

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

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

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

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

## DERECHO CIVIL

### DERECHO DE LA PERSONA

**1. Derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. Colisión con la libertad de información y de expresión. Ponderación de ambos derechos. Mayor protección del derecho a la intimidad cuando lo que es objeto de información u opinión son aspectos relativos a la vida íntima o sexual de las personas.**—Las noticias relativas a relaciones sexuales o extramatrimoniales de las personas pueden atentar

contra su derecho fundamental a la intimidad (STS de 27 de noviembre 2014). Así, en el caso de noticias o comentarios en programas de televisión sobre supuestas infidelidades conyugales y su repercusión en la relación matrimonial del afectado, cuando se trata, no de un «famoso» del mundo del espectáculo, sino de un político de gran relevancia (un expresidentes del Gobierno, que parece que, a estos efectos, tendría incluso más exposición a la opinión pública que un miembro secundario de la Casa Real), la Sala otorgó mayor preponderancia al derecho a la intimidad (SSTS de 29 de julio de 2011 y 13 de diciembre de 2013).

**Libertad de información y protección de la vida privada. Necesidad de que la información publicada sea de interés general. Doctrina del TEDH.**—

El TEDH ha destacado que el factor decisivo en la ponderación entre la protección de la vida privada y la libertad de expresión estriba en la contribución que la información publicada realice a un debate de interés general, sin que la satisfacción de la curiosidad por parte del público en relación con detalles de la vida privada de una persona pueda considerarse contribución a tal efecto (STEDH de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania). Así, serán de interés general las publicaciones relativas a cuestiones políticas o crímenes cometidos (STEDH de 16 de abril de 2009, Egeland y Hanseid c. Noruega), o las referentes a deportes o actores (STEDH de 22 de febrero de 2007, Nikowitzyt VN GMBH c. Austria; STEDH de 26 de abril de 2003, Colago Mestre y SIC c. Portugal; STEDH de 8 de junio de 2010, Sapan c. Turquía). Pero no son de interés general los eventuales problemas conyugales de un presidente de la República o las dificultades económicas de un célebre cantante (STEDH de 4 de junio de 2009, Standard Verlags GmbH c. Austria y STEDH de 23 de julio de 2009, Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS) c. Francia). Por el contrario, cuando la información publicada y los comentarios efectuados se refieren exclusivamente a detallar la vida privada de la persona y tienen el único propósito de satisfacer la curiosidad del público a este respecto, la libertad de expresión requiere entonces una interpretación menos amplia (STEDH de 23 de julio de 2009, Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS) c. Francia y STEDH de 7 de febrero de 2012, Von Hannover c. Alemania).

**Información sobre procesos judiciales. No suponen una licencia o excusa para inmiscuirse en la esfera privada de la vida de las personas que queda a salvo de cualquier intromisión. Doctrina constitucional.**—

En cuanto a la información relativa a procesos judiciales la jurisprudencia constitucional (STC de 31 de mayo de 1993; STC de 28 de noviembre de 1994; STC de 14 de septiembre de 1999, entre otras) ha justificado la conveniencia y necesidad de que la sociedad sea informada sobre sucesos de relevancia penal, con independencia de la condición del sujeto privado o persona afectada por la noticia. Pero en este caso, la información no se limitó a la incidencia meramente procesal de que uno de los imputados intentó aportar al mismo unos correos electrónicos con datos privados y personales de otro de los encartados, sino que abundó en el contenido de tales mensajes, incluyendo unos juicios de intenciones sobre la reacción de la esposa ante las supuestas infidelidades, y haciendo mención a una hipotética relación sentimental del demandante con una modelo rusa (lo que ni siquiera tenía relación con los correos en cuestión). Es decir, incurrió en una extralimitación morbosa, con la única finalidad de satisfacer la curiosidad de personas interesadas en las vidas ajenas sin justificación constitucional o legal para ello. Aquí la prensa no cubre ningún papel de guardián de la libertad de expresión, ni de control de las personas con cometidos o

responsabilidades públicas, puesto que el tratamiento informativo ofrecido no se refiere a tales aspectos institucionales o públicos, sino a facetas inviolables de la intimidad de las personas. (STS de 14 de julio de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—A., destacado miembro de la sociedad española, perteneciente a la Casa Real, interpuso demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor y a su intimidad personal y familiar, contra B., un antiguo socio, y contra los titulares de los siguientes medios de difusión: E. E., E. M., E. S. D., S., P., V. y E. P. A. R., solicitando se declarara la existencia de dicha intromisión como consecuencia de la filtración que B. habría hecho de una serie de correos electrónicos propiedad del actor, con la excusa de aportarlos a un procedimiento penal en el que ambos se hallaban incurso, y en los que se contenía información relativa a la vida personal e íntima del demandante. Se solicitaba se declarase que se había producido dicha intromisión ilegítima y se condenase al pago de la cantidad simbólica de un euro en concepto de indemnización por el daño moral y personal padecido. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda pero la Audiencia Provincial de Barcelona acogió el recurso de apelación y condenó a los demandados. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación solo en lo relativo a E. M. y S., por considerar que tales publicaciones no habían vulnerado el derecho a la intimidad del demandante, pues se habían limitado a ofrecer una mera exposición del acontecimiento procesal señalado, sin profundizar en el supuesto contenido de los correos ni hacer comentario alguno sobre el tema de la infidelidad. En lo demás mantuvo el fallo dictado por la Audiencia.

NOTA.—La sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil cuenta con un voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas en el que muestra su discrepancia con el criterio mayoritario, al considerar que con la información y comentarios publicados y emitidos a través de los diferentes medios no se violó el derecho a la intimidad personal y familiar del interesado, dado que los medios de comunicación se limitaron a hacerse eco de la prueba que se intentaba aportar en el proceso penal. Por tanto, no crearon la noticia ni la provocaron, sino que fue fruto de su aportación en un proceso penal por uno de los acusados. Siendo así, se habría publicado una información sobre una base real. De ahí que los comentarios y análisis que efectuaron las distintas publicaciones respecto del contenido de tales correos y de las repercusiones que podrían tener (que podían ser destructivos para el matrimonio, que podían generar la separación conyugal, que si lo habría confesado a su mujer, que se trataba de «cuernos», que se hablaba de la existencia de una modelo rusa, del perdón de la Infanta), no son más que comentarios absolutamente anodinos e insustanciales y no añaden nada que afecte a la intimidad del demandante, pudiéndose inferir que se trata de temas que se deducen por sí solos sin necesidad de mencionarlos, y no contribuyen a incrementar el daño que hubiera podido producirse, pues son un mero corolario del hecho noticiable (art. 7.3 LO 1/1982). (L. A. G. D.)

## DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

**2. Arrendamiento de terreno como cuerpo cierto: Duración: Anulabilidad por vicios: Caducidad.**—El 30 de julio de 2004 la actora, Aberite Lais SENTENCIA. L., y la RENFE, actualmente ADIF, celebraron un contrato de arrendamiento que tenía por objeto un terreno de 7000 metros cuadrados, aproximadamente, situado frente a la estación de contenedores de Abroguñal, calle Méndez Álvaro, del término municipal de Madrid, arrendándose como cuerpo cierto, según croquis, plano de situación y superficie, que se adjuntaba como anexo I. La duración del contrato era de cinco años, desde el 11 de octubre de 2004, fecha pactada para su entrada en vigor, hasta el 30 de septiembre de 2009, fijándose la renta en 126.000 euros anuales, pagaderos en mensualidades de 10.500 euros, IVA excluido, si bien con un plazo de carencia de seis meses, debiendo destinarse el objeto del contrato exclusivamente a la actividad de unidad de suministro de gasóleo A, centro de lavado, autolavado y parking de vehículos pesados, ligeros y semiligeros. Para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones la arrendataria entregaba a la arrendadora un aval bancario por importe de 21.000 euros. Abonó las obras necesarias en el inmueble para una mayor y mejor realización de sus obligaciones o al uso pactado, que serían por cuenta y cargo del arrendatario, autorizándolas la arrendadora. El arrendatario se responsabilizaba de la obtención ante las autoridades competentes de todas aquellas licencias y autorizaciones que fueran necesarias para desarrollar su actividad en el inmueble arrendado, así como de los importes que se derivasen de su obtención. No sería exigible responsabilidad alguna a la RENFE si por los organismos competentes, ya fueran estatales, autonómicos o municipales, no se concedieran las correspondientes licencias para la apertura y funcionamiento de la actividad o se prohibieran o restringieran las mismas una vez concedidas. La denegación o retirada de las preceptivas licencias no afectaría a las obligaciones contraídas por las partes en el contrato, sin que pudiera alegarse por la arrendataria la resolución anticipada del contrato (Estipulación sexta). No obstante, acto seguido, la estipulación séptima, titulada «Condición suspensiva», suspendía la «validez y eficacia obligatoria» de lo pactado hasta que fueran obtenidas por el arrendatario con carácter definitivo, «las licencias, permisos y autorizaciones necesarias para la instalación y explotación de la actividad objeto del contrato. Transcurridos tres meses desde la firma de este contrato, sin que, por cualquier causa se hubiese cumplido la citada condición suspensiva, el presente contrato devendrá inválido, nulo y privado de eficacia obligatoria para las partes a todos los efectos sin que por las mismas haya nada que exigirse o reclamarse». El 21 de diciembre de 2004 ambas partes suscribieron un protocolo adicional por el que ampliaban el periodo de carencia para el pago de la renta por la arrendataria hasta el 30 de abril de 2005. La sociedad arrendataria recibió la parcela y el 24 de noviembre solicitó la correspondiente licencia de actividad, cuya falta, sin embargo, no le impidió, de hecho, ejercer la actividad pactada. La licencia fue denegada por resolución de la Dirección General de Gestión Urbanística de Madrid, de 8 de noviembre de 2005, notificada a la arrendataria el 12 de diciembre siguiente. La arrendataria no impugnó la denegación de licencia, y hasta febrero de 2007 estuvo pagando mensualmente la renta estipulada. Tras producirse el impago de la renta, la arrendadora promovió el 28 de noviembre de 2008, juicio de desahucio y de reclamación de cantidad por rentas debidas (actua-

ciones de juicio verbal 2031/2008 del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Madrid), y el 29 de abril de 2009 ejecutó el aval bancario por importe de 21.000 euros, pactado en la estipulación 11.ª del contrato y entregado en el acto de su firma.

El 11 de julio de 2009, después de haberse señalado la vista de dicho juicio verbal para el 19 de octubre de 2009 y el lanzamiento para el 21 de enero de 2010, la arrendataria, hoy recurrente, presentó la demanda del presente litigio ejercitando una acción principal de nulidad y otra subsidiaria de resolución del contrato con base, en lo que aquí interesa, en que la cosa recibida era inhábil para el fin pretendido, pues la licencia de actividad le había sido denegada. La arrendadora con evidente dolo y a sabiendas de la situación urbanística de los terrenos arrendados, la había inducido por error a suscribir el contrato de arrendamiento con RENFE, cuyo objeto era imposible de llevar a cabo. Como medida cautelar interesaba el reintegro del aval a la entidad del crédito avalista. Como consecuencia de la interposición y admisión a trámite de la demanda se suspendió el curso de las actuaciones del juicio de desahucio. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, y recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial la confirmó.

Son desestimados los óbices de admisibilidad opuestos por la parte recurrida al único motivo de casación invocado por la parte recurrente, consistente en la infracción del artículo 1301 CC. La única pretensión subsistente del demandante, hoy recurrente, es la de la nulidad del contrato de arrendamiento por error y dolo, ya que la de resolución del contrato por incumplimiento, formulada con carácter subsidiaria, basándose en que la demandada habría obstaculizado la obtención de licencia por la arrendataria, aunque mantenida en apelación, no se reitera ante esta Sala, según resulta tanto del motivo único como de las peticiones del escrito de interposición del propio recurso.

Esa pretensión de nulidad por error y dolo, fundada en la falta de licencia para el ejercicio de la actividad especificada en el contrato, era inviable desde un principio por los propios términos de la estipulación 6.ª del contrato, que asignaba íntegramente a la sociedad arrendataria no sólo la responsabilidad de obtener las licencias y autorizaciones necesarias para el ejercicio de su actividad sino también todos los riesgos derivados de su no obtención, eximiendo por completo a la arrendadora de cualquier responsabilidad al respecto.

Es cierto que la cláusula 7.ª, establecía una condición suspensiva al supeditar «la validez y eficacia» del contrato a la obtención por la arrendataria, «con carácter definitivo» de «las licencias, permisos y autorizaciones necesarias para la instalación y explotación de la actividad objeto del contrato», de modo que el contrato «devendrá inválido, nulo y privado de eficacia obligatoria para las partes», si la citada condición suspensiva no se hubiera cumplido «transcurridos tres meses desde la firma de este documento»; pero también es cierto que ambas partes decidieron de consuno tener por no puesta esta estipulación al comenzar la ejecución del contrato conforme a lo previsto en la estipulación segunda, es decir, el 11 de octubre de 2004, y, por tanto, antes de haber transcurrido tres meses desde su firma. De hecho, ninguna de las dos partes hace valer esa condición suspensiva ni a su favor ni en contra de la otra parte.

No obstante, como quiera que la sentencia recurrida desestima la acción de anulación por considerar caducada la acción, como también decidió la sentencia de primera instancia, y como quiera que el recurso se funda en infracción del artículo 1301 CC invocando el interés casacional representado

por la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales que a su vez se funda en la doctrina jurisprudencial de esta Sala, procede dar respuesta a la cuestión jurídica planteada.

**Doctrina jurisprudencial sobre consumación de contratos de tracto sucesivo.**—Según el artículo 1301 CC «la acción de nulidad sólo durará cuatro años», y este tiempo empezará a correr, «en los casos de error, o de dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato». De esta regulación se desprende que el plazo de cuatro años no comienza a correr desde la perfección del contrato, que se produce por el mero consentimiento (art. 1258), sino desde un momento no necesariamente posterior, ya que perfección y consumación pueden coincidir en el tiempo, pero sí conceptualmente distinto en cuanto caracterizado por la ejecución del contrato o cumplimiento por las partes de sus obligaciones contractuales. Así las sentencias del Pleno de esta Sala de 12 de enero de 2014, declara terminantemente que «el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato».

El problema consiste en determinar cuándo se produce la consumación del contrato a los efectos de que empiece a correr el plazo de cuatro años, y su solución no presenta especiales dificultades en los contratos de ejecución instantánea o simultánea, cuando se recibe íntegramente la prestación de la única parte obligada, si el contrato no generó obligaciones recíprocas o, en el caso de las recíprocas, cuando ambas partes contratantes reciben de la otra la prestación correspondiente. En cambio, cuando el contrato sea de tracto sucesivo, e incluso cuando sea de tracto único, pero de ejecución diferida en el tiempo, como sucede con la compraventa con precio aplazado, sí puede presentar dificultades la determinación del momento de su consumación.

Estas dificultades se reflejan en la doctrina jurisprudencial de esta Sala, que, a su vez, aparece citada en las sentencias de las Audiencias Provinciales invocadas en el recurso. Por un lado hay sentencias que parecen identificar la consumación del contrato con su agotamiento o completa ejecución de las prestaciones de las partes (así las sentencias de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928, y más recientemente la sentencia de 11 de junio de 2003 que cita, a su vez, la de 5 de mayo de 1983. Por otro lado hay sentencias más recientes que implícitamente no identifican la consumación del contrato con su agotamiento o extinción porque poniendo el artículo 1301 en relación con el 1969, consideran determinante que se haya podido tener conocimiento del error o el dolo. Así lo hace la ya citada sentencia del Pleno de 12 de enero de 2015, no sin puntualizar que la doctrina que sienta se refiere a los contratos bancarios o de inversión que presentan una cierta complejidad y en virtud de una interpretación del artículo 1301 ajustada a la presente realidad social, pues «en la fecha en que el artículo 1301 CC fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba a los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la acción contractual». Siguiendo la línea marcada por esta doctrina jurisprudencial más reciente, reiterada por SSTs de 7 de julio y 16 de septiembre de 2015 y 3 de febrero de 2016, procede declarar que en los contratos de tracto sucesivo que no presenten especial complejidad, como es el caso del arrendamiento litigioso, la consumación se produce, a los efectos del cómputo inicial del plazo de cuatro años establecido en el artículo 1301 CC, cuando quien luego alegue el dolo o el error hubiera recibido de la otra parte su prestación esencial; en el caso del arrendatario, la cesión de la cosa por el arrenda-

dor en condiciones de uso o goce pacífico (arts. 1544, 1546 y 1554 CC), pues desde este momento nace su obligación de devolver la finca, al concluir el arriendo, tal como la recibió (art. 1561) y es responsable del deterioro o pérdida que tuviera la cosa arrendada (art. 1563), del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato.

De aplicar todo lo antedicho al motivo examinado se desprende que la sentencia recurrida no infringe el artículo 1301, pues, al margen de que algunas de sus consideraciones sobre el momento de la perfección del contrato, puedan hacer pensar que identifica consumación con perfección, lo cierto es que, al añadir que «todo lo más», el plazo habría transcurrido «a los cuatro años del comienzo de la vigencia pactada», es decir, cuatro años desde el 11 de octubre de 2004, resuelve con acierto al identificar la consumación con el comienzo de la vigencia, entendido como comienzo de la ejecución del contrato, que desde el punto de vista del arrendatario supuestamente víctima del dolo o del error no exigía el pago por él de las correspondientes mensualidades de renta, para el que inicialmente tenía un periodo de carencia de seis meses posteriormente ampliado hasta el 30 de abril de 2005. En consecuencia, producida la consumación del contrato el 11 de octubre de 2004 y presentada la demanda el 11 de julio de 2009, en esta última fecha ya habían transcurrido los cuatro años de duración de la acción.

De lo anterior resulta, a su vez, que el pago de la renta por el arrendatario no habría venido sino a extinguir la acción de nulidad por la válida confirmación del contrato (art. 1309 CC), que se produjo tácitamente mediante un abono de la renta que tuvo lugar no solo antes de la denegación de licencia, ya que la renta comenzó a pagarse el 30 de abril de 2005 y la resolución denegatoria de la licencia se notificó al hoy recurrente el 12 de diciembre del mismo año, sino también durante más de un año después de la denegación, pues la sociedad hoy recurrente no dejó de pagar la renta hasta febrero de 2007, lo que supone toda una reiteración de actos que implicaban necesariamente la voluntad de renunciar al derecho a invocar la causa de nulidad una vez cesado el supuesto error sobre la licencia de actividad, inverosímil, por demás, a la vista de los términos del contrato.

Finalmente conviene aclarar que la caducidad de la acción de anulación por error o dolo no impide que, en casos distintos del presente, el arrendatario pueda resolver el contrato por incumplimiento del arrendador si el arrendatario se ve perturbado en el uso pacífico de la cosa por culpa imputable al arrendador (art. 1556 CC que utiliza el término *rescisión* en vez de *resolución*), quedando entonces sujeta la acción de resolución al plazo de prescripción correspondiente. (STS, del Pleno, de 24 de mayo de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Supuesto fáctico de cierta complejidad que obliga a la Sala a analizar con minuciosidad ciertas cláusulas contractuales claramente contradictorias, cuestión que resuelve acertadamente; lo mismo que conductas diversas de lo pactado. Reitera la doctrina jurisprudencial sobre la consumación de los contratos de tracto sucesivo a efectos del ejercicio de la acción de anulabilidad por vicios, plenamente de aprobar. (G. G. C.)

**3. Error vicio en la contratación de productos financieros y de inversión.**—La Sala 1.<sup>a</sup> reitera su doctrina según la cual, en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, el incumplimiento por parte de la empresa de inversión del deber de información al cliente no profesional, si bien no impide que en algún caso conozca la naturaleza y riesgos del producto —y, por tanto, no haya padecido error al contratar— lleva a *presumir* en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados. Es decir, la falta de información adecuada no vicia el consentimiento pero sí permite presumirlo *iusuris tantum* (por todas, STS 20 de enero de 2014).

**Relevancia de la información acerca del riesgo de la inversión por la entidad.**—La información relativa al riesgo de la inversión no constituye una mera previsión accesorio, sino que tiene el carácter de esencial, porque se proyecta sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato (art. 1266 CC), que se integra en la causa principal de su celebración. La información sobre los riesgos aparejados a la inversión no alude a cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores —irrelevantes, como tales, para apreciar el error vicio—. Más bien al contrario, a juicio de la Sala 1.<sup>a</sup> la información sobre los riesgos índice en la función económico-social de los negocios jurídicos que se encuadran en el ámbito de la regulación del mercado de valores.

Y para poder excluir la existencia de error vicio no basta con la conciencia, más o menos difusa, de estar contratando un producto de riesgo (porque toda inversión conlleva un riesgo). Es preciso conocer los riesgos concretos de cada inversión.

**Cumplimiento de los deberes de información por la entidad sobre el producto y sus riesgos.**—En tanto que la inversión en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que permita al cliente averiguar las cuestiones relevantes en materia de su concreta inversión y formular las preguntas correspondientes (art. 79 LMV), es la empresa de servicios de inversión quien tiene la obligación de facilitar esta información a aquellos clientes sin conocimientos expertos en el mercado de valores. La información clara, correcta, precisa y suficiente sobre el producto o servicio de inversión y sus riesgos ha de ser suministrada por la entidad con *antelación suficiente* al momento de emisión del consentimiento por parte del cliente inversor, a fin de que este pueda formarse adecuadamente.

El haber contratado previamente productos de inversión de naturaleza diferente no convierte al cliente en experto. (STS de 30 de septiembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—A, albañil, y B, ama de casa, contrataron en 2002 con la entidad C 36 títulos de obligaciones subordinadas, por importe de 36.000 euros. En 2005 vendieron 9 títulos por valor de 9.000 euros, quedando la inversión reducida a 27.000 euros. En 2012, ante la eventualidad de perder la inversión, A y B aceptaron la oferta de recompra y canje por acciones de C. Ante ello, A y B interpusieron demanda contra C solicitando que se declarase la nulidad del contrato indicado por error vicio, con la restitución de prestaciones.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda por considerar fundamentalmente que no se había infor-

mado adecuadamente a los clientes sobre las características y riesgos del producto.

La Audiencia Provincial dictó sentencia estimando el recurso de la entidad C al considerar (i) que la normativa vigente del mercado de valores en la fecha de adquisición no imponía a las entidades especiales obligaciones de información, (ii) que los demandantes tenían experiencia en otros contratos de inversión, y (iii) que cobraron rendimientos de la inversión sin objeción alguna.

A y B interpusieron recurso de casación ante la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo.

NOTA.—Junto a la obligación de la entidad de suministrar información clara, correcta y precisa sobre el producto contratado, la Sala 1.<sup>a</sup> coloca al mismo nivel que esta información se suministre con la suficiente o necesaria antelación, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada (art. 5 del anexo al RD 629/1993). Es decir, parece equipararse el suministro de información poco clara al suministro de información sin la antelación suficiente (aun siendo la información clara). Cabe plantearse entonces dos cuestiones, pues la Sala 1.<sup>a</sup> no las concreta a mi juicio. La primera es cuál es el tiempo de antelación aproximado respecto del momento en que se emite el consentimiento con que la entidad debe informar al cliente. La segunda es si puede entenderse incumplido el deber de información de la entidad financiera que comercializa un producto o servicio de inversión cuando suministra información clara, precisa y suficiente para el cliente pero le otorga un margen temporal relativamente escueto para su análisis (nótese que, si la información es clara y precisa, el tiempo necesario será presumiblemente menor). Es decir, cómo actúan los requisitos de claridad de la información y suficiente antelación a la hora de enjuiciar el cumplimiento o incumplimiento de los deberes de información de la entidad financiera. (A. I. R. A.)

**4. Contrato de préstamo bancario con derivado financiero implícito. Producto financiero complejo. Deber de información al cliente. Deber de la entidad de suministrar al cliente una información suficiente y adecuada para que se represente cabalmente no solo la complejidad del producto sino especialmente los riesgos que asume a través de su contratación.**—Aunque por la fecha del contrato todavía no se había traspuesto la normativa MiFID, lo cierto es que la normativa pre-MiFID ya imponía a las empresas que prestaban servicios financieros unos deberes especiales de información (SSTS de 10 de septiembre de 2015 y 12 de febrero de 2016). La finalidad de estos deberes de información es romper la asimetría informativa, suministrando al cliente minorista, inversor no profesional, la información y el conocimiento sobre el producto financiero que contrata y sus concretos riesgos del que puede carecer. La intensidad en la actividad informativa estará en función de este resultado y, para ello, del grado de complejidad del producto: a mayor complejidad se requerirá una actividad informativa mayor, que disminuirá conforme sea menor la complejidad. De tal forma que la exigencia de información será la que se considere adecuada para que un cliente minorista pueda adquirir un conocimiento cabal del producto que contrata y de sus concretos riesgos.

**Error vicio de la voluntad. Requisitos. Necesidad de que afecte a un elemento esencial del contrato: se da cuando afecta a los riesgos asociados a los eventuales costes económicos de una cancelación anticipada sobre los que el cliente no ha recibido la información adecuada.**—El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de forma que la razonabilidad debe abarcar tanto el carácter aleatorio del negocio como la entidad de los riesgos asumidos. Además, ha de tratarse de un error relevante y excusable, por lo que no se protege a quien, con la debida diligencia en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba. En el caso, la falta de información afectaba a un elemento (los eventuales costes de la cancelación anticipada en caso de amortización del préstamo), que podía tener la consideración de esencial, respecto del cual el defecto de información contribuyó a que el cliente contratara el producto afectado por un error sustancial y trascendente, en cuanto que, de conocerse ese extremo, no se hubiera concertado el producto financiero. (STS de 1 de julio de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La mercantil MG, S. L. concertó un préstamo a interés variable con la entidad BBVA para financiar la adquisición, instalación y montaje de una planta de energía solar. El contrato contenía una cláusula con un derivado financiero destinado a la sustitución del pago del interés variable de mercado por otro calculado según unas complejas reglas y que tenía una especial incidencia para el caso de llevarse a cabo una amortización o cancelación —total o parcial— anticipada del préstamo. Sobvenida una amortización parcial el cliente comprobó los perjudiciales resultados que, para sus intereses, tenía la aplicación de dicho derivado dadas las notables pérdidas económicas que le suponía. Por este motivo interpuso demanda solicitando la declaración de nulidad del contrato por error vicio del consentimiento derivado de la falta de información recibida sobre las características de este derivado y, en especial, sobre los riesgos y costes que implicaban para una cancelación parcial. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca acogió el recurso de apelación y estimó parcialmente la demanda declarando la nulidad de la cláusula relativa a la liquidación del derivado financiero por la amortización o vencimiento anticipado, y mantuvo la validez del contrato en todo lo demás. El Tribunal Supremo dio lugar a la casación por infracción procesal al entender que la Audiencia había incurrido en incongruencia, ya que se había dado cosa distinta a la pedida. Asumiendo la instancia, dictó nueva sentencia en la que revocó la de primera instancia y estimó la demanda, decretando la nulidad del contrato y la restitución recíproca de los pagos que las partes se hubiesen efectuado.

NOTA.—Esta sentencia es un ejemplo más de una situación que se viene mostrando asaz frecuente en los últimos años, auspiciada sobre todo por los efectos de la crisis económica. El mercado financiero se ha visto inundado de productos que, hasta no hace tanto, estaban reservados para un sector minoritario de inversionistas y en el marco de una actividad económica en muchas ocasiones profesional. Sin embargo, la comercialización de estos productos com-

plejos (preferentes, swapps, multividias, derivados, etc.) se ha generalizado dirigiéndose a cualquier tipo de clientela, la mayoría de la veces neófita y desconocedora de los intrincados mecanismos económicos y de cálculo que caracterizan el funcionamiento de aquellos. Esto determina por lo general una acusada asimetría entre la información que maneja la entidad financiera y la que traslada al cliente, de manera que muy a menudo éste último forma su voluntad a partir de un conocimiento inexacto de la realidad del contenido en sí del producto, y también de las exactas consecuencias o efectos que del mismo se deriva para su patrimonio. Es precisamente esta ausencia o defectuosa información la que provoca el error vicio en el que muchas veces incurre el inversionista. Esto ha determinado, en el plano legislativo, la producción de una cuidada y minuciosa normativa dirigida a proteger los intereses de los clientes mediante la imposición a las entidades financieras de unos especiales deberes de información, control y comprobación para asegurarse de que, efectivamente, el particular se ha hecho una idea cabal tanto del contenido del producto como de sus efectos. Y en el plano jurisprudencial se ha establecido una doctrina que considera que hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea (SSTS de 21 de noviembre de 2012, 24 de octubre de 2013, 20 de enero de 2014, 26 de febrero de 2015 y 30 de junio de 2015, entre otras muchas).

