

# 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), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

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

## DERECHO CIVIL

### PARTE GENERAL

**1. Contrato del abogado con su cliente: Reclamación de honorarios: Prescripción extintiva: *Dies a quo* del plazo prescriptivo.**–El 21 noviembre de 2012, el Letrado don Ángel Daniel presentó escrito de petición de procedimiento monitorio por el que reclamaba a Lailera Construcciones SL, el pago de 24.860,18 euros, correspondientes a los honorarios profesio-

nales por razón de los servicios que le había prestado y que consistían en las labores de asesoramiento jurídico desarrolladas en varios procedimientos judiciales, resultando infructuoso por la oposición de la demandada. El 22 de enero de 2013, D. Ángel Daniel interpuso contra Lailera Construcciones demanda de juicio ordinario de reclamación de cantidad en la que solicitaba la condena al pago de aquella suma, más intereses desde la presentación del monitorio e imposición de costas.

Tal y como se recoge en las sentencias de instancia, la deuda reclamada se corresponde con los honorarios referidos a los servicios profesionales prestados por D. Ángel Daniel en tres litigios: a) Procedimiento ordinario 128/2005 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de Logroño, con factura pro forma actualizada a fecha 1-9-2012 por 15.943,90 euros. Se promovió demanda frente al acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Ribafrecha sobre la resolución del contrato de distribución y pavimentación del Barrio Vallejuelo. La demanda se desestimó por el Juzgado el 22-9-2006 y la Sala desestimó la apelación el 12-2-2007. La última resolución es una providencia de 26-2-2007. b) Procedimiento ordinario 428/2004 del Juzgado de lo Contencioso núm. 1 de Logroño, con factura actualizada a fecha 1-9-2012 por importe de 7682,00 euros. Se promovió demanda frente al Ayuntamiento de Ribafrecha por las obras realizadas de saneamiento, distribución y pavimentación en la c/ Botición de tal localidad. El Juzgado dictó sentencia desestimatoria el 22-9-2006, y la Sala desestimó la apelación el 12-2-2007. La última resolución es una providencia de 23-2-2007. c) Procedimiento abreviado núm. 478/2010-F del Juzgado de lo Contencioso núm. 1 de Logroño, con factura actualizada por 1234,28 euros. Se promovió demanda frente al Ayuntamiento de Santurde en reclamación de cantidad respecto de obras realizadas en «Remodelación de las piscinas municipales». El Juzgado de lo contencioso núm. 1 de Logroño desestimó la demanda, que ha sido declarada firme por resolución de 23-11-2011.

En el litigio causante del presente recurso de casación la sentencia de primera instancia desestimó la demanda por considerar prescrita la acción ejercitada. Entiende el juzgador que aun cuando es cierto que nos encontramos ante una relación de asesoramiento letrado prolongada en el tiempo, se fundó siempre en encargos puntuales e independientes; los procedimientos no estaban relacionados entre sí y el único nexo era la persona que los encargaba, de modo que los asuntos tenían entidad propia y no estaban vinculados unos a otros. En este contexto, concluye la sentencia, el día de inicio del cómputo del plazo de prescripción se determina por la finalización de la concreta encomienda profesional. En el caso, entiende la sentencia, la labor del actor finalizó en febrero de 2007, fecha de dictado de las sentencias y, en virtud de los correos electrónicos enviados por la parte demandante a la demandada, no se considera acreditada la reclamación hasta julio de 2011.

Interpuesto recurso de apelación la Audiencia Provincial razona que, aun tratándose de un mismo cliente, la cantidad reclamada responde en realidad a tres asuntos totalmente independientes entre sí, lo cual exige atender el cómputo del plazo de tres años que establece el artículo 1967 CC respecto de la última actuación en cada uno de los concretos procedimientos. En particular entiende que la reclamación de honorarios correspondientes al procedimiento abreviado núm. 478/2010 F, no ha prescrito porque la fecha de la última resolución es de 23-11-2011 y la demanda (el escrito de petición del monitorio) se presentó el 21-11-2012. En cambio sostiene que ha prescrito la pretensión de cobro de los dos procedimientos anteriores, sin que, respecto de ellos,

haya acreditado el demandante que se realizaran actos de interrupción de la prescripción conforme al artículo 1973 CC.

