, la cual se archiva por prescripción de la infracción por auto de 10 de marzo de 2010, por lo que el Juzgado concluye que el plazo de prescripción de la acción civil quedó interrumpido.

En relación a la responsabilidad civil extracontractual condena a la compañía M en cuanto que esta no acredita que adoptara todas las medidas suficientes para evitar la ocurrencia de los hechos, pues, sin perjuicio de que se contraten lo que denominan «equipos de banqueros» (los que recogen los vasos rotos) y que además lo camareros estén encargados de hacerlo, es evidente que resultaba insuficiente, fueran muchos o pocos, había cristales que podían causar daños, por lo que el juzgado concluye la responsabilidad de la demandada.

La Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia del 20 de diciembre de 2013, estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada. En cuanto a la prescripción, la Audiencia no comparte el carácter suspensivo del plazo de prescripción que se otorga a la presentación de la denuncia penal nueve meses después del acaecimiento de los hechos, denuncia que fue archivada por prescripción. En relación al fondo del asunto, la Audiencia considera que la explotación por sí misma de una discoteca no genera especial peligro, sino que forma parte de los riesgos generales de la vida, de modo que el demandante tiene la carga de identificar y probar la culpa o negligencia del demandado.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. El Alto Tribunal considera que si bien es cierto que no cabe calificar la actividad de la compañía M como anormalmente peligrosa, es cierto que sí son inherentes a ella algunos riesgos superiores a los normales. Lo justifica citando lo prescrito en el artículo 6.3. de la Ley de la Comunidad de Madrid 17/1997, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas; que, en resumen, prescribe, los locales deben tener un seguro que, entre otros, deben cubrir la responsabilidad por daños a los concurrentes y a terceros derivados de las condiciones del lugar, instalaciones y servicios. El Tribunal Supremo considera que la utilización de vasos de cristal en las discotecas es un riesgo superior al normal, el cual obviamente no puede restringir su utilización, ni exigir que cuenten con cierto número de banqueros que haga que resulte cero la probabilidad de que estos ocasionen daños. No obstante, el Alto Tribunal sí considera exigible que dicho riesgo se reduzca mediante medidas específicamente dirigidas al efecto. (*I. V. B.*)

21. Responsabilidad extracontractual en caso de incendio.—Para declarar a alguien responsable de los daños causados por la propagación de un incendio, no es necesario que se conozca la causa concreta que lo causó. Corresponde a aquél la carga de probar: a) la existencia de una actuación intencionada de terceros; b) serios y fundados indicios de que el incendio ha podido provenir de agentes exteriores; c) que nada había en el lugar en que se originó el fuego que representase un riesgo especial. Demostrado que el incendio fue causado por una incidencia extraña, no basta para imponer responsabilidad al demandado que, en el lugar sometido a su control en el que el incendio se originó, hubiera almacenados productos inflamables. (**STS de 6 de abril de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaléon Prieto.]

HECHOS.—Varias personas desconocidas provocaron un incendio en un solar, de dueño también desconocido, en el que existía una edificación en estado ruinoso y se acumulaban grandes cantidades de basuras y desechos. Dicho solar lindaba con la parte trasera de un amplio local de negocio que, cuando acaeció el incendio, ocupaba como arrendataria la compañía D, que explotaba en dicho local un supermercado. El fuego afectó a la estructura de vigas y pilares de la fachada posterior de un edificio. La comunidad de propietarios del mismo interpuso demanda contra D, con-

tra su aseguradora de responsabilidad civil y contra JM, como autor del proyecto de acondicionamiento interior y la implantación de actividad, necesario para que se concediera en su momento a D la licencia de funcionamiento del supermercado. La parte actora pidió que se declarase a los demandados responsables de los daños y perjuicios ocasionados por el incendio y su derecho a percibir una indemnización.

El Juez de Primera Instancia desestimó las pretensiones dirigidas contra JM, por prescripción extintiva de la acción. Y estimó las ejercitadas contra D y su aseguradora, a las que condenó a pagar solidariamente a la comunidad de propietarios una cantidad de dinero. Consta suficientemente acreditado que el incendio tuvo su origen en el solar contiguo al local comercial, propagándose a los edificios colindantes como consecuencia de las altas temperaturas estivales y el material acumulado en dicho solar. La causa de la rápida propagación del fuego, se atribuyó al tipo de construcción de la cubierta. Por tanto, habiendo contribuido D al resultado causal por no haber adaptado su conducta a lo que la prudencia exigía, el Juez estimó la demanda contra ella y su asegurador, conforme a los artículos 1902 CC y 76 de la LCS.

La aseguradora interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial. Según esta, el hecho de que fuera provocado el origen del incendio del local siniestrado no inculpa a la arrendataria y explotadora del mismo, al desconocerse la autoría del elemento desencadenante del mismo. Además, no existen pruebas de la presunta culpabilidad de D, ni que se deba el incendio a falta de vigilancia u otro motivo dependiente de la mayor o menor diligencia en el cuidado y mantenimiento de las instalaciones del local, funciones que corren de cuenta y riesgo de dicha parte, que no consta se haya descuidado en la atención de las mismas.

La comunidad de propietarios interpuso recurso de casación, alegando la infracción del artículo 1902 CC e indicando que D ha incumplido las medidas de seguridad exigibles. Según el Alto Tribunal, lo relevante es que el incendio no se originó en el supermercado explotado por D, sino que fue provocado en un solar contiguo del que D no era propietaria ni poseedora. No cabe imponer responsabilidad por daños producidos por un incendio, sea o no conocida la causa concreta que lo originó, al poseedor de cualquier lugar o ámbito a través del cual el incendio se haya propagado hasta causar los daños sufridos por la demandante. Aun aceptando que ese tipo de construcción de la cubierta del supermercado aumentó la velocidad de propagación del incendio, de ello no cabe deducir que infringiera la normativa sobre prevención de incendios ni que la finalidad de dicha normativa sea evitar daños a las personas o a las cosas causados por la más rápida propagación, a través de los edificios, de incendios no originados en ellos. Finalmente, apunta el Tribunal Supremo que no parece razonable exigir a quienes diseñan o construyen la cubierta de un supermercado la diligencia de contar con el riesgo de que la velocidad de propagación de un incendio de origen exterior que pueda llegar a alcanzar la cubierta resulta incrementada por los materiales utilizados en su construcción y produz-

ca, por ello, mayores daños en los edificios contiguos. De ahí que acabe desestimando el recurso de casación.

NOTA.—La doctrina emanada de la presente resolución se desprende de una gran cantidad de sentencias del Tribunal Supremo: 24 de enero de 2004, 18 de julio de 2006, 29 de abril de 2002, 27 de febrero de 2003, 2 de junio y 23 de noviembre de 2004, 3 de febrero, 22 de marzo, 20 de mayo y 9 de junio de 2005, 18 de julio de 2006, 15 de febrero y 28 de mayo de 2008, 24 de septiembre y 4 de junio de 2009, 27 de diciembre de 2011 y 30 de abril de 2012. (S. L. M.)

22. Responsabilidad civil derivada de actos médicos. Intereses moratorios del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS). La existencia o no de la «causa justificada» para el pago de la indemnización por la aseguradora por previo proceso.—Conforme al artículo 20.8 LCS la existencia de causa justificada implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador, y le exonera de los intereses de mora. La jurisprudencia (STS 4 de diciembre de 2009, entre otras) sostiene una interpretación restrictiva sobre la causa de exoneración en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados (SSTS de 17 y 18 de octubre de 2007, 6 de noviembre de 2008, 7 de junio de 2010, entre otras). Dicha jurisprudencia descarta que la mera existencia de un proceso constituya causa que justifique por sí misma el retraso, o permita presumir la razonabilidad de la oposición. También ha establecido que la existencia de un proceso no es óbice para imponer a la aseguradora el pago de los intereses, excepto si existe una necesidad de acudir a un litigio para resolver una situación de incertidumbre en torno al nacimiento de la misma obligación de indemnizar (SSTS de 7 de junio de 2010, 1 de febrero de 2011, entre otras). Por tanto, es criterio constante de la jurisprudencia no considerar como causa justificada para no pagar el acudir a un proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto la culpa (SSTS de 12 de julio 2012 y 17 de diciembre de 2010). Asimismo, tampoco es causa justificada del no pago la discrepancia en torno a la cuantía de la indemnización (SSTS 1 de julio de 2002, 1 de octubre de 2010 y 26 de octubre de 2010). En relación a la última argumentación, la jurisprudencia precisa que la iliquidez inicial de la indemnización del contrato de seguro (que se fija con la resolución) no implica valorar ese proceso como causa justificadora en atención a la regla *in liquidis non fit mora* (tratándose de suma ilíquidas, no hay mora). Ya que se trata de atender al canon del carácter razonable de la oposición para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y la concreción del día inicial del devengo, pues la deuda nace con el siniestro y, por ende, el proceso es de carácter meramente declarativo y no constitutivo de un derecho que ya existía y pertenecía al perjudicado (entre las más recientes, SSTS de 31 de enero de 2011, 7 de noviembre de 2011, 12 de noviembre de 2013).