De otra parte, en el terreno doctrinal se ha planteado si realmente la solución adoptada respecto del incumplimiento de los deberes de información, a través de la anulación del contrato por error, es la idónea o si, por el contrario, sería preferible reconducir tales incumplimientos hacia el sistema de la indemnización por daños (en este sentido, MORALES MORENO, A. M. «Permuta financiera de interés (swap), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 noviembre 2012», *RDM*, 289 (2013), p. 436). Esta solución parece ser más conforme con los criterios establecidos con carácter general en los instrumentos de unificación del Derecho de contratos y responde a una tradición arraigada en el Derecho europeo continental (así, PECL, 4:117; DCFR, II-7:214; UNIDROIT, 3.2 (16); CELS, 55). Esta misma solución se recoge en la Propuesta de Modernización del Código civil español (MORALES MORENO, A. M. «De nuevo sobre el error». *AAMN*, 55 (2015), p. 713-ss, según el cual la imputabilidad del error puede permitir aplicar la responsabilidad por culpa *in contrahendo*, prevista en el art. 1245 de la Propuesta y ofrecer al *errans* el remedio de la indemnización). Un amplio y profundo análisis de los problemas derivados de la información y del error en los contratos, puede verse en MORALES MORENO, A. M. *El error en los contratos*. CEURA. Madrid, 1988; GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información*. La Ley, Madrid, 1994; DE LA MAZA GAZMURI, I. *Los límites del deber precontractual de información*. Civitas. Navarra, 2010. (I. D.-L.)

**5. No ha lugar de la nulidad de la compraventa de vivienda en construcción con comprador consumidor, por la no estipulación de la fecha o plazo de entrega. Resolución del contrato por incumplimiento del comprador.**—De acuerdo al artículo 1128 CC, «[S]i la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél.». Por tanto, no cabe deducirse la nulidad del contrato por la falta de plazo, conforme a lo previsto en el artículo 1256 CC —«[L]a validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» — (STS 15 de junio de 2016). El Tribunal Supremo señala que nunca ha habido base jurídica para excluir la aplicación del artículo 1128 CC cuando el comprador tenga la condición de consumidor o usuario, y el deudor la condición de empresario o profesional. Por otro lado, el Alto Tribunal considera que la parte vendedora no hubiese dispuesto de la facultad de postergar su cumplimiento —unilateral e indefinidamente—, si la parte compradora hubiese pedido la fijación judicial del plazo. Incluso sin hacerlo, el Alto Tribunal estima que la parte compradora pudo resolver el contrato por incumplimiento, por no poner la vivienda a su disposición en el momento de haber terminado la construcción y de pasar con creces el plazo natural para tal efecto (SSTS 30 de enero de 2014 y 11 de diciembre de 2014). Además, el Alto Tribunal argumenta que, si la cláusula del plazo o término de entrega hubiese sido abusiva en el contrato de compraventa con consumidor, se tendría que declarar la nulidad de pleno derecho de tal cláusula, más no la nulidad de todo el contrato (art. 10.2 *bis* LGDCU).

En efecto, el Tribunal Supremo consideró que, como los compradores incumplieron su obligación de pago de una parte muy sustancial del precio, se hizo evidente que la empresa vendedora ya no confiara en el futuro cumplimiento de dicha obligación. Por otro lado, el Alto Tribunal estimó económicamente absurdo y no probado que, tras la difícil situación financiera comunicada por el consumidor comprador, hubiera la empresa vendedora renunciado a su facultad de resolución contractual, hasta que apareciera un tercer comprador, con quien pudiera realizar una venta de reemplazo a un precio igual o mayor.

Finalmente, el Alto Tribunal concluyó que la parte compradora no aportó ninguna prueba de los daños y perjuicios contractuales de la vendedora, que desvirtuara la cuantificación de los daños aducidos por la vendedora, los cuales consistían en los adelantos del pago del precio (102.000 €). Por tanto, no hay razón para ordenar la restitución del precio en favor de la parte compradora. (STS de 23 de septiembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

**HECHOS.**—El señor P (comprador – consumidor) demandó a la mercantil E (vendedora), alegando la nulidad del contrato de compraventa de vivienda en construcción, donde no se pactó nada acerca del plazo para la entrega de la vivienda. Por su parte, la mercantil E formuló demanda de reconversión, alegando la resolución del contrato mencionado, por incumplimiento de la parte compradora.

En su sentencia de 20 de mayo de 2012, el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Vigo, estimó la reconversión. El Juzgado declaró la resolución del contrato, por incumplimiento del comprador. El Juzgado encontró que la compraventa no pudo llevarse a

cabo por la exclusiva imposibilidad del comprador de pagar el precio de la vivienda, gracias a su separación matrimonial.

La Audiencia Provincial de Pontevedra, en su Sentencia de 21 de febrero de 2014, estimó el recurso de apelación instado por la parte compradora, desestimando la demanda reconvenzional de la vendedora. Se condenó a pagar a la mercantil E el dinero anticipado del precio del comprador, más los intereses legales desde las fechas de entregas. La Audiencia consideró que carecía de validez el contrato de compraventa de vivienda en construcción por parte del consumidor a una promotora, en el que no se había pactado ningún plazo para la terminar la obra, más cuando hubo, por parte del comprador, un cumplimiento anticipado de su obligación de pagar el precio. Esto para la Audiencia significó un perjuicio para el comprador y un beneficio para la mercantil, «que se aprovecha, en fin, *sie die* del dinero recibido mediante una facultad de prolongar unilateral e indefinidamente el cumplimiento de su respectiva y más esencial obligación, de entrega de la vivienda».

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la vendedora. (I. V. B.)

**6. Plazo adicional de cumplimiento en Derecho español.**—El Código Civil español, a diferencia de otros códigos civiles europeos (por ejemplo, el §323 BGB, «Nachfrist») no contempla la institución del «plazo adicional de cumplimiento» pero la imprescindible finalidad a la que sirve no puede quedar desatendida. Por ello, la Sala 1.<sup>a</sup> declara en esta sentencia que, aun a falta de cláusula resolutoria expresa, un retraso en el cumplimiento, aunque en sí mismo no sea esencial, justificará la resolución del contrato cuando, por su duración o sus consecuencias, ya no quepa exigir al acreedor conforme a la buena fe que continúe vinculado por el contrato.

**El incumplimiento del plazo de entrega como incumplimiento resolutorio.**—Solo cuando las partes han querido dar al plazo de entrega carácter esencial con efectos resolutorios explícitos, el retraso del vendedor en la entrega ampara la resolución. Cuando las partes no quisieron dar al plazo de entrega un carácter esencial con efectos resolutorios explícitos (cláusula resolutoria expresa), el retraso del vendedor en la entrega solo ampara la resolución si el cumplimiento tardío frustra los legítimos intereses del comprador. Tal sucede, cuando el tiempo de cumplimiento se hubiere convertido en contenido de la misma prestación o, con otras palabras, cuando el tiempo de cumplimiento sea esencial, por determinar el único momento en que el interés del acreedor puede ser satisfecho y, por lo tanto, permitir al mismo que una prestación fuera de él sea rechazada y, al fin, tratada como un verdadero incumplimiento resolutorio y no como un cumplimiento irregular o retrasado, causante de las consecuencias secundarias vinculadas a la mora (STS 104/2011, de 8 de marzo).

**Regla de la previsibilidad e interés negativo.**—El requisito de la previsibilidad, al tiempo de la celebración del contrato, de los daños y perjuicios causados (art. 1107 I CC), es también aplicable cuando la indemnización se pide en la medida del denominado «interés de confianza» o «interés contractual negativo». (STS de 25 de mayo de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—El 4 de septiembre de 2007 la compañía «Ferrocarriles del Suroeste, S. A. (FESUR)» celebró con la compañía «Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles, S. A. (CAF)» un contrato de suministro por el cual CAF se obligaba a fabricar y suministrar 9 locomotoras y a venderlas a FESUR, que se obligó a comprarlas. El contrato establecía un calendario para la entrega de las locomotoras, conforme al cuál, la primera locomotora debía entregarse a FESUR en noviembre de 2009 y la última en diciembre de 2010. Según el contrato, FESUR podía resolver el contrato por diversos motivos, pero entre ellos no se encontraba el retraso en la entrega de las locomotoras con arreglo al calendario acordado. El 22 de diciembre de 2008 FESUR celebró una serie de contratos con determinadas entidades financieras con la finalidad de financiar, durante 15 años aproximadamente (hasta el 1 de octubre de 2025), el coste de adquisición de las locomotoras (un contrato de cesión; diez contratos de leasing; un contrato de crédito; y contratos de cobertura de tipos de interés). Con arreglo al contrato de cesión, el banco financiador se colocaba en la posición de FESUR en el contrato de suministro para volver a ceder a FESUR, en el mismo acto, los derechos y obligaciones derivados del propio contrato de suministro, con determinadas excepciones, y entre las que se encontraban la obligación de pagar el precio a CAF, la propiedad de las locomotoras y las piezas de parque, y la facultad de resolución del contrato por incumplimiento. Por su parte, los contratos de leasing, el contrato de crédito y los de cobertura de tipos de interés preveían la facultad de los respectivos financiadores de declarar el vencimiento anticipado para el supuesto de que los bienes objeto de arrendamiento (esto es, las locomotoras) no hubieran sido entregados al arrendatario (esto es, a FESUR) en el plazo máximo de 6 meses a contar desde las fechas de entrega previstas en el contrato de suministro. Como colofón, el contrato de cesión a que se ha hecho referencia al inicio, reconocía el derecho del banco a ceder a FESUR de nuevo la obligación de pago a CAF, la propiedad de las locomotoras, las piezas del parque y la facultad de resolución del contrato, si se producía la resolución anticipada por cualquier causa de cualquiera de los contratos de Leasing, del Contrato de Crédito o de los Contratos de Cobertura.

CAF no conocía la financiación de FESUR para la adquisición de las locomotoras.

Mediante comunicaciones de fechas 18 de mayo y 28 de julio de 2009, CAF manifestó a FESUR la necesidad de reprogramar el calendario contractual de entrega de las locomotoras: en concreto, propuso que la primera locomotora se entregase en mayo de 2010, es decir, 6 meses después del plazo, noviembre de 2009, pactado en el Contrato de Suministro. FESUR no aceptó expresamente la novación de los plazos propuesta. A lo largo de 2009 y de 2010, FESUR envió comunicaciones por correo electrónico a CAF, mostrando su preocupación por los plazos de entrega de las locomotoras y expresando la importancia que tenía el cumplimiento de los mismos para el buen fin de los Contratos de Financiación. Las comunicaciones remitidas por FESUR a CAF en

2009 y 2010 reflejaban el riesgo de que no se mantuviera la financiación concedida a FESUR, si CAF incurría en un retraso de más de 6 meses sobre el calendario pactado para la entrega de las locomotoras en el contrato.

En mayo de 2010, es decir, en la fecha que CAF había señalado para la entrega a FESUR de la primera locomotora en la propuesta de nuevo calendario de entregas a la que nos hemos referido en el anterior apartado 3, la locomotora no fue entregada.

El 25 de agosto de 2010, se produjo la resolución de los contratos de financiación de FESUR por el banco financiador, formalizándose el 24 de septiembre la cesión del banco a FESUR de las exclusiones del contrato (la obligación de pago a CAF, la propiedad de las locomotoras, las piezas del parque y la facultad de resolución del contrato de suministro que el banco se había reservado en el contrato de cesión).

El 30 de septiembre de 2010 FESUR remitió a CAF una carta comunicándole la resolución del contrato de suministro. Señaló, como causa de la resolución, el incumplimiento por parte de CAF de la obligación de entrega de las dos primeras locomotoras, excediéndose en más de seis meses de las fechas de entrega pactadas en el Contrato de Suministro; y que ese retraso había provocado la cancelación anticipada de la financiación externa con la que FESUR contaba para atender las obligaciones de pago asumidas en el Contrato de Suministro, y sin la que le era imposible cumplirlas.

Como respuesta a la referida declaración de resolución, CAF, mediante comunicación dirigida a FESUR con fecha 1 de diciembre de 2010, requirió a FESUR para que recibiese las locomotoras. Sin embargo, a 30 de diciembre de 2010, ninguna locomotora tenía autorización para ser puesta en servicio.

El 29 de julio de 2011 FESUR interpuso contra CAF. CAF, a su vez, reconvino interesando que, en líneas generales, se condenase a FESUR a cumplir el contrato y a abonar una indemnización. El Juzgado dictó sentencia en la que estimó parcialmente la demanda, declaró la validez de la resolución del contrato de suministro y condenó a CAF a restituir las cantidades anticipadas por FESUR más una indemnización.

La Audiencia Provincial, en apelación, estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por CAF; desestimó la demanda de FESUR; y estimó parcialmente la reconvención de CAF, declarando vigente el contrato de suministro.

Frente a esta sentencia, FESUR interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. La Sala 1.ª del Tribunal Supremo ha casado la sentencia de la Audiencia.

NOTA.—Nótese que el ponente de esta sentencia, quien ya había descrito al plazo adicional de cumplimiento («*Nachfrist*») como «*la más valiosa contribución de la ciencia jurídica alemana al Derecho del incumplimiento*» (PANTALEÓN, F., «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, p. 1733) plasma en esta resolución el acertado criterio de que la resolución por incumplimiento (art. 1124 CC) únicamente requiere que la entidad y circunstancias del incumplimiento sean tales que razonablemente, de acuerdo con las exigencias de la buena fe contractual,

no quepa seguir exigiendo a la parte cumplidora, o dispuesta a cumplir, que continúen vinculada por el contrato (PANTALEÓN, F., «El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate», *ADC*, pp. 1047-1048).

Respecto al plazo adicional de cumplimiento, el artículo 15 del Anteproyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario prevé, para el vencimiento anticipado, la concesión de un plazo adicional de cumplimiento. En particular, el precepto establece como requisito para ejercer válidamente la facultad de vencimiento anticipado que el prestamista haya requerido de pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos quince días para su cumplimiento, advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total del préstamo. (*A. I. R. A.*)

**7. Indemnización de daños y perjuicios causados por la información defectuosa sobre un producto de inversión.**—El incumplimiento grave de los deberes de información al cliente y de diligencia y lealtad respecto del asesoramiento financiero (art. 79 bis LMV 1988), una vez determinada la relación de causalidad, puede constituir el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por el cliente que consistan en la pérdida de valor de los productos de inversión adquiridos.

En particular, la Sala 1.<sup>a</sup> declara aquí que el incumplimiento por la entidad de sus deberes de información sobre los riesgos inherentes al producto, tanto por la información omitida como por la información facilitada (cuando se induce a pensar en la existencia de garantías de devolución del capital) tiene la consideración de causa jurídica del perjuicio sufrido, si el incumplimiento de los deberes de información impuestos por la normativa del mercado de valores propició que el cliente asumiera el riesgo conducente a la pérdida de la inversión.

**Alcance de la indemnización de daños causados por la información defectuosa sobre un producto de inversión y daños morales.**—Cuando se exige indemnización de daños morales por el incumplimiento de un contrato de contenido puramente económico, como es el caso del asesoramiento de inversiones, aunque pudiera entenderse que existe una relación de causalidad fenomenológica entre la conducta de la entidad y los daños psicológicos que hubiera podido sufrir el cliente, no puede establecerse una imputación objetiva en base al criterio del fin de protección de la norma cuando explícita o implícitamente no se ha tomado en consideración la vulneración de bienes de la personalidad (tales como la integridad, la dignidad o la libertad personal) en relación con el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas, salvo en el caso de que el incumplimiento contractual sea doloso (art. 1.107 II CC). (**STS de 30 de septiembre de 2016**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

**HECHOS.**—D. Celso era cliente de la entidad Renta 4, Sociedad de Valores, S. A. («Renta 4»). Su perfil asignado era conservador y había realizado diversas inversiones en valores bursátiles y otros activos financieros.

En junio de 2008, Renta 4 le ofreció la contratación de un bono estructurado emitido por Lehman Brothers, referenciado a la evolución de las acciones españolas, Telefónica y Santander. En el folle-

to informativo del producto se mencionaba que el capital estaba 100% garantizado en todo momento.

El cliente emitió la orden de compra el 20 de junio de 2008 por importe de 100.000 euros. En septiembre de 2008 Lehman Brothers quebró.

D. Celso interpuso demanda contra Renta 4 interesando que, sobre la base de una declaración de incumplimiento de sus obligaciones de información clara, veraz, correcta, suficiente y oportuna sobre el producto tanto antes de su contratación como con posterioridad, y de sus obligaciones de asesoramiento diligente, depósito, administración y gestión legal del producto, se condenara a Renta 4 a indemnizarle en 100.000 euros por la pérdida de la inversión y 10.000 euros por los daños morales.

El Juzgado de Primera Instancia, entendiendo que había existido asesoramiento, consideró que Renta 4 actuó negligentemente en su asesoramiento, condenando a Renta 4 a indemnizar al demandante en 50.000 euros, al considerar que no era posible conocer qué actitud hubiera tomado el cliente de haber sido adecuadamente informado.

La sentencia de instancia fue recurrida por ambas partes. La Audiencia Provincial, confirmando la existencia de relación de asesoramiento, desestimó el recurso de apelación del demandante y estimó el de la demandada. En su razonamiento la Audiencia esgrimió que no existían datos concluyentes de que Renta 4 pudiera haber tenido información fiable sobre la próxima insolvencia de Lehman Brothers.

El demandante, D. Celso, interpuso recurso de casación frente a la sentencia de apelación.

NOTA.—En cuanto a la improcedencia de indemnizar los daños morales (*rectius*, daño no patrimonial) por la información defectuosa, aunque se comparte el resultado a que llega la Sala 1.<sup>a</sup>, debe advertirse que lo relevante es si el daño no patrimonial cae dentro del fin de protección del contrato concreto de que se trate (art. 1107 I CC). Ello no sucede en contratos cuyo contenido es puramente económico, como lo fue el contrato de la sentencia reseñada. En conclusión, debe indagarse si el interés no patrimonial del acreedor, que resulta lesionado por el comportamiento del deudor, se ha incorporado al contrato, asumiendo el acreedor el riesgo de tener que reparar este daño en caso de incumplimiento [*vid.* RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual: (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002)», *ADC*, p. 256].

En otro orden, debe mencionarse la reflexión de la Sala 1.<sup>a</sup>, cuando considera que en caso de dolo el deudor responderá de todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 1107 II CC) y que, por tanto, se indemniza el daño no patrimonial de concurrir dolo del deudor. Esta postura ha sido recogida por la STS de 15 de junio de 2010, que establece un criterio de imputación novedoso y que parece responder al intento de ensanchar la responsabilidad del deudor hacia el daño no patrimonial, previa justificación de la existencia de dolo. Un mejor entendimiento de la doctrina del fin de protección del con-

trato, relativa al daño no patrimonial, evitaría tener que recurrir al párrafo segundo del artículo 1107 II CC para conceder, en su caso, la indemnización por daño no patrimonial. (A. I. R. A.)

**8. Validez *ex ante* de una cláusula penal y límite de proporcionalidad a la libertad de los contratantes de establecer penas privadas.**—El Derecho español permite las cláusulas penales con función coercitiva, sancionadora o punitiva: no sólo de liquidación anticipada de los daños y perjuicios que puedan causar los incumplimientos contractuales por ellas contemplados. Se permiten incluso en el artículo 1152.1 CC («si otra cosa no se hubiere pactado») las penas que no sustituyen, sino que se acumulan a la indemnización de daños y perjuicios (por todas, STS 197/2016, de 30 de marzo).

Ahora bien, pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público las penas convencionales cuya cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente. No sólo las cláusulas penales «opresivas», intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado (STS 26/2013, de 5 de febrero) o las «usurarias», aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; sino también aquéllas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. Para ese último tipo de cláusulas, con penalidades desproporcionadas en el sentido descrito, la Sala 1.<sup>a</sup> expresa su disposición a admitir la reducción judicial conservadora de su validez; que, a juicio de la Sala, no guarda ningún tipo de relación con la previsión del artículo 1154 CC. La carga de alegar y de probar (si no es evidente) que la penalidad era, desde la perspectiva *ex ante* considerada, extraordinariamente excesiva, corresponderá al contratante que se oponga a que la cláusula penal le sea aplicada en los términos pactados (art. 217.3 LEC).

**Validez de una cláusula penal en atención a las consecuencias dañosas efectivamente causadas al acreedor por el incumplimiento contemplado en la cláusula penal de que se trate, en relación con las razonablemente previsibles al tiempo de contratar.**—Para la aplicación del artículo 1.154 CC, no basta el hecho de que, producido precisamente el incumplimiento contractual que la cláusula penal contempla, la cuantía de la penalidad a pagar resulte ser mayor que la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados por el referido incumplimiento, ni aun cuando la diferencia entre una y otra cuantía venga a sobrepasar la que era, *ex ante*, proporcionada a la función punitiva de la cláusula penal de que se trate. Sin embargo, sí parece compatible con el principio *pacta sunt servanda* (art. 1091 CC) que la pena pueda moderarse judicialmente aplicando el artículo 1154 CC por analogía, cuando aquella diferencia sea tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que

causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. La Sala 1.<sup>a</sup> entiende que aplicar, en un supuesto así, la pena en los términos pactados resultaría tan incongruente con la voluntad de los contratantes, como hacerlo en caso de que «la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor». (STS de 13 de septiembre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—El 22 de julio de 2004 doña Leticia y doña Estela celebraron, en documento privado, un contrato por el que doña Leticia vendió a doña Estela y ésta compró una determinada finca: una porción de terreno con casa y patio en su interior. El precio de dicha compraventa se fijó en la cantidad de 180.303 euros; de los que la compradora abonó 24.040 en el mismo acto. Se pactó que el 9 de agosto de 2005 pagaría la cantidad de 66.111 euros, y el 9 de septiembre de 2006, la cantidad de 90.151 euros. Ese mismo 9 de septiembre de 2006 se señaló como fecha máxima para el otorgamiento de la escritura pública de compraventa, acto en el que la compradora debería haber pagado la totalidad del precio pactado. En el contrato se incluyó una cláusula penal, según la cual si llegada la fecha de otorgamiento de la escritura pública, que se ha establecido en el pacto cuarto de este contrato, la parte compradora no pagare el precio establecido, la señora vendedora podrá optar entre (i) exigir judicial o extrajudicialmente la parte pendiente de pago; o (ii) dar por resuelto el contrato, otorgándose a la compradora un término de 20 días hábiles a fin de pagar la cantidad que reste pendiente de pago y, transcurrido este término, reteniendo el 40% de las cantidades recibidas hasta el acto del incumplimiento, quedándose con ese importe en concepto de arras penitenciales y devolviendo a la compradora el 60% de las cantidades recibidas. Por otra parte, para el supuesto de que la vendedora no hiciese entrega de la posesión de la finca, firmando la escritura en su totalidad el día 9 de septiembre del año 2006, o no personase en la notaría designada por la señora compradora, o personándose no firmase la escritura pública, se estableció como cláusula de penalización la cantidad de 250,00 euros por cada día hábil de retraso, hasta la fecha de otorgamiento de la escritura pública y la efectiva entrega de la posesión de la finca. Este importe se restaría de la cantidad que restase pendiente de pago y sin perjuicio de las acciones legales que tuviera por convenientes ejercitar doña Estela para el estricto cumplimiento de este contrato. El 9 de agosto de 2005 doña Estela pagó a doña Leticia el segundo plazo del precio de la compraventa: 66.111 euros. Llegado el día 9 de septiembre de 2006, doña Leticia (vendedora) solicitó a doña Estela que el otorgamiento de la escritura se pospusiera al siguiente 25 de septiembre; fecha en la que doña Leticia no acudió a la notaría designada por la compradora, doña Estela. El 2 de octubre de 2006, la vendedora remitió una carta a la compradora haciéndole saber que se negaba a la venta del inmueble, porque el contrato firmado era, a su juicio, lesivo en más de la mitad. En la misma carta, la vendedora requería a doña Estela para que se aviniese a resolver convencionalmente el contrato, a fin de devolver las cantidades pagadas a cuenta de precio, es decir 90.151,00 €. A mediados de 2007 doña Estela interpuso demanda pidiendo que se condenara a doña Leticia a otorgar la escri-

tura pública de compraventa de la finca, contra el pago de la cantidad de 90.151 euros que aquella consignó en el Juzgado. Doña Leticia no contestó a la demanda ni compareció al acto de la audiencia previa. El 26 de mayo de 2008 el Juzgado dictó sentencia por la que estimó íntegramente la demanda de doña Estela. El 31 de julio de 2008 doña Leticia y doña Estela otorgaron escritura de elevación a público de contrato privado de compraventa y cancelación de condición resolutoria. Ni en el clausulado ni en otro lugar de esta escritura se hizo referencia alguna a la cláusula penal pactada en el contrato privado de compraventa de 22 de julio de 2004. En diciembre de 2010, doña Estela interpuso contra doña Leticia nueva demanda iniciadora de la que trae causa la sentencia reseñada, pidiendo que se la condenase a pagarle la cantidad de 110.500 euros en aplicación dicha cláusula penal. El cálculo del montante de la cantidad reclamada tomaba en consideración, como fecha de inicio, la fecha pactada para la elevación a público del contrato privado (26 de septiembre de 2006), y, como fecha de término, el día de efectiva elevación a público, esto es, el 31 de julio de 2008 (442 días x 250 €: 110.500 €).

La demanda fue estimada íntegramente por el juzgado de primera instancia por considerar que la segunda escritura no constituyó una novación extintiva del primer contrato y, por ende, de la cláusula penal en él inserto. Contra esta sentencia, la representación procesal de doña Leticia interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial rechazó la existencia de novación extintiva, pero entendió que la pena reclamada era desproporcionada, acordó su moderación en un 20% de la suma reclamada, estimando así parcialmente el recurso.

Frente a esta sentencia, doña Estela recurrió en casación, por vulneración del artículo 1154 CC y la jurisprudencia que lo interpreta.

La Sala 1.<sup>a</sup> desestimó el recurso de apelación, por considerar inadmisibile, conforme a la buena fe, del ejercicio por doña Estela de la pretensión deducida en la demanda iniciadora del proceso.

NOTA.—Como la sentencia se encarga de poner de manifiesto, la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión de General de Codificación y que publicó el Ministerio de Justicia en el año 2009, contiene un artículo 1150 a cuyo tenor «el Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido». La codificación de un precepto del Código Civil en este sentido, traería como consecuencia la superación de la doctrina jurisprudencial que impide aplicar la facultad moderadora del artículo 1154 CC, cuando la pena está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuese parcial, y se produce concretamente la infracción prevista en el contrato. (A. I. R. A.)

**9. Contrato de obra: Acumulación de autos: Vicios de la construcción: Aplicación de la LOE.**—El presente procedimiento resulta de una acumulación de otros dos, uno el instado por el constructor frente a la propiedad en reclamación de honorarios por incrementos en la obra, que resulta contestado

por la propiedad Biochemical, que a su vez reconvino contra aquél y contra el director de la obra don Arturo. Alegaba Biochemical que nada adeudaba y, a su vez, reclamaba por defectos de ejecución y de dirección de obra y daños y perjuicios por la pérdida de la subvención concedida al haberse incumplido los plazos. El otro procedimiento acumulado fue el instado por Luis Fernán González Estudio de Ingeniería, SLP, frente a Biochemical y a don Carlos María en reclamación de honorarios por la dirección de la obra, por el trabajo de coordinación de Seguridad y Salud y por sus labores de Project Management, que fue contestada por ambos; Biochemical alegando pago por el proyecto y negando trabajos de dicha mercantil-actora como coordinadora que se suscribió por don Arturo reclamándose 66.834 euros al primero, por obras que resultaron mal ejecutadas y 35.0048 al segundo, y solidariamente a ambos 435.378,42 euros como daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Oviedo desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconvencción en ambos procedimientos. La sec. 5.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó parcialmente el recurso de Biochemical en cuanto a imponer las costas a don Evelio, y desestimó igualmente la apelación de don Arturo.

**Inaplicación del artículo 1591 CC.**—El recurrente entiende que se ha producido una deficiente interpretación del artículo 1591 CC, que debería haber llevado a la declaración de existencia de ruina funcional. Pero esta Sala debe declarar que no concurre interés casacional, dado que la resolución recurrida, aunque cita jurisprudencia que interpreta dicho precepto, basa su decisión en la normativa de la LOE, que fue la invocada en la demanda y en el recurso de apelación. En la sentencia recurrida se declara: «Con carácter general, un vicio de estas características debe ser imputado al constructor, pues sabido es que tras la entrada en vigor de la LOE, desde el momento en que en ella se definen con detalle las obligaciones que incumben a cada uno de los agentes en el proceso edificatorio, es al contratista, y no al director de la obra, a quien se impone con claridad la obligación de comprobar los materiales, su calidad y su correcta ejecución y disposición en los elementos constructivos y de las instalaciones de acuerdo con el proyecto y con las instrucciones del director de la obra, de tal modo que en supuestos, como el presente, en que el proyecto contemplaba un material de hormigón ciclópeo, sólo se podrá exigir responsabilidad conforme a la LOE al director de obra si el defecto proviene de haber dado el director de ella instrucciones a pie de obra que modifiquen lo proyectado y de esa modificación se derive directa o indirectamente el daño, o en supuestos en que el defecto sea tan fácilmente perceptible que el director de obra no debiera haber firmado el certificado de fin de obra».

En este concreto caso existen razones específicas para atribuir responsabilidad al ingeniero director de obra y ello por cuanto que, junto a la LOE, deben tenerse presente los términos del contrato celebrado entre don Arturo y Biochemical a propósito de la dirección de la obra, debiendo ser destacada su cláusula cuarta, que literalmente transcrita dice: «Desarrollo del trabajo por el ingeniero. El ingeniero tendrá que velar para que las obras se lleven a cabo con sujeción al proyecto —y sus posibles modificaciones—, cumpliendo todas las pautas y directrices fijadas. También se deberán utilizar los productos y materiales especificados en aquel». Para continuar dicha estipulación señalando que: «El ingeniero deberá entregar los planos de detalle necesarios y dará órdenes precisas tanto de forma gráfica como escrita, para la perfecta ejecución de los trabajos velando en todo momento por la calidad de ejecución de los mismos. Todos estos mandatos se recogerán en el Libro de órdenes de la obra que se rellenará durante el transcurso del mismo» (folio 634).