El demandante ha interpuesto recurso de casación fundado como motivo único, en la infracción del artículo 1967,1.º CC, argumentando que la resolución del recurso presenta interés casacional porque la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, contenida en las sentencias de 15 noviembre de 1996, 8 de abril de 2003, 14 febrero de 2006 y 13 junio de 2014. En opinión del recurrente, la aplicación al caso de la doctrina jurisprudencial contenida en estas sentencias conduciría a entender que, si no está prescrita la reclamación del procedimiento abreviado, tampoco lo está la reclamación de los dos procedimientos anteriores. Esta conclusión se alcanza porque en el cómputo de la prescripción del artículo 1967.1.º CC no ha de atenderse a la fecha de finalización de cada procedimiento, sino a la actuación global en el conjunto de los asuntos que se han seguido respecto del mismo cliente, que el abogado puede minutar conjuntamente sin escindir los honorarios y su reclamación caso por caso.

La cuestión jurídica que se plantea es, en definitiva, la determinación del inicio del plazo de la prescripción trienal que para los abogados fija el artículo 1967.1.º CC.

**Interpretación del artículo 1967 CC.**—Como excepción a la regla general de que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones se contará desde el día que pudieron ejercitarse (art. 1969 CC), el último párrafo del artículo 1967 establece que el tiempo para la prescripción de acciones a que se refiere el artículo se contará desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios. El tenor literal de este párrafo (que expresamente se refiere a las acciones de «los tres párrafos anteriores», cuando hay cuatro párrafos, lo que permitiría concluir que la regla no es aplicable al primero, referido precisamente a los honorarios correspondientes a servicios jurídicos) dio lugar tras la promulgación del Código civil a una polémica acerca del ámbito de aplicación de la regla contenida en este precepto sobre el inicio del plazo de prescripción trienal. Atendiendo a la razón de ser de la regla y a los antecedentes legislativos del precepto, la polémica ha sido zanjada jurisprudencialmente de modo unánime en el sentido de considerar aplicable el último párrafo del artículo 1967 Código civil, también al núm. 1.º del artículo 1967, referido a las profesiones jurídicas, cuestión que no es objeto de discusión en este recurso. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Sala, tanto en primera como en segunda instancia —y ahora por las partes en el recurso de casación— se da por supuesto que el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de tres años a que está sometida la pretensión de pago de los servicios origen del proceso es el día en que dejaron de prestarse. Existe discrepancia, sin embargo, acerca de la interpretación de la regla especial que contiene el párrafo final del artículo 1967 CC. En particular, si debe entenderse que la expresión «dejaron de prestarse los respectivos servicios» se refiere de manera separada e individual a cada uno de los servicios prestados (como interpreta la Audiencia Provincial) o de manera conjunta y global para cuando deja de prestarse por el Abogado todo servicio al cliente (como entiende el recurrente, según alega). La sentencia recurrida, ante la evidencia de que el demandante reclama una cantidad que es el resultado de sumar las minutas de tres litigios diferentes, lo que no se discute, interpreta que el cómputo del plazo de tres años debe realizarse de manera separada para cada una de las pretensiones de cobro y, en consecuencia, para cada una de ellas atiende al momento de la última actuación en cada uno de los procedimientos judiciales seguidos. Frente a esta

interpretación, el recurrente sostiene que, en el caso, al no haber prescrito la pretensión de cobro correspondiente al último de los procedimientos dirigido por el letrado, tampoco lo habrían hecho las pretensiones de cobro correspondientes a los otros dos procedimientos. Pero no se discute por el recurrente la valoración realizada por la sentencia recurrida de que se trata de procedimientos diferentes.

En apoyo de su tesis invoca las SSTS de esta Sala de 15 de noviembre de 1996, 8 de abril de 1997, 16 de abril de 2003, 14 de febrero de 2006 y 13 de junio 2014, que se refieren a la interpretación del cómputo de la prescripción extintiva para reclamar los honorarios de los servicios profesionales de los abogados. A su vez, la demandada recurrida, al negar la infracción del artículo 1967.1 CC, invoca también las sentencias de 2003 y 2006 mencionadas por la recurrente, de las que extrae una interpretación diferente a la del recurrente. Resulta necesario precisar el alcance y sentido de esta jurisprudencia, puesto que la misma no está integrada por frases sueltas que puedan desconectarse del problema jurídico a resolver. Las sentencias que ponen fin a un recurso de casación se pronuncian sobre un recurso interpuesto contra una sentencia que resuelve un pleito del que hay que conocer los antecedentes y el fallo para poder valorar el verdadero sentido de la interpretación que sostienen y su posible aplicación a otros casos.