Aunque la STS de 16 de octubre de 2009 puso de manifiesto que en muchos casos la pendencia de un proceso penal se ha considerado por el Tribunal como causa justificada para que la aseguradora no indemnice al asegurado (SSTS de 28 de noviembre de 2003 y 20 de mayo de 2004), es claro en la jurisprudencia que el proceso penal solo es «causa justificada» de la falta de pago de la indemnización por el asegurador cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre

sobre la cobertura del seguro (STS de 26 de mayo de 2011). Por tanto, el Tribunal establece probado que, a la luz del artículo 20.8 LCS, el mero hecho de promover un procedimiento penal contra el asegurado no es «causa justificada» para que el asegurador de responsabilidad civil no satisfaga la indemnización que corresponda al tercero que resultó perjudicado por culpa del asegurado. Así, el inicio del cómputo de los intereses de indemnización será el del día de la ocurrencia del siniestro.

Finalmente, el Alto Tribunal señala que el propósito del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización por el asegurador o de ofrecimiento de una indemnización adecuada, a partir del momento en que un ordenado asegurador, teniendo conocimiento del siniestro, le habría satisfecho u ofrecido. Siempre a salvo el derecho del asegurador a cuestionar en juicio el pago de dicha obligación y a obtener la restitución del mismo. (STS de 5 de abril de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—La señora A demanda al Dr. B y a la aseguradora C por la indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil derivada de actos médicos practicados por el Dr. B, quien tenía una póliza de responsabilidad civil profesional con la aseguradora C.

En Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Barcelona, en su sentencia del 15 de junio de 2012 estimó la demanda.

En su sentencia de 13 de marzo de 2014, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso de apelación, confirmando la resolución, excepto en el extremo de los intereses del artículo 20 LCS. La Audiencia considera que dada la existencia de un proceso penal previo podía haber causa justificada para el no abono de intereses desde la ocurrencia del siniestro, por lo que estima que solo a partir de la presentación de la demanda por responsabilidad civil debían empezar a correr los intereses de mora por el no pago de la indemnización por la aseguradora.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandante. El Alto Tribunal basó su fundamentación en cuanto que la aseguradora C tuvo inmediatamente conocimiento del siniestro que afectó a la señora A y en que tampoco alegó duda sobre la cobertura del siniestro en cuestión. (*I. V. B.*)

23. Responsabilidad médica: Lesiones muy graves por chapuzamiento voluntario en cala marítima: Tetraplegia completa con movilidad de ambos hombros y la flexión de antebrazos sobre brazos, y habilidad en manos y dedos: Intervención posterior para colocar el rectángulo de Hartshill, con resultado de empeoramiento: Ausencia de consentimiento informado.—En verano de 1990 el actor, don Erasmo, sufrió un grave golpe en la cabeza al lanzarse al mar en una cala de la isla de Menorca sufriendo traumatismo cráneo-cervical, y ahogamiento, asfixia por inmersión; la lesión en la columna vertebral era muy grave, perdiendo la movilidad y la sensibilidad en las piernas manteniendo determinado nivel sensitivo, la movilidad de hombros y la flexión de antebrazos sobre brazos. A finales de octubre de 1990, el diagnóstico definitivo era de tetraplegia completa con nivel sensitivo motor C6 bilateral, lo que le permitía la movilidad de ambos hombros y la flexión de antebrazo sobre brazos, habilidad en manos y dedos. En ese estado

era imposible mejorar, ni siquiera con rehabilitación, por lo que el actor sufriría de por vida una incapacidad que le obligaría a vivir permanentemente en una silla de ruedas. La rehabilitación pretendería mantenerle para siempre en esa situación pero lo más probable es que paulatinamente, y en unos plazos indeterminados fuera perdiendo capacidades motrices y sensitivas hasta llegar a la situación actual aunque tampoco se pueda determinar si con el mismo grado de discapacidad.

El demandado, el Dr. don Herminio, con el fin de garantizar la estabilización, ralentizar al máximo la degeneración propia del paso del tiempo y minimizarla, tras una estancia y asistencia en un congreso, en noviembre de 1990 propuso a su equipo la colocación de un rectángulo de Hartschill para fijar la columna vertebral mediante una operación quirúrgica que no le impediría más que 8 días proseguir la rehabilitación. No informó al paciente de la gravedad de esta intervención, ni de sus riesgos ni de las posibilidades alternativas. No se dieron los mínimos requisitos del consentimiento informado, y el actor y su familia, sin la mínima información, debieron acceder a la intervención que se produjo el 22 noviembre 1990, consistente en la colocación del denominado «rectángulo de Hartsshill» desde C. Practicada la intervención el demandado escribió en su historial que «tras esta segunda intervención cervical se ha producido un empeoramiento de su miembro superior derecho al no tener en la actualidad flexión del antebrazo sobre brazo derecho», y también «ha perdido fuerza de flexión de antebrazo sobre brazo derecho». En resumen, había perdido el movimiento de los brazos, sólo movía levemente los hombros y doblaba el codo izquierdo».

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Barcelona, de 3 septiembre de 2012, partiendo de la adecuada praxis del acto médico quirúrgico, hace destacar la responsabilidad civil del facultativo en la ausencia de información médica para conseguir del paciente el oportuno consentimiento. Atendiendo a la realidad de los hechos, y teniendo en cuenta que la operación provocó un agravamiento en el estado del paciente, valora tal agravamiento en función de la ausencia de la información debida sobre el riesgo inherente a la intervención o a la técnica operatoria empleada, y ponderando todas esas circunstancias fija el «quantum» indemnizatorio en 60.101, 21 euros. La sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación por sentencia de 29 de mayo de 2014.

Doctrina jurisprudencial sobre omisión o deficiencia del consentimiento informado.—Tanto esta Sala de la jurisdicción civil como la de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se han ocupado de la omisión o deficiencia del consentimiento informado como una mala praxis formal del facultativo, en la que la relación de causalidad se establece entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado el paciente la intervención médica cuyos riesgos se han materializado. Se ha venido distinguiendo entre supuestos en los que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente no hubiese variado y, en principio, no habría lugar a indemnización (STS de 29 de junio de 2007), sin perjuicio de que en ciertas circunstancias, se pudiese determinar la existencia de un daño moral, de aquellos otros en que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente hubiese sido negarse a la intervención, por lo que, al no existir incertidumbre causal, se concede indemnización íntegra del perjuicio que se ha materializado (STS de 4 de marzo de 2011). Cuando no existe incertidumbre causal en los términos extremos antes expuestos, surge la teoría de la pérdida de oportunidad en la

que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento y de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, privando al paciente de la toma de decisiones que afectan a su salud (STS de 16 de enero de 2012).

Los efectos que origina la falta de información, dice la STS de 4 marzo 2011, están especialmente vinculados a la clase de intervención; necesaria o asistencial, voluntaria o teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS de 28 de noviembre de 2007 y 23 de octubre de 2008). Tienen además que ver con distintos factores: riesgos preVISIBLES, independientemente de su probabilidad o porcentaje de casos, y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención; complicaciones o resultados adversos preVISIBLES y frecuentes que se pueden producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio; alternativas terapéuticas significativas; contraindicaciones características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma necesidad de la intervención en los supuestos de diagnóstico prenatal. Todas estas circunstancias plantean un doble problema: la identificación del daño corporal y la cuantificación de la suma indemnizatoria que puede hacerse de alguna de las formas siguientes: i) Por los totales perjuicios causados, conforme a los criterios generales, teniendo en cuenta el aseguramiento del resultado, más vinculado a la medicina necesaria que a la curativa, pero sin excluir ésta. ii) Con el alcance propio del daño moral, en razón a la gravedad de la intervención, sus riesgos y las circunstancias del paciente, así como del patrimonial sufrido por lesión del derecho de autodeterminación, integridad física y psíquica, y dignidad. iii) Por la pérdida de oportunidades o de expectativas, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada, posibilidades de fracaso).