En base a lo expuesto, siendo los criterios de imputación los propios de la LOE y los derivados del contrato, no cabe entrar en el análisis del artículo 1591 CC, pues no fue el eje argumental de la resolución recurrida, ni tampoco de la demanda ni del recurso de apelación (art. 477.3 LEC), ni la jurisprudencia que lo interpreta constituyó la *ratio decidendi* de la resolución recurrida. El ámbito normativo fue el propio de la LOE, dado que la licencia fue de 29 octubre de 2010, es decir, diez años después de la entrada en vigor de la misma (DT 1.ª de la LOE). (STS de 4 de mayo de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

**10. Contrato de mandato. Sociedades familiares. Poder de representación recíproco formulado en términos muy generales. Interpretación: debe estarse a la voluntad de las partes más que a la mera literalidad del poder, por tener su fundamento en el vínculo de confianza existente entre mandante y mandatario.**—En relación con la interpretación del poder de representación, especialmente cuando se trata de poderes formulados en términos muy generales, la voluntad querida por las partes se erige en el criterio rector de la interpretación, sin que pueda atenderse de manera automática o mecánica a la mera literalidad, sino que ha de estarse principalmente al sentido del encargo realizado, esto es, a la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad querida y en relación con las circunstancias que concurren. Habida cuenta del que el contrato de mandato se fundamenta en el recíproco vínculo de confianza entre mandante y mandatario, es necesario destacar los especiales deberes de fidelidad y lealtad que constituyen auténticas directrices en el desenvolvimiento de la actividad de gestión que realiza el mandatario (STS de 28 de octubre de 2004). Estos deberes, fundados tanto en la buena fe como en su proyección en el artículo 1258 CC y artículo 1719 CC, implican que el mandatario debe comportarse como cabe esperar de acuerdo con la confianza depositada (*servare fidem*), diligentemente y a favor del interés gestionado, con subordinación del propio interés.

**Extralimitación en el ejercicio del poder. Se da cuando se actúa en interés propio y no del representado, sin que, al conferirse el poder, exista voluntad de encomendar al mandatario la realización de actos que exceden de la gestión ordinaria.**—De los amplios poderes recíprocamente conferidos no cabe interpretar que el sentido o la finalidad de los mismos, máxime en una sociedad de base familiar, fuese facultar a cualquiera de ellos para comprar para sí, o para su esposa, las participaciones de los demás, sin consentimiento de éstos, alterando el equilibrio de la sociedad en beneficio propio. Extremo que excede de las facultades de gestión otorgadas y que requieren del consentimiento o acuerdo con los demás partícipes de la sociedad. En este sentido, los demandados no transmitieron instrucción alguna a su mandatario para que vendiese las participaciones de aquéllos. Más aún, las referidas compras se produjeron cuando ya habían surgido desavenencias entre los hermanos acerca de la gestión de la sociedad. En síntesis, el mandatario, hijo y hermano de los demandados, no actuó en interés de sus mandantes, sino en el suyo propio buscando detentar la mayoría del capital y, en consecuencia, el control efectivo de la sociedad familiar. (STS de 20 de mayo de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—En una sociedad de base familiar, integrada por la madre B. y los hijos A. y L., todos ellos se habían conferido recíprocamente amplios poderes para representarse unos a u otros en la realización de muy variados actos jurídicos, incluidos los de enajenación, aunque no así para la autocontratación. Con ocasión de las desavenencias surgidas entre A. y sus parientes por mor de la gestión de las empresas familiares, A. revocó los poderes conferidos a su madre y a su hermano por escritura de marzo 2009. Estos, a su vez, hicieron lo propio respecto de A. en escrituras de octubre y noviembre de 2009, respectivamente. No obstante, en octubre de 2009 A., manifestando actuar en nombre y representación de su hermano y de su madre, vendió en escritura pública a su esposa D. varias participaciones sociales de aquéllos. Al tener B. y L. conocimiento de las transmisiones llevadas a cabo por A., rechazaron tales operaciones y se negaron a aceptar el pago que se les pretendía hacer. Semanas después fueron B. y L. quienes, manifestando actuar en nombre de A., transmitieron diferentes participaciones sociales a los hijos de L. Así las cosas, A. y D. interpusieron demanda contra B., L. y los hijos de éste solicitando se declarase la nulidad de esta última venta de las participaciones sociales. Los demandados se opusieron y, además formularon reconvencción para pedir a su vez que se declarase la nulidad de las efectuadas por A. en nombre de éstos por no existir la representación que se había arrogado. En instancia se desestimó la demanda y se estimó la reconvencción. La Audiencia Provincial de Bilbao dio lugar a la apelación, estimó la demanda principal, declarando nulas las transmisiones efectuadas por B. y L. en noviembre, y desestimó la reconvencción, al entender que la conducta de B. y L. había supuesto una ratificación o confirmación tácita de los actos llevados a cabo por A. en octubre de aquel año; sin que apreciara extralimitación en el uso que hizo A. del poder otorgado a su favor, ni tampoco autocontratación. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por B. y L., en el sentido de declarar la nulidad de las transmisiones llevadas a cabo por A., en nombre de su madre y hermano, y a favor de su esposa; y mantuvo la nulidad de las transmisiones realizadas por B. y L. en nombre de A.

NOTA.—El Tribunal Supremo recoge como esencial en el contrato de mandato un requisito, que fue idea de POTHIER, consistente en que para que un asunto pueda constituir materia de este contrato hace falta que concierna al interés del mandante o de un tercero y no a un asunto que concierna únicamente a intereses del mandatario (v. Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, IV, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2010, p. 472). (*I. D.-L. S.*)

**11. Contrato de seguro. Seguro de daños. Doctrina jurisprudencial sobre la interpretación y aplicación del artículo 20.8.<sup>a</sup> LCS sobre la existencia de causa justificada que excluya el retraso culpable y exonere al asegurador del recargo previsto en la norma: la simple existencia de un proceso judicial no supone que la compañía asegurada pueda eximirse de su deber de pago o consignación de las cantidades reclamadas.—Es doctrina constante de la Sala que ha de hacerse una interpretación restrictiva**

de la regla contenida en el apartado 8.º del artículo 20 LCS, 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. De manera que la mera existencia de un proceso no constituye causa que justifique por sí el retraso, o que permita presumir la razonabilidad de la oposición. Solo quedará justificado este retraso cuando se pruebe la auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación de indemnizar, como sería el caso en que la resolución judicial es imprescindible para despejar las dudas en torno a la realidad del siniestro o su cobertura.

**Finalidad de la indemnización por demora del artículo 20 LCS. Carácter de sanción por incumplimiento de la obligación de pago de la aseguradora.**—Con carácter general, el propósito del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización, o de ofrecimiento de una indemnización adecuada, a partir del momento en que un ordenado asegurador, teniendo conocimiento del siniestro, la habría satisfecho u ofrecido. (STS de 1 de julio de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—BBE, titular de un planta energética, suscribió un contrato de seguros con las entidades MAPFRE, ACE y HDI para la cobertura, de un lado, de «todo riesgo de daño material» en la maquinaria (Secc. A), y de otro el «pago por capacidad», para cubrir la pérdida de ingresos de explotación derivada de las averías. Vigente el contrato las partes suscribieron un suplemento en el que modificaron diversas cláusulas pertenecientes a la Secc. B, para excluir determinados riesgos, entre ellos, los relativos a «vicio propio, defecto latente». Con ocasión de una inspección se comprobó que una turbina presentaba graves deficiencias debidas a error o defecto de diseño. La asegurada reclamó las indemnizaciones oportunas por los dos conceptos antes indicados, pero las aseguradoras solo se avinieron a satisfacer la suma correspondiente a la pérdida de ingresos, al entender que la causa de la avería había quedado excluida en el suplemento firmado. BBE presentó demanda en reclamación de la cantidad no abonada y el pago de los intereses del artículo 20 LCS. Desestimada en primera instancia, la Audiencia Provincial de Bilbao acogió el recurso de apelación al considerar que se trataba de un evento cubierto por la póliza, la cual, de otra parte, debía ser interpretada en beneficio del asegurado, según los propios términos del contrato. Condenó igualmente al pago de los intereses por demora previstos en el artículo 20 LCS, al estimar que no había causa que justificase el retraso en el pago de las cantidades reclamadas de acuerdo con el seguro concertado. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—La aplicación del interés moratorio del artículo 20 LCS ha sido una cuestión frecuentemente debatida en el ámbito judicial, en especial, por las controversias que genera su apartado 8.º, en la medida que permite a la compañía aseguradora eximirse del pago de los intereses de demora pese a haber incurrido en ella, si existe una causa «justificada» o que «no le fuera imputable». La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha evolucionado desde una posición inicialmente menos favorable al asegurado, descartando

estos intereses si para determinar la suma indemnizatoria hubiera sido necesario el proceso, hacia una postura más rigurosa con las compañías de seguros, según la cual para eliminar la condena de intereses no bastará con la mera incertidumbre de la cantidad a pagar por la aseguradora sino que será necesario valorar si la resistencia de la aseguradora a abonar lo que, al menos con toda certeza, le incumbía, estaba o no justificada o el retraso en el pago le era o no imputable, tal como establece la norma; siendo lo decisivo, por tanto, la actitud de la aseguradora ante una obligación resarcitoria no nacida de la sentencia ni necesitada de una especial intimación del acreedor (SSTS de 13 octubre 1999 y 26 enero 2000); hasta el punto de afirmarse que procederán los intereses especiales del artículo 20 LCS si la aseguradora consignaba la cantidad indudablemente debida, pero lo hacía con condiciones (STS de 12 de abril de 2002). Esta otra postura viene a suponer una mitigación de la regla «in illiquidis non fit mora», pues no toda controversia o discrepancia entre las partes excluye el devengo, ni, por tanto, el hecho de que tenga que seguirse un proceso judicial hasta determinar la prestación del asegurador elimina su procedencia, pues, de ser así, se frustraría la finalidad del precepto de conseguir el cumplimiento más rápido posible por parte de los aseguradores y evitar recursos infundados de éstos para, en cambio, fomentar la litigiosidad con la esperanza de que cualquier rebaja, en la correspondiente sentencia, de las cantidades pedidas por los demandantes viniera a eximirlos de aquel incremento. Semejante manera de entender el requisito de la liquidez resulta muy beneficiosa para los intereses de los asegurados, en comparación con el modo tradicional de aplicar la máxima *in illiquidis non fit mora*. En definitiva, cabe concluir que el mero alegato de la índole ilíquida de la deuda del asegurador no enerva, por sí solo, el devengo de los intereses moratorios especiales previstos en el artículo 20 LCS [LA CASA GARCÍA, *Devengo de interese moratorios*, en «La protección del cliente en el mercado asegurador». Thomson-Civitas. Madrid, 2014, pp. 856-857. De esta manera, pocas dudas existen en torno a la naturaleza punitiva o disuasoria de estos intereses, si bien la doctrina los ha calificado en ocasiones como auténtica cláusula penal legal [CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, FUJ, Jerez, 1989, pp. 242-244; GÓMEZ SEGADE, *Rasgos fundamentales de la nueva Ley sobre el Contrato de Seguro*, AJ, V, 1981, p. 37]; y otras veces, más que una cláusula penal, se ha considerado que contiene una modalización del régimen general sobre la mora en las obligaciones pecuniarias tendente a acentuar el carácter punitivo de la indemnización de daños y perjuicios irrogados por el retraso del asegurador, con el fin de propiciar una tutela eficaz del asegurado [LA CASA GARCÍA, *La mora del asegurador en la Ley de Contrato de Seguro*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 162; SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, t. XXIV, v. 2, EDERSA, Madrid, 1990]. Vendrían a representar una liquidación anticipada de los daños y perjuicios ocasionados por la mora del asegurador, a la que se dota de un acusado carácter penitencial en razón a las reglas sentadas sobre el cálculo

de la correspondiente indemnización [MORENO VELASCO, *Algunos comentarios sobre los problemas prácticos de la aplicación de los intereses moratorios en la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación*, La Ley, 4, 2005, p. 1434]. (L. A. G. D.)

## **12. Préstamo hipotecario: Nulidad de cláusula general en contrato concertado con consumidores: Ejecución por venta notarial.**

—Fermín y Lorenza contrataron con Banesto un préstamo hipotecario el 31 enero 2005 por importe de 240.000 euros. En garantía de la devolución del capital, y de los intereses y costas, hasta un límite de 360.000, se constituyó una hipoteca sobre finca urbana sita en Son Ramonell, dentro del término municipal Marratxi. La estipulación 11.<sup>a</sup> disponía: «Para el caso de que la ejecución de la hipoteca tenga lugar por el procedimiento extrajudicial a que se refieren los artículos 129 LH y 234 ss del RH, los otorgantes, además de pactar de modo expreso la sujeción a dicho procedimiento, hacen constar lo siguiente: a) Los valores en que se tasán las fincas hipotecadas para que sirvan de tipo en la subasta serán los mismos que han quedado señalados en la cláusula anterior. b) El domicilio señalado por las partes prestataria e hipotecante para la práctica de los requerimientos y notificaciones a que haya lugar será el mismo señalado a tales efectos en la cláusula anterior. c) La parte hipotecante designa a BANESTO SA, por medio de sus representantes estatutarios o legales, como persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de las fincas hipotecadas en su representación». En el mes de octubre de 2011, los prestatarios dejaron de pagar las cuotas mensuales. El 8 de mayo de 2012, Banesto inició los trámites de la venta extrajudicial de la finca hipotecada. El 25 de junio de 2012 se requirió de pago a la Sra. Lorenza y el 18 de julio de 2012, al Sr. Fermín. Transcurridos 30 días desde el requerimiento, el notario anunció la subasta con antelación de 20 días hábiles. La subasta se celebró el 28 de noviembre de 2012. El bien salió a subasta por un valor de tasación de 300.095,60 euros. El banco se adjudicó la finca por el 60% de su valor (180.057,36 euros), el 11 de enero de 2013.

El 20 de noviembre de 2012, la Sra. Lorenza presentó la demanda que dio inicio al presente procedimiento, en el que pedía la declaración de nulidad de la estipulación 11.<sup>a</sup> de la escritura de préstamo hipotecario. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad de estipulación. Entiende que se trata de una condición general, predisuelta por el banco en un contrato con un consumidor, de carácter abusivo. Invoca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la interpretación de la Directiva 93/13. El Juzgado entiende que en la medida en que el cauce procesal regulado para la ejecución extrajudicial prevista en el artículo 129 LH, merme o dificulte al prestatario hacer efectivo el ejercicio de los derechos que la UE confiere a los consumidores, el juez comunitario está habilitado para no aplicar la normativa procesal nacional. Por el contenido de la cláusula, que no afecta a un elemento esencial del contrato, concluye que procede directamente el control de contenido y no el de la transparencia. La cláusula provoca un desequilibrio por las siguientes razones: i) La venta extrajudicial, prevista en el artículo 129 LH, en su regulación anterior a la Ley 1/2013, constituye un medio para eludir el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas consagrado por la doctrina del TJUE; ii) La suspensión de la venta extrajudicial requiere del previo ejercicio ante el órgano jurisdiccional de la pretensión de nulidad por abusividad

de una cláusula, lo que denota una merma del derecho que consagra la sentencia del caso Mohamed Aziz, de 14 de marzo de 2013, de ver suspendido su procedimiento en el mismo momento en el que se plantee el debate del control del contenido. Apelada por el Banco, la sec. 5.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en su sentencia de 12 de mayo de 2014 confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia. Considera que el procedimiento de venta extrajudicial del artículo 129 LH tiene naturaleza ejecutiva, siendo el único que requiere de un pacto expreso, y es el que menos garantías de contradicción presenta para el deudor, tanto en los motivos de la oposición, como en la facultad de su suspensión por alegaciones de posibles cláusulas abusivas. La Audiencia Provincial advierte una analogía entre este caso y el que motivó el caso Aziz, y por ello entiende que la cláusula es abusiva. Razona que no pasa el control de transparencia y tampoco el de contenido. Este procedimiento, en su redacción anterior a la Ley 1/2013, aplicable al caso, no respetaba los derechos que le correspondían al consumidor frente a eventuales cláusulas abusivas e impedía que el juez pudiera apreciar de oficio su abusividad o que el notario lo advirtiera. El Banco interpone recurso de casación.

**Infracción del artículo 80 TRLCU.**—La estipulación 11.ª objeto de controversia no se refiere al objeto principal del contrato, sino a la posibilidad convenida por las partes de que, en caso de vencimiento anticipado por incumplimiento del prestatario de sus obligaciones de devolución de las cuotas pactadas, el acreedor pudiera instar la ejecución o venta extrajudicial prevista en el artículo 129 LH. El control de transparencia, tal como ha sido configurado por esta Sala desde su sentencia de 9 de mayo de 2013, y el Tribunal de Justicia de la UE, se refiere a las cláusulas de los contratos concertados por los consumidores que definen el objeto principal del contrato. Respecto de estas cláusulas, el control de transparencia, que se configura como un parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta «tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la *carga económica* que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la *carga jurídica* del mismo, es decir la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo (STS 9 de mayo de 2013).

Esta doctrina ha sido desarrollada y aclarada por ss. posteriores, entre ellas las de 24 de marzo y 29 de abril de 2015. Esta última ofrece una explicación del sentido y alcance de este control de transparencia: «Que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios y bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7b LCGC). Supone además que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el artículo 5.5 LCGC. Es pre-

ciso que, además sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá». «El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (...), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados». «Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de la transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

Esta configuración jurisprudencial del control de transparencia es acorde con la interpretación que sobre los preceptos de la Directiva afectados ha realizado el TJUE en las sentencias de 30 de abril de 2014 y 23 de abril de 2015. Esta última advierte que, a efectos de la observancia de la exigencia de transparencia, reviste una importancia esencial para el consumidor la exposición de las particularidades del mecanismo mediante el que la entidad predisponente ha de cumplir la prestación pactada, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él. Y condiciona la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que «la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él».

Pero, como se ha señalado en la doctrina, la falta de transparencia como criterio determinante del carácter abusivo de una cláusula tiene sentido respecto de las cláusulas que configuran el objeto principal del contrato, en la medida en que, conforme al artículo 4,2 de la Directiva, el control de contenido no puede referirse «a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Para el resto de las cláusulas, como la que es objeto de enjuiciamiento, respecto de la que cabe el control de contenido, los deberes de transparencia exigibles son los previstos en el artículo 5 LCGC para su incorporación. De tal forma que, superado este control de inclusión, el posible carácter abusivo de la cláusula no dependerá de la información previa o de cómo se haya presentado, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor.

En el presente caso, la sentencia recurrida ha declarado abusiva la cláusula (estipulación 11.<sup>a</sup>) no solo por la aplicación indebida del control de transparencia, sino también por la aplicación del control de contenido. Por ello, aunque tenga razón el motivo al aducir que no procedía aplicar el control de transparencia, no cabe la estimación del recurso sobre la base de este motivo primero.

**Derecho transitorio respecto de la ejecución por venta notarial.**—El motivo 2.º denuncia infracción del apartado 3, artículo 82 TRLGCU, en relación con el ap. 1, porque la sentencia no tiene en cuenta, para enjuiciar la abusividad de la cláusula, las demás cláusulas del contrato y, en consecuencia, no aprecia debidamente que la ausencia de cláusulas abusivas en ese contrato descarta cualquier riesgo de que la cláusula impugnada cause, en perjuicio del adherente, un desequilibrio contractual. En su desarrollo, en atención al carácter individual de la acción ejercitada, se aduce que el riesgo de desequilibrio solo podía darse si el contrato de préstamo contuviese cláusulas abusivas, de modo que el adherente no hubiera podido alegar eficazmente la abusividad de otras cláusulas de este contrato en el procedimiento de venta extrajudicial. En este caso, ni se ha discutido la validez del resto de cláusulas, ni el juez de instancia apreció de oficio la abusividad de cualquier otra cláusula contractual.

Procede estimar el motivo por las siguientes razones:

La demanda solo pretende que se declare la nulidad, por su carácter abusivo, de la estipulación 11.ª del contrato de préstamo hipotecario. La justificación de su abusividad radica en que esta estipulación habilita al acreedor hipotecario para acudir en caso de vencimiento anticipado por incumplimiento del prestatario, a la venta extrajudicial prevista en el artículo 129 LH, que ofrece menos garantías al consumidor para hacer valer su protección frente a eventuales cláusulas abusivas. Cuando se interpuso la demanda estaba a punto de concluir la venta y adjudicación del bien garantizado, lo que ocurrió antes de que se proveyera la demanda. Esta no indicaba qué concretas cláusulas consideraba abusivas, respecto de las que, de haber tenido cauce procesal adecuado, hubiera pretendido la nulidad y se hubiera opuesto a la ejecución, como ocurrió en el caso Aziz que motivó la cuestión prejudicial resuelta por la sentencia de 14 de marzo de 2013 del TJUE. Esta observación es muy relevante porque se ha ejercitado una acción individual que requiere de un juicio concreto sobre la abusividad de la causa, en atención al eventual desequilibrio que provocaba.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, una cláusula que permita al profesional que contrata con el consumidor acudir a la ejecución extrajudicial no es en sí misma abusiva. Así la sentencia de 10 de septiembre de 2014 del TJUE, entiende: «Las disposiciones de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional como la discutida en el litigio principal, que permite el cobro de un crédito, basado en cláusulas contractuales posiblemente abusivas, mediante la ejecución extrajudicial de una garantía que grava un bien inmueble ofrecido en garantía por el consumidor, siempre que esa normativa no haga imposible o excesivamente difícil en la práctica la salvaguardia de los derechos que dicha Directiva atribuye al consumidor, lo que corresponde verificar al tribunal remitente».

El Tribunal de Justicia en su sentencia de 10 de septiembre de 2014 parte de que la consideración, reiterada por la sentencia de 25 de junio de 2015, de que «a falta de armonización en el Derecho de la UE de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer esas reglas en virtud del principio de autonomía procesal, a condición, sin embargo, de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente

difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la UE (principio de efectividad)».

En relación con el principio de efectividad, la sentencia de 25 de junio de 2015 TJUE entiende que «cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la UE debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento y el desarrollo y las peculiaridades de éste ante las diversas instancias nacionales. Desde esta perspectiva, procede tomar en consideración, en su caso, los principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento». «Así pues, procede determinar si, en una situación como la del litigio principal, las disposiciones nacionales de que se trata, analizadas en su contexto y teniendo en cuenta el conjunto de vías de impugnación y recursos existentes, garantizan que existen medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y que tales cláusulas no vinculen a estos, tal y como prevén los artículos 6, apartados 1 y 7, de la Directiva 93/13». «Sobre estos medios, y respecto de la objeción planteada de que un sistema de ejecución notarial impide el control judicial de oficio, la sentencia de 10 de septiembre de 2014 del TJUE primero advierten que «aunque la Directiva 93/13 exige en los litigios entre un profesional y un consumidor una intervención positiva, ajena a las partes del contrato, del juez nacional que conoce de ellos, el respeto del principio de efectividad no puede llegar hasta suplir íntegramente la total pasividad del consumidor». Y luego, la sentencia de 25 de junio de 2015 del TJUE, concluye que «no puede considerarse opuesto en sí mismo al principio de efectividad el hecho de que el consumidor sólo pueda invocar la protección de las disposiciones legales en materia de cláusulas abusivas si ejercita una acción judicial. De hecho, la tutela judicial efectiva que garantiza la Directiva 93/13 se basa en la premisa de que los tribunales nacionales conozcan previamente del asunto a instancia de una de las partes del contrato». En el caso que motivó la cuestión prejudicial resuelta por la sentencia de 10 de septiembre de 2014, el TJUE entendió suficiente que la normativa aplicable previera que la venta extrajudicial podía ser impugnada en el plazo de 30 días a partir de la notificación de la ejecución de la garantía y, además, que cabía ejercitar la acción de nulidad de la subasta en el plazo de tres meses desde la adjudicación.

En nuestro caso, la regulación contenida en el artículo 129 LH ha variado de cuando se firmó el contrato de préstamo hipotecario (31 de enero de 2005), en que se incluyó la reseñada estipulación 11.<sup>a</sup>, y se instó la ejecución extrajudicial (8 de mayo de 2012), al momento presente. En su originaria redacción, el precepto no contenía ninguna previsión sobre la posibilidad de impugnación del procedimiento de ejecución y su paralización basado en la existencia de cláusulas abusivas; y tampoco los artículos 234 ss RH. Por contraste, en su redacción actual, tras las modificaciones por Ley 1/2013, de 14 mayo, y Ley 19/2015, de 13 de julio, el artículo 129 LH dota al consumidor de facultades para poder hacer valer ante los tribunales la nulidad de las cláusulas abusivas, con suspensión automática del procedimiento de ejecución. Hay que concluir que aunque el artículo 129 LH, al regular la ejecución notarial de la hipoteca, en su redacción actual, dota de facultades al consumidor para poder hacer valer ante los tribunales la nulidad de las cláusulas abusivas, con suspensión automática del procedimiento de ejecución, en la versión vigente en el momento en que se

firmó el contrato y en que se ejecutó la garantía, carecía de una previsión específica en tal sentido.

Como tampoco existían estas medidas en la ejecución judicial antes de la Ley 1/2013, ello motivó que la sentencia del TJUE del 14 de marzo de 2013, concluyera: «La Directiva 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de la resolución final». Esta sentencia provocó que los tribunales de instancia, mientras no se modificara la normativa procesal para regular el procedimiento, aplicaran no sólo el control de oficio sino también que permitieran la oposición a la ejecución hipotecaria por el carácter abusivo de algunas de las cláusulas que tuvieran incidencia en dicha ejecución o la adopción de medidas cautelares en el procedimiento declarativo en el que se interesara la nulidad de la cláusula. Esta situación de interpretación judicial de la norma procesal de conformidad con las exigencias de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas se regularizó, legislativamente hablando, con la reforma introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

El eventual carácter abusivo de la cláusula que permitía acudir al procedimiento de venta extrajudicial del artículo 129 LH, dependía del contenido de la regulación de esta norma. Bajo la aplicación de la regulación originaria, no se preveía el control de las cláusulas abusivas, mientras que tras las reformas de la Ley 1/2013 y, sobre todo, de la Ley 19/2015, de 13 de julio, sí. En las ejecuciones anteriores, el juicio valorativo del TJUE encomienda a los tribunales nacionales sobre, en la concreta situación enjuiciada, en qué medida sería prácticamente imposible o excesivamente difícil aplicar la protección conferida por la Directiva 93/13, debería realizarse en atención a las insuficientes posibilidades de control de la abusividad de las cláusulas que preveía en ese momento el artículo 129 LH, y por ello sería negativo. Mientras que en las ejecuciones abiertas por el régimen actual, aunque provinieran de la misma cláusula, la valoración debería realizarse conforme a las posibilidades de control de las cláusulas abusivas que ahora se prevén en el propio artículo 129 LH.

Lo anterior resalta que estamos ante una acción individual en la que se pretende la declaración de nulidad de una cláusula en la que se conviene la posibilidad de acudir a la venta extrajudicial, y que el juicio de abusividad es concreto y debe realizarse conforme a las circunstancias del caso.

A la vista de lo anterior, en el presente caso nos encontramos con que sólo se pide la nulidad de la estipulación 11.<sup>a</sup>, y no se aducen por el peticionario las cláusulas que habría podido invocar como abusivas, y por ello nulas, para suspender la ejecución y oponerse a ella, y que no pudieron serlo. Que es lo que pondría en evidencia la limitación efectiva y concreta de los derechos del consumidor, que le habría ocasionado la cláusula controvertida.

Vigente el contrato y antes de la ejecución de la garantía hipotecaria, podría tener sentido una demanda en la que sólo se pidiera la declaración de nulidad de una cláusula que habilitaba al acreedor para acudir a la ejecución

extrajudicial, en caso de incumplimiento del prestatario, para que cesara su vigencia y, por lo tanto, no pudiera acudir a aquel cauce para la ejecución, pero siempre bajo la presuposición de que, en su caso, se invocaría la existencia de una cláusula abusiva que pudiera advertirse entonces.

Pero pendiente el procedimiento de ejecución, el interés en pedir la nulidad de esta cláusula sólo se justifica porque vaya a impedir, o haya impedido impugnar y, en su caso suspender la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas que no sean solo la que permite la venta extrajudicial. Esto es, podría pedirse la nulidad de la estipulación 11.<sup>a</sup> justificando la concreta merma de protección frente a cláusulas abusivas que le ocasionaba aquel cauce de ejecución extrajudicial, pero siempre mediante la indicación de la nulidad de las cláusulas que quería hacer valer.

Por eso, en nuestro caso, en atención al contenido de la cláusula cuya declaración de abusividad se pretende, que radica en el desequilibrio que podría suponer para el consumidor, si se acude a la venta extrajudicial, la limitación de garantías en relación con el control de la abusividad de otras cláusulas contractuales, como no se mencionan por la demandante la existencia de estas cláusulas abusivas que no han podido invocarse, debe rechazarse la apreciación de que haya existido una abusividad real.