a) En la sentencia 944/1996, de 15 de noviembre, la afirmación de que hay que atender al conjunto de la actuación del abogado con el cliente a efectos de fijar el término inicial del plazo de prescripción, se vierte en un caso en el que las diversas actuaciones no constituyen actividades independientes, sino parte integrantes de una actuación global dirigida a un fin, en el caso una pretensión arrendaticia.

b) En la sentencia de 8 de abril de 1997, rec. 1265/1993, se trataba del servicio único contratado por el Abogado (defensa en el pleito de mayor cuantía instado por la mujer del defendido tras la separación matrimonial), cualesquiera que fueren los procedimientos a que dieran lugar, de modo que la relación profesional ha sido continua hasta la extinción del poder. Pese a lo cual establece una división de actuaciones, que no fundamenta, ni alega ninguna causa de la que surja inevitablemente. Se observa que esta sentencia afirma que la aplicación a los Abogados del último párrafo del artículo 1967 CC «es la que encaja con la naturaleza y forma de prestación de sus servicios, pues la común experiencia indica que habitualmente el Abogado no reclama el importe de sus honorarios hasta que el asunto que se le encomendó no esté finalizado definitivamente, salvo extinción anterior de su relación profesional con el cliente, o por negativa de éste a seguir con el procedimiento. Es un uso notorio de la profesión que se ejerce en régimen liberal, no como consecuencia de relación laboral que tiene otro régimen distinto.

c) En el caso resuelto por la STS 405/2003, de 16 de abril, el objeto del contrato era el asesoramiento jurídico para la obtención y génesis de la concesión administrativa para la construcción y explotación de un nuevo centro comercial. El encargo y la relación, por tanto, no finalizaban con la obtención de la concesión.

d) La sentencia 96/2006, de 14 de febrero, declara –aunque lo omite el recurso–: «La Audiencia Provincial considera que el *dies a quo* que determina el inicio de la prescripción es el de la fecha del contrato de transacción, momento en el que el Abogado reclamante dejó de prestar sus servicios con relación al concreto pleito, puesto que con el mismo y mediante la transacción, acabó la ejecución de la sentencia que condenaba a la demandada». Así

se confirma la sentencia de la Audiencia Provincial que, aplicando el último párrafo del artículo 1967 CC, consideró que el *dies a quo* era el momento en que se concluyó una transacción en la que intervino el Abogado, en relación con el único y concreto pleito que pretendía cobrar, y en la que también se incluían previsiones sobre el pago de sus honorarios, tratándose de un supuesto sustancialmente diferente al que da lugar el presente recurso de casación, en el que se reclama el pago de la dirección de tres asuntos distintos.

e) La sentencia 338/2014, de 13 de junio, que el recurrente califica de fundamental en apoyo de su tesis, dice, en efecto, que: «El ejercicio de la profesión de Abogado no implica que cada asunto del que presta sus servicios profesionales deba ser reclamado su precio, antes de la prescripción trienal conforme al artículo 1967.1 CC. No se trata de prescripción de cada asunto, sino prescripción de todos ellos, que forman el servicio profesional conjunto; ni siquiera se exige que vayan interrelacionados. Se computa desde que el Abogado reclamante dejó de prestar sus servicios, o si el letrado reclamante siguió prestando los servicios, sería anormal que el Abogado reclamase el pago por cada una de tantas actuaciones judiciales como realice en un pleito en defensa de su cliente. La cuestión que se presenta en este caso es si precisamente hubo –y se haya probado– la continuidad de los servicios profesionales. El *dies a quo* es el día en que finalizan los servicios profesionales del Abogado, considerados globalmente».

Ahora bien, estas afirmaciones no son decisivas para la resolución del recurso de casación interpuesto por el Abogado, que se desestima, porque el tema del recurso era otro, el de la continuidad de los servicios; el Abogado insistía que otro letrado en determinada fecha le pidió la venia y que este era el *dies a quo*; frente a ello la sentencia declaró probado que con anterioridad a la fecha que fijaba el Abogado no tuvo ninguna intervención que pudiera interrumpir la prescripción. Por esta razón se desestimó el recurso de casación y se confirmó el fallo de la sentencia recurrida, aunque se aprovechara para afirmar que la Sala no comparte el argumento de que «cada asunto debe reclamarse en forma independiente» y la continuidad de los servicios debe ser «con relación al concreto pleito».