Circunstancias que deben ser evaluadas para fijar el *quantum* indemnizatorio.—La Sala se apoya, a la hora de identificar y cuantificar el daño en la teoría de la pérdida de oportunidad, al tipo de cirugía practicada y a la patología que padecía el actor y resto de circunstancias concurrentes. Circunstancias que deben ser evaluadas, para, ante la ausencia de consentimiento informado, fijar la indemnización. Por ello se evalúa la gravedad de la enfermedad, la evolución natural que hubiese tenido la misma, la necesidad o no de la intervención y su novedad, sus riesgos y entidad de los que se han materializado, así como estado previo del paciente. No cabe duda que ha existido un daño corporal, por cuanto se ha materializado inmediatamente a causa de la intervención la agravación de la invalidez que presumiblemente se alcanzaría más adelante y que la operación pretendía precisamente retrasar y aminorar. Tampoco existe duda del daño moral sufrido por el paciente a causa de la falta de información, ya que lo que parecía una intervención paliativa y conservativa rápida, desencadenó una notable agravación de su ya delicada situación causada por la tetraplegia que sufría, con el impacto psicológico fácilmente comprensible. En atención a lo razonado supuso también una pérdida de oportuni-

dad en esa franja intermedia de incertidumbre causal ante la verosimilitud de que hubiese consentido la intervención si se evalúan todas las circunstancias concurrentes. Todo ello ha sido tenido en cuenta por la sentencia recurrida, aunque metodológicamente aparezcan entremezcladas las consideraciones al respecto. El quantum indemnizatorio, con respecto a la valoración probatoria de la sentencia recurrida, incumbe al Tribunal de instancia, cuya sentencia se recurre (STS de 18 noviembre 2014), sin que sea posible acudir a hechos diferentes de los que declara probados la Audiencia Provincial (**STS de 8 abril de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

NOTA.—Durante buen número de años el actor ha estado ininterrumpidamente al cuidado del médico demandado, al hacerse cargo de las gravísimas consecuencias de un chapuzón voluntario de aquel en aguas del Mediterráneo. En mi opinión, la importancia de las consecuencias derivadas del accidente y las sucesivas intervenciones profesionales del médico eliminan, en principio, cualquier actuación suya descuidada o negligente. Bien podía afirmarse que el presente había llegado a ser «su caso», hasta el punto de asistir a un congreso relacionado con su indudable propósito de mejorar el tratamiento y rehabilitación que le dispensaba. ¿Cómo ha resultado, en definitiva, condenado a abonarle una indemnización, moderada en comparación con lo reclamado, y que, en definitiva, abonará el seguro? Probablemente el Dr. Erasmo actuó con la mejor intención, suponiendo que el enfermo y su familia aceptarían de buen grado una breve intervención que mejoraría el estado de incapacidad casi total que padecía don Herminio. Sin embargo la ley le obliga a cumplir, en todo caso, su deber de información al paciente. La presente sentencia es claramente de alcance pedagógico y contribuye a desarrollar con seguridad y eficacia la doctrina jurisprudencial en la materia abundantemente suscitada en la praxis. Así recientemente STS de 3 de febrero de 2015 (Ponente J. A. Seijas Quintana), en ADC, 2016, p. 1150-1152, nota mía, en caso de implante de prótesis mamaria, declarándose que fue informada. Y STS de 17 de junio de 2015, en ADC, 2017, p. 305-307, igual Ponente, en caso de ortodoncia con implante de titanio, que también se considera informado (nota S. L. M.) (*G. G. C.*)

24. Responsabilidad civil: Indemnización en accidente de circulación con amputación de pierna derecha: Abono de prótesis futuras por Compañía aseguradora.—A consecuencia de un accidente de tráfico ocurrido sobre las 10, 45 horas del 27 de junio de 2009, Don Martín sufrió la amputación de la pierna derecha, que dio lugar a un procedimiento de reclamación del daño en el que fue condenada la ahora recurrente Reale Seguros Generales, SA, aseguradora del vehículo causante del daño, discutiéndose ahora en los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, el pronunciamiento que le condena a abonar siete prótesis futuras y los intereses del artículo 20 LCS. El recurso extraordinario se articula en dos motivos: 1.º, al amparo del artículo 469, 1.º y 2.º, LEC relativo a la infracción de las normas reguladoras de la sentencia (carga de la prueba, artículo 217.1. y 2 LEC y artículo 218.1 LEC). Y 2.º, al amparo del artículo 469 LEC al no respetar el principio de la justicia rogada. La sentencia no es clara, precisa, ni congruen-

te con las pretensiones deducidas en la demanda. El recurso de casación se articula, a su vez, en dos motivos: 1.º, al amparo del artículo 477.2 LEC, infracción de las normas aplicables para resolver el proceso (art. 1902 CC, el principio que prohíbe el enriquecimiento injustificado, arbitrariedad en la indemnización concedida por el concepto de prótesis futuras, falta de rigor en la concesión e inexistencia de prueba por la actora, infracción del artículo 2171 LEC). 2.º, al amparo del artículo 477.2 LEC, infracción del artículo 20.8 LCS por existencia de causa justificada para la no imposición del recargo a la aseguradora, infracción del principio *in illiquidis non fit mora*.

Recurso por infracción procesal.—El artículo 217 LEC contiene la regla general o principio de carga de la prueba que se formula a través del artículo 469.1.2.º LEC, como norma reguladora de la sentencia, dado su contenido y estar incluido en la ley procesal bajo el epígrafe «de los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos», de tal forma que solamente es susceptible de casación cuando se acusa al órgano jurisdiccional de instancia de haber alterado indebidamente esta regla invirtiendo lo que a cada parte corresponde, sin que pueda entenderse producida la infracción cuando un hecho se declara probado, cualquiera que sea el elemento probatorio tomado en consideración, y sin que importe, en virtud del principio de adquisición procesal, quien aportó la prueba.

La posibilidad de indemnizar en este caso los gastos futuros que traen causa del accidente de tráfico, como perjuicio patrimonial ya se trate de gastos derivados de actos médicos curativos, paliativos del dolor, de rehabilitación etc.; bien estén encaminados al restablecimiento del derecho a la salud o al menos dirigidos a asegurar a la víctima un mínimo de calidad de vida en atención a la pérdida de la salud que conlleva el menoscabo psicofísico sufrido, está reconocido por la jurisprudencia de esta Sala (STS de 22 de noviembre de 2010), sobre la base de entender tales daños en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud, y de aplicar como elemento de integración los principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil que consideran daño patrimonial resarcible a toda disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso y, que al referirse a la indemnización de dicho daño corporal incluye «la pérdida de ingresos; el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica». Este criterio ha sido recogido en la Ley de 22 de septiembre de 2015, de reforma del sistema para la valoración de los daños causados a las personas en accidentes de circulación, al establecer expresamente en su artículo 115, el directo resarcimiento al lesionado del importe de las prótesis y órtesis que precise a lo largo de su vida, debiendo la necesidad, periodicidad y cuantía de los gastos de las prótesis y órtesis que precise a lo largo de su vida, acreditarse mediante el correspondiente informe médico desde la fecha de estabilización de las secuelas, teniéndose en cuenta para su valoración el tipo de secuela, la edad del lesionado, la periodicidad de la renovación de la prótesis y órtesis en función de su vida útil y el coste de las mismas, atendiendo a las necesidades y circunstancias personales del lesionado; gastos que se podrán indemnizar en forma de capital utilizándose el correspondiente factor actuarial de conversión establecido en la tabla técnica de coeficientes de capitalización de prótesis y órtesis incluida en las bases técnicas actuariales a las que hace referencia el artículo 48 de la citada ley.