De acuerdo con lo anterior, procede estimar el recurso de casación, revocar la sentencia de apelación, y en su lugar acordar la estimación del recurso de apelación formulado por Banesto (ahora Banco Santander), en el sentido de tener por desestimada la demanda. Aunque la demanda ha sido desestimada, en atención a las lógicas dudas que la cuestión suscitaba, se estima oportuno no imponer las costas a ninguna de las partes (art. 394 LEC). (**STS de 14 de julio de 2016**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

NOTA.—Aunque referida a un supuesto de derecho transitorio, que versa sobre materia en rápida evolución, se trata de una sentencia importante destacada como se deduce de haberse dictado por el Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup>, y reconocer la propia resolución, la existencia de dudas interpretativas. De resolverse el recurso antes de las reformas del artículo 129 LH, nadie podría dudar de que el fallo hubiera favorecido al deudor. Por otra parte cabe detectar cierto descuido procesal de este a lo largo de las actuaciones del presente litigio. Nadie ignora, por lo demás, las no infrecuentes maniobras presuntamente abusivas que se cometían en algunas subastas hipotecarias, al margen de la correcta, y legalmente exclusiva, intervención notarial. La doctrina aquí sentada creo que puede suscitar controversia. (*G. G. C.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**13. Eficacia meramente declarativa de los actos administrativos de clasificación de un terreno como monte vecinal de mano común.**—La clasificación administrativa de un terreno como monte vecinal en mano común tiene eficacia meramente declarativa. La competencia para la declaración de la naturaleza del monte corresponde, a su titularidad, o a los derechos a que tales montes afecten corresponde a la jurisdicción civil. Esta competencia no puede quedar supeditada a una previa actuación del Jurado Provincial de Montes Vecinales en Mano Común correspondiente. El Jurado simplemente

constata con efectos declarativos, que no constitutivos, los requisitos que configuran esta forma de propiedad en régimen de comunidad germánica. Ahora bien, las resoluciones del Jurado generan sin duda situaciones jurídicas relevantes tanto en el ámbito administrativo como en el civil y, entre ellas, la declaración clasificatoria con la consiguiente atribución de la titularidad del monte. En consecuencia, la previa atribución de la titularidad dominical realizada por el jurado provincial no puede ser jurisdiccionalmente sobreestimada, pero tampoco ignorada por completo. Y es que el proceso por el que se dirime la propiedad se inicia a partir de esta previa atribución.

Por tanto, la aplicación a un monte determinado de la legislación especial en materia de montes vecinales de mano común (Ley 55/1980, de 11 de noviembre) no puede hacerse depender de una supuesta preceptiva y necesaria tramitación del expediente para la clasificación del monte como vecinal en mano común y de la resolución subsiguiente, firma, del Jurado Provincial de Montes Vecinales en mano común por la que definitivamente se clasifique el monte como vecinal; ello porque los actos administrativos clasificatorios gozan, a juicio de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de eficacia declarativa, no constitutiva. (**STS de 14 de julio de 2016**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—Una Junta Vecinal de Montes Vecinales en Mano Común (la «Junta Vecinal») promovió ante el Juzgado de Primera Instancia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de Montes Vecinales en Mano Común, un expediente de jurisdicción voluntaria para la aprobación de los estatutos de la comunidad pretendidamente titular de unos montes vecinales en mano común que la misma Junta Vecinal afirmó existentes. Mediante auto, de fecha 5 de febrero de 2010, el Juzgado acordó aprobar dichos estatutos. Se trataba de seis fincas inscritas a favor del común de los vecinos de la localidad en el Registro de la Propiedad.

En febrero de 2012, el Ayuntamiento de la localidad interpuso contra la Junta Vecinal, ante el mismo Juzgado, la demanda iniciadora del proceso, en la que pidió que se declarase que tanto los estatutos como la Junta Vecinal carecían de eficacia jurídica, pues las referidas fincas no habían sido previamente clasificadas como montes vecinales en mano común mediante resolución firme del Jurado Provincial de Montes Vecinales en Mano Común.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, por considerar que la aprobación de los Estatutos de Montes Vecinales en mano común exige la acreditación plena de la existencia de la Comunidad vecinal de dicho lugar, constituida en legal forma.

La Audiencia Provincial confirmó el fallo del Juzgado, sobre la base de su doctrina que afirma que la aplicación a un monte determinado de la legislación especial en materia de montes vecinales en mano común se hace depender de la preceptiva y necesaria tramitación del correspondiente expediente para la clasificación del monte como vecinal en mano común y de la resolución subsiguiente, firme, del Jurado Provincial de Montes Vecinales en Mano Común por la que definitivamente se clasifique el monte discutido como monte vecinal en mano común.

Frente a la sentencia de la Audiencia, la Junta Vecinal interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

**14. La atribución originaria de derechos de autor a una persona jurídica.**—El artículo 5.2 LPI prevé que de la protección que la LPI concede a los autores se puedan beneficiar las personas jurídicas. Y un supuesto típico de atribución originaria de derechos de autor a una persona jurídica es el de las obras colectivas, reguladas en el artículo 8 LPI. Las obras colectivas son aquellas elaboradas por varias personas y constituidas por varias aportaciones, pero en las que existe un único autor, que es quien edita y divulga la obra bajo su nombre. Las distintas aportaciones se funden en una creación única y autónoma, sin que se puedan atribuir derechos a estos participantes sobre la obra colectiva en su conjunto. En estos casos, es frecuente que sea la persona jurídica la que asuma los roles necesarios para ser considerada autora: a) decidir el contenido y objeto de las aportaciones; b) elegir a las personas que van a participar y encargarles la elaboración de los materiales que se integrarán en la obra colectiva; c) coordinar al equipo de trabajo; d) decidir qué aportaciones formarán parte finalmente de la obra y cuáles no; e) decidir la forma y condiciones de publicación de la obra.

**La acción de revisión de la remuneración por la cesión de derechos (art. 47 LPI).**—La acción de revisión del artículo 47 LPI fue introducida en la LPI de 1987. Aunque hay autores que relacionan esta acción con la cláusula *rebus sic stantibus*, el precepto no exige el elemento de ausencia de previsibilidad propio de esta figura, sino solamente una manifiesta desproporción entre la remuneración del autor y los beneficios obtenidos por el cesionario.

Conforme al artículo 47 LPI, cuando la remuneración por la cesión de derechos de autor es a tanto alzado, y cuando se produce una manifiesta desproporción entre dicha cuantía y los beneficios obtenidos por el cesionario, el cedente podrá solicitar la revisión del contrato y, en defecto de acuerdo, acudir al juez para que fije una remuneración equitativa, conforme a las circunstancias del caso. Este precepto se aparta del criterio general de respetar el precio acordado por las partes, aunque pueda resultar injusto, y lo hace para proteger al autor, en la medida en que se entiende que es la parte más débil del contrato. De ahí que el legislador lo configure como un beneficio irrenunciable en el artículo 55 LPI.

Según el Alto Tribunal, la facultad de solicitar la revisión no se otorga a cualquier cedente de derechos de autor, sino exclusivamente al autor, es decir, al titular originario de tales derechos, siempre que se cumplan los requisitos legales. Esta facultad no es transmisible por el autor cuando cede *inter vivos* derechos de propiedad intelectual. Tres son las razones para entender que sólo el autor es el beneficiario de esta acción: 1) el artículo 47 LPI otorga la facultad al autor, no al cesionario; 2) la ubicación sistemática del precepto, complementario del artículo 46.2 LPI, que prevé la modalidad de remuneración a tanto alzado para el autor; 3) el principio de protección del autor, que no se extiende a quienes adquieren de éste los derechos susceptibles de transmisión. En consecuencia, los titulares derivativos de derechos de autor no son beneficiarios de esta acción.

El Tribunal Supremo concede esta acción igualmente a las personas jurídicas que sean titulares originarios de estos derechos, en la medida en que el artículo 47 LPI no distingue entre unos y otros, y en la medida en que el artículo 5.2 LPI extiende la protección prevista para el autor persona física a las personas jurídicas. (STS de 5 de mayo de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La empresa A suscribió con la empresa T dos contratos de cesión en exclusiva de los derechos de impresión, encuadernación, publicidad y venta de la edición de varios libros. A había recibido, a su vez, los derechos de propiedad intelectual de la entidad AO. A interpuso demanda contra T, alegando: 1) que ésta había cedido los derechos a terceros sin haber contado previamente con su consentimiento; 2) había transformado tres de las obras objeto de la cesión al publicarlas como un libro único, junto con una cuarta obra escrita por un tercero; 3) había publicado dos obras sin hacer constar en la portada la autoría de AO. Así, ejercitó acciones de carácter declarativo (incumplimiento y resolución de los contratos e infracción de los derechos de propiedad intelectual), de cesación en la explotación de las obras cedidas, de resarcimiento de daños (por daños patrimoniales derivados de los incumplimientos y por la omisión de la indicación de la autoría en dos de los libros) y la acción de revisión del artículo 47 LPI, por desproporción entre la remuneración establecida por las partes y los beneficios obtenidos por la editorial demandada.

El Juez de lo Mercantil estimó todas las acciones declarativas y de cesación, pero desestimó las pretensiones relativas al resarcimiento de los daños y a la acción de revisión. Entendió que se había producido la cesión inconsentida alegada, la transformación señalada y la ausencia de mención de la autoría. Desestimó la acción de revisión, por entender que no concurrían los presupuestos legales, y las de indemnización, por no considerar acreditado el daño.

A interpuso recurso de apelación por haberse desestimado injustificadamente la acción de revisión y las acciones de indemnización. T se opuso al recurso alegando: 1) error al atribuir legitimación activa a A, pues ésta carece de la condición de autora, condición de la que también carece AO, pues la autoría correspondía a tres personas físicas que fueron quienes materialmente elaboraron la obra; 2) error al considerar que T había cedido sin autorización los derechos que A le transmitió, cuando lo cierto es que no se produjo cesión alguna a terceros; 3) error al considerar que había existido transformación de la obra. La Audiencia estimó en parte el recurso interpuesto por A, en cuanto a la acción de revisión —motivo por el que condenó a la demandada a pagar el 7% de los ingresos obtenidos— y en cuanto a la acción de indemnización de los daños de carácter patrimonial derivados de la infracción de los derechos de propiedad intelectual.

T interpone recurso de casación, alegando, en lo que aquí interesa: a) el artículo 5.1 LPI impide considerar como autor de una obra a una persona jurídica; b) no cabe el ejercicio de la acción de revisión por un cesionario de los derechos de autor. El Tribunal Supremo desestima la primera pretensión, al entender que las personas jurídicas pueden ser titulares originarias de derechos de autor. En este caso, AO tiene la condición de titular originario de los derechos de autor de la obra colectiva. En cambio, el Alto Tribunal sí que estima la segunda alegación, al señalar que la acción de revisión del artículo 47 LPI únicamente está prevista únicamente para los autores y no para los cesionarios. En consecuencia, es AO la titular de esta acción y no A. La titular originaria de los

derechos de autor sobre las obras colectivas fue AO y A es solamente titular derivativa de tales derechos en virtud de la cesión realizada por AO.

NOTA.—Sobre la atribución originaria de derechos de autor a una persona jurídica, *vid.* también la STS de 19 de marzo de 2014. En relación a la acción de revisión, destaca la STS de 24 de enero de 2000, donde se indicó que esta figura no era aplicable retroactivamente a aquellos contratos celebrados con anterioridad a la LPI de 1987, y la STS de 29 de marzo de 2001, que se detuvo en analizar el requisito de la desproporción manifiesta entre la remuneración percibida por el autor y los beneficios del editor. (S. L. M.)

**15. Distinción entre comunidad de pastos y servidumbre de pastos.**—Los artículos 392, 530 y 531 CC contienen la clave para la distinción de ambas figuras. Lo importante es la calificación del inmueble de que se trate como predio ajeno respecto de algunos de los interesados en determinado aprovechamiento (servidumbre) o como predio perteneciente a todos los interesados en dominio singular agrupado para el disfrute común por todos ellos o su dominio plural proindiviso (comunidad). Las principales características de la comunidad de pastos son: a) los condóminos suelen estar unidos por un vínculo personal de vecindad; b) el número de titulares por la misma razón es indeterminado y variable, de tal forma que el aprovechamiento se hace sin delimitación precisa, faltando la idea de cuota en el sentido romano de este término; c) la participación que le corresponde al comunero es inalienable; d) la comunidad es indisoluble e improcedente el ejercicio de la acción *communi dividundo*, con lo que se consigue que vecinos de pueblos enteros puedan vivir merced a esta forma de propiedad, acomodada a sus necesidades.

A la hora de diferenciar ambas figuras, conviene distinguir varias situaciones que se pueden producir. En primer lugar, una persona o una colectividad es titular del derecho de propiedad sobre un determinado predio, y otra persona o colectividad es titular del *ius in re aliena* a aprovechar los pastos de dicho predio. Esto constituye una auténtica servidumbre de pastos, a la que se refiere el artículo 603 CC, aplicable igualmente a las servidumbres de pastos constituidas con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil. Lo normal será que también la persona o colectividad a la que el predio pertenece tenga la facultad de aprovechar los pastos del mismo.

En segundo lugar, una persona o colectividad es titular del derecho de propiedad sobre un determinado predio, y otra persona u otra colectividad es titular del derecho de propiedad sobre un predio diferente. Y una y otra personas o colectividades tienen el *ius in re aliena* a aprovechar los pastos del predio ajeno y la *facultas domini* de aprovechar los del propio, disfrutando así del aprovechamiento en común de los pastos de ambos predios. Se trata en este caso de una comunidad de pastos resultado de una servidumbre recíproca. El artículo 602 CC se refiere a esta situación. Puede tratarse, no obstante, de más de dos predios.

En tercer lugar, varias personas determinadas o una o más colectividades son cotitulares del derecho de propiedad sobre un predio, y todas ellas tienen la facultad (integrante del dominio) de aprovechamiento solidario de los pastos de dicho predio. En esta situación no existe servidumbre de pastos alguna. Se trata de una comunidad de pastos sobre predio común.

En cuarto lugar, cuando la titularidad de la servidumbre de pastos (situación 1) o de cualquiera de las servidumbres recíprocas de pastos (situación 2) o la propiedad del predio común dedicado a pastos (situación 3), pertenezca a quienes tengan en cada momento la condición de vecinos de uno o varios pueblos o parroquias, existirá una comunidad de tipo germánico bien sobre el derecho de servidumbre de que se trate (en las situaciones 1 y 2), bien sobre el derecho de propiedad (en la situación 3). Tal comunidad de tipo germánico puede tener por objeto un derecho real de servidumbre de pastos. La existencia, por tanto, de un aprovechamiento comunal o vecinal de pastos no implica necesariamente la existencia de una situación de comunidad de pastos sobre predio común. **(STS de 4 de mayo de 2016; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—Los vecinos de S interpusieron demanda contra los vecinos de B y contra la Diputación Foral de Álava, solicitando que se declarase: a) la existencia de una comunidad facera en el término de la Sierra del T, constituida de una parte por los vecinos de S y de otra por los vecinos de B; b) que la Loma de R es propiedad comunal de los vecinos de S únicamente. De forma subsidiaria, solicitan que se declare la existencia a favor de los actores de una servidumbre perpetua de hierbas, pastos, aguas y maderas sobre los terrenos objeto del pleito. La Junta de B, en su contestación: 1) rechazó que existiera la comunidad pretendida por la actora, puesto que el monte en cuestión es propiedad sólo del pueblo B; 2) reconoció que durante mucho tiempo los vecinos de S fueron titulares de un derecho de servidumbre de pastos y leñas sobre tales terrenos, pero que se había extinguido por el transcurso de más de veinte años sin que fuera ejercitado; 3) sobre la Loma de L dijo que desconocía su ubicación (Burgos o Álava), pero que si la actora pretendía modificar los límites existentes entre las dos provincias, ello no podía producirse por sententia, sino mediante ley orgánica. La Diputación Foral de Álava contestó: a) que el Catálogo de Montes de Utilidad Pública de Álava recoge el monte del T como perteneciente a la localidad alavesa de B; b) aquellos montes cuya titularidad es compartida por pueblos de una y otra provincia aparecen perfectamente recogidos en los dos Catálogos; c) lo que fue antiguamente objeto de discusión entre las localidades litigantes fue el aprovechamiento de los pastos entonces existentes en la Sierra del T, y que en tales controversias S nunca cuestionó la pertenencia a B de dicho monte; d) la naturaleza de servidumbre del derecho de aprovechamiento de pastos del que S es titular quedó fijada en escritura pública de 9 de junio de 1951, documento pactado por las Juntas de S y B.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron las principales pretensiones de la parte actora. La Audiencia declaró que, de la prueba practicada, no cabe deducir que sobre el monte del T exista una comunidad facera, como pretenden los actores, ni tampoco ha quedado acreditado que S sea titular del terreno de la Loma de L. En relación con la pretensión subsidiaria, se plantean si el derecho de aprovechamiento de pastos, aguas y leñas sobre el monte T se mantiene vigente o si, como defiende la demandada, ese derecho de servidumbre que en su día correspondió a los vecinos de S ha prescrito. El Juez de Primera

Instancia se pronunció en este último sentido, sobre la base del artículo 546.2.º CC. La Audiencia consideró, a este respecto, que el Concejo de S goza de una servidumbre de pastos y aguas para los ganados en el monte T, terrenos propiedad de B. Y en cuanto a la loma de R, siempre ha pertenecido a B, donde los de S podrían retirar sus ganados por la noche hasta que se les permitió permanecer también a la puesta de sol en los mismos terrenos. Entiende que no se ha acreditado que durante los últimos veinte años se hubiera interrumpido el aprovechamiento por los vecinos de S, sobre los terrenos objeto del pleito. Así, la Audiencia revocó la sentencia del Juzgado en orden a declarar que existe una servidumbre de hierbas, pastos y aguas sobre los terrenos.

Contra esta sentencia, los vecinos de S interpusieron recurso de casación, en base a los siguientes argumentos: a) la infracción de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, y la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes; b) no se trata de una servidumbre, sino de una comunidad en mano común. El Tribunal Supremo llega a la misma conclusión que la Audiencia. Aplicando la doctrina jurisprudencial sobre las diferencias entre las servidumbres y las comunidades de pastos y leñas, y al no haberse probado la existencia de comunidad, califica el derecho de los vecinos de S como una servidumbre.

NOTA.—Sobre las diferencias entre la comunidad de pastos y la servidumbre de pastos, *vid.* las SSTs de 2 de febrero de 1954, de 19 de febrero de 1954, de 23 de octubre de 1964, de 2 de febrero de 1965, de 24 de febrero de 1984, de 16 de febrero de 1987 y de 7 de noviembre de 2006. (S. L. M.)

**16. Servidumbre de paso. Constitución por destino del padre de familia. Naturaleza jurídica. La servidumbre del artículo 541 CC constituye un supuesto de constitución tácita o voluntaria.**—La naturaleza jurídica de la servidumbre de constitución por destino del *pater familias* es una cuestión controvertida que gira en torno a dos tesis: la voluntaria y la legal. No obstante, esta Sala se inclina por la tesis de la voluntad tácita o voluntaria. Los argumentos son los siguientes:

Interpretación histórica: la constitución tácita o voluntaria de esta servidumbre responde mejor tanto a la tradición histórica de la figura como a los antecedentes inmediatos que incidieron en el sentido y finalidad del artículo 541 CC. En efecto, en esta línea, y aunque el rigorismo propio del Derecho romano clásico no la reconociera expresamente, pues exigía la constitución *nominatim* de la servidumbre, no obstante se tiene una clara constancia de que la figura se generalizó a través de la obra de los glosadores que bajo el prisma central de la posición del *pater familias* atendían a su voluntad presunta en el título de transmisión, de forma que si nada se decía en contra, operaba tácitamente este modo de constitución tanto *mortis causa*, como *intervivos*. Posteriormente, el Derecho consuetudinario francés acogió este planteamiento y de ahí pasó al Código Civil francés de 1804; irradiando a los restantes Códigos de la época, entre ellos a nuestro Código Civil y al Código Civil italiano de 1865. El comentario de García Goyena al artículo 540 del Proyecto de 1851, antecedente directo de nuestro actual precepto, resulta especialmente ilustrativo al respecto, pues después de dar cuenta de

las concordancias del artículo: «694 Francés, 748 Holandés, 484 de Vaud, 652 Sardo, 765 Luisiana y 615 Napolitano», señala que la figura «presume un convenio tácito de dejar las cosas como estaban; y la servidumbre revive en un caso y se establece en el otro».

Por su parte, la tesis de la constitución *ex lege* o automática de esta servidumbre se aparta de la tradición y antecedentes señalados. En este sentido, no hay duda de que su planteamiento arranca de la modificación operada en esta línea por el Código Civil italiano de 1942, particularmente de lo dispuesto en su artículo 1062.

Interpretación literal: la interpretación literal del precepto, condicionado por los antecedentes examinados, impide ignorar el sentido y finalidad que la informa respecto del carácter voluntario de esta servidumbre. En este sentido, no puede desconocerse que la propia letra del precepto parte de la presunción de la voluntad en el modo o en el *iter* de constitución de esta servidumbre. Juego de la voluntad que se manifiesta tanto en el momento de la decisión del propietario común de crear la situación del servicio o signo aparente, como en el momento de transmisión o separación de las fincas, sin que nada en contrario se exprese o se declare. Por tanto, el juego de la voluntad condiciona la interpretación de la norma, pues recorre toda la extensión de la formulación positiva informando la conexión lógica de todos sus elementos técnicos, a saber, el propio acto de destinación del *pater familias* y la creación del signo aparente, su consideración de título, y el acuerdo tácito en la transmisión de la finca y su constitución como servidumbre. De esta forma, la necesaria atención a la presunción de voluntad en el acto de destinación de esta servidumbre impide que se soslayen los aspectos prácticos que se derivan de la prueba de la misma, tal y como hace la tesis de su constitución automática o *ex lege*, pues la valoración de este juego de la voluntad no sólo permite la no aplicación del artículo 541 CC en el supuesto en que se acredite la inexistencia de una propia voluntad constitutiva de la servidumbre, sino también, en caso de su constitución, que se pueda tener en cuenta para la interpretación y alcance de la servidumbre a tenor del título de transmisión y de los actos posteriores de los propios interesados.

Interpretación sistemática: hay que señalar que la tesis de su configuración automática o *ex lege*, cercena injustificadamente el alcance sistemático que se deriva de este juego de la voluntad, especialmente con relación a la servidumbre cuyo acto de destinación responde a un criterio de mera utilidad, conveniencia o comodidad entre las fincas, y no a un estricto requisito de necesidad o servicio respecto del predio dominante que la justifique pues, en tal caso, dicha particularidad del criterio de mera comodidad resultaría inobservado con relación a la posible extinción de la servidumbre por causa de innecesariedad sobrevenida en los supuestos de constitución *ex lege* (caso del art. 568 CC), que solo atiende a la razón de necesidad o servicio que se deriva de las servidumbres de paso legales o forzosas.

Por último, y con relación a lo ya expuesto, también hay que destacar que el desenvolvimiento jurisprudencial de esta Sala, con independencia de pronunciamientos más o menos favorables a una u otra tesis, en el desarrollo de los requisitos exigidos para la existencia de esta servidumbre ha atendido, de forma clara, al reconocimiento del juego de la voluntad tanto respecto del acto de destinación del signo por el propietario común de ambas fincas, como requisito previo para su constitución, como a la falta de declaración en contra en el título de enajenación o transmisión de la finca, como condición para su existencia.

**Requisito para la aplicación del artículo 541 CC. Prueba de la voluntad del propietario común de las fincas de originar un gravamen sobre la finca enajenada.**—Uno de los requisitos que deben concurrir para su constitución (vía art. 541 CC), consiste en la acreditación de la voluntad del último propietario común de las fincas de configurar dicho signo aparente como un auténtico gravamen sobre la finca vendida a los demandados.

**Cuando el signo aparente responde a una función de mera utilidad o conveniencia, sin revelar una necesaria función de servicio entre fincas se requiere actos concluyentes de la voluntad de constituir el gravamen.**—En este contexto, esta prueba es de mayor grado en los supuestos en donde el signo externo sólo responde a una función de mera utilidad o conveniencia sin revelar, por su entidad, una clara y necesaria función de servicio entre una y otra finca. De ahí que la existencia de este gravamen, atendida a su constitución tácita, requiera de actos concluyentes (*facta concludentia*), realizados por las partes al respecto, sin que pueda servir a tales efectos los actos de mera tolerancia observados por la propietaria del predio sirviente. (STS 22 de julio de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La cuestión de fondo gira en torno a si para la aplicación del artículo 541 CC es necesario justificar que la existencia y persistencia de los signos aparentes responden a la voluntad del propietario común de los predios en el momento de la enajenación de los fundos. En concreto, se trata de la apertura de una puerta y un camino, de unos seis metros de anchura, que pasa sobre la finca propiedad de los demandados y que sirve para comunicar la finca del demandante con un sendero. Dichos signos fueron establecidos por el propietario común de las dos fincas, aunque posteriormente ambas fincas se volvieron a reunir bajo la titularidad de un solo dueño. Este último, transmitió la totalidad de su patrimonio, y con ello los dos fundos, a la entidad mercantil SA, que, a su vez, vendió uno de los inmuebles a los demandados. Posteriormente, en ejecución por parte de la Agencia Tributaria de una hipoteca constituida por la entidad mercantil SA en garantía de una deuda tributaria, los ahora demandantes resultan adjudicatarios de la otra finca. En base a los signos aparentes mencionados, los actores presentan una acción confesoria de servidumbre de paso sobre la finca de los demandados. Se da la circunstancia de que la finca del demandante disponía de cuatro accesos desde el exterior, de ellos tres directos a la vía pública que sirven para el normal aprovechamiento del fundo. Tanto el Juzgado de Instancia como la Audiencia Provincial resuelven en contra de la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia se pronuncia sobre la clásica polémica en torno a la naturaleza voluntaria o legal de la servidumbre constituida en aplicación del artículo 541 CC, decantándose por la tesis voluntarista. En la doctrina, a favor de la tesis voluntaria se han manifestado, entre otros, ROCA JUAN, «Comentarios de los artículos 530 a 604 CC», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. VII, vol. 2.º, 2.ª ed. Edersa. Madrid, 1990, p. 79); BONET CORREA, «La constitución de las servidumbres por signo aparente. La destinación del padre de familia», CSIC-Junta de

Estudios Económicos, Jurídicos y Sociales. Madrid, 1970, p. 134. Sin embargo, la tesis legal la han defendido, entre otros, LUNA-LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, t. III, *Derechos Reales*, vol. 2, 2.ª ed. Dykinson, Madrid 2004, pp. 121 y 122; GUILARTE GUTIÉRREZ, «La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español». Montecorvo. Madrid, 1984, pp. 520 y 521; y REBOLLEDO VARELA, «Constitución por signo aparente», en *Tratado de Servidumbres* (coord. Rebolledo Valera). Aranzadi. Navarra, 2002, pp. 233 y 234. En la jurisprudencia no se ha mantenido una postura inequívoca sobre esta cuestión. Así, se inclinan por la tesis de constitución legal las SSTs de 2 de junio 1972, 27 de septiembre de 1984, 6 de diciembre de 1985 y 6 de julio de 1992, en cambio, abogan por la tesis voluntarista las SSTs de 3 de marzo de 1942, 11 de junio de 1975, 13 de mayo y 10 de noviembre de 1986, 29 de diciembre de 1989, 31 de enero de 1990 y las de 18 de febrero y 22 de julio de 2016. (C. O. M.)

**17. Servidumbre. Constitución por título. Concepto de título. Doctrina jurisprudencial.**—La doctrina jurisprudencial considera título constitutivo de la servidumbre cualquier negocio o acto jurídico creador de la misma, oneroso o gratuito, *inter vivos o mortis causa*, en virtud del cual se establezca la limitación del derecho de propiedad, sin necesidad de que aquel negocio o acto quede plasmado documentalmente.

**Requisitos de la declaración de voluntad: debe quedar bien clara la voluntad de los otorgantes de querer constituir una servidumbre.**—La voluntad constitutiva ha de ser expresa: se requiere, cuando se trata de la creación *inter vivos* del derecho real, del indispensable concierto de voluntades dirigido a ese fin y no es necesaria la escritura pública como elemento *ad solemnitatem* que afecte a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado, siempre que conste bien clara la voluntad de los otorgantes de establecer una servidumbre. Cuando falte la prueba de una voluntad constitutiva de carácter expreso o en caso de duda ha de operar la presunción de libertad del fundo.

**Constitución a título gratuito: necesidad de escritura pública.**—La STS de 20 de octubre de 1993, ratificando que por título no debe entenderse necesariamente un documento, rechaza la posibilidad de adquisición de la servidumbre sin que se acredite una contraprestación si el acuerdo de voluntades no consta en escritura pública, como exige con el rango de forma constitutiva el artículo 633 CC para las donaciones.

**Servidumbre de luces y vistas. Constitución por prescripción. Cómputo de plazo: diferenciación entre ventanas abiertas en pared medianera o propia del dueño del predio sirviente (servidumbre positiva) y ventanas abiertas en pared propia del dueño del fundo dominante (servidumbre negativa).**—El Tribunal Supremo ha aseverado que debe partirse del supuesto de que toda servidumbre de luces y vistas, al ser continua y aparente, es susceptible de ser adquirida por prescripción de veinte años, conforme a los artículos 537 y 538 CC, teniendo dicha servidumbre carácter de negativa cuando los huecos están abiertos en pared propia del dueño del predio dominante y de positiva cuando tales huecos se hallan en pared medianera o propia del dueño del sirviente; en el caso de la servidumbre negativa, el cómputo del plazo prescriptivo no puede iniciarse sino a partir de la producción de un acto obstativo, por el que el dueño del que sería predio dominante prohíbe al del sirviente la

ejecución de un hecho que le sería lícito sin la servidumbre (por ejemplo, requerimiento para no edificar, interdicto de obra nueva para suspender la construcción), mientras que en el supuesto de la positiva el «dies a quo» del citado plazo lo constituye 1 día mismo de la apertura de los huecos (por ejemplo, STS de 8 de octubre de 1988).

**La doctrina de la accesión invertida no es aplicable a las relaciones de vecindad en materia de luces y vistas.**—En la jurisprudencia ha prevalecido el criterio contrario a la apreciación de la accesión invertida en relación con la servidumbre de luces y vistas, haciéndose hincapié en la inexistencia del requisito de la buena fe, pero no sin exponer otras razones. Así: «Especialmente la sentencia de 1 de octubre de 1984, trata de objetivar el problema apoyándose asimismo en argumentos no dependientes de la buena o mala fe sino en la sumisión del Juez al imperio de la Ley. Y, es sobre este último planteamiento, desde donde ha de enfocarse y resolverse el problema, ya que la doctrina de la accesión invertida, como tal creación jurisprudencial, dentro de la tarea de prestar complemento al ordenamiento jurídico que interpreta se explica en tanto en cuanto viene a dar respuesta a una laguna legal surgida cuando la construcción no se hace toda ella en terreno propio, esto es, cuando se construye parcialmente en terreno ajeno (y se tiene buena fe). Pero si el caso concreto halla pleno y claro encaje en el supuesto normativo, por más que resulten penosas las consecuencias del restablecimiento de la situación jurídica lesionada, no hay otra alternativa que la del respeto riguroso de la norma en cuestión, y, ninguna duda deja al respecto la aplicación al caso del artículo 582 CC que claramente ordena que no se abran ventanas con vistas rectas ni balcones u otros voladizos semejantes sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad. Otra cosa es que la ejecución de las medidas restitutorias al estado precedente se lleven a cabo con el menor costo posible para el ejecutado». (STS de 13 de mayo de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La actora interpone acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, de desagüe y de alero por su construcción ilegal (infracción de las distancias del artículo 582 CC, invasión de vuelo y subsuelo de la propiedad de la actora). Los demandados se oponen y además formulan reconversión instando que han adquirido las mencionadas servidumbres sobre la propiedad de la actora; o, en su defecto, que se declare el derecho a adquirir por accesión invertida una franja de terreno, colindante a la propiedad de la actora, de una anchura suficiente para que los huecos existentes, el alero y el desagüe queden regularizados conforme a la normativa legal. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y estimando parcialmente la reconvencción declara la existencia de las servidumbres de luces y vistas, alero, vertiente de tejados y desagüe. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación y declara que la finca de la actora se halla libre de aquellas servidumbres condenando a los demandados a regularizar las ventanas abiertas conforme a lo establecido en el Código Civil, retirar o cegar el desagüe con aguas residuales y retranquear el alero. Negada la servidumbre, examina la pretensión de la accesión invertida y la desestima. Interpuesto el recurso de casación el Tribunal Supremo declara no haber lugar.

NOTA.—La sentencia realiza un repaso sobre la posición de la jurisprudencia en relación a la adquisición de la servidumbre de luces y vistas por medio de la accesión invertida. En este punto, hay uniformidad en negar la posibilidad de adquirir la servidumbre por accesión invertida, por «no ser medio hábil para ello ya que las servidumbres sólo se adquieren por los medios establecidos por la ley». En realidad, la STS de 10 de diciembre 1980, que admitió la accesión invertida como forma de solución del conflicto planteado por la apertura de huecos y ventanas contra las prohibiciones contenidas en los artículos 581 y ss CC, no aplicó la doctrina de la accesión invertida como medio de constitución de la servidumbre de luces y vistas, sino que permitió la adquisición de la franja de terreno necesaria para completar la distancia prescrita por la ley para poder mantener los huecos o voladizos abiertos entre fundos limítrofes. Por el contrario, las SSTS de 1 de octubre de 1984 (construcción de una escalera en suelo propio infringiendo la distancia establecida respecto a la servidumbre de vistas del art. 585 CC), 22 de noviembre de 1989 y 7 de diciembre de 1995 (en ambos casos, apertura de huecos o ventanas sobre fundo vecino sin respetar el espacio mínimo legal) se oponen a la aplicación de la doctrina de la accesión invertida en estos casos. Los argumentos que se esgrimen como fundamento de esta negativa son dos: a) falta de buena fe del que abre el hueco en contra de las prescripciones legales y b) inexistencia de laguna legal por lo que no es necesario acudir a la doctrina de la accesión invertida para modular la aplicación del artículo 582 CC. Sobre la cuestión *vid.* CERDEIRA BRAVO DE MANCILLA, «La accesión horizontal en las construcciones extralimitadas (Una revisión crítica de la accesión invertida)», CRPME, Madrid, 2009, pp. 259 ss. (C. O. M.)

**18. Hipoteca constituida sobre inmueble transmitido con explícita condición resolutoria y prohibición de disposición y gravamen. Requisitos para que el acreedor hipotecario sea mantenido en su adquisición.**—Respecto a la prohibición de disposición y gravamen, conforme al artículo 34 LH, «[E]l tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro». Respecto a la condición resolutoria explícita, el Tribunal Supremo señala que los derechos de hipoteca son uno de los derechos de terceros que se contemplan en los artículos 1124. IV CC y 37 LH (que tratan sobre la resolución contractual sin perjuicio de derechos de terceros de buena fe y conforme a la LH). En el caso concreto, ni la prohibición de disposición o de gravar el inmueble, ni la condición resolutoria explícita a las que se sometieron los contratos de compraventa constaban en el Registro de la Propiedad cuando se constituyeron las hipotecas en favor del demandado. Lo que es natural conforme a los artículos 26 y 27 LH, los cuales prevén que las prohibiciones de disponer voluntarias que tengan su origen en contratos onerosos carecen de eficacia «jurídico-real», por ello, tales prohibiciones no tienen acceso al Registro (SSTS 26 de julio de 1993 y 17 de enero

de 1995). De este modo, el Alto Tribunal considera que mantener al propietario del inmueble liberado de las hipotecas constituidas es un resultado «no solo jurídicamente insostenible, sino a la vez profundamente injusto», pues el propietario se beneficiaría a costa del titular de la hipoteca, siendo el propietario el que realmente infringió la prohibición de gravar la finca impuesta por los vendedores. (STS de 27 de julio de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—La señora E demandó a la mercantil P, la sociedad H y al Banco S por incumplimiento de los contratos de compraventa de una finca que fue transmitida a la mercantil P, con prohibición de disponer de esta y gravarla y con una condición resolutoria explícita. Adicionalmente, la demandante solicita que se declaren canceladas las tres hipotecas constituidas sobre la finca en favor del Banco S, para garantizar los créditos en favor de la mercantil P y la sociedad H, pues se habían constituido con claro fraude y abuso del derecho, y con mala fe, por no respetar la prohibición de disponer y gravar.

En su sentencia de 16 de febrero de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Telde estimó íntegramente la demanda. El Juzgado estimó el incumplimiento grave del negocio jurídico de la compraventa por parte de la mercantil P. En relación a las pretensiones dirigidas contra el Banco S, el Juzgado declaró la cancelación de las hipotecas, sobre la base de que, aunque la prohibición de gravar no había sido inscrita en el Registro de la Propiedad, el Banco tenía pleno conocimiento de la realidad extra registral con anterioridad a la constitución de las hipotecas.

En la sentencia de 18 de marzo de 2014, la Audiencia Provincial de Las Palmas Gran Canaria estimó el recurso de apelación interpuesto por la mercantil P y el Banco S. La Audiencia señaló que de las pruebas practicadas no se podía deducir la mala fe del Banco y, en cambio, considera que la parte actora tuvo negligencia al no cerciorarse que la inscripción de las prohibiciones de enajenar quedase en el Registro o, en su caso, interesando por sí misma su inscripción, por lo que absolvió al banco de cualquier condena. Pese a lo anterior, la Audiencia estimó parcialmente la demanda, ordenando cancelar en el Registro de la Propiedad todas las inscripciones hechas sobre el inmueble (sin justificación). En respuesta a la aclaración del fallo solicitada por el Banco —para que se mantuvieran inalteradas las inscripciones de la hipoteca—, la Audiencia ratificó su sentencia, indicando que el fallo afectaba al banco como a cualquier tercero de buena fe. Asimismo, la Audiencia señaló que solo había absuelto al Banco de la petición de condena, junto con los otros codemandados, pero que el Banco «no adquirió por transmisión ningún derecho real inscrito en el Registro, ni adquirió ningún derecho a título oneroso, solo una garantía que se extingue al extinguirse la propiedad».

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el Banco S. Lo anterior, sobre la base de que cuando el Banco S adquirió los derechos de hipoteca del inmueble no constaba en el Registro de la Propiedad ni la prohibición de disponer y gravar ni la condición resolutoria explícita, pactadas en la compraventa del inmueble. (I. V. B.)

## DERECHO DE FAMILIA

**19. Modificación de la pensión de alimentos por el nacimiento de un hijo nuevo.**—El nacimiento de hijos nuevos no determina, por sí mismo, la cesación de la pensión de alimentos a los hijos anteriores ni su reducción. No obstante, habrá que tener en cuenta la situación económica del alimentante, pues situaciones extremas, como estar desempleado, podrían conllevar una redistribución de los recursos para que la pensión alcance a todos los hijos. El hecho de que el nacimiento se produzca por decisión voluntaria o involuntaria del deudor no implica que la obligación no pueda modificarse en beneficio de todos. El tratamiento jurídico es el mismo, pues todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores (art. 39 CE), sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante. En consecuencia, el nacimiento de un nuevo hijo puede suponer una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarlos a favor de los anteriores.

En estos casos habrá que fijar un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante. La falta de medios determina otro mínimo vital, el de un alimentante absolutamente insolvente, cuyas necesidades son cubiertas por aquellas personas que, por disposición legal, están obligadas a hacerlo, conforme a los artículos 142 y ss. CC, las mismas contra los que los hijos pueden accionar para imponerles tal obligación, supuesta la carencia de medios de ambos padres, si bien teniendo en cuenta el artículo 152.2 CC.

**Los gastos escolares como gastos ordinarios.**—Los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año son gastos ordinarios en cuanto son gastos necesarios para la educación de los hijos, incluidos, por lo tanto, en el concepto legal de alimentos. Y porque se producen cada año son, como los demás gastos propios de los alimentos, periódicos y, por lo tanto, previsibles en el sí y aproximadamente en el cuánto. En consecuencia, son gastos que deben ser tenidos en cuenta cuando se fija la pensión alimenticia. Por otro lado, los gastos extraordinarios son aquellos que son imprevisibles, no se sabe si se producirán, ni cuándo lo harán y, en consecuencia, no son periódicos. (STS de 21 de septiembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—A interpuso demanda contra T, solicitando la modificación de las medidas definitivas adoptadas en sentencia de divorcio, en relación con la pensión de alimentos establecida a favor de su hija menor habida en el matrimonio. En particular, que se fijara en la cuantía de 100 euros mensuales, con la supresión de la imposición del pago de los gastos escolares y la participación en el 50% de los gastos extraordinarios que puedan devenir con el carácter de necesidad, todo ello por haber sufrido una variación sustancial de sus cir-

cunstances económicas. Señala que se encuentra en situación de desempleo por la que percibe la cantidad de 426 euros. Añade que ha tenido un nuevo hijo, fruto de una relación posterior, con los consiguientes gastos que conlleva, estando actualmente su pareja en situación de desempleo sin prestación alguna. Apunta que no está cumpliendo con el pago de la pensión de alimentos fijada en su día en la sentencia de divorcio por imposibilidad, abonando mensualmente lo que puede. Igualmente señala que los gastos escolares tienen la condición de gastos ordinarios que forman parte del concepto legal de alimentos y que van incluidos en la pensión de alimentos. La demandada se opuso, solicitando el mantenimiento de las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, fijando la pensión de alimentos en 170 euros mensuales, por considerar que constituye el mínimo vital para lograr un mínimo desarrollo físico, intelectual y emocional. Indicó que la alteración de las circunstancias justifica la reducción de la pensión de alimentos. Señala también que si bien la nueva descendencia del demandante no puede fundamentar por sí sola la reducción de la pensión de alimentos, es un dato a tener en cuenta, máxime cuando la nueva pareja del demandante se encuentra también en situación de desempleo. Asimismo señala que el demandante deberá abonar el 50% de los gastos extraordinarios, entre los cuales se incluyen los gastos escolares y los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social. Contra dicha resolución el demandante interpuso recurso de apelación, que desestimó la Audiencia Provincial, al afirmar que la pensión de alimentos a favor de los hijos es una obligación ineludible cuyo mínimo vital se fija en los 170 euros fijados por la anterior sentencia.

Finalmente, A recurre en casación, alegando, básicamente, la infracción del artículo 146 CC. Argumenta el recurrente que su situación debería determinar, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, una reducción de la pensión de alimentos, que habría de fijarse en 100 euros, cantidad que permitiría cubrir las necesidades de ambos hijos atendiendo a sus actuales ingresos. Además, entiende que los gastos escolares tienen la condición de gastos ordinarios que forman parte del concepto legal de alimentos y que van incluidos en la pensión de alimentos. El Tribunal Supremo declara que se han tenido en cuenta todas esas circunstancias para reducir la pensión de alimentos a la hija de 200 a 170 euros. Sin embargo, señala que la sentencia recurrida es contraria a la doctrina jurisprudencial sobre los gastos escolares. El Alto Tribunal, en numerosas sentencias, ha dejado dicho que los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año son gastos ordinarios en cuanto son gastos necesarios para la educación de los hijos, incluidos, por tanto, en el concepto legal de alimentos. Y porque se producen cada año son, como los demás gastos propios de los alimentos, periódicos y, en consecuencia, previsibles en el sí y aproximadamente en el cuánto. De ahí que acoja esta doctrina y termine estimando parcialmente el recurso de casación, señalando que, a la hora de computar los alimentos, deberá tenerse en cuenta el prorrateo de los gastos de inicio del curso escolar.

NOTA.—El Tribunal Supremo ha declarado ya en varias sentencias que el nacimiento de un nuevo hijo no puede justificar, por sí mismo, la reducción de la pensión de alimentos de los hijos anteriores. Así, *vid.* SSTs de 10 de julio de 2015, 2 de marzo de 2015, 12 de febrero de 2014 y 30 de abril de 2013. Sobre los gastos escolares como gastos ordinarios incluidos en el concepto de alimentos, *vid.* STS de 15 de octubre de 2014. (S. L. M.)

**20. Requisitos para la adopción del sistema de guarda y custodia compartida. Interés del menor.**—Para la adopción del sistema de guarda y custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en atención al desarrollo e interés del menor, así como unas habilidades para el diálogo entre los progenitores (STS 29 de abril de 2013). En ausencia de un mínimo de capacidad de diálogo, se hace desaconsejable la adopción del sistema de custodia compartida, dado que en él es preciso mantener conversaciones respetuosas y fluidas, que redundan en beneficio último del menor.

**Cargas del matrimonio e hipoteca.**—No se puede considerar la hipoteca carga del matrimonio, sino que se trata de una deuda de la sociedad de gananciales (art. 1362.2 CC) que, hasta que la sociedad de gananciales no haya sido liquidada, deberá ser pagada por mitad por los propietarios del inmueble. (STS de 21 de septiembre de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Don Maximiliano presentó demanda de divorcio y medidas provisionales contra doña Sonsoles. Por su parte, doña Sonsoles presentó demanda de divorcio contra don Maximiliano.

El Juzgado de Primera Instancia acordó la disolución del matrimonio con la atribución a la madre de la guardia y custodia del hijo menor de edad; y la atribución al menor y al progenitor custodio, doña Sonsoles, el uso y disfrute del domicilio conyugal, fijándose un régimen de visitas a favor de don Maximiliano.

Don Maximiliano formuló recurso de apelación, poniendo en conocimiento de la Audiencia que se había modificado su jornada en cuanto a horario e ingresos mensuales, interesando que ambas circunstancias fueran tenidas en cuenta para acordar la custodia a su favor o subsidiariamente la custodia compartida. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de instancia. (A. I. R. A.)

**21. Separación de bienes: Indemnización del artículo 1439 CC: Determinación cuantitativa: Discrepancia interpretativa: Ausencia de interés casacional.**—Se formula recurso de casación para que se unifique la doctrina jurisprudencial sobre el cálculo de la indemnización de la compensación establecida en el artículo 1438 CC, dada la evidente contradicción existente al respecto entre las Audiencias Provinciales, lo que, de aceptarse, llevaría a una modificación del fallo de la sentencia recurrida que concede la indemnización a la esposa, y esto no se discute, porque, aunque «haya contado con la ayuda de una asistente un día a la semana, ha aportado efectivamente su trabajo a la casa familiar, lo que la convierte en acreedora del percibo de una compensación *ex* artículo 1438 CC, que habrá de cuantificarse en fun-

ción del salario o contribución que hubiera cobrado una tercera persona por desarrollar la actividad por aquella realizada, si bien (...) es preciso descontar la cantidad invertida en una asistenta durante un día a la semana por lo que considera la Sala que debe moderarse la cuantía de la indemnización, fijándose en 50.000 euros...».

Es reiterada la jurisprudencia de esta Sala relativa a cuando procede la indemnización prevista en el artículo 1438. No lo es en cuanto a los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y de la forma de pagarla, como tampoco lo es en las Audiencias Provinciales en las que las discrepancias son evidentes. Así se ha declarado, respecto a la primera, que el derecho a obtener la compensación requiere que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio sólo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge (SSTS de 14 de julio de 2011, 31 de enero de 2014, 26 de marzo, 14 de abril, 25 de noviembre y 11 de diciembre de 2015). Respecto a la segunda cuestión, la primera regla de determinación es el acuerdo entre los cónyuges al pactar este régimen, como prevé el propio artículo 1438, pero es evidente que este convenio no existe en la mayoría de los casos como sería deseable, ni es posible suplirlo mediante la fijación de una doctrina jurisprudencial unificadora, como se pretende, dado el evidente margen de discrecionalidad existente para valorar de forma ponderada todas las circunstancias concurrentes para establecer la compensación.

La STS de 25 de noviembre de 2015 recuerda que la forma de determinar la cuantía de la compensación ofrece algunos problemas: «En la STS de 14 de julio de 2011 se dijo que el artículo 1438 se remite al convenio, o sea a lo que los cónyuges, al pactar este régimen, puedan establecer respecto a los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. Ahora bien, esta opción no se utiliza, como sería deseable, ni se ha utilizado en este caso por lo que entonces será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación que no sea la que resulta de una norma especial en el marco del régimen económico matrimonial de separación de bienes y no del de participación de los artículos 1411 y ss. Cc. Una de las opciones posibles es el equivalente al salario mínimo interprofesional, o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar. Sin duda es un criterio que ofrece unas razonables y objetivas pautas de valoración, aunque en la práctica pueda resultar insuficiente en cuanto se niega a la acreedora alguno de los beneficios propios de los asalariados que revierten en el beneficio económico para el cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado. Pero nada obsta a que el Juez utilice otras opciones para fijar finalmente la cuantía de la compensación, teniendo en cuenta que uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro». Por su parte, la STS de 11 de diciembre de 2015 señala que se trata de una norma de liquidación del régimen matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación.

La conclusión es evidente. Si la fundamentación de la sentencia tiene en cuenta la doctrina de esta Sala respecto a la procedencia de la indemnización compensatoria, y alcanza una conclusión en función de distintas cir-

cunstances concurrentes, las citadas u otras que pudieran concurrir en el caso concreto, y lo hace de manera ponderada y motivadamente, no será una cuestión que deberá alterarse en casación mediante el recurso en interés casacional, del que carece, al responder a la doctrina expresada en esta Sala, tal y como ocurre en este caso en el que la sentencia recurrida, a través de un juicio ponderado, con la prueba de la que dispone, ha tenido en cuenta los parámetros resultantes de la doctrina jurisprudencial para determinar el importe de la compensación, con lo que no hay ni la infracción del artículo 1438, ni el asunto presenta el interés casacional que justifique la admisión del recurso. **(STS de 5 de mayo de 2016; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—En un juicio de divorcio la única cuestión que llega a la Sala 1.<sup>a</sup> es la relativa a la determinación de la cuantía de la compensación del artículo 1438. Solicitada en la demanda la suma de 115.200 euros, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia la establece en 72.240 euros, mientras que la Audiencia Provincial la reduce a 50.000 euros.

NOTA.—Aunque no puede calificarse de *vexata quaestio* la relativa a la reciente doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1438, que ha motivado, incluso, sentencias del Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup>, si cabría aludir al indudable carácter *singular* de la misma. En el presente caso se reconoce la diversidad de interpretaciones jurisprudenciales que se dan en la realidad ante los tribunales de instancia, y, sobre la base de un mínimo de aceptación de la actual doctrina oficial, se aceptan las diferentes cuantías fijadas en cada caso ponderadamente por aquellos. La sentencia del Pleno de 26 de marzo de 2015, y la sentencia de la Sala de 14 de abril de 2016 se recogen en *ADC*, 2016, p. 1183 ss con anotación de G. G. C.). (G. G. C.)

**22. Divorcio: Liquidación del régimen de separación de bienes: Cargas del matrimonio.**—El marido recurre en casación la sentencia de apelación que confirma la de instancia y le impone, en concepto de contribución a las cargas del matrimonio, la obligación de abonar el importe del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, propiedad privativa de la esposa, y el préstamo personal por esta concertado para la adquisición del vehículo de su propiedad destinado a su uso y al de sus hijos.

Son antecedentes de interés los siguientes hechos:

La esposa doña Tarsila, el 29 de diciembre de 2009 interpuso demanda de divorcio contra don José Manuel en la que, entre otras medidas, solicitaba la adopción de una pensión compensatoria a su favor por importe de 1.200 euros mensuales actualizables anualmente conforme al IPC y que, en concepto de contribución a las cargas del matrimonio, el marido abonara, como ya lo venía haciendo, el préstamo hipotecario que gravaba el domicilio conyugal, el préstamo personal concertado para las reformas de este y el préstamo obtenido para la financiación del vehículo utilizado por la esposa e hijos.

La parte demandada, que convino en la disolución del matrimonio por divorcio, se opuso a la adopción de las precedentes medidas alegando los siguientes motivos de fondo: i) No existía situación de desequilibrio económico que justificase la adopción de la pensión compensatoria a favor de demandante en atención a su edad, estado de salud, cualificación profesional, dedica-

ción a la familia, colaboración mercantil con la actividad mercantil de su esposo y breve duración de la convivencia conyugal. ii) El préstamo hipotecario que gravaba la vivienda familiar y los otros dos préstamos personales concedidos a la Sr.<sup>a</sup> Tarsila no constituían cargas del matrimonio; iii) La vivienda y el vehículo para cuya adquisición se concertaron los préstamos eran propiedad privativa de la demandante; y iv) El régimen matrimonial vigente durante su relación conyugal lo fue el de separación de bienes.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y acordó que el marido abonase, hasta su liquidación, y en concepto de pensión compensatoria, el importe del préstamo hipotecario que gravaba el domicilio conyugal y el préstamo para la financiación del vehículo de doña Tarsila. Contra dicha sentencia ambos litigantes interpusieron sendos recursos de casación. La Audiencia Provincial confirmó íntegramente la sentencia apelada.

**Doctrina jurisprudencial sobre si el pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, y otros de análoga naturaleza, pueden englobarse dentro de las «cargas del matrimonio».**—Se expone y analiza detalladamente las SSTs de 31 de mayo de 2006, 28 de marzo de 2011, 26 de noviembre de 2012, 20 de marzo de 2013 y 17 de febrero de 2014, llegando a la conclusión de que aplicando la anterior doctrina al único motivo del recurso resulta su estimación, pues el importe de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario y del préstamo personal concertado para la financiación del vehículo no pueden considerarse *cargas del matrimonio* en el sentido que a esta expresión se reconoce en el artículo 90 CC, sin que ello determine que esta Sala deba pronunciarse sobre la solicitud de pensión compensatoria formulada en la demanda.

Sobre esta cuestión sostiene el Ministerio Fiscal que la sentencia de apelación al considerar cargas del matrimonio lo que como pensión compensatoria se calificó en primera instancia, se ha dejado sin ella a la actora pues sobre ella nada se estipula al respecto. Y añade que «al ser un suplico de la demanda de divorcio que ha quedado en nebulosa y sin resolver por la sentencia de la Audiencia Provincial, entendemos que la Excm. Sala, si considerase que se dan los presupuestos tenidos en cuenta por el juzgador de instancia, deberá fijar la cuantía de esta y el plazo de duración del pago de la misma, ya que la sentencia de la Audiencia Provincial nada establece al respecto. Pues bien, esta Sala discrepa de la precedente consideración del Ministerio Fiscal, porque de la sentencia de apelación se deduce que su adopción fue denegada al reconocer que «habría sido más clarificador que se hubiese establecido claramente que no había lugar a la pensión compensatoria y que estas cantidades las consideraba y se imponían como contribución a las cargas del matrimonio». Y porque a dicha sentencia la demandante no interpuso recurso alguno; incluso, solicitada por el esposo la aclaración de la sentencia en el particular relativo al pronunciamiento sobre pensión compensatoria, que fue denegada, la demandante alegó «que la sentencia es clara y no necesita mayores precisiones. La Sala en uso de su autoridad revisoria ha calificado de distinta manera una de las prestaciones económicas que el esposo debe atender, igualmente también ha variado su alcance temporal».

**Interés de los menores.**—La sentencia recurrida, con la legítima intención en favor de los menores de que el padre contribuya a facilitar vivienda a los mismos, le impone la obligación de pagar las cuotas de amortización del préstamo contraído para la adquisición de la vivienda conyugal, que es bien priva-

tivo de la demandante. Pero obvia que el préstamo le fue concedido a ambos cónyuges con carácter solidario por escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada por el Banco Popular, el 23 de diciembre de 2004, según consta documentalente y reconoce el propio recurrente en su contestación a la demanda. Consecuencia de ello, al ser el padre prestatario, es que se encuentra cubierta la contribución de ambas partes para facilitar vivienda a los menores. Afirma el recurrente que desde el inicio y en la actualidad, y previsiblemente en el futuro, el que está soportando de forma exclusiva este gasto es el padre, lo que por otra parte reconoce la madre en su demanda, y añadía aquél que aunque ese pago no se puede computar como una carga del matrimonio, esa cantidad habrá de tenerse en cuenta en la fijación de la pensión de alimentos. Se reitera que el interés de los menores, que la sentencia recurrida quiere salvaguardar, se encuentra cubierta. Si circunstancias de futuro modificasen la situación fáctica existente, siempre cabrá instar la oportuna modificación de medidas, pero lo indudable es que la obligación de pagar el préstamo no constituye una carga del matrimonio.

La estimación del motivo determina la casación y anulación de la sentencia dejando sin efecto la obligación del recurrente de hacer frente al pago de los dos préstamos en concepto de cargas del matrimonio. **(STS de 21 de julio de 2016;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.] (G. G. C.)

**23. Divorcio: Liquidación de la sociedad de gananciales: Compra de vivienda familiar con precio aplazado antes del matrimonio, pagado con dinero privativo: Hipoteca pagada conjuntamente por los cónyuges: Carácter de la deuda: Defectos del recurso.**—La parte interpone recurso de casación y no el extraordinario por infracción procesal, si es que pretendía combatir los hechos probados de la sentencia recurrida; con la consecuencia lógica de que, por ende, tales hechos quedan incólumes y sobre ellos ha de decidir la Sala. Sin embargo la recurrente incurre en petición de principio o supuesto de la cuestión cuando parte, para la resolución del recurso de casación, de hechos distintos de los que la Audiencia Provincial ha considerado probados. Por tanto se tiene por acreditado que la vivienda la adquirieron los litigantes en estado de solteros, abonando la Sra. Leticia con dinero propio y de sus padres, al otorgamiento de la escritura de compraventa, el 53,50% del precio y el 46,50% restante se abonó con el préstamo hipotecario concertado el mismo día por ambos litigantes, que irían amortizando al 50%. De ahí que en la escritura de c.v. se establezca la cotitularidad de la vivienda con una cuota de 76,75%, a favor de la Sr.<sup>a</sup> Leticia y otra de 23,25% a favor del Sr. Ignacio. A partir de que contrajeron matrimonio las amortizaciones del préstamo hipotecario se hicieron con dinero de la sociedad de gananciales.