La controversia queda así constreñida a la valoración económica del daño objeto de resarcimiento. Es cierto, como sostiene el recurrente, que el

cálculo de la indemnización por prótesis futuras ha de ser probado en las actuaciones, al tratarse de un hecho constitutivo de la demanda con lo que la carga de la prueba sólo corresponde al demandante, que no ha aportado prueba actuarial alguna. Lo que no es cierto es que no se haya practicado prueba alguna al respecto. Las conclusiones de la sentencia para resarcir este daño futuro no son absurdas, desorbitadas ni irracionales. Tienen como referencia el informe en el juicio del Dr. don Pedro Francisco y del perito médico de la demandada. El primero refirió que la revisión de la prótesis femoral debía efectuarse periódicamente, en algunos tramos incluso con carácter anual y en otros trianual. El segundo señaló que la garantía de tres años que se reconoce a la prótesis no necesariamente ha de coincidir con la vida útil de la misma sino que depende de la utilización que se le dé y que todo control o revisión no conlleva su cambio. La previsión de la sentencia se extrae, por tanto, de los medios probatorios de los que obtiene el dato de la necesaria sustitución de la prótesis femoral cada cinco años con una proyección de vida de 35 años (siete sustituciones), y ello es razonable. No se ignora que la esperanza de vida del perjudicado es un dato de salud que no consta sea deficitario, y que cuando se trata de gastos de reposición del material o bienes que precisa la víctima para el disfrute de un mínimo de calidad de vida, también se maneja un dato incierto, obtenido por estimación, consistente en el tiempo medio de vida útil de cada uno de los bienes, razón por la que la STS de 22 de noviembre de 2010 utilizó un criterio de equidad para moderar la indemnización concedida; criterio que no se estima pertinente aplicar en este caso, en el que la vida del perjudicado (nacido en 1980) puede superar el límite calculado y que el valor de las prótesis, e incluso el del IVA de aplicación, puede verse abaratado o incrementado con el paso del tiempo.

El segundo motivo se formula por vulneración del principio de justicia rogada, ya que no ha tenido en cuenta que en la demanda se aplicaba una reducción de seis mil euros por cada una de las prótesis sobre el total reclamado en la misma. El motivo se estima porque en la demanda se valoraba cada una de las prótesis en 39.924 euros más un 8 % de IVA, de la que descontaba 6.000 euros que abona la Seguridad Social. Esta petición no ha sido tenida en cuenta en la sentencia, y no porque exista alguna diferencia entre lo reclamado y lo concedido, sino por la aludida pequeña diferencia que, a su vez, tiene que ver con el tipo de IVA aplicable.

No hay violación del artículo 1902 CC.—El recurso de casación, en su primer motivo, se desestima por razones obvias ya que viene a reproducir el motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal sobre ausencia de prueba al fijar la indemnización por este concepto, lo que no es propio de este recurso. En su segundo motivo se impugnan los intereses que se le han impuesto conforme al artículo 20 LCS, y también debe desestimarse porque en la apreciación de la causa de exoneración del pago de intereses esta Sala ha mantenido una interpretación restrictiva en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma, al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados. Esta interpretación descarta, entre otras cosas, que no se tenga en cuenta la iliquidez de la deuda al considerar la indemnización como una deuda que, con independencia de cuando se cuantifique, existe ya en el momento de producirse el siniestro, como hecho determinante de la obligación de indemnizar (SSTS de 12 de julio de 2010, 4 de julio de 2012 y 3 de marzo de 2015). Ni tampoco la suscitada en cuanto a la culpa, especialmente en el ámbito del seguro obligatorio, basado en la responsabilidad por riesgo, ya sea por negar-

la completamente o por disentir del grado de responsabilidad atribuido al demandado en supuestos de posible concurrencia de conductas culposas (SSTS de 12 de julio y 17 de diciembre de 2010). Además, la aplicación de los intereses sobre la indemnización por el concepto de prótesis femorales responde a la idea de que la aseguradora conoce la existencia de un daño presente y futuro, indemnizable conforme a los criterios expuestos sobre los cuales se extiende la obligación de pago o consignación que evita el pago de los intereses, máxime cuando lo que en realidad discute la recurrente no es la procedencia de su indemnización, sino la acreditación de su importe.

La consecuencia de la estimación en parte del recurso extraordinario por infracción procesal es dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia recurrida respecto al descuento de seis mil euros en cada una de las siete prótesis. No procede imponer a ninguna de las partes las costas del recurso extraordinario por infracción procesal, y respecto de las causadas por el recurso de casación, se imponen a la parte recurrente. **(STS de 6 de abril de 2016; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

25. Sistema de mayorías para la aprobación de acuerdos en el ámbito de la propiedad horizontal.—El sistema de mayorías establecido en la LPH en función de la naturaleza de los acuerdos a adoptar y el quórum no varía en relación con la forma de financiación interna, dado que mediante cuotas ordinarias o extraordinarias se puede afrontar el pago de obras de conservación o de obras que excedan del mero mantenimiento. Dicho de otro modo, el hecho de que las obras de conservación sobre elementos comunes sean extraordinariamente cuantiosas, no altera el sistema de mera mayoría para su acuerdo. **(STS de 28 de abril de 2016; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Varios vecinos de una comunidad de propietarios interpusieron demanda para impugnar los acuerdos adoptados en junta de propietarios de 27 de marzo de 2012, posteriormente ratificados en junta de 14 de mayo de 2012. Los demandados son propietarios de viviendas unifamiliares adosadas en una urbanización. A finales de 2003, como consecuencia de las lluvias, se producen humedades en el túnel donde se ubican los garajes. Con fecha de 27 de marzo de 2012, se celebra junta de propietarios donde se alcanza el acuerdo de aprobar la realización de las obras, un presupuesto cuantificado y una cuota extraordinaria durante cuatro años para el pago de los arreglos. Los demandantes alegan que: a) votaron a favor de dicho acuerdo dos comuneros que no se encontraban al día en el pago de las cuotas sociales, con lo que, suprimido el voto de estos dos comuneros, no se habría alcanzado el 75 % de los votos necesarios para su adopción, conforme al artículo 16 de los estatutos sociales; b) no están obligados al pago de tales gastos, habida cuenta que no se trata de un elemento común, sino de un pasaje privado de acceso al garaje. Los demandados se oponen a la demanda, señalando: 1) el túnel de acceso a los garajes tiene natu-

raleza común y, por ello, los demandantes están obligados al pago de las obras de reparación del mismo; 2) basta el voto de la mayoría, sin que sea exigible el 75 % que afirma la demandante, por cuanto los estatutos actualmente en vigor exigen únicamente la mayoría simple.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando no haber lugar a acordar la nulidad de los acuerdos, si bien quedan parcialmente modificados. Entiende el Juez que las obras se refieren a un elemento común perteneciente a las tres comunidades que tienen acceso al patio común. Señala también que dos de los vecinos que votaron en contra del acuerdo tampoco se hallaban al corriente de sus pagos. Siendo así, los votos válidos en contra habrían sido cuatro y no seis, frente a catorce a favor y una abstención, con lo que sí se habría alcanzado la mayoría cualificada del 75% favorable al acuerdo. Al no haberse ratificado esta mayoría en la junta de mayo, se estaría en una situación análoga a la que prevé el último párrafo del artículo 17 LPH, que permite al Tribunal resolver en equidad. Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, con los mismos argumentos esgrimidos por el Juez de Primera Instancia.

Los demandantes interponen recurso de casación. Alegan, en primer lugar, la infracción de los artículos 15.2 y 16.2 LPH, en relación con el 6.4 y 7.2 CC, respecto a la omisión de los propietarios morosos en las convocatorias de juntas generales de propietarios, así como a la adopción de acuerdos con el voto de propietarios morosos, y la jurisprudencia que prohíbe el abuso de derecho. En segundo lugar, la infracción del artículo 17.4 LPH, por indebida aplicación del juicio de equidad. Argumentan los recurrentes que la sentencia recurrida ha infringido dicha doctrina, toda vez que los acuerdos impugnados se adoptaron con el voto de dos comuneros que no estaban al corriente en el pago de las cuotas, no siendo válido su voto, con la consecuencia de que no se alcanzó la mayoría del 75 % exigida, siendo los acuerdos adoptados nulos de pleno derecho. Según el Tribunal Supremo, que en el artículo 16 de los estatutos se exija el 75 % para la aprobación de cuotas extraordinarias, significa que se establece un especial quórum. Sin embargo, lo establecido en los estatutos no puede alterar lo dispuesto en la LPH. Su artículo 10.1 señala que los acuerdos de simple mantenimiento de elementos comunes, como aquí ocurre, se aprueban por simple mayoría, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18 LPH, que no es el caso. Esa mayoría reforzada, apunta el Tribunal Supremo, no puede imponerse para la mera aprobación de un presupuesto de mantenimiento e impermeabilización de elementos comunes, aún cuando se financie mediante cuotas extras. No estamos ante un supuesto de obras suntuarias (art. 17.4 LPH), sino de mera conservación (art. 10.1 LPH). Por otro lado, entiende el Tribunal Supremo que tampoco puede apreciarse abuso de derecho en los demandados. Aunque los demandantes forman parte de una urbanización físicamente separada del resto de las viviendas por un vial público, ello no impide que puedan hacer uso de la plaza ajardinada, como elemento común, que es, junto con los caminos o aceras que la cir-

cundan (art. 5 de los Estatutos). En base a todo lo anterior, el Alto Tribunal desestima el recurso de casación.