**Régimen jurídico de los bienes adquiridos a plazos, por uno de los cónyuges: Régimen general y excepción del artículo 1354 CC.**—El artículo 1357.1 CC dispone que «los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aún cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial». Pero en su párrafo 2.º añade que «se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el art. 1354». Este artículo preceptúa que «los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas». Tal normativa surge tras la reforma operada por Ley 11/1981, y aunque mereció críticas por algún sector de la doctrina, otro

la justificó por acudir a remediar las situaciones poco equitativas que resultaría de una calificación de privatividad en los casos más corrientes en que tales bienes se compran antes de la boda por precio aplazado y después se pagan los plazos con bienes gananciales. Algún autor fundamenta tal previsión en la necesidad de proteger la titularidad común de determinados bienes encaminados a satisfacer las necesidades primarias de la familia, como son la vivienda y ajuar familiares, y como medio para evitar que se eluda la comunidad si en parte ha abonado con fondos comunes y en parte con fondos privativos, persiguiéndose una finalidad tuitiva.

El supuesto se circunscribe a que los futuros esposos hagan aportaciones privadas antes de casarse, para la adquisición de la vivienda que va a ser familiar, y una vez casados paguen los plazos restantes, constante matrimonio, con dinero ganancial.

Es doctrina jurisprudencial (SSTS 23 de marzo de 1992, 7 de junio de 1996, 9 de marzo y 3 de abril de 1998, y 18 de diciembre de 2000) que cuando la vivienda ha sido comprada conjuntamente por ambos esposos, antes de contraer matrimonio por precio aplazado, de forma que una parte del precio se pagó cuando aún eran solteros, con dinero privativo de ellos, y el resto durante el matrimonio y con dinero ganancial, corresponde pro indiviso a la sociedad de gananciales y a los dos esposos en proporción al valor de las respectivas aportaciones, si se trata de vivienda familiar. Incluso se llegó a aplicar tal normativa cuando sólo se pagó durante el matrimonio un solo plazo (STS de 16 de marzo de 2007), pues aunque las circunstancias fuesen muy singulares «no puede conducir más que a una crítica del modo en que el legislador ha regulado el sistema... no a prescindir del precepto». Pero no parece que tal doctrina la contradiga la sentencia recurrida para negar la aplicación del artículo 1354 CC. La razón de aplicar éste descansa en que todo el precio se pagó con dinero privativo, por entender que tiene esta naturaleza el abonado con origen en el préstamo hipotecario, siendo esta deuda privativa, aunque luego se pagase en todo o en parte, constante matrimonio con dinero ganancial.

**Hipoteca por precio aplazado.**—Lo anteriormente expuesto enlaza a juicio de la Sala con el problema nuclear del recurso, cual es, determinar si el pago, vigente la sociedad y con dinero de ésta, el préstamo hipotecario solicitado para abonar el precio de la c.v. del inmueble, se equipara al pago aplazado del precio. Este tema se sometió a enjuiciamiento de la Sala en STS de 31 de octubre de 1989, cuya doctrina se reiteró en STS de 23 de marzo de 1992, conforme a la cual, a efectos y aplicación de lo dispuesto en los artículos 1357 y 1354 CC, son plenamente equiparables las amortizaciones de la hipoteca solicitada para el pago del precio y los pagos de una compraventa a plazos. Con cita de la doctrina de esta Sala se pronuncia, haciendo aplicación de ella, la DGRN en Resolución de 24 de noviembre de 2015.

Por todo lo expuesto se ha de convenir que las cantidades de préstamo hipotecario abonadas constante matrimonio conllevan que se le atribuya a dicho bien, en esa parte, el carácter ganancial, perteneciendo en pro indiviso por esa cuota al activo de la sociedad de gananciales, lo que tendrá efecto a la hora de incluir en el inventario los abonos efectuados por el IBI de la vivienda. Se estima parcialmente el recurso de casación. (**STS de 7 de julio de 2016**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

**24. Criterios de impugnación de la paternidad en reconocimientos de complacencia. No nulidad del reconocimiento de complacencia.**—El Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> sienta como doctrina que el reconocimiento de compla-

encia de la paternidad no es nulo de pleno Derecho por ser de complacencia. Por ello, no cabe negar la inscripción en el Registro Civil del reconocimiento de complacencia, aunque el encargado del Registro Civil disponga las actuaciones de datos significativos y concluyentes de los que se deduzca que el reconocimiento no se compadece con la realidad biológica.

**Criterios de impugnación de la paternidad en reconocimientos de complacencia. Posible acción de impugnación de la paternidad del reconocedor fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido.**—El Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> fija como doctrina que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si la acción prospera, el reconocimiento deviene ineficaz. La acción procedente es la de la impugnación de la filiación matrimonial (art. 136 CC), si la paternidad determinada legalmente por el reconocimiento es matrimonial en el momento de ejercicio de la acción. A contrario, la acción será la del artículo 140 II CC, cuando la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo de ejercicio de la acción.

**Criterios de impugnación de la paternidad en reconocimientos de complacencia. Plazo de caducidad de ejercicio de la acción de impugnación.**—El Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> establece como doctrina que, en caso de que el reconocedor y la madre del reconocido hayan contraído matrimonio con posterioridad al nacimiento del reconocido, la acción de impugnación de la paternidad que el reconocedor puede ejercitar es la regulada en el artículo 136 CC, durante el plazo de caducidad de un año desde la inscripción de la filiación en el Registro. También será esa la acción, cuando el reconocimiento se haya realizado con anterioridad a la celebración del matrimonio; y a no ser que hubiera caducado antes la acción del artículo 140 II CC, en cuyo caso el reconocedor no podrá ejercitar la acción del artículo 136 CC (el matrimonio no abre un nuevo plazo de un año a tal efecto). (STS de 15 de julio de 2016; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—Doña Rosalía dio a luz a una hija, doña Carlota, sin que quedara determinada legalmente su paternidad. Posteriormente, doña Rosalía contrajo matrimonio con don Obdulio, sin que este fuera el padre biológico de doña Carlota. Más de dos años después de contraer matrimonio con doña Rosalía, don Obdulio reconoció a doña Carlota como hija suya, sabiendo que no lo era en realidad, con el expreso consentimiento de doña Rosalía. Aproximadamente un año después del reconocimiento, cesó la convivencia conyugal entre don Obdulio y doña Rosalía, saliendo esta última del domicilio familiar e iniciando el procedimiento de divorcio. Un año y medio después del cese de la convivencia conyugal, don Obdulio presentó demanda de impugnación de la filiación de doña Carlota.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de don Obdulio, por considerar que la filiación tenía el carácter de matrimonial y había transcurrido sobradamente el plazo de caducidad de un año del artículo 136 CC desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil.

La Audiencia Provincial confirmó el criterio del Juzgado, salvo en lo referente en condena en costas a don Obdulio, por estimar

contradictoria la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de las cuestiones dilucidadas en ambas instancias. (A. I. R. A.)

**25. Patria potestad: Matrimonio con hijos menores: Padre condenado penalmente por maltrato: Incongruencia: Modificación de medidas: Suspensión de la patria potestad: Duración.**—En la sentencia recurrida se valoran con detenimiento las pruebas practicadas y, en especial, el informe psicosocial acordado por la propia Audiencia Provincial, en la que consta el deseo de los menores de ver a su padre, las visitas que se hicieron con anterioridad, que se desarrollaron con normalidad y la conveniencia de mantenerlas. En base a ello no se aprecia error en la apreciación de la prueba que pudiera motivar la estimación del recurso (art. 24 CE).

**Limitación o suspensión del derecho de visita: Interés de los menores de diez, nueve y seis años.**—El artículo 94 CC permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita. Igualmente el artículo 65 de la LO 1/2004 autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita. Por su parte el artículo 3 del Convenio de la ONU sobre Derechos del Niño establece como primordial la consideración del interés del menor. En igual sentido la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992, establece como esencial la salvaguarda de los intereses del niño.

El concepto de interés del menor ha sido desarrollado en la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la Infancia y a la Adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que en «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas», se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo», «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten», y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara».

Igualmente el artículo 2 de la mencionada LO 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno «libre de violencia» y que «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro legítimo que pudiera concurrir» (SSTS de 27 de octubre y 26 de noviembre de 2015). Y en la STS de 14 de febrero de 2016, se deja sin efecto la custodia compartida, en supuesto de violencia contra la mujer, pero no se suprimen las visitas del padre con los hijos.

A la vista de la referida doctrina jurisprudencial, debemos declarar que en la sentencia recurrida no se infringe la misma, pues se limita a mantener un reducido contacto del padre con los hijos en el centro penitenciario, acompañados de tercera persona, sin perjuicio de que cuando salga en libertad se adopten las medidas, ajustadas a derecho, que interesen las partes, dado que el tribunal de apelación carecía de elementos de juicio suficientes para resolver, sobre el derecho de visita, tras la puesta en libertad del demandado.

**Suspensión de la patria potestad.**—Se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el padre, con base en la argumentación siguiente:

En la sentencia recurrida no se priva de la patria potestad, sino que se suspende su ejercicio, dado que aquél se encuentra en un centro penitenciario, en aplicación del artículo 156 CC, dada la imposibilidad de su ejercicio efectivo. A ello cabe añadir que tras la sentencia de la Audiencia Provincial, consta condena por delito de maltrato habitual, lo que refuerza la medida

adoptada, dado que el artículo 65 de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece que «el Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guardia y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él».

Por tanto en la sentencia recurrida no se infringe precepto ni se desvincula de la jurisprudencia existente, dado que concurre una base jurídica sólida para suspender el ejercicio de la patria potestad, sin perjuicio de lo cual, en el ejercicio de una ponderada valoración del interés de los menores, mantiene el derecho de visita, si bien restringido. Por igual razón, no procede incrementar el sistema de visitas ni el de comunicaciones acordado, con el fin de no alterar el delicado equilibrio afectivo de los menores.

Sin embargo es desproporcionado supeditar la posibilidad de alterar el sistema de comunicaciones, a la plena libertad del recurrente, pues habrá de permitirse que pueda instarlo desde que consiga el tercer grado y/o la libertad condicional. En caso contrario, no podría ver a los menores en el centro penitenciario (en el que ya no estaría), ni mediante otro sistema de visita.

Por la misma razón, procede dejar sin efecto la suspensión del ejercicio de la patria potestad desde que el recurrente disfrute de libertad condicional, pues en dicho momento cesará el internamiento (completo o parcial) que justificaba la imposibilidad del ejercicio.

En consecuencia, procede estimar el recurso del padre tan sólo en el sentido de que: 1. Habrá de permitírsele que pueda instar la modificación del sistema de visitas y comunicaciones desde que consiga el tercer grado y/o la libertad condicional 2. Se mantiene la suspensión del ejercicio de la patria potestad, sólo hasta que obtenga la libertad condicional de la totalidad de las condenas. (STS de 13 de mayo de 2016; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

NOTA.—Sentencia prudente, que trata de conciliar, en la medida de lo posible, todos los intereses en presencia, en las difíciles y delicadas situaciones concretas que pueden darse respecto del padre, penalmente condenado por maltrato y suspendido de su función parental en relación con sus hijos, cuya protección privilegiada proclaman, al unísono, tanto la ley internacional, como la patria. Todo ello dentro de un marco temporal susceptible inevitablemente de cambio, pero cuyo sentido no conoce, con seguridad, el juzgador presente. Una sugerencia *de lege ferenda* el ahora juzgador: ¿No sería llegado el momento de plantear el tema de la jurisdicción civil familiar, estructurando tribunales de esta naturaleza en todas las instancias, incluyendo el Tribunal Supremo, para hacer más efectivo *the best interest of Child?* (G. G. C.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**26. Testamento abierto: Nulidad por falta de capacidad de la otorgante: Prueba de la incapacidad.**—Doña Lucía, nacida en 1919, viuda, después de otorgar varios testamentos, con fecha 15 de abril de 2011 otorgó testamento abierto ante el notario de Valencia don José Vicente Chornet en el que como cláusulas se hicieron constar: *Primero.*—*Instituye por sus únicos y*

*universales herederos, por partes iguales entre ellos (llamados doña Delfina, don Eliseo y don Calixto) sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes, y no teniéndolos, se dará el derecho de acrecer. Segunda.—Revoca por el presente testamento cualquier otra disposición de última voluntad anterior al presente.* El notario hace constar que *se halla la compareciente, a mi juicio, con la capacidad legal necesaria para testar y ordena de palabra su última voluntad, que yo, el Notario, consigno en las siguientes.....* Y también: *Tal es el testamento de la compareciente, que leo íntegramente y en alta voz, previa advertencia de su derecho a hacerlo por sí, de que no usa. La testadora encuentra lo escrito y leído ajustado a la expresión de su voluntad y así lo otorga y firma, tras manifestar que sabe y puede leer.* Este testamento fue otorgado previo encargo días antes por su hijo Calixto en el Hospital Casa de Salud de Valencia, de cuyo servicio de Análisis Clínicos se encarga este último, al acudir el notario a dicho Centro tras ser requerido para ello por el citado Calixto. La testadora falleció el 24 de octubre de 2011, en el Hospital Casa de Salud donde había ingresado el 20 de abril de 2011 por indicación del Dr. Leopoldo con el diagnóstico de neumonía.

Dada la importancia que adquiere la prueba de los hechos base de la acción ejercitada, se exponen detalladamente los descritos como tales en la sentencia.

En su declaración testifical el Dr. Leopoldo manifestó que trabajaba en la Salud, igual que Calixto, aunque no tenía relación de amistad, que atendió a la fallecida a su ingreso el 20 de abril de 2011, que la vio ese día y cree que hasta que falleció, tenía buen estado general, consciente y orientada, no apreció ningún signo de demencia, la vio normal, cree que no sufría demencia, hablaba y sabía quien era y dónde estaba.

El doctor Eusebio, radiólogo, en su declaración manifestó ser amigo de los tres hermanos, que vio a la madre el 15 de abril de 2011, informó un estudio de torax y ha valorado un TAC; anteriormente, en abril del 2007 no tenía signos radiológicos de demencia; la imagen solo no define una demencia, se precisan otros estudios complementarios; las demencias dejan o no rastro y secuelas en función del tiempo y hay veces que no se manifiestan en el tiempo. A lo largo del tiempo ha tenido contacto con la difunta cuando iba a rayos, era una relación coloquial y de circunstancias, le sorprendía por lo amable e inteligente, no notó nada raro, aunque la demencia no se puede detectar sólo con elementos radiológicos.

El doctor Amador, oftalmólogo, la intervino de cataratas en ambos ojos el 26 de octubre de 2005, desconociendo las capacidades cognitivas y volitivas a efecto de otorgar testamento, visitándole también acompañada el 18 de abril de 2011, con ocasión de un fuerte lagrimeo. Le explicó lo que iba a hacerle y dijo que sí. La vio rebajada, pero sin síntomas de demencia, durando la visita unos quince minutos.

El Dr. Severiano, en el informe realizado a petición del hijo Eliseo, manifestó que doña Lucía, fallecida el 24 de abril de 2011, inició un cuadro de deterioro cerebral cognoscitivo en marzo de 2004, refiriendo la familia trastorno de orientación y problemas para recordar nombres o citas en su rutina diaria y dificultad en problemas complejos, refiriendo la paciente inseguridad mental. En junio de 2004 es visitada por un neurólogo que realiza E. E. G. y R. N. M. informando ser normal. La evolución es progresiva y lenta, siendo la paciente repetitiva presentando trastornos de la fijación que dificultan la memoria reciente (2005), siendo ésta nula en 2010; progresión implica posteriormente regresión mental a la infancia con referencias repetidas a sus padres

y pérdida progresiva de la memoria inmediata (no recuerda el nacimiento de un bisnieto y el haberlo visitado). En las visitas realizadas en 2011, la expresión es repetitiva, sin memoria reciente ni inmediata, con referencias al pasado lejano (infancia y juventud). Físicamente presenta deterioro del estado y de la deambulacion precisando en octubre 2010, bastón y ayuda de otra persona; en noviembre del mismo año, silla de ruedas en la calle y con marcada postura cifótica en su domicilio; en enero 2011, incontinencia completa. En su declaración como testigo manifestó tener amistad y relación profesional con los hermanos, y de conocimiento con la demandante. Fue médico de la difunta Celia, la primera vez en 7 de abril de 1995, y la segunda el 27 de julio de 2002, a partir de cuya fecha la veía con bastante regularidad según se le llamaba, siendo el 6 de abril de 2011, el último día que la visitó. Apreciaba regresión en lo remoto, con memoria lejana, le preguntaba por su padre, no le prescribió medicamentos sobre la memoria, pues son de poca eficacia o de eficacia discutida o discutible; reconocía a sus familiares, aunque no recordó haber tenido un biznieto y que había viajado a Barcelona para verlo; no recordaba acontecimientos recientes, no mantenía conversaciones sobre actualidad; considera improbable que pudiese realizar esfuerzos intelectuales; piensa que era difícil, o improbable, que pudiese tomar decisiones sobre su patrimonio, actos complejos. La última visita transcurrió con normalidad, la reconoció estando una media hora, entendía lo que le decía, pero no se hubiese atrevido a decidir si estaba o no con capacidad para testar, y considera que ese día 6 de abril de 2011 hubiese tenido que pedir informes para opinar sobre su capacidad para testar.

El notario Sr. Domingo, que conocía a la familia toda la vida, y también a la difunta, manifestó que en febrero de 2011, los hermanos Calixto y Delfina fueron a hablar con él sobre la posibilidad de que su madre otorgase nuevo testamento, les indicó que ya tenía un testamento anterior, muy complicado y con muchos legados. Veía a la difunta con cierta asiduidad por vecindad, les dijo que su madre no estaba con capacidad para otorgar un nuevo testamento por no estar en condiciones, que podían luego arreglar la herencia entre ellos. Se reunió solo con Calixto y Delfina. En la última época estaba muy malita. Si la Sr.<sup>a</sup> Lucía hubiera estado en condiciones no hubiese tenido inconveniente en recogerle la firma e incluso ir a su casa; pero la veía muy mal y que no se enteraba. Vió un deterioro desde 2010, año en que firmó una escritura y un poder.

El hijo Eliseo no recuerda si salía a pasear, pues no la ha visto; su madre utilizaba silla por casa y para incorporarse tenía que ser ayudada por alguien, concretamente por dos personas; su madre no era consciente para nada, y se cayó varias veces de la cama. En las últimas semanas de su vida no trató la situación patrimonial, no estaba en condiciones de hacerlo, veía en la tele lo que ponían, cenaba y se acostaba, no podía hilvanar una conversación; muchas veces ni le reconocía; y aunque le habían recomendado medicamentos para la memoria, no tomaba decisiones sobre su tratamiento y requerían asistencia en las actividades cotidianas.

Julia, asistente de hogar, cuidadora en vida de la difunta y actualmente empleada de la demandante, manifestó que trabajó 25 años con la madre. Esta no reconocía a la asistente de noche llamada Esmeralda. No podía mantener conversaciones de actualidad con la familia, leía pero no comprendía lo que leía, y tenía que ayudarlo a comer; cuando salía de casa con sus hijos, no recordaba donde había estado, olvidando a las personas con las que acababa de hablar. El 15 de abril estaba como siempre, no le dijo que tenía intención

de ir a un notario; nunca hablaba de cuestiones sobre testamentos; a la vuelta tampoco le dijo donde había estado; saludaba educadamente, confundía electrodomésticos de la vida ordinaria; a veces recordaba que tenía una biznieta, y otras no; no escribía, veía la tele pero no la seguía.

Arcadio, el notario que autorizó el testamento discutido, conocía a Calixto por motivos de salud, pues acudía a su clínica a hacerse análisis de sangre; manifestó que no apreció ninguna causa de incapacidad para otorgar el testamento, que cuando dudaba al respecto, hacía prueba sobre los datos del DNI, e iba preguntando. En el curso de la conversación con la testadora no tuvo ningún tipo de dudas sobre su capacidad, nada le llamó la atención, era un testamento muy normal en el que instituía herederos a sus tres hijos, le dijo que se reunía con amigas y hablaban de estas cosas; era la primera vez que la veía, no compareció en su notaría sino que él acudió al Hospital Casa de Salud llevando el testamento que estaba previamente encargado por Calixto. Para otorgarlo, le dejaron en una sala a solas con la testadora.

Con fecha 27 de enero de 2012 consta informe pericial psiquiátrico de la Dr.<sup>a</sup> Tatiana sobre el estado mental de la difunta de fecha del otorgamiento del testamento, ratificado ante este Tribunal, que sienta como conclusiones: i) A la vista del informe médico y los testimonios de su hija, de su nieto y cuidadoras, podemos asegurar que el grado de deterioro se correspondía con un GDS-6, defecto cognitivo grave; ii) en la fecha de la última modificación del testamento, 15 de abril de 2011, su demencia puede ser calificada de un estadio muy avanzado; iii) del estudio de los elementos de juicio (informes médicos, testimonios y testamento) surgen claros indicios de anormalidad psíquica que dan fe de que no existía la necesaria capacidad para conocer y querer en el momento de modificar el testamento; v) dadas las circunstancias biológicas, de deterioro congénito y sociales de la prestadora, es posible afirmar que el cambio podía ser debido a un proceso de influencia indebida. Este informe se realiza con entrevistas a la hija de la difunta y demandante, a la asistenta del hogar, a la cuidadora de noche que trabajó para la difunta desde diciembre de 2009, hasta su fallecimiento, de Gumerindo, nieto de la difunta, y de la documentación consistente en los testamentos otorgados en 1999, 2001 y 2011, documentos con su firma, y el informe médico del Dr. Severiano de 10 de julio de 2011.

El Dr. Roberto elaboró un informe pericial psiquiátrico de 20 de junio de 2012, elaborado por consulta de documentación consistente en el alta por salida, el TAC cerebral del año 2007, el informe del oftalmólogo Dr. Amador, el informe del Dr. Florencio, el informe del Dr. Martín de 26 de marzo de 2012, la historia clínica de su ingreso el 20 de abril de 2011, el informe *post-mortem* del Dr. Severiano, el informe pericial de la Dr.<sup>a</sup> Tatiana, con las siguientes conclusiones: «i) No existe acreditado ni objetivado en la documentación clínica aportada que doña Lucía padeciera ni estuviera diagnosticada de demencia, ni enfermedad mental incapacitante. Si bien existe constancia de síntomas cognitivos, estos son aislados, y no requirieron estudio, seguimiento o tratamiento específico, por lo que quedarían englobados como «propios de la vejez». Asimismo existe evidencia, objetivada y constratada de un deterioro físico progresivo que justificaría la supervisión de tercera persona a nivel funcional; ii) El diagnóstico fiable de demencia requiere de la realización de entrevistas clínicas y pruebas complementarias tales como estudios neuropsicológicos de los que no existe constancia, y pruebas de neuro imagen (TAC normal en el año 2007). El diagnóstico de certeza se realiza del análisis anatómico-patológico postmortem cerebral. En la docu-

mentación clínica aportada no se objetiva la realización de un *screening* o diagnóstico fiable de demencia, ni filiación de grado de deterioro GDS por ningún facultativo acreditado. Las condiciones cognitivas y conductuales que la finada observa durante el año 2011, hasta su fallecimiento de 24 de abril de 2011, son suficientes para la necesaria capacidad de conocer y querer la realización del acto testamental, fechado a 15 de abril de 2011. Esta aseveración es congruente con lo objetivado en los informes clínicos realizados por los diferentes facultativos médicos: iii) no existen datos objetivos de la existencia de influencia indebida, dependencia o coacción de terceras personas para afirmar que la finada doña Lucía tuviera anulada, de forma total o parcial, su libre voluntad para disponer sin restricciones de sus bienes al otorgar testamento en la fecha del 15 de abril de 2011. Es todo cuanto tiene que manifestar el perito psiquiatra firmante, en el cumplimiento de su deber pericial en esta causa».

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y declaró la validez del testamento otorgado. La sentencia de apelación desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante y confirmó la resolución del Juzgado de Primera Instancia. Es de notar la afirmación de la última de que, pese a las dudas razonables que presenta este caso respecto a la posible captación de la voluntad de la prestadora del consentimiento, consideró que la carencia de capacidad mental ha de resultar acreditada, de una manera indudable, al tiempo del otorgamiento del testamento, prevaleciendo, en caso contrario, la presunción *iuris tantum* de capacidad en favor del principio *favor testamenti* y de la intervención notarial y el juicio de capacidad otorgado. En su fundamento 4.º declaró: «Este Tribunal no puede estimar el recurso y acceder a la pretensión revocatoria de la parte demandante pues no queda lo suficientemente acreditado que la testadora en el momento de otorgar, en fecha 15 de abril de 2011, el testamento que se impugna estuviese privada de sus facultades cognitivas y volitivas hasta el punto de no ser capaz de emitir la declaración de voluntad que el testamento recogía y comprender su alcance y significado». «Nos encontramos como declaraciones de personas de este entorno, su cuidadora, su hijo y el notario Sr. Domingo, que no son expertas médicas en la materia, y aunque cabe considerar que este último por su profesión, está acostumbrado a realizar juicios de capacidad, es lo cierto que no puede aseverar que el día 15 de abril de 2011 la testadora no fuese capaz de testar. Respecto al Dr. Severiano, principal testigo de la demandante en el aspecto médico, no obstante sus declaraciones, lo cierto es que tampoco pudo aseverar sobre el estado mental en la fecha del otorgamiento, reconociendo que si se le hubiese preguntado en concreto sobre ello no se hubiese atrevido a decir si estaba o no con capacidad para testar, y hubiese tenido que pedir informes para opinar sobre su capacidad, es decir, no podía con suficiente asertividad llegar a una conclusión de incapacidad». «De otro lado, los testigos, médicos aportados por el demandado, todos ellos compañeros de trabajo o amigos de profesión, que la vieron o el día del otorgamiento o en su posterior ingreso previo a la defunción, dicen que estaba bien, aunque ello referido a su conocimiento por las respectivas intervenciones médicas que no venían referidas a su salud mental sino física, tampoco puede dejarse de lado». «Los escasos antecedentes médicos no son concluyentes». «Tampoco lo son las periciales practicadas *post mortem*, pues son completamente contradictorias, y si bien esta Sala pudo disponer de la inmediata de la perito de la parte actora, y aun sin dudar de su capacidad técnica, resulta que se apoyaba en entrevistas parciales de la demandante, de su hijo y de las empleadas de hogar o

cuidadoras, la primera de las cuales estaba trabajando para la demandante. No incluye ninguna entrevista a otras personas externas al núcleo familiar de la demandante, lo que hubiese dotado a su informe de mayor imparcialidad. Y en todo caso, la valoración del informe del Dr. Severiano, excede con mucho de lo que el propio doctor manifestó en su declaración testifical. La pericial del demandado, no aclarada, se basa exclusivamente en documental que tampoco es concluyente». «Y respecto a la declaración del notario Sr. Arcadio, si bien no fue muy exhaustiva y concreta, puso de manifiesto con total asertividad el convencimiento del mismo de que había realizado un correcto juicio de capacidad de la testadora». «En este contexto, aunque ciertamente llame la atención que el testamento fuese encargado por el demandado, que fue igualmente quien llevó a su madre a urgencias el día del otorgamiento y quien avisó al notario para que acudiese a dicho centro, y aunque ello pueda inducir a pensar en un evidente interés del mismo en el otorgamiento y en su contenido, no es suficiente para apreciar una tarea de captación de voluntad y distorsión de la testadora». «Por último en orden al tema de la medicación que tomaba la difunta, manifestar que no se ha aclarado suficientemente, ni que medicación concreta tomaba, ni desde cuando, ni quien se la había prescrito, ni tampoco su motivo, eficacia y efectos en la testadora el día del otorgamiento o previamente al mismo». «Es por ello, por lo que se puede apreciar cierto grado de un deterioro físico evidente en la prestadora habida cuenta de su edad de 92 años, y aunque igualmente pueda concluirse que su estado mental no era en ocasiones suficientemente completo en orden a su memoria, lo que no puede afirmarse con la determinación y la eficiencia que se exige declarar la nulidad por falta de capacidad es que la prestadora no la tuviese en el momento en que otorgó el testamento. Añadir que si bien efectivamente este testamento modificaba de forma importante los beneficios económicos de su hija en el anterior testamento, incluidos los legados de que dispuso, era un testamento sencillo, que pocas dudas planteaba a su contenido». «Por ello, ante prueba contradictoria y no suficientemente concluyente la valoración de este Tribunal al igual que la del juzgador de instancia, es la existencia de dudas no despejadas por la parte a quien incumbía despejarlas, de acuerdo con el artículo 217 LEC, por lo que procede desestimar este recurso de apelación y todas sus alegaciones». Frente a la sentencia de apelación, la demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, siendo rechazados todos sus motivos.

**Error en la valoración de la prueba. Juicio de probabilidad cualificado suficiente sobre la falta de capacidad de la causante.**—Al amparo del ordinal cuarto del artículo 469.1 LEC se denuncia infracción del artículo 24 CE por error manifiesto en la valoración de la prueba al haber asumido la sentencia recurrida, como hechos probados, hechos incontrovertidos que son abiertamente incompatibles con la capacidad testamentaria de la otorgante y, sin embargo, desconoce esta falta de capacidad con base en razones de todo tipo ilógicas, erróneas o arbitrarias.

En este motivo la recurrente no identifica error patente o arbitrario alguno en la valoración de los concretos medios probatorios que hubiera sido relevante para el fallo, sino que se ha limitado a denunciar una falta de lógica y contradicción en los razonamientos, que no constituyen un error en la valoración de la prueba. En cualquier caso, en el motivo se realiza una lectura solo parcial y sesgada de los razonamientos de la sentencia, al prescindir de su conclusión principal, que no es otra que la falta de acreditación de la carencia de capaci-

dad de doña Lucía en el momento de otorgar testamento, de acuerdo con la valoración procedente de la prueba realizada.

En el motivo segundo, al amparo del ordinal cuarto del artículo 469.1 LEC denuncia la vulneración del artículo 376 LEC y del artículo 24 CE, desarrollado en dos submotivos: i) Alega que el juicio de capacidad del notario otorgante es la única de las pruebas a la que la sentencia confiere poder suficiente de convicción en aras a considerar probada la suficiente capacidad de la testadora: ii) dicha valoración no toma en consideración el hecho acreditado de que la testadora carecía de memoria inmediata o reciente, razón por la cual el tipo de examen de capacidad efectuado por el notario otorgante no pudo advertir la patología mental que afectaba a la testadora.

La recurrente plantea este motivo como un desarrollo o complemento del motivo 1.º, manifestando su discrepancia sobre la valoración conjunta y sobre la conclusión que alcanza. Por lo que debe ser desestimado con idéntico fundamento que el anterior. En cualquier caso, el desarrollo del motivo resulta incorrecto en las dos cuestiones. La Audiencia Provincial basa su conclusión en el *contexto* de la prueba practicada. Por otra parte, la alegada mayor solvencia del *Notario de toda la vida de la familia*, resulta incierta y su valoración como prueba no determinante, no constituye, en caso alguno, un error patente o arbitrario en la valoración de la prueba. En efecto, salvo el otorgamiento de una escritura de poderes en 2010, en la que juzgó capacitada a la testadora para otorgarlo, no autorizó profesionalmente los testamentos anteriores de la causante, ni la partición y aceptación de la herencia de su marido, ni solicitó informe médico sobre su estado mental, realizando su testimonio como mero vecino, «que la veía por la calle y en misa», y reconociendo que no hablaba con ella. La relevancia de este hecho fue valorado correctamente por la Audiencia Provincial en el conjunto de la prueba practicada, particularmente en atención a informes médicos.

En el motivo 3.º, con idéntico amparo, argumenta que de la prueba obrante en autos puede inferirse un juicio de probabilidad cualificado suficiente para adquirir la certeza procesal sobre la falta de capacidad de la causante. Con ello pretende una nueva valoración de la prueba practicada, según su propio análisis o parecer, en sentido distinto a la valoración conjunta de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial; extremo que es impropio de la naturaleza y función de este recurso extraordinario.

**Necesidad de probar de forma concluyente o determinante la falta de capacidad en el momento del otorgamiento: Criterios de probabilidad cualificados: Presunción de capacidad y favor testamenti: Juicio de capacidad del Notario: Doctrina jurisprudencial aplicable.**—Como cuestión previa la recurrente propone la integración excepcional del *factum* en el examen de los diversos motivos planteados. Debe señalarse que dicha integración no puede servir o ser utilizada para llegar a conclusiones o valoraciones de la prueba distintas a las alcanzadas en la instancia, o sustituir por otro el sentido de la valoración conjunta de la prueba practicada, que es lo que pretende la recurrente con relación a una patología de la testadora que no ha resultado acreditada, por lo que dicha integración debe ser desestimada.

Respecto de la violación de los artículos 662 y 663 CC debe precisarse que la recurrente parte de una interpretación errónea de la norma, pues nuestro Código Civil no establece, tal y como alega la parte recurrente, que en los actos o negocios *mortis causa*, la exigencia de la capacidad mental respecto al discernimiento acerca de la finalidad, contenido o trascendencia del acto realizado deberá ser mayor que en los negocios *inter vivos*. Más bien, y en

atención al ámbito en donde opera la acción de nulidad entablada, nuestro Código Civil sitúa el contexto del debate en la necesaria prueba por parte del impugnante, de la ausencia o falta de capacidad mental del testador en el momento de otorgar el testamento. Esta carga de la prueba deriva del principio del *favor testamenti*, que acoge nuestro Código Civil, y de 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 2015). Con lo que el legitimado para ejercitar la acción de nulidad debe probar, de modo concluyente, la falta o ausencia de capacidad mental del testador respecto del otorgamiento del testamento objeto de impugnación y destruir, de esta forma, los efectos de la anterior presunción *iuris tantum* de validez testamentaria. Prueba concluyente que no requiere, en sede civil, concorde con la duda razonable que suelen presentar estos casos, que revele una seguridad o certeza absoluta respecto del hecho de la falta de capacidad del testador, sino una determinación suficiente que puede extraerse de la aplicación de criterios de probabilidad cualificada con relación al relato de hechos acreditados en la base fáctica. En este sentido, la instancia, aun reconociendo las dudas razonables que presenta este caso en orden a la posible captación de voluntad de la testadora por uno de sus hijos, que la llevó a urgencias el día del otorgamiento del testamento y que, a su vez, encargó dicho testamento al notario, no obstante, conforme a la valoración conjunta de la prueba practicada, llega a la conclusión de que la parte impugnante no ha acreditado, de forma determinante y suficiente, que la testadora careciera de capacidad mental en el momento del otorgamiento de dicho testamento; sin que su valoración de la prueba resulte ilógica o arbitraria de acuerdo a lo anteriormente señalado. Tampoco resulta correcta la alegación acerca de la valoración preferente o determinante que la instancia realiza con relación al juicio de capacidad del notario autorizante, que al igual que la presunción derivada del principio de *favor testamenti* admite prueba en contrario, pues la sentencia, de la AP valora dicho juicio de capacidad en el *contexto* de la prueba practicada.

Finalmente, tampoco la sentencia, infringe la correcta interpretación y aplicación del artículo 666 CC, que no puede tomarse en un sentido estrictamente literal o estricto, de forma que excluya cualquier valoración de actos o hechos anteriores al otorgamiento del testamento que pudieran resultar relevantes para apreciar la falta de capacidad mental del testador. Prueba de ello, valga la redundancia, es que la valoración conjunta de la prueba efectuada responde, en gran medida, al relato de los hechos acreditados anteriores al otorgamiento del testamento, con trascendencia para comprobar la posible carencia o ausencia de capacidad mental de la testadora. Por lo que no cabe una valoración de estos hechos ya examinados por la instancia, tal y como pretende la recurrente. (**STS de 7 de julio de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—Sentencia que presupone un minucioso —cuasi detectivesco— ejercicio de investigación fáctica acerca de la capacidad mental y volitiva del otorgante de un testamento abierto, rodeado de algunas circunstancias singulares que arrojan ciertas sombras de dudas sobre la concurrencia en el caso de la misma; tarea que ha llevado a cabo ejemplarmente la Sala y que, en mi opinión, merece aprobarse. Todo ello sin negar la dificultad extraordinaria de probar esa situación fáctica del otorgante en los actos *mortis causa* cuando

el Notario autorizante, en el caso, no ha requerido el informe de facultativos que lo examinan *ad hoc*. (G. G. C.)

**27. Partición hereditaria realizada por albacea contador-partidor: Impugnación por legatarios.**—La cuestión fáctica parte del testamento abierto otorgado por doña Reyes Paulina, soltera y sin descendencia, en fecha 10 de agosto de 2005; la cual falleció el 23 de octubre de 2006. En dicho testamento instituyó heredera a su madre doña Fátima, que no es parte; designó albacea-contador-partidor a don Hipólito, que tampoco es parte; y nombró a su madre (prelegado); a su hermano don Jenaro, parte demandada y recurrente en casación; a su otro hermano don Ernesto, con igual calidad procesal; a su sobrina y ahijada doña Delia, demandante en la instancia y recurrente en casación; a otros varios legatarios que tampoco han sido parte; también fue demandado don Ambrosio que se allanó a la demanda y no compareció ni en segunda instancia, ni en casación. La partición de la herencia se protocolizó ante Notario el 15 de marzo de 2007, con la participación del albacea don Hipólito, de la heredera doña Fátima y de los legatarios don Jenaro y don Ernesto.

La legataria doña Delia formuló demanda el 10 de marzo de 2011, con un suplico extenso y detallado, interesando la nulidad de determinadas reducciones, y la corrección del valor atribuido a ciertos bienes, y se declare que es propietaria, como consecuencia de ello, de una serie de cuotas de concretos bienes; asimismo, como consecuencia de la partición que se condene a don Ambrosio, a don Ernesto y a don Jenaro, a la entrega de partes alícuotas de determinados bienes. La parte demandada se opuso a las anteriores pretensiones que la indebida valoración puede ser objeto de la acción de rescisión por lesión y que dicha valoración se hizo correctamente por el contador-partidor teniendo en cuenta los dictámenes periciales. Alegó, por último el *favor partitionis* y la doctrina de los actos propios.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid, de 5 de febrero de 2013 hace un estudio exhaustivo de la partición y de la valoración de los bienes y, como corolario, realiza una auténtica partición de la herencia referida, que lleva a estimar parcialmente la demanda. Apelada la sentencia por doña Delia y los codemandados don Jenaro y don Ernesto, la Audiencia Provincial, sec. 25, de Madrid dictó sentencia el 4 de abril de 2014, confirmando la sentencia recurrida. Don Ernesto y don Jenaro interpusieron recurso de casación, en tres motivos: i) No cabe nulidad parcial de la partición, debiendo haber interpuesto la rescisión por lesión en más de la cuarta parte, o bien la acción de complemento del artículo 1079 CC, que en el caso habían caducado; ii) Vulneración del principio general del *favor partitionis* respecto a la valoración de los bienes que hizo el albacea contador-partidor; y iii) Vulneración del principio general por el cual no es lícito ir contra los propios actos, puesto que la demandante había aceptado la partición de forma tácita o incluso expresa, pues habiendo aceptado la herencia, vendió el inmueble cuya valoración discute y no interpuso demanda hasta años más tarde de la partición.

**Doctrina jurisprudencial sobre la partición hereditaria.**—Con la partición cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto de los comuneros (herederos, legatarios y, en su caso, legitimarios) se transforma en derecho concreto sobre los bienes que le han sido adjudicados, conforme a la doctrina especificativa de la partición (SSTS 21 de julio de 1985, 13 de octubre de

1990, 5 de marzo de 1991, 28 de mayo de 2004, 16 de septiembre de 2010 y 26 de enero de 2012, de conformidad con el art. 1068 CC). La partición la puede realizar el propio testador o encomendarla al contador-partidor, tal como contempla el artículo 1057, el cual es considerado como un albacea particular cuya misión es llevar a cabo la partición, aplicando normas del albaceazgo, tanto más cuanto en el presente caso en el testamento se le nombró «albacea, comisario, contador-partidor». La partición judicial, prevista en el artículo 1057 CC, es una forma subsidiaria y última de hacer la partición, cuando no la haya hecho el testador, ni haya nombrado un contador-partidor ni haya acuerdo entre los miembros de la comunidad hereditaria, lo que regula el artículo 782 ss LEC. La partición como final de la partición hereditaria goza del *favor partitionis* o «principio de conservación de la partición» como dice la STS de 12 de diciembre de 2005.

La última resolución citada se refiere al error en la partición, tomando en cuenta el impacto del «principio de conservación de la partición», así como a la falta de referencia expresa a las consecuencias del error vicio o del error obstativo –salvo el tratamiento de algunos supuestos especiales–, estimando que en el caso se produjo error en las operaciones particionales, por inexacta representación de la medida o superficie de la finca; tal error no había de llevarse al artículo 1079 CC, sino al artículo 1074, lo que se deduce de la letra del precepto, puesto que no es lo mismo la omisión de un valor que la valoración errónea de un bien, y también de la función que en el conjunto del sistema corresponde al artículo 1074, que reserva a la rescisión la lesión en más de la cuarta parte.

De ello se desprende la dificultad de impugnar la partición y las escasas causas que son admisibles. En primer lugar, no pueden evitarse (STS de 13 de marzo de 2003) como son: la falta de algún elemento esencial (falta de consentimiento o invalidez del testamento); la contravención de norma imperativa o prohibitiva (art. 6.3 CC), caso del menor o incapacitado sin intervención del defensor judicial con oposición de intereses (STS de 18 de octubre de 2012); concurrencia de vicio de consentimiento o defecto de capacidad.

Fuera de estos casos la discusión sobre el valor de otros elementos relativos a la valoración de bienes (aparte de los escasos supuestos del art. 1079) sólo cabe la rescisión cuando ésta es superior a la cuarta parte del valor del patrimonio hereditario. Aparte es el artículo 1073 CC, de difícil aplicación, partiendo de la aplicación del artículo 1291 CC. En la rescisión por lesión hay que atender al valor total de la masa hereditaria para calcular la lesión (STS 8 de marzo de 2001). Así se dará la lesión por supervaloración de un lote o infravaloración –siempre en más del cuarto– de otro lote, lo que ni siquiera se ha planteado en el presente caso.

En el presente caso la partición la realizó el contador-partidor nombrado por la testadora, al amparo del artículo 1057 CC, y con escasa regulación, lo que ha llevado a la jurisprudencia a aplicar las reglas del albaceazgo, que en este caso queda solventado porque la testadora lo nombró albacea y contador-partidor. Como tal, la jurisprudencia en ocasiones lo ha asimilado al mandato (STS de 19 de febrero de 1992) o al mandato *post mortem* (SSTS de 23 de noviembre de 1974 y 20 de noviembre de 1990). En definitiva, la jurisprudencia mantiene la similitud con el albacea, y todas las teorías se fundamentan en la confianza que en los mismos tiene el testador.

El recurso se desestima por las siguientes razones:

**Incongruencia del recurso.**—El primer motivo se desestima porque el enfoque que hacen los recurrentes no es el de la acción ejercitada ni el que ha

estimado la sentencia recurrida. El suplico de la demanda y el fallo congruente de las sentencias de instancia no parten de la nulidad de la partición, total o parcial. Parten de la inoficiosidad de los legados por razón de la legítima que corresponde a ascendientes; es decir, no se discute la legítima, que es intangible (art. 817 CC) sino que, partiendo de su cuantía indiscutida, se cuestiona la reducción de los legados por ser inoficiosos. La sentencia recurrida acoge estas pretensiones y no declara la nulidad parcial o la rescisión por lesión de la partición, sino «la nulidad de la reducción por inoficioso del 14,3983% de los legados atribuidos a la actora...». Por lo cual, el fallo, congruente con el suplico de la demanda, no entra en la nulidad de la partición, sino en la nulidad de la reducción, con lo cual no aparece en modo alguno la infracción de los artículos que se mencionan como infringidos, ni de la doctrina jurisprudencial sobre la partición, sino que se ha aplicado correctamente la normativa sobre la inoficiosidad de los legados que da lugar a que mengüen estos.

**Inaplicabilidad del principio *favor partitionis*.**—El motivo segundo alega la vulneración del principio general del *favor partitionis*. Pero aquí no se discute el principio que no se aplica al presente caso en que no se ataca la partición, sino que la acción va dirigida a la inoficiosidad de los legados, que defiende la demandante y es acogida por las sentencias de instancia; por tanto, al no recoger el fallo de la sentencia recurrida, que confirma la de primera instancia, la nulidad de la partición, sino la reducción de los legados, no tiene sentido este principio general en el caso concreto. En el mismo motivo se hace referencia expresa a la valoración de bienes, lo cual queda fuera de la casación, cuya función no es revisar la prueba practicada, sino considerar la corrección de la aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos probados, sin que la casación pueda convertirse en una tercera instancia, ni permite hacer supuesto de la cuestión.

**Inaplicabilidad del principio de que «nadie puede ir contra sus propios actos».**—El motivo tercero alega vulneración de los artículos 885, 999 y 1000 CC, que poco o nada tienen que ver en el caso presente y del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos. Se desestima por la falta de prueba de los hechos que puedan servir de base a tal doctrina. Las ss. de instancia han analizado esta alegación y la han rechazado por faltar la base fáctica que la sostenga, lo cual no es función de la casación. No cabe obviar que la doctrina de los actos propios, según reiterada jurisprudencia se basa en la serie de actos de la parte que inspiran la confianza y tienen su fundamento en el principio de la buena fe y en el deber de coherencia (SSTS de 13 de octubre de 2014 y 6 de febrero de 2015). Cuya prueba de tales actos no se ha producido. (**STS de 4 de mayo de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

## DERECHO MERCANTIL

**28. Marca. Acción reivindicatoria: criterio jurisprudencial.**—La jurisprudencia considera que la acción reivindicatoria de una marca o de un nombre comercial, tal y como viene regulada en la Ley de Marcas, constituye un modo especial de adquirir la titularidad del signo, previamente registrado por otro, cuando este registro fue solicitado con fraude de los derechos de un

tercero o con violación de una obligación legal o contractual. Ordinariamente alcanza a supuestos de registro de una marca o nombre comercial por el distribuidor o agente, y, en general, a los de abuso de confianza o incumplimiento de un deber de fidelidad, que presuponen una previa relación entre las partes (tercero defraudado y solicitante de la marca). Pero también tienen cabida los casos de registro de mala fe de una marca o nombre comercial para aprovecharse de la reputación ajena. Es lo que en la doctrina se describe como registro de una marca del que resulte el aprovechamiento o la obstaculización injustificados de la posición ganada por un tercero sin que haya mediado vinculación alguna entre las partes en el conflicto.

**Marca. Acción reivindicatoria: naturaleza.**—La Ley sobreentiende que el reivindicante no es titular registral de la marca reivindicada (por ello, la doctrina considera que se trata de una acción reivindicatoria impropia), pero puede ser tanto el titular de una marca distinta que es infringida por el registro fraudulento, como un usuario de la marca fraudulentamente registrada. Es decir, cuando no existe relación contractual o legal entre las partes ni fraude en el registro, nos encontramos fuera del supuesto de hecho objeto de la acción reivindicatoria marcaria.

**Marca. Acción reivindicatoria: finalidad.**—La reivindicación de la marca trata de hacer coincidir la realidad registral con el mejor derecho extrarregistral sobre el signo cuyo registro como marca se ha solicitado o concedido. Es preciso que el demandante demuestre que ha usado el signo anteriormente, y que resulte probado que el registro de la marca fue solicitado con fraude de los derechos del demandante o con violación de una obligación legal o contractual que el solicitante de la marca tenía respecto del demandante. El fraude de los derechos del demandante se produce no sólo cuando quien solicita el registro como marca del signo que venía siendo usado por el demandante pretende beneficiarse de la posición obtenida por éste en el mercado, sino también cuando pretende obstaculizar, mediante el registro del signo a su nombre, la actuación del demandante que venía utilizando el signo.

**Marca. Mala fe: concepto.**—La Ley de Marcas incorporó a nuestro Derecho interno una norma facultativa formulada por la Directiva 2008/95/CE, que sancionaba con nulidad absoluta la marca obtenida con mala fe del solicitante. La jurisprudencia comunitaria ha establecido los siguientes requisitos para la apreciación de mala fe a estos efectos: *a)* que el solicitante supiera o debiera saber que un tercero venía utilizando un signo confundible con la marca solicitada y *b)* que la intención del solicitante de impedir que un tercero continúe utilizando un signo. Ahora bien, la citada Directiva no regula el concepto de mala fe ni contiene tampoco ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros en lo que respecta a este concepto. Por tanto, el sentido y el alcance del mencionado concepto deben determinarse a la luz del contexto en el que se inserta la disposición de que se trata de la Directiva 2008/95 y el objetivo perseguido por ésta. Así pues, la existencia de la mala fe debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes en el caso y que existían en el momento de presentar la solicitud de registro, tales como, entre otros, el hecho de que el solicitante supiese o debiese haber sabido que un tercero utilizaba un signo idéntico o similar para un producto idéntico o similar. No obstante, la circunstancia de que el solicitante sepa o deba saber que un tercero usa tal signo no basta, por sí sola, para acreditar la existencia de que concurre mala fe en dicho solicitante. Además, procede tomar en consideración la intención del mencionado solicitante en el momento de pre-

sentar la solicitud de registro de una marca, elemento subjetivo que debe determinarse en función de las circunstancias objetivas del caso.

**Marca. Semejanza entre marcas: criterios para su determinación.**—La comparación para evaluar la semejanza entre dos marcas ha de hacerse en un triple plano: gráfico, fonético y conceptual. Ahora bien, los criterios para determinar la semejanza dependen en buena medida de la estructura del signo, pues no es lo mismo comparar marcas denominativas simples, que marcas denominativas complejas, o gráficas o mixtas. La jurisprudencia comunitaria y española ha establecido unas reglas *a)* Las marcas denominativas simples deben compararse entre sí conforme al criterio de la visión de conjunto, es decir, sobre la totalidad de los elementos integrantes de cada denominación y sin descomponer su unidad, tesis matizada por la jurisprudencia comunitaria, al afirmar que para estimar perceptible una diferencia, la combinación de elementos descriptivos debe crear una impresión suficientemente distante de la producida por la mera unión de dichos elementos. *b)* Las marcas denominativas complejas o compuestas también deben ser comparadas conforme a la pauta de la visión de conjunto, sin desintegrar los vocablos que las componen. Una marca compuesta que incorpora una marca anterior debe considerarse similar a esta cuando el elemento dominante de la marca compuesta es idéntico o semejante al signo constitutivo de la marca anterior. Incluso en el caso de que el elemento constitutivo de la marca anterior no sea el dominante de la marca posterior, puede haber semejanza si ocupa en la misma una posición distintiva. *c)* Las marcas gráficas se rigen también por el criterio de la visión de conjunto, en su faceta de impacto visual global que las marcas producen en los consumidores. Aunque sea posible mostrar ciertas diferencias entre las marcas puramente gráficas confrontadas, estas han de considerarse semejantes cuando suscitan una idéntica o parecida impresión visual en la mente de los consumidores. *d)* Las marcas figurativas deben compararse en un doble plano: el gráfico y el conceptual. Cuando la comparación gráfica no sea suficiente, habrá que recurrir al criterio conceptual, es decir, habrá que determinar si los signos que desde un punto de vista meramente gráfico son distintos, evocan un concepto concreto o equivalente. No obstante, el TJCE matiza que la dimensión conceptual de una marca figurativa ha de tomarse en consideración cuando la marca es fuerte (notoria o intrínsecamente distintiva), pero no cuando su distintividad es débil o normal. *e)* En la comparación entre marcas gráficas y denominativas habrá semejanza cuando la marca denominativa constituya la denominación evidente, espontánea y completa del concepto evocado por la marca. *f)* En la comparación entre marcas mixtas, como regla general debe primar el elemento denominativo y solo de manera excepcional será relevante el elemento gráfico o figurativo; lo que ocurrirá cuando el componente denominativo sea una palabra genérica o descriptiva, o cuando el componente denominativo del signo forme parte de un número relativamente alto de marcas pertenecientes a terceros. *g)* En el caso de marcas tridimensionales, la comparación ha de ser eminentemente visual.

**Marca. Semejanza entre marcas: análisis de los elementos que la conforman.**—La comparación entre dos marcas requiere el análisis de los dos elementos que las conforman, es decir, sus signos constitutivos y el ámbito aplicativo al que están destinadas. El principio de especialidad impone, de esta manera, que el titular de una marca dispone de un *ius prohibendi* en relación con productos o servicios idénticos o similares a los registrados. La jurisprudencia comunitaria considera que, para apreciar la similitud entre los productos o servicios designados, procede tener en cuenta todos los factores perti-

nentes que caracterizan la relación entre los productos o servicios. Estos factores incluyen, en particular, su naturaleza, su destino, su utilización y su carácter competidor o complementario. Pero no solo se refiere a la necesaria concurrencia de la doble semejanza entre los signos y su ámbito aplicativo, sino que también señala la mutua interrelación entre ambos. Dado que la apreciación global del riesgo de confusión implica una cierta interdependencia entre los factores tomados en consideración, y en particular, la similitud entre las marcas y la existente entre los productos o servicios designados. Así, un bajo grado de similitud entre los productos o servicios puede ser compensado por un elevado grado de similitud entre las marcas y a la inversa.

**Marca. Riesgo de confusión: directrices para su apreciación.**—Las directrices para apreciar la existencia de riesgo de confusión entre marcas son a) El riesgo de confusión consiste en el de que el público pueda creer que los productos o servicios identificados con los signos que se confrontan proceden de la misma empresa o, en su caso, de empresas vinculadas, dado que el riesgo de asociación no es una alternativa a aquel, sino que sirve para precisar su alcance. b) La determinación concreta del riesgo de confusión debe efectuarse en consideración a la impresión de conjunto de los signos en liza producida en el consumidor medio de la categoría de productos, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta el grado de similitud gráfica, fonética y conceptual, en particular, los elementos dominantes. c) De este modo, el riesgo de confusión debe ser investigado globalmente, teniendo en cuenta todos los factores del supuesto concreto que sean pertinentes, así depende, en particular, del conocimiento de la marca en el mercado, de la asociación que puede hacerse de ella con el signo utilizado, del grado de similitud entre la marca y el signo y entre los productos o servicios designados. d) En la valoración global de tales factores ha de buscarse un cierto nivel de compensación, dada la interdependencia entre los mismos, y en particular entre la similitud de las marcas y la semejanza entre los productos o los servicios designados: así, un bajo grado de similitud entre los productos o los servicios designados puede ser compensado por un elevado grado de similitud entre las marcas, y a la inversa. e) A los efectos de esta apreciación global, se supone que el consumidor medio de la categoría de productos considerada es un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. No obstante, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que el consumidor medio rara vez tiene la posibilidad de comparar directamente las marcas, sino que debe confiar en la imagen imperfecta que conserva en la memoria. Procede, igualmente, tomar en consideración el hecho de que el nivel de atención del consumidor medio puede variar en función de la categoría de productos o servicios contemplada. f) Pero, esta exigencia de una visión de conjunto, fundada singularmente en que el consumidor medio las percibe como un todo, sin detenerse a examinar sus diferentes detalles, no excluye el estudio analítico y comparativo de los elementos integrantes de los respectivos signos en orden a evaluar la distinta importancia en relación con las circunstancias del caso, pues pueden existir elementos distintivos y dominantes que inciden en la percepción del consumidor conformando la impresión comercial. Lo que se prohíbe es la desintegración artificial; y no cabe descomponer la unidad cuando la estructura prevalezca sobre sus componentes parciales.

**Marca. Principio de inmunidad registral: precisión por la jurisprudencia comunitaria.**—La jurisprudencia nacional admita tal principio, al aplicar, a su vez, el principio *qui suo iure utitur neminem laedit* (quién usa de

su derecho a nadie lesiona). De acuerdo con esta doctrina, en los casos en que dos partes tenían registradas sus respectivas marcas, la que tenía el derecho anterior debía instar la nulidad de la segunda previa o coetáneamente, a instar la declaración de infracción de su derecho, y solamente obtendría una indemnización si la acción de nulidad prosperaba y, además, se declaraba que el segundo registro fue obtenido concurriendo mala fe del solicitante. Es decir, no se estimaba la acción de infracción de una marca en los casos en que existiera otra marca registrada, salvo que se acometiera el examen de una acción de nulidad previa, o acumulada en la demanda por infracción. Sin embargo, como consecuencia de la incorporación de las pautas establecidas por la jurisprudencia comunitaria, estos criterios se han modificado, al indicar que la eficacia retroactiva o *ex tunc* de la declaración de nulidad de una marca, en los casos de un ejercicio acumulado de las acciones de nulidad y violación con éxito de esta última, determina que el asiento practicado a favor de dicho titular, al ser anulado, no puede justificar el uso del signo que amparaba, dado que la marca nunca fue válida. Se reconoce al titular de una marca comunitaria un derecho exclusivo que lo habilita para prohibir, a cualquier tercero, el uso sin su consentimiento en el tráfico económico de signos que puedan resultar lesivos para su marca, independientemente de si ese tercero también tiene una marca comunitaria registrada o no. Con la única excepción de que el titular de la marca comunitaria prioritaria haya tolerado el uso de la marca comunitaria posterior durante más de cinco años consecutivos, caso en que, salvo que concorra mala fe del titular de la segunda marca comunitaria, ya no podrá oponerse a su utilización ni solicitar su nulidad.

**Marca. Marca notoria: requisitos.**—La jurisprudencia considera que este concepto supone un cierto grado de conocimiento por parte del público pertinente, que debe considerarse alcanzado cuando una parte significativa del público interesado por los productos servicios amparados por la marca comunitaria conoce esta marca. Para ello, debe tomarse en consideración todos los elementos pertinentes, es decir, en particular, la cuota de mercado poseída por la marca, la intensidad, la extensión geográfica y la duración del uso, así como la importancia de las inversiones realizadas por la empresa para promocionarla. De este modo, es posible concluir, como ya lo hizo en su día la doctrina, que el requisito determinante de la notoriedad de la marca es su difusión entre el público interesado por los productos y servicios amparados por dicha marca y por los sectores interesados.

**Marca. Protección judicial: criterio de uniformidad.**—En evitación de la posibilidad de que sea diferente la protección que el titular de la marca reciba en éste que en otros Estados miembros, según que el Derecho nacional respectivo le permita o no ejercitar la acción de violación de su marca sin tener que interponer, previamente o a la vez, la de nulidad del registro de la infractora, procede admitir que el titular de una marca protegida en España pueda prohibir a cualquier tercero el uso en el tráfico económico de signos idénticos o similares a ella, siempre que hubieran sido registrados con posterioridad, sin necesidad de una declaración previa de nulidad, cumpliendo las exigencias del imperativo amparo del derecho a la tutela judicial, al igual que sucede con las patentes y los diseños industriales.