NOTA.—Sobre la omisión de propietarios morosos en las convocatorias de juntas generales de propietarios, así como a la adopción de acuerdos con el voto de propietarios morosos, *vid.* SSTS de 2 de julio de 2009 y 27 de febrero de 2002. (*S. L. M.*)

26. Servidumbre voluntaria de paso. Constitución por título. El contenido y alcance de los derechos y obligaciones de los predios dominante y sirviente vienen determinados por el título constitutivo (art. 598 CC).—Cuando hay título, y es el caso, ésta es la fuente primaria (SSTS de 31 de mayo de 1949; 29 de mayo de 1975; 12 de junio de 1981). La STS de 2 de mayo de 1983 declara que «[e]s claro que, siendo servidumbre voluntaria se ha de regir prioritariamente, como todas las de su clase, según el artículo 536 del CC en relación con los 594 y siguientes, y conforme a lo que dispone el 598, por el título de su constitución, determinante de los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente, de tal suerte que sólo en defecto de título se regirá la servidumbre por las disposiciones del título 7.º, libro 2.º que le sean aplicables...». Así se viene reiterando, entre otras, en las SSTS de 19 de diciembre de 2003; 27 de marzo de 1999; 17 de noviembre de 2011; 25 de febrero de 1988.

Derecho real de servidumbre. Las notas esenciales de ser *utiliter* y ejercerse *civiliter*.—El derecho real de servidumbre tiene dos notas esenciales (entre otras), como declara la sentencia de 7 de junio de 2006 el ser *utiliter* y el ejercerse *civiliter*. En cuanto a la primera: la utilidad justifica el contenido y la propia existencia de servidumbre; ésta debe prestar una utilidad sirviendo un interés del predio dominante (en beneficio de otro, dice el artículo 530) por lo que el gravamen que implica no puede ser más amplio que la utilidad que proporciona. En cuanto a la segunda: el ejercicio del derecho de servidumbre debe ser adecuado al interés, en el sentido de que no caben servidumbres generales o universales, sino que el contenido debe quedar especificado, es decir, el ejercicio del derecho debe ser concreto, lo que responde al concepto de poder parcial sobre el predio sirviente.

El predio sirviente es la finca en su totalidad y no la parte afectada por la servidumbre.—El predio sirviente es la finca, no una parte de ella; por lo que el objeto concreto de la servidumbre recae sobre la zona afectada, respondiendo, pues, al concepto de poder parcial sobre el predio sirviente.

No se infringe el artículo 594 CC cuando el gravamen impuesto no afecta a la totalidad del predio sirviente y sus utilidades.—La STS de 19 de mayo de 2008, niega que se infringiese el artículo 594 CC en que se fundamenta la servidumbre predial de la que es titular la dueña del predio dominante, pues «la servidumbre se constituyó por negocio jurídico establecido por la de dueña de dos fincas al vender una de ellas y así lo tuvo por conveniente, como dispone el artículo 594 CC: el predio dominante no absorbe toda la utilidad de «la cosa» sino una parte del predio sirviente y esta parte, este gravamen, es el uso de toda el agua que emana del pozo, no es el uso de todo el predio sirviente. La servidumbre de aguas que se puede constituir como servidumbre voluntaria, a favor del dueño del predio dominante que será el titular del derecho subjetivamente real y ejercerá las facultades que forman el contenido del derecho de servidumbre; el dueño del predio sirviente deberá soportar el gravamen que le representa la servidumbre. Este es el

caso presente, en que el demandante deberá soportar que el agua del pozo sito en su predio sirviente lo utilice exclusivamente la dueña del predio dominante». (STS de 5 de abril de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La servidumbre voluntaria de paso, objeto de litigio, se constituyó mediante contrato en el que se estipuló expresamente que se establecía para uso exclusivo del predio dominante. Por otro lado, además de delimitarse la anchura y recorrido del camino se autorizó al titular del paso a realizar todas las obras necesarias para que el camino servidero pueda servir al uso a que ha sido destinado, incluyendo delimitación, amojonamiento y cerramiento del mismo, asfaltado, iluminación, colocación de portón de acceso en el camino servidero, tendidos eléctricos, paso de agua, teléfono y desagüe. Posteriormente, los sucesores en la titularidad del predio sirviente demandaron a los propietarios del fundo dominante solicitando que se les reconozca el derecho a usar la zona sobre la que se recae la servidumbre de paso y subsidiariamente la nulidad del título constitutivo. El Juzgado de Primera Instancia estimó el derecho de los demandantes al uso de la zona afectada por la servidumbre. La Audiencia Provincial estima el recurso y desestima la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (C.O.M.)

NOTA.—A diferencia de la legislación catalana (vid. artículo 566.1 CCCat), el Código Civil no hace referencia, en la definición del artículo 530, a la parcialidad de goce como uno de los elementos definitorios de la servidumbre predial. No obstante, es pacífico en la doctrina afirmar que la utilidad que comporta el gravamen sobre el predio ajeno no puede llegar hasta tal punto que anule el derecho de propiedad absorbiendo todos los aprovechamientos del predio sirviente [vid. REBOLLEDO VARELA, *Las servidumbres en el Código Civil*, en «Tratado de Servidumbres» (coord. Rebolledo Varela), Aranzadi, Navarra, 2002 pág. 77]. La razón está en que la servidumbre como derecho real limitado debe coexistir con el derecho de propiedad sobre el que recae sin anularlo. En caso contrario, no estaríamos en presencia de una servidumbre, sino que se podría indagar si estamos ante un derecho personal o un usufructo [cfr. NAVAS NAVARRO, *Comentario al artículo 530 y al artículo 594 CC*, en «Comentarios al Código Civil» (dir. Domínguez Luelmo), Lex Nova, Valladolid 2010, págs. 658 y 702]. En los supuestos en los que el titular del predio dominante tuviere el uso exclusivo de la parte del predio sirviente afectada por la servidumbre, con derecho a impedir al propietario del fundo gravado su utilización, la jurisprudencia admite la validez de la servidumbre bajo los argumentos de que el predio sirviente es la finca, no una parte de ella, y siempre que el aprovechamiento que se cede, de forma exclusiva, no agote todas las facultades del dominio (vid. RRDGRN de 21 de febrero y 7 de abril de 2000, SSTS de 7 de junio de 2006, 19 de mayo de 2008 y 5 de abril de 2016).

DERECHO DE FAMILIA

27. Divorcio: Guarda y custodia compartida: Atribución de la vivienda familia: Cuestión previa: Irretroactividad del Derecho vasco.—Con carácter previo es preciso dar respuesta al motivo de oposición al recurso de casación dado que como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 7/2015, de 30 junio, sobre relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco, se deberá aplicar a las personas que tengan vecindad civil vasca, siendo incompetente para resolver el recurso el Tribunal Supremo por falta de competencia territorial, funcional y objetiva.

A los presentes efectos debemos tener en cuenta los siguientes datos: el recurrente presentó el 8 abril 2015 escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 26 febrero 2015, por la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya, dimanante del juicio de divorcio seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Balmaseda. El principio de irretroactividad de las normas, artículo 2.3 CC, y los efectos de la litispendencia, artículo 410 LEC, y perpetuación de la jurisdicción, artículo 411 LEC, enervan lo alegado por la parte recurrida. La ley invocada es posterior al presente procedimiento (incluso su entrada en vigor lo es también a la presentación del recurso de casación), lo que determina su inaplicación. El motivo del recurso de casación lo es la infracción del artículo 96 CC, y de la doctrina jurisprudencial que lo desarrolla, y en base a ello se admitió el mismo, al concurrir en dicho momento procesal los presupuestos precisos para superar la fase de admisibilidad. Sin que del tenor de la DT de la Ley 7/2016, resulte cosa distinta de lo expuesto, y es que en efecto, desde su entrada en vigor, la indicada Ley será de aplicación en su caso, y concurriendo los presupuestos precisos la aplicación de las normas contenidas en ella, por la vía del procedimiento judicial de modificación de medidas; sin que pueda sostenerse de su tenor literal una pretendida eficacia retroactiva de la ley.

Esta Sala ha venido repitiendo que la revisión en casación de los casos de guarda y custodia sólo puede realizarse si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio del interés del menor a la vista de los hechos probados (SSTS de 21 y 22 julio de 2011, 9 de marzo y 25 de octubre de 2012). La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de éste». Sólo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta Sala examinar las circunstancias más adecuadas para dicha protección (SSTS de 11 de enero y 27 de abril de 2012).