**Uso del nombre de dominio: concepto y posibilidad de conflicto con la marca.**—No es un signo distintivo, sino que, desde un punto de vista empresarial, es una dirección identificable desde cualquier ordenador y que es única y diferenciable en la Red. En este sentido, la OMPI define el nombre de dominio como la dirección fácilmente comprensible para el usuario de un ordena-

dor, normalmente en forma sencilla de recordar o identificar. No obstante, lo cual, los conflictos entre los signos distintivos y los nombres de dominio pueden surgir cuando exista coincidencia entre una denominación registrada como marca y un nombre de dominio. (STS de 9 de mayo de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La asociación A. C. D. G interpuso ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao demanda contra don R. y la mercantil D. y A., S. A., ejercitando acción reivindicatoria de marcas de titularidad del demandado; y subsidiariamente, la acción de nulidad absoluta de las citadas marcas, por considerar que se solicitaron de mala fe, y las acciones de nulidad relativa y competencia desleal, en base a ello la parte actora reclamaba la condena de los demandados a cesar en la prestación de servicios descritos en el hecho tercero de la demanda; transferir a la actora las marcas objeto de esta *litis* o, subsidiariamente, la declaración de nulidad absoluta de las mismas, por haberse solicitado de mala fe; la declaración de existencia de actos de competencia desleal; y condena a la demandada a pagar a la actora, en concepto de daños y perjuicios, la cantidad que resulte de la prueba pericial que se practique y las costas. A todo ello se opuso la parte demandada. La sentencia de instancia desestimó íntegramente la demanda, por considerar, en esencia, que no existía riesgo de confusión, que la acción reivindicatoria era de aplicación para proteger los derechos del usuario extrarregistral y no para proteger los derechos del titular registral, quien tenía a su alcance otras acciones, que tampoco existió mala fe del demandado en la solicitud de registro de sus marcas; que las marcas afectadas no eran ni idénticas ni semejantes a ninguna de las de la actora, por lo que exista riesgo alguno de confusión, incluso aunque se considerase que las marcas de la demandante fuesen renombradas; igualmente, consideró la sentencia que no había quedado acreditado que los demandados hayan incurrido en las conductas concurrenciales imputadas. Recurrída en apelación dicha sentencia por la parte actora, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada en todos sus pronunciamientos. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**29. Contrato de auditoría de cuentas: Incumplimiento: Prescripción de la acción.**—Desde el ejercicio 1996, la sociedad Oxiacero, SENTENCIA. A. U., encargó la auditoría de sus cuentas anuales a la sociedad de auditoría Auren SENTENCIA. L. P. asumiendo la correspondiente a las cuentas de los ejercicios 2005 a 2009, ambos inclusive. Gaspar es el auditor de cuentas, socio de Auren, que se hizo cargo de esta auditoría (fallecido durante el proceso fue sucedido procesalmente por sus herederos Cristina y Mauricio). En julio de 2010, el stock de existencias de Oxiacero era muy inferior a las cifras facilitadas por el gerente de la empresa, señor Marcelino. En la demanda interpuesta por la auditada se alegó que los demandados, Auren y Gaspar, no efectuaron las labores de comprobación suficientes sobre los datos que debían reflejar el estado económico real de la empresa auditada e incurrieron en negligencia en la realización de los trabajos de

auditoría contratados, al menos en los ejercicios 2005 a 2009 o, en algunos de ellos, y se solicitó que se les condene en forma solidaria, en concepto de indemnización por daños y perjuicios padecidos, la suma de 5.738.018, 92 euros, más el interés legal desde la fecha de presentación de la demanda hasta el total y completo abono. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Zaragoza de 17 de julio de 2013 desestimó íntegramente la demanda y la Sentencia de la Audiencia Provincial sección 5.ª de Zaragoza de 14 de noviembre de 2013, desestimó igualmente la apelación. El recurso de casación se basa en dos motivos: prescripción de la acción, e infracción del artículo 11 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, en la versión dada por la Ley 44/2002, de 22 de diciembre.

**Plazo de prescripción de la acción.**—El RDL 1/2011 aprobó el Texto Refundido de la Ley de Auditoría, cuyo artículo 22 regulaba la responsabilidad civil de las sociedades de Auditoría, disponiendo en su apartado 4 que «la acción para exigir la responsabilidad contractual del auditor de cuentas y de la sociedad de auditoría prescribirá los cuatro años a contar desde la fecha del informe de auditoría». Este precepto entró en vigor después de que se hubieran emitido los informes de auditoría correspondientes a los ejercicios 2005 a 2009, pero antes de que se ejercitara la acción. El RDL 1/2011 no contiene ninguna disposición transitoria relativa al plazo de prescripción de cuatro años introducido en el actual artículo 22.4 LAC. En ausencia de norma transitoria específica rigen las generales del CC. En este caso no la disposición cuarta, sino la más específica contenida en el art. 1939, según la cual: La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá esta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo.

Bajo una lectura constitucional, la *ratio* de esta disposición transitoria es que la aplicación retroactiva del plazo de prescripción se realice sin merma injustificada del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Si la reforma ha supuesto reducir el plazo de prescripción a cuatro años, lógicamente, su aplicación retroactiva no puede suponer, en la práctica y respecto de las acciones pendientes de ejercicio, una ampliación de los plazos de prescripción ni tampoco puede legitimar el ejercicio de las acciones ya prescritas por aplicación del anterior plazo de 15 años. Pero fuera de estos casos, el nuevo plazo debe computarse desde su entrada en vigor y no desde la fecha del informe. De otro modo, en un caso como el presente, se privaría a la sociedad de acción respecto del informe auditoría de las cuentas del ejercicio 2005, pues a la entrada en vigor del RDL 1/2011, ya se había cumplido los cuatro años desde que se emitió dicho informe. De hecho, el legislador posterior, cuando reforma el plazo de prescripción para las acciones personales del artículo 1964 CC, que pasa de 15 años a 5 años, en la Ley 42/2015, pone lo siguiente: «El tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil».

De tal modo que, en la medida en que cuando se ejercita la acción ni había transcurrido el plazo de 15 años del artículo 1964 (en su versión aplicable al caso), a contar desde que se emitieron los informes correspondientes a los ejercicios 2005 y 2006, ni tampoco el nuevo plazo de 4 años del artículo 22.4 LAC, a contar desde la entrada en vigor del RDL 1/2011, debemos entender que la acción de responsabilidad en relación con estos dos ejercicios (2005 y 2006) no había prescrito. Razón por la cual casamos la sentencia. La conse-

cuencia es que, en relación con los ejercicios 2005 y 2006, debemos juzgar como Tribunal de instancia, teniendo en cuenta el segundo motivo de casación.

**Régimen de responsabilidad de los auditores frente a la sociedad auditada.**—La sociedad que había encargado la auditoría de sus cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2005 a 2009, ejercita frente a Auren y frente a su socio Gaspar una acción de responsabilidad contractual. La remisión que el artículo 11 apartado 1.º LAC, conduce a las reglas de derecho privado, en este caso a los artículos 1101 CC, con las particularidades previstas en la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 211 y 134 TRLSA), aplicable al caso en atención a su vigencia en el tiempo en que se realizaron los informes de auditoría objeto de enjuiciamiento. Se trata de una responsabilidad fundada en el daño y en la culpa, se pretende la indemnización del daño o perjuicios causados a la sociedad actora como consecuencia de un cumplimiento doloso o negligente de las obligaciones del auditor. Estas obligaciones son las legales, que forman parte de la prestación contractual asumida por el auditor, y otras asumidas contractualmente siempre que no sean incompatibles. Bajo este régimen de responsabilidad, para su apreciación, se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: una actuación antijurídica por parte del auditor, en el marco de la relación contractual de auditoría que le une con la sociedad auditada; que esta conducta del auditor sea culpable, por haber actuado con dolo o culpa; la causación de un perjuicio o daño a la sociedad auditada; y una relación de causalidad entre el daño y el perjuicio sufrido por la sociedad auditada y la conducta antijurídica del auditor.

Por otra parte, es preciso advertir que, en la medida en que el contrato de auditoría de cuentas está normado legal y reglamentariamente, sus obligaciones y el modo de cumplir con ellas viene pautado por las previsiones legales acerca del objeto y alcance de la verificación de las cuentas de la sociedad y el contenido del informe (la opinión responsable que ha de emitir y las circunstancias que, de concurrir, debe dejar constancia).

La actividad que se pide del auditor es esencialmente doble: verificar y dictaminar. Debe llevar a cabo una revisión de los documentos contables elaborados por los administradores de la sociedad, en el plazo convenido (que no puede ser inferior al mes), y con arreglo a unas pautas determinadas (previsiones legales y normas técnicas de auditoría. Esta primera prestación está íntimamente ligada a la segunda: como resultado de la revisión de las cuentas, el auditor ha de emitir un informe en el que debe dejar constancia de las circunstancias relevantes para poder otorgar fiabilidad a los documentos contables auditados, y emitir una opinión responsable. Ordinariamente si en la labor de verificación se han seguido las normas técnicas, se detectarán las irregularidades relevantes para poder concluir que las cuentas auditadas no reflejan la imagen fiel de la sociedad, y se podrá constatar de ello en el informe. Pero no puede concluirse que los auditores asuman la obligación de detectar dichas irregularidades, y que el no haberlas detectado y reflejado en su informe determine siempre un incumplimiento contractual. Los auditores se comprometen a desarrollar la actividad de verificación con arreglo a unos parámetros, cuyo seguimiento es el que determinará a la postre el grado de cumplimiento de sus obligaciones.

**Doctrina jurisprudencial sobre la diligencia del auditor.**—Para poder valorar mejor esta responsabilidad conviene tener presente la advertencia contenida en la sentencia de 9 de octubre de 2008:

«Una auditoría de cuentas se considera necesaria —en el caso por la disp. adic. 1.ª de la Ley 19/1988— con una finalidad empírica: La de obtener un

medio que garantice, en la medida de lo razonable, que los estados financieros auditados no adolecen de inexactitudes significativas». «Como consecuencia se exige al auditor una prestación profesional que posibilite dicha función. Esa utilidad, por un lado, y la naturaleza profesional y el contenido técnico de la prestación de la auditoría, por otro, determinan el nivel de la exigencia no sólo según el contrato sino también según la ley, que la impone como premisa necesaria para el cumplimiento de aquella misión». «Cumple el auditor su obligación contractual y los deberes vinculados a su función por la norma cuando actúa con la pericia y diligencia de un buen profesional en la ejecución de la auditoría, lo que en muchos casos dependerá del diseño de la misma». «En definitiva (...) no cabe hacer responsable al auditor de todos los errores o fraudes que puedan cometer los administradores, directivos o personal de la entidad auditada –algunos realizados con la intención de mantenerlos ocultos a toda investigación ajena–, sino sólo a aquellos que con una correcta ejecución de su prestación profesional debería haber descubierto». «La diligencia y pericia del auditor constituyen una regla de determinación de la exactitud del cumplimiento de la prestación por él debida y, a la vez, un criterio de imputación subjetiva de responsabilidad».

Tras estas consideraciones, podemos matizar que la prestación de emitir un informe, con un determinado contenido, es una obligación de resultado, propia de un contrato de obra; pero en cuanto al objetivo final perseguido, avalar la fiabilidad de la información económico-contable suministrada por la sociedad y asegurar que no existen irregularidades relevantes, la obligación asumida por los auditores es de medios, llevar a cabo la revisión y verificación de arreglo a unas normas técnicas, que en condiciones normales resultan eficaces. Este doble plano de las obligaciones asumidas por los auditores en el contrato de auditoría es muy relevante en nuestro caso para valorar la responsabilidad de los demandados.

En apelación las conductas antijurídicas imputadas a los demandados son dos: i) No haber comprobado tras la verificación del muestreo que los resultantes que se incorporaban a las cuentas finales de la sociedad coincidían con las previamente entregadas por la entidad como existentes; y ii) no haber cumplido con la previsión de que las mercancías que se encontraban en el puerto se comprobaran por comunicación dirigida al depositario. Estas conductas habían impedido que los socios de la auditada pudieran advertir la desaparición durante aquellos ejercicios económicos 2005-2009 de, aproximadamente, 2.879.806 kgs de material siderúrgico, que Oxiacero había adquirido por un valor de 1.624.546,58 euros.

Pero la manipulación de los listados era realizada por el gerente de la auditada (Sr. Marcelino) al entregar los listados 2b y 4b, cuyo contenido no coincidía con el que previamente había sido exhibido a los auditores, respecto del cual habían realizado los operaciones de verificación. Esto es, el contenido de los listados inicialmente entregados, para su verificación, coincidía con las existencias realmente almacenadas; y una vez practicada la verificación era cuando el gerente manipulaba el contenido de los listados, inflando la cifra de mercancías en stock, y esta alteración se realizaba respecto de las existencias que no habían sido objeto de muestreo. Por esta razón, los auditores no advertían las alteraciones. El Sr. Marcelino, estaba presente en la verificación y por ello sabía las existencias realmente verificadas. Todo ello refleja que el gerente de la auditada, a quien se imputó en su día la distracción o desaparición de las existencias durante estos años (2005-2009), había ideado un sistema para eludir el control de los auditores. En síntesis, los listados presentados inicial-

mente coincidían con la realidad, pero no incluían su valoración económica, y la verificación de estos listados se realizaba por muestreo, que afectaba a las mercancías que se presumían más importantes y a otras aleatoriamente; el gerente que estaba presente en estas operaciones, se ingeniaba para, más tarde, inflar los listados respecto de las mercancías que no habían sido objeto de verificación, razón por la cual los auditores, al comprobar si las existencias revisadas físicamente el día del recuento figuraban incluidas en los listados contabilizados, no detectaban estas alteraciones.

No puede decirse que no existiera medio alguno, por parte de los auditores, para detectar estas alteraciones, pues, como advierte el Juzgado de Primera Instancia, hubieran podido detectar la falta de concordancia si hubieran cruzado la información contenida en los listados 1 y 3 con los listados 2b y 4d. Pero la omisión de estas comprobaciones, en el contexto en que se realizaron las operaciones de auditoría, no puede considerarse una infracción grave y relevante de las normas de auditoría, a la cual puede anudarse la causalidad jurídica del perjuicio sufrido por la sociedad con la desaparición de las existencias. A los auditores les era exigible una prestación de medios, no de resultado. No serían responsables por no haber detectado la grave discordancia entre las existencias reales y las contabilizadas, sino por no haber puesto los medios adecuados para ello. Los medios, la verificación mediante un recuento físico por muestreo, fueron aplicados, y en circunstancias ordinarias hubieran sido suficientes para detectar las discordancias. Si estas no fueron detectadas fue por la manipulación de los listados, llevada a cabo por el gerente, a la vista de lo que había sido objeto de recuento. Aunque, como hemos visto, se hubiera podido detectar esta manipulación, para ello habría que haber realizado una operación adicional que, si bien hubiera sido deseable, por no realizarla no puede imputarse al auditor las consecuencias negativas derivadas de la pérdida de las existencias. Por otra parte, es muy relevante que la responsabilidad sea exigida por la sociedad, responsable del control de sus propios empleados y de no tener mecanismos de control interno de las existencias, siendo éstas un elemento tan importante en su activo, y no por un tercero.

Si bien la anterior conducta no es suficiente para imputar la responsabilidad pretendida a los auditores, sí tiene mayor relevancia la otra conducta denunciada, de no comprobar la exactitud de la referencia contable de las existencias que estaban en el almacén del puerto, mediante una comunicación directa con el tercero depositario tal como prevé la primera regla prevista en el epígrafe 18 de la Norma Técnica de Auditoría. En atención a la relevancia que en este caso tenía la partida de existencias en las cuentas anuales, pues representaban alrededor de la mitad del valor del activo de la compañía, omitir la comunicación directa y alguna de las medidas adicionales sugeridas en la norma técnica sí que constituye una actuación contraria a la *lex artis ad hoc*, y su omisión constituye un comportamiento negligente. Y relevante, a los efectos de la acción de responsabilidad ejercitada, porque hubiera permitido detectar la discordancia entre el valor de las existencias contabilizadas y el de las realmente almacenadas. Es en esta apreciación donde varía la valoración judicial respecto de la realizada por los tribunales de instancia. Pero adviértase que, si bien en relación con los ejercicios 2007-2009, a los que se ciñe el enjuiciamiento de la Audiencia Provincial, en el marco de la casación no habríamos encontrado razones para sustituir la apreciación de la falta de relevancia realizada por la sentencia de apelación, no podemos decir lo mismo respecto de los dos primeros ejercicios (2005-2006), los cuales no

fueron valorados por la Audiencia Provincial por entender que, respecto de ellos, estaba prescrita la acción.

Estimado el primer motivo de casación, el enjuiciamiento que nos corresponde hacer respecto de estos dos ejercicios es el propio de un tribunal de instancia. Se da la circunstancia de que fue precisamente en estos dos primeros ejercicios, en los que las diferencias entre las mercancías reales almacenadas en el puerto y las contabilizadas resultan más llamativas. Especialmente en el ejercicio 2005, en que las existencias reales almacenadas eran 933.950 kgs y las contabilizadas 2.378.029 kgs, tal y como se refleja en los anexos del informe de Plantcontrol de 23 de mayo de 2011. La entidad de las diferencias ahonda en la gravedad del incumplimiento del deber de comprobación de la veracidad de las existencias contabilizadas, siguiendo las pautas marcadas por la norma técnica de auditoría. Esta omisión sí que debe ser considerada una conducta contraria a la *lex artis ad hoc* y relevante respecto de la acción de responsabilidad civil por los daños ocasionados, sin perjuicio de la determinación del alcance de la incidencia causal.

En nuestro caso, en atención a la relevancia que las existencias tenían en el activo de la compañía auditada, la auditora no sólo debía haber recabado información directamente del depositario, sino que debía haber extremado el control, como advierte el pár. 2.º del epígrafe 18 de la norma técnica, que indica posibles medidas de control adicional del propio recuento del depositario. En este caso, ha habido una infracción de la *lex artis ad hoc* que afecta a la verificación de las existencias depositadas en el puerto.

**Relación de causalidad respecto de los perjuicios de la sociedad auditada.**—En la causación de los perjuicios que se denuncian incidieron una pluralidad de causas: la primera de ellas, y la más importante, la conducta del gerente que realizó tal desaparición de las existencias; en segundo lugar, el propio órgano de administración que, al margen de que la información del auditor al respecto no fuera correcta, omitió mecanismos de control interno que hubieran permitido detectar lo ocurrido; y, junto a estas causas, también estaría este cumplimiento defectuoso del auditor.

Propiamente, no cabe trazar una relación de causalidad jurídica entre la conducta negligente del auditor y la desaparición de las mercancías, que es imputable, en su caso, a quien la llevó a cabo. Más que contribuir a la desaparición de la mercancía, la conducta del auditor la presupone, en cuanto no adoptó la diligencia que hubiera podido contribuir a detectarla, pero no es, propiamente, causa de tal desaparición. Como tampoco le son imputables las pérdidas sufridas por la compañía ni los costos financieros, que responden a la gestión empresarial y a la administración de la sociedad, y son imputables, en su caso, a quien correspondiera tales labores. Sin embargo sí que se aprecia una relación de causalidad respecto de algunas consecuencias derivadas de la defectuosa contabilización, en concreto, el pago de impuestos societarios injustificados como consecuencia de la información contable. De acuerdo con esta última afloraron unos beneficios inexistentes, que no hubieran existido de haberse reflejado la realidad en las cuentas auditadas; tal impuesto pericialmente se ha fijado en la suma de 427.436,23 euros.

Como existe una concurrencia de causas, al auditor debe imputársele no la totalidad, sino el 50% del perjuicio, proporción que estimamos la incidencia de su conducta en la causación del daño. En consecuencia, procede estimar en parte el recurso de apelación y condenar solidariamente a los demandados al pago de la suma de 213.718,11 euros. Conforme a los artículos 1100, 1101 y 1108 CC, y a lo solicitado en la demanda, esta cantidad deven-

gará el interés legal desde la interpelación judicial, representada por la presentación de la demanda. (STS de 1 de julio de 2016; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

NOTA.—Sentencia de carácter indudablemente pedagógico, y cuyo contenido resulta plenamente de aprobar, en la que se analiza con minucioso detalle las decisivas intervenciones de los diversos protagonistas, incluso aunque no hayan sido parte procesal. Su doctrina contribuirá a perfilar los singulares aspectos de este contrato mercantil atípico cuya importancia práctica crece notablemente en el nuevo régimen económico. (G. G. C.)

**30. Doctrina del levantamiento del velo en sociedades pertenecientes a un mismo grupo familiar. Aplicación moderada.**—En el caso de las sociedades pertenecientes a un mismo grupo familiar de empresas, el hecho de que puedan compartir, entre otros aspectos, un mismo objeto social, los mismos socios, y el mismo domicilio y página web donde anuncian sus servicios como grupo empresarial en el tráfico mercantil no representa, en sí mismo considerado, una circunstancia que resulte reveladora por sí sola del abuso de la personalidad societaria, por ser habitual entre sociedades de un mismo grupo familiar. Para que exista dicho abuso, debe valorarse el resto de circunstancias concurrentes en el caso concreto, como la confusión de patrimonios, la infracapitalización, el carácter instrumental de las empresas filiales o el aspecto subjetivo o de concertación (*consilium*) para procurar el fraude. (STS de 29 de septiembre de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La Sociedad A presentó demanda contra las sociedades B1, B2 y B3, por diversas facturas impagadas con relación a un suministro de productos efectuado a B1. Dichas sociedades forman parte de un grupo familiar de empresas que se dedican a la misma actividad económica: almacenamiento, transporte, distribución y comercialización de productos alimenticios. La Perla Proyecta, S. L., es sociedad dominante del grupo. A, la sociedad demandante, conocía la estructura del grupo familiar y su actuación en el tráfico.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda condenando las sociedades del grupo familiar a responder cada una de ellas por la deuda realmente asumida. Ello porque consideró que el hecho de que las sociedades formasen un grupo familiar de empresas no resultaba decisivo, por sí solo, para determinar la responsabilidad solidaria de todas ellas, debiendo responder cada una por las obligaciones realmente asumidas con la demandante.

A recurrió en apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso revocando en parte la sentencia recurrida en aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario. Frente a la sentencia de la Audiencia, las tres sociedades apeladas interpusieron sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. (A. I. R. A.)

**31. Concurso de acreedores. Calificación de culpable: rigor legal.**—La Ley Concursal tipifica una serie de conductas cuya realización resulta suficiente para atribuir la calificación culpable al concurso, con independencia de si dichas conductas han generado o agravado la insolvencia, y de si en su realización el deudor, o sus administradores o liquidadores, ha incurrido en dolo o culpa grave. Así se desprende al recoger la Ley Concursal que, *en todo caso*, el concurso se calificará como culpable cuando concorra cualquiera de los supuestos previstos. Esta expresión *en todo caso* no admite margen de exención de responsabilidad basado en la ausencia de dolo o culpa grave, pues la culpa grave subyace a la mera realización de la conducta tipificada, ya que se estima que, cuando menos, constituye una negligencia grave del administrador.

**Concurso de acreedores. Calificación de culpable: deberes contables.**—La jurisprudencia considera que por razón de la trascendencia que se atribuye a la función informativa de las declaraciones de conocimiento en que consisten las cuentas anuales, la distinción entre error e irregularidad carece de significación para la comisión del comportamiento previsto en la Ley Concursal, dado que la realización del tipo que en ella se describe no exige que el sujeto agente tenga conciencia del alcance y significación jurídica de su acción u omisión ni que el resultado del comportamiento sea querido por él. Lo que no significa que las consecuencias de la calificación deban ser necesariamente ajenas al reproche que merecen las manifestaciones culposas o dolosas de la irregularidad. Por lo que la culpa grave, en este supuesto, ya está ínsita en la misma omisión de los deberes contables.

**Concurso de acreedores. Calificación de culpable: retraso en la solitud de concurso.**—El incumplimiento del deber legal de solicitar a tiempo la declaración de concurso traslada al administrador de la sociedad concursada la carga de probar que el retraso no incidió en la agravación de la insolvencia. Es más, teniendo en cuenta que el criterio normativo que determina la consideración del incumplimiento del deber de solicitar la declaración de concurso como causa para calificar el mismo como culpable es la agravación de la insolvencia y el aumento del déficit patrimonial que este retraso puede suponer, al continuar la sociedad actuando en el tráfico mercantil contrayendo nuevas obligaciones cuando ya no podía cumplirlas regularmente, los elementos consistentes en la duración de la demora en solicitar el concurso y la importancia del aumento del déficit patrimonial, que son los tomados en consideración por la sentencia recurrida, son elementos objetivos pertinentes en relación al criterio normativo relevante para calificar el concurso como culpable.

**Concurso de acreedores. Responsabilidad por déficit concursal: caracterización.**—La caracterización de la responsabilidad por déficit concursal, en la regulación anterior a la reforma de 2014, giraba en torno a tres consideraciones: *a)* La condena de los administradores de una sociedad concursada a pagar a los acreedores de la misma, en todo o en parte, el importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa no es una consecuencia necesaria de la calificación del concurso como culpable, sino que requiere una justificación añadida. *b)* Para que se pueda pronunciar esa condena y, en su caso, identificar a los administradores y la parte de la deuda a que alcanza, además de la concurrencia de los condicionantes impuestos, consistentes en que la formación o reapertura de la sección de calificación ha de ser consecuencia del inicio de la fase de liquidación, es necesario que el tribunal valore, conforme a criterios normativos y al fin de fundamentar el reproche

necesario, los distintos elementos subjetivos y objetivos del comportamiento de cada uno de los administradores en relación con la actuación que, imputada al órgano social con el que se identifican o del que forman parte, había determinado la calificación del concurso como culpable, ya sea el tipificado por el resultado (haber causado o agravado, con dolo o culpa grave, la insolvencia), ya el de mera actividad (haber omitido sustancialmente el deber de llevar contabilidad, presentar con la solicitud documentos falsos, haber quedado incumplido el convenio por causa imputable al concursado, etc.). c) No se corresponde con la lógica de los preceptos examinados condicionar la condena del administrador a la concurrencia de un requisito que es ajeno al tipo que hubiera sido imputado al órgano social, y, al fin, a la sociedad, y que dio lugar a la calificación del concurso como culpable.

**Concurso de acreedores. Responsabilidad por déficit concursal y responsabilidad por daños y perjuicios: diferencias.**—Las responsabilidades por déficit concursal y la derivada de la acción de indemnización de daños previstas en la Ley Concursal son diferentes, tanto por razón de su objeto, como del presupuesto subjetivo. En concreto: la responsabilidad concursal es de naturaleza resarcitoria, que se anuda no sólo a la conducta de haber obtenido indebidamente bienes y derechos del patrimonio del deudor, antes del concurso, o recibido de la masa activa, después del concurso, sino aquellas otras conductas que pueden dar lugar a exigir daños y perjuicios causados a la sociedad por dolo o culpa grave. Tal responsabilidad alcanza no solo a las personas afectadas por la calificación de culpable del concurso, sino también a los posibles cómplices, responsabilidad que no les alcanza a éstos por el déficit concursal. Cómplices que, en la actualidad, pueden no ostentar la condición de acreedores. (STS de 14 de julio de 2016; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Declarado el concurso voluntario de la mercantil P. U., S. L. por auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián, la administración concursal y el Ministerio Fiscal, como legitimados, y la Tesorería General de la Seguridad Social, como coadyuvante, solicitaron la calificación de culpabilidad, por los siguientes motivos: por incumplimiento sustancial de los deberes contables, al no haber aportado los libros de contabilidad obligatorios y no haber elaborado las cuentas anuales correspondientes; por incumplimiento por la concursada del deber de colaboración con la administración concursal, al no haber aportado documentación esencial; por no haber depositado las cuentas y por retraso en la solicitud del concurso. Las partes señalaron como personas afectadas por la declaración de culpabilidad a los administradores sociales de la concursada, don N. y don V. M. El Juzgado declaró culpable el concurso por incumplimiento sustancial de los deberes contables y por retraso en la solicitud de concurso, y personas afectadas por tal calificación, a los Sres. V. M. y N. a los que condenó a inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a terceros, durante dos y cinco años, respectivamente; a la pérdida de cualquier derecho que tuvieran en el concurso; y, en concepto de daños y perjuicios, al pago de los créditos nacidos a partir de cierta fecha, que resultaran impagados en todo o en parte. Recurría en apelación por el Sr. V. M. y por la Tesorería General de la Seguridad Social, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó una primera sentencia, en la que des-

estimó el recurso de apelación de la TGSS, por no considerarla legitimada para recurrir, al no haberlo hecho la administración concursal y el Ministerio Fiscal, igualmente, desestimó el recurso del Sr. V. M. Dicha sentencia fue declarada nula con devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial, para que resolviera también el recurso de apelación interpuesto por la TGSS. La Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó nueva sentencia, objeto de la casación, en la que mantuvo la desestimación del recurso del Sr. V. M. y estimó parcialmente el recurso de la TGSS, en el sentido de ampliar la condena a la indemnización de daños y perjuicios, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. *(N. D. L.)*