Por tanto, como informa el Ministerio Fiscal, se ha de partir de los hechos inatacados que da como probados la sentencia recurrida, a saber: i) Que la vivienda familiar ha permanecido deshabitada por la madre y su hija Izaro; ii) que han pasado a residir habitualmente a otra vivienda del mismo barrio; iii) que el padre, a raíz de la ruptura reside asimismo en diferente vivienda del mismo barrio; iv) que ambos progenitores disponen actualmente de vivienda para atender las necesidades de la hija durante los periodos de efectiva guarda y custodia de ella.

El CC ha incorporado modificaciones importantes en su artículo 92 en materia de atribución de la guarda y custodia compartida, según redacción dada por la Ley 15/2015, de 8 de julio, y la declaración de inconstitucional y nulo del inciso «favorable» del informe del Ministerio Fiscal contenido en su núm. 8, en la STC 185/2012, de 17 octubre. Pero no existe una regulación

específica para adaptarla a este régimen de custodia, en contra de lo que sí han llevado a cabo otras legislaciones autonómicas (Cataluña, Aragón, Valencia y recientemente el País Vasco).

La Sala, ante tal vacío en materia de atribución de la vivienda familiar, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, ha entendido que debe aplicarse analógicamente el pár. 2.º del artículo 96 CC, que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro, remitiendo al juez resolver «lo procedente». Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, y debiendo ser tenido en cuenta el factor del interés más interesado de protección, que no es otro que aquél que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres (STS de 24 octubre de 2014). Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente (STS de 15 marzo de 2013) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que, conforme a la regla dispuesta en el artículo 96 Cc, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar: «Esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con él conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el artículo 96.2 CC, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS de 9 de septiembre de 2015), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales» (SSTS de 17 de noviembre de 2015 y 11 de febrero de 2016, entre otras).

Tal doctrina ha sido respetada por la sentencia recurrida, pues en atención a las circunstancias fácticas que tiene por probadas, concluye que los intereses a tener en cuenta se encuentran satisfechos y no debe hacerse atribución de uso y disfrute de la vivienda que fue familiar. (**STS de 6 de abril de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Con carácter general cabe decir que la introducción de la guarda compartida en nuestra legislación codicial está obligando a modificar no pocas soluciones jurisprudenciales ya consolidadas, en proceso que algunos reputan lento. La dificultad se incrementa todavía si concurren los singulares datos fácticos aquí contemplados (abandono de la vivienda familiar y alojamiento en viviendas independientes, tanto de la madre con la hija menor como del padre). La laguna legal se resuelve en atención a las circunstancias, con aplicación preferente del interés del menor. Entre los precedentes cabe mencionar STS de 15 de julio de 2015 (Ponente E. Barrena Ruiz), en *ADC*, 2017, pp. 326-327, con nota mía (*G. G. C.*)

28. Posesión en precario, atribución de la vivienda familiar y desahucio.—La atribución del uso de la vivienda por sentencia dictada en el ámbito de un procedimiento de familia (art. 96 CC) no constituye título jurí-

dico hábil para justificar una posesión que resulte oponible a terceros ajenos a las relaciones surgidas del matrimonio y por el procedimiento matrimonial, ni permite reconocer al beneficiario una posesión jurídica y una protección de vigor jurídico superior a la que la situación de precario proporciona a la familia (STS de 14 de julio de 2010). La solución a estos conflictos debe darse desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o separación nada tienen que ver con los terceros propietarios (STS de 18 de marzo de 2011).

Por el contrario, cuando el cónyuge es propietario único de la vivienda familiar o lo son ambos, ya sea porque exista una copropiedad ordinaria entre ellos, ya sea porque se trate de una vivienda que tenga naturaleza ganancial, no se produce el problema, pues el título que legitima la transformación de la coposesión en posesión única es la sentencia de separación o divorcio. En ese caso, debe mantenerse al cónyuge en la posesión única acordada por el convenio regulador o por la sentencia. Esta solución no resulta de aplicación cuando el cónyuge al que no se atribuye el uso de la vivienda se había convertido, en virtud del Derecho sucesorio y antes de la crisis matrimonial, en copropietario de la vivienda. Es más, la situación de precario no se habría modificado tampoco aunque la copropiedad antedicha existiera en el momento del establecimiento del domicilio conyugal en la vivienda. La razón descansa en que el titular de una determinada cuota en la copropiedad no puede darla válidamente por sí solo en comodato o préstamo de uso a un tercero (arts. 394 y 398 CC). **(STS de 28 de abril de 2016; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—A y B, propietarios de una vivienda ganancial, cedieron en 1989 el uso de la misma a su hijo, C, para que estableciera en ella el domicilio conyugal con D, su esposa. El matrimonio formado por C y D tuvo un hijo, F, en 1992. En 1996, A, padre de C, falleció sin haber otorgado testamento, siendo declarados herederos abintestato sus dos hijos, entre los que figuraba C. Por sentencia dictada en 2001, se declaró la separación del matrimonio formado por C y D. En el convenio regulador se atribuyó el uso y disfrute de la vivienda a D, en cuanto cónyuge a quien se le atribuye la guarda y custodia del hijo menor, F. Tras ello, en julio de 2001, se otorgó escritura de aceptación y partición de la herencia de A, resultando adjudicada la propiedad de la vivienda a B, el 50 % en pleno dominio y el 16,66 % en usufructo vitalicio. A cada uno de los dos hijos de A y B, entre los que se encontraba C, se les atribuyó el 16,66 % de dicha vivienda en pleno dominio y el 8,33 % en nuda propiedad. Por sentencia, dictada en julio de 2002, se disolvió el matrimonio formado por C y D, atribuyéndose también en el convenio regulador el uso y disfrute de la vivienda a D, en cuanto cónyuge a quien se atribuía la guarda y custodia del hijo menor, F.

En 2012, B interpuso demanda de desahucio por precario de la vivienda contra D y contra el hijo menor de esta, F, ya mayor de edad.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, porque los ocupantes de la misma, D y F, carecían de título alguno que les legitimase para seguir habitando en ella. A juicio del Juzgado, el uso de la vivienda les fue atribuido en la sentencias de separación y

divorcio del matrimonio, siendo B tercera ajena a dichos procedimientos, por lo que debía concluirse que B se encontraba legítimamente legitimada para ejercer la acción de desahucio por precario.

La Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia y en su lugar dictó otra desestimándola. En su sentencia afirmaba que se daba la circunstancia de que uno de los copropietarios de la vivienda, C, fue a su vez el firmante del convenio regulador por el que se atribuyó a D y F el uso de la misma.

Contra la sentencia de la Audiencia, B interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

29. Ineficacia correspondiente a los actos de disposición sobre bienes gananciales efectuados por el cónyuge capaz sin la preceptiva autorización judicial.—La ineficacia de los actos otorgados por el cónyuge tutor sin autorización judicial (art. 1389 II CC) no es la nulidad general (arts. 1259 y 6.3 CC), como ocurre con la disposición por el padre o tutor de los bienes de sus hijos o pupilos sin autorización judicial, sino la anulabilidad prevista por el artículo 1322 CC, que establece un tipo de ineficacia concreto para la disposición de gananciales sin previa autorización (STS de 23 de septiembre de 2010).

Inicio del cómputo del plazo de la acción de anulabilidad.—Al supuesto del artículo 1301 CC, previsto para cuando la acción se ejerciese con el fin de invalidar los actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro cuando este consentimiento fuere necesario, debe equipararse el caso de falta de autorización judicial, ya sea porque el cónyuge se encuentre incapacitado, ya sea porque se ha producido la disposición directamente y en contra de lo establecido en el artículo 1322 CC. Por tanto, el inicio del cómputo del plazo de caducidad de la acción de anulabilidad comienza desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio (STS de 23 de septiembre de 2010).

Imputación al representado de la mala fe del representante.—En el ámbito de la representación voluntaria puede imputarse al representado la mala fe de su representante, no así en el ámbito de la representación legal donde no cabe imputar la mala del representante al representado totalmente incapacitado, por ejemplo.

Aplicación del artículo 33 LH a los contratos anulables.—La no convalidación de los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (art. 33 LH) también se aplica a los actos o contratos anulables mientras dure la acción de anulación.

Adquisición a *non domino*. Venta judicial.—El artículo 34 LH contempla los supuestos de adquisiciones a *non domino* a favor de los terceros de buena fe que cumplan los requisitos exigidos en el mismo (adquisición onerosa de persona que aparezca como titular registral con facultades para transmitir y que, a su vez, inscriba su derecho) (STS de 5 de marzo de 2007). Esta doctrina resulta también y en buena lógica de aplicación a quien adquiere el dominio en virtud de adjudicación judicial de un inmueble. (STS de 20 de abril de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—D. Simón fue incapacitado en virtud de sentencia judicial y quedó sometido al régimen de tutela el 6 de febrero

de 2001, nombrándose como tutora, el 16 de abril, a Dña. Martina, cónyuge de D. Simón y casada con él en régimen de gananciales. El 20 de enero de 2004 el Juzgado dispuso el nombramiento del hijo de D. Simón y Dña. Martina, D. Julio, como tutor de los bienes de su padre, manteniendo a Dña. Martina como tutora de su persona. Con anterioridad, el 18 de diciembre de 2001, los cónyuges adquirieron en escritura pública, para su sociedad de gananciales, una vivienda sin contar con autorización judicial ni poner de manifiesto la ya condición de incapacitado de D. Simón. D. Simón y Dña. Martina constituyeron, el 31 de octubre de 2002, tres hipotecas cambiarias sobre esta vivienda prescindiendo también de la autorización judicial y de poner de manifiesto la condición de incapacitado de D. Simón. Cada una de las hipotecas garantizaba el pago de una letra de cambio. Ante los impagos de las letras, los acreedores instaron los correspondientes procedimientos judiciales de ejecución, que concluyeron con la adjudicación de la vivienda a D. Alberto.

El 28 de septiembre de 2010, Dña. Martina, en nombre propio, y D. Julio, interviniendo como tutor de D. Simón, interpusieron demanda contra Dña. Carlota (acreedora hipotecaria y primera tenedora de las letras), D. Alberto y la Sociedad E (endosataria de una de las letras de cambio). Los demandantes solicitaban que se declarase la nulidad de pleno derecho de las tres hipotecas, porque se constituyeron estando D. Simón judicialmente incapacitado y sin autorización judicial previa. También solicitaban que se declarase que correspondía a la sociedad de gananciales la propiedad de la vivienda, condenándose a D. Alberto a entregarles la posesión de la misma, por carecer D. Alberto de la condición de tercero protegido por la fe pública registral, ya que según el artículo 33 LH la inscripción no pudo salvar la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda sobre la base de la contradicción en que incurría la tutora, Dña. Martina, porque siendo una de las demandantes solicitaba la nulidad que ella mismo contribuyó a que se produjera, alegaba que el matrimonio no acudió a la notaría a formalizar las escrituras.

Contra la sentencia de instancia, la parte actora interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia del Juzgado. A juicio de la Audiencia, la nulidad la patrocinó la propia tutora, Dña. Martina, cuanto intervino, primero en la adquisición del inmueble para la sociedad de gananciales, y después en los distintos contratos de hipoteca, que gravaban los bienes gananciales, ocultando la situación de su marido, D. Simón, debiendo por tanto asumir las consecuencias de sus propios actos. Concluyó la Audiencia que siempre tendrá la tutora que asumir las obligaciones de su plena y capaz intervención en los contratos, no siéndole posible acudir a la acción de anulabilidad; y haber sucedido lo propio desde que fue designado tutor el hijo de D. Simón, D. Julio.

Contra la sentencia de la Audiencia, la parte demandante interpuso recurso de casación.

NOTA.—La Sala 1.ª aplica el artículo 33 LH para denegar la convalidación de los contratos de constitución de hipotecas, que

adolecían de nulidad *ex* artículo 1322 CC. No analiza sin embargo, acaso porque implícitamente entiende que no existe buena fe, la eventual condición de tercero hipotecario que habría podido tener la acreedora hipotecaria, Dña. Carlota, que inscribió su derecho en el Registro; ello en aplicación del principio de fe pública registral (art. 34 LH). Repárese en que, en este caso, existía una limitación en el poder de disposición sobre el inmueble. De lo anterior se sigue que la consecuencia podría haber sido la inmunidad del tercero adquirente de un derecho real limitativo del dominio (como es la hipoteca) frente a las acciones dirigidas a hacer ineficaz el acto del transmitente, de haber concurrido claro está todos los requisitos del artículo 34 LH. Esta podría haber constituido una solución coherente con la doctrina emanada de la STS 5 de marzo de 2007. Además, esta posible solución no habría estado en contradicción con el artículo 33 LH, si se asume que el poder de disposición no es requisito de la validez del título en la transmisión de derechos reales, sino del modo o tradición (art. 609 CC); y que el defecto en la tradición queda salvado por la vía del artículo 34 LH. En cualquier caso, la solución final a la que llega la Sala 1.^a no habría variado. (A. I. R. A.)

DERECHO DE SUCESIONES

30. Testamento abierto: Nulidad por falta de capacidad mental.–

Los demandantes (doña Macarena y don Adrián) ejercitan una acción de nulidad del testamento abierto otorgado por su tío, don Félix, el 21 octubre 2009. En dicho testamento, que revocaba uno anterior otorgado el 20 mayo 1981, el notario autorizante realizó el juicio de capacidad para su otorgamiento y don Félix instituyó como heredera universal a su sobrina doña Estefanía (hija de su otra hermana doña Lorena).

Una vez que en el mes de agosto de 2009 los actores, que desde tiempo venían observando una evolución en su tío don Félix con pérdidas de memoria e ideas delirantes, lo ingresaron en el Centro Intergeneracional Ovida, donde el doctor Hermenegildo el 26 de agosto de 2009, tras examinarlo, emitió un informe en el que aludía a la alteración inmediata de la memoria, desorientación en persona, tiempo y espacio, alteración del cálculo y escritura, afaxia, apraxia y agnosia, por lo que estimando que su patología neurológica le impedía realizar una vida activa obligándole a precisar ayuda de tercera persona, y entendiendo tal cuadro clínico irreversible, dicho facultativo puso los hechos en conocimiento de la Fiscalía a fin de iniciar un proceso de incapacitación, lo que asimismo denunciaron los actores.

En dicho procedimiento, el 28 de septiembre de 2009, el Forense emitió un dictamen tras examinar al presunto incapaz, en el que entre otras cuestiones resaltó su conducta educada, un grado de colaboración aceptable, un consciente nivel de conciencia, una orientación autopsíquica deficiente y una memoria deficitaria, con inteligencia dentro de los límites normales. En cuanto al área cognoscitiva señaló que su deterioro cognitivo era leve o moderado, dándose cuenta parcialmente de que mentalmente se está deteriorando, precisando ayuda para las habilidades de la vida independiente, conociendo su situación económica pero presentando limitaciones para decidir

con total libertad sobre su patrimonio, sobre todo porque puede ser fácilmente influenciado. En cuanto a su valoración aludió a demencia senil e incapaz parcial, y en cuanto a las capacidades adaptativas refirió defecto cognoscitivo moderado, discapacidad limitada a actos patrimoniales complejos. En cuanto a sus conclusiones, señaló que el paciente presentaba diagnóstico compatible con delirium, demencia, trastornos amnésicos y otros cognoscitivos, estando parcialmente anulada la capacidad de autogobierno de bienes y personas. Demencia senil y afección neurológica permanente. Recomendó su ingreso en un geriátrico para garantizar sus cuidados.

Desde su ingreso en el Centro Intergeneracional, don Félix recibía visitas de sus sobrinos antes referidos, si bien el día 20 de octubre de 2009, doña Estefanía, igualmente sobrina suya como hija de otra hermana, y con quien también mantenía trato, compareció en dicho centro solicitando ser incluida como persona de contacto con su tío, acudiendo a visitarlo desde entonces casi cotidianamente y sacándolo varias horas fuera del mismo.

El 21 de octubre de 2009, a las 18:20 horas, don Félix compareció en la Notaría de don Luis Alfonso Tejuca Pendas a fin de otorgar testamento abierto, habiéndolo juzgado dicho fedatario con capacidad suficiente para otorgarlo, conteniendo el mismo una única cláusula consistente en instituir como heredera universal a su sobrina doña Estefanía, con sustitución vulgar para sus descendientes.

Dos días más tarde, el 23 de octubre de 2009, don Félix volvió a comparecer en la misma notaría a fin de otorgar poder para pleitos, y obviamente personarse en el procedimiento de incapacidad, señalando nuevamente el fedatario que a su juicio tenía capacidad suficiente para dicho otorgamiento.

El doctor Hermenegildo el 28 de octubre de 2009 emitió nuevo informe en el que señalaba que el paciente a su ingreso en el centro había sido diagnosticado de demencia degenerativa tipo Alzheimer, persistiendo en la actualidad problemas de memoria, desorientación y alteración del juicio crítico que condicionan sus actividades de la vida diaria y la necesidad de supervisión las 24 horas del día, habiéndose controlado desde el punto de vista conductual su sintomatología neuropsicológica.

El 31 de octubre de 2009 don Adrián denunció a doña Estefanía haber efectuado diversas extracciones de la c.c. abierta a nombre de don Félix en oficina central de BBVA de Oviedo, así como cancelación de fondos. El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Oviedo incoó diligencias previas núm. 3291/09, resultando que, en efecto, la c.c. estaba a nombre de don Félix, estando autorizada para operar doña Estefanía, que la cancelación fue solicitada por su titular, acompañado por doña Estefanía, habiéndose realizado diversas operaciones (cancelación de fondos de inversión, emisión de cheque bancario), y singularmente la apertura de otra c.c. en el Banco Popular por importe de 600.000 euros, el mismo día. La denunciada doña Estefanía compareció en el Juzgado reconociendo los mencionados hechos. Por su parte don Félix declaró el 13 de enero de 2010 señalando que la decisión de cancelar los fondos y pasar el dinero al Banco Popular la había tomado él mismo, y que no sabía si tenía autorizada a su sobrina. Que la razón del cambio de dinero fue por consejo de ciertas amistades, no de su sobrina, y que el cambio lo hizo porque le pareció que era conveniente, respondiendo a la pregunta de si era consciente de los efectos fiscales de dichos movimientos, que no es que tenga o no conocimiento, sino que los paga cuando tiene que pagarlos.

El Fiscal informó en las diligencias previas el 15 de febrero de 2010, considerando no existir motivos suficientes para estimar la comisión de un

delito patrimonial, a pesar de la existencia de sospechas sobre la finalidad de tales operaciones y la capacidad del titular de emitir un válido consentimiento, señalando que aunque don Félix presenta un deterioro mental, del informe forense se deduce que aún siendo persona influenciable posee cierta capacidad de control personal y conocimiento de su situación patrimonial, y de la propia declaración prestada por él en la causa se deduce un discurso expresivo de una voluntad consciente, al menos en cierto grado. Por el Juzgado se dictó auto de sobreseimiento de dichas actuaciones en cuya resolución se consignó literalmente lo siguiente: «A pesar de su edad y de su estado de salud aquejado de una demencia senil, sin embargo, como recoge el Médico Forense en su informe y pudo apreciarse en su comparecencia y declaración prestada a presencia judicial ante este juzgado, no tiene anuladas las facultades de autogobierno de su persona y bienes y conserva un cierto grado de control y conocimiento de su situación personal y patrimonial, habiéndose expresado en todo momento de forma coherente y consciente...».

El 15 de abril de 2010 se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia en el procedimiento de incapacitación acordando la modificación de la capacidad de obrar de don Félix, declarando su falta de capacidad de obrar y habilidades para actuar por sí solo y prestar consentimiento válido, entre otras cuestiones, para otorgar testamento, designando como tutor a don Adrián. Esta sentencia fue recurrida por dicho declarado incapaz, dictándose otra por la Sec. 6.^a de la misma Audiencia Provincial que la revocó en el sentido de declarar tutora a doña Estefanía, señalando no existir en tal persona, que era la propuesta por el propio incapaz, impedimento legal alguno para asumir el cargo, y que por las declaraciones prestadas por el propio interesado así como por todos sus sobrinos, en el acto de la vista celebrado en segunda instancia, resulta que aquella es el familiar que ha tenido anteriormente y tiene en la actualidad una mayor relación personal con el mismo, y no existe razón para no atender a sus preferencias.

Prueba concluyente de la falta de capacidad al otorgar testamento: Presunción de capacidad y favor testamenti: Doctrina jurisprudencial aplicable.—Lo que viene a precisar la sentencia recurrida, de forma acertada, es que, para determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador hay que probar, de modo concluyente (entre otras STS de 26 de abril de 2008), la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento objeto de impugnación; sin que la declaración judicial de incapacidad del testador, posterior al otorgamiento del testamento, sea prueba determinante, por sí sola, de la falta de capacidad para testar cuando fue otorgado el testamento, dado el carácter constitutivo y sin efectos «ex tunc» de la sentencia de incapacitación. De ahí que la sentencia recurrida base su decisión en la valoración conjunta de la prueba practicada llegando a la conclusión, pese a las dudas razonables que presenta este caso, de que no se ha acreditado de manera inequívoca o indudable la carencia de capacidad mental del testador. Conclusión que infiere no de la existencia de una previa o coetánea declaración de incapacidad judicial del testador, sino de la propia valoración de la prueba practicada. Y ante la ausencia de una prueba concluyente de la incapacidad del testador, al tiempo de otorgar el testamento, la sentencia de la Audiencia Provincial aplica correctamente el principio del «favor testamenti» y su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado (SSTS de 26 de abril de 2008, 30 de octubre de 2012, 15 de enero de 2013, y 19 de mayo de

de 2015). (STS de 8 de abril de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—No consta en autos la edad exacta de don Félix, pero la minuciosa explicación de los hechos jurídicos que vivió en la última etapa de su vida permite concluir que no fueron precisamente ni tranquilos ni placenteros. A simple vista asistimos a las maniobras, en cierto modo paradigmáticas, que en presencia del tío sin herederos forzosos, suelen - o tienen la tentación de -urdir todos o algunos de sus sobrinos para heredarle en su día. Es probable que los recurrentes hubieran sido designados únicos herederos en el testamento otorgado en 1981, y que fue revocado íntegramente en 2009. Precisamente se comprueba que, en tales fechas, es cuando los acontecimientos y maniobras parecen acelerarse. Los recurrentes advierten el deterioro de su salud y deciden ingresarlo en el Centro Intergeneracional Ovida, sin que conste oposición de don Félix. Hay un primer informe médico del dr. Hermenegildo adscrito al mismo en 26 de agosto de 2009 que permite iniciar un procedimiento de incapacitación con denuncia al Ministerio Fiscal, al que se adhieren los sobrinos Macarena y Adrián. Simultáneamente aparece en escena la sobrina Estefanía, hija de otra hermana de don Félix, que se inscribe en Ovida en calidad de tal, ofreciéndose a acompañar a su tío a dar largos paseos, y también acudirá a una Notaría compareciendo el 21 de octubre de 2009, haciendo constar el fedatario que, a su juicio, don Félix tiene capacidad para otorgar testamento abierto, y dos días después lo hace nuevamente para otorgar poder a favor de Estefanía, para, entre otras cosas, personarse como representante suyo en el proceso de incapacitación iniciado. Macarena y Adrián interponen diligencias previas penales con fecha 31 de octubre contra su prima Estefanía, posteriormente sobreseídas. La sentencia de 30 de enero de 2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Siero declara la plena incapacitación de don Félix, designando tutor a don Adrián, y la sentencia de 19 de diciembre de 2013, de la sec. 5.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, la confirma pero nombra tutora a doña Estefanía. Nada consta del trato dispensado ulteriormente a don Félix por sus sobrinos en conflicto, aunque cabe presumir un adecuado comportamiento por parte de la sobrina Estefanía. Todos esperan a que, producido el óbito, se publicaran las disposiciones testamentarias de 21 de octubre de 2009. Previamente, el lector de la sentencia abriga dudas sobre la corrección de la sentencia de incapacitación, pero el sorprendente fallo del recurso de apelación (cambio de la persona del tutor de don Félix) facilitó el «statu quo» entre los sobrinos litigantes. Por mi parte, insisto, mientras vivió: ¿se han respetado plenamente los derechos fundamentales del discapacitado afectado? ¿fue correcta la incapacitación total, incluyendo la facultad de testar? Convendría mencionar la importante STS de 13 de mayo de 2015 (Ponente Sancho Gargallo), en *ADC*, 2016, pp. 655-659, sobre al alcance de la incapacitación. Ciertamente, en este caso, nada pudo declarar la sentencia recurrida sobre el tema sugerido, dados los estrictos elementos subjetivos del recurso interpuesto. Por lo demás la sentencia extractada es convincente pues, en el caso, la sentencia de incapacitación se dicta casi cuatro años más tarde que el otorgamiento del testamento discutido,

y se aplican oportunamente el principio del «favor testamenti», así como la presunción de capacidad del mayor que, marginalmente, apunta claramente hacia un indudable «status» del mayor (*G. G. C.*).