Hay otras sentencias de esta Sala que no citan ni recurrente ni recurrido en sus respectivos escritos de recurso u oposición y que se ocupan también de la determinación del inicio del plazo de la prescripción trienal del artículo 1967 CC:

f) La sentencia 77/1990, de 12 febrero, entiende que no hay infracción por inaplicación del artículo 1967 CC, cuando la «multitud de trabajos profesionales que se ha descrito y transcrito en su pormenor implica la realización ‘de continuados trabajos’ por parte del actor al servicio de los codemandados», de modo que «no es posible aplicar el módulo restrictivo del lapso prescriptorio a una etapa o porción de los mismos, cuando, por su misma índole supone que en momento alguno relevante se dejó de aportar el quehacer intelectual del demandante en el logro del objetivo económico de la prestación concertada». Resulta relevante que la sentencia de instancia considera probado que «no cabe contemplar cada una de dichas actividades como inconexas, sino como una totalidad orgánica; unidad determinada por la consideración finalística de la obtención de un resultado, que se tradujo en la dirección técnico-jurídica en todas las cuestiones relativas al concreto asunto cometido a dicho señor Letrado demandante».

g) En la sentencia 241/1994, de 3 de marzo, la Sala estimó el recurso de casación contra la sentencia que atendió a la redacción del escrito de pre-

sentación del recurso como término inicial del cómputo del plazo prescriptivo. Este criterio no se considera aceptable en atención a que: «Cada uno de los procedimientos económico-administrativos en que se devengaron los honorarios reclamados constituye un conjunto de actuaciones no separables sin que debe considerarse agotada la actividad del letrado por la presentación de la reclamación y, así, las distintas resoluciones que pusieron fin a los respectivos procedimientos hacen referencia al trámite de alegaciones y el letrado, al ostentar también la representación de su cliente, hubo de prestar sus servicios a éste durante todo el tiempo de duración de dichos procedimientos administrativos; la aplicación de la regla general del artículo 1969 permite afirmar que debiendo considerarse el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones «desde el día en que pudieron ejercitarse», en este caso ha de serlo desde la finalización de los procedimientos, pues no tendría sentido partir de que los honorarios por cada intervención del letrado defensor y representante de su cliente debieran ser reclamados independientemente».

h) La sentencia 542/1998, de 30 de mayo, en un caso en que el abogado ejercita acción de reclamación de mensualidades debidas y resolución por incumplimiento del contrato de asesoramientos técnico jurídicos y defensa de los litigios que se encomienden durante quince años, declara que «la iniciación del cómputo de la prescripción trienal empieza a contarse a partir de la dejación total de la prestación de servicios en forma definitiva», que en el caso había que referir al momento en que se interrumpió el pago de los honorarios fijos convenidos. No hay infracción del artículo 1967.1 CC porque el «precepto opera cuando se trata de honorarios devengados por prestaciones concertadas como autónomas e individualizadas, que generan minutas singulares en razón a cada cometido encargado y no en los supuestos en los que el Abogado se integra en la empresa, al estar remunerado con retribuciones periódicas constantes y quedar obligado por un contrato de ejecución permanente y sucesiva».

i) La sentencia 972/2011, de 10 enero de 2012 (asumiendo funciones de instancia tras estimar el recurso extraordinario por infracción procesal), confirma la de primera instancia, en la que se desestimó la demanda del Abogado que reclamaba el pago de los honorarios, porque, de acuerdo con el artículo 1967 CC, el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de tres años es el día en que dejaron de prestarse los respectivos servicios, lo que para cada uno de los dos trabajos que realizó el demandante tuvo lugar respectivamente antes de su presentación en los ayuntamientos. Se rechaza la alegación del recurrente en el sentido de que el trabajo encomendado era complejo y no finalizó hasta la conclusión de las distintas fases que lo componían porque no se aportó justificación alguna que permitiera afirmar que la relación de servicios con la demandante no había terminado cuando se terminaron los trabajos presentados.

j) La sentencia 62/2016, de 12 de febrero, estima el recurso de casación que denunciaba la infracción del artículo 1967 CC porque, dice la sentencia, «tanto la norma citada del Código civil como la jurisprudencia consideran – en contra de la argumentación de la sentencia de la Audiencia Provincial– que la prescripción no se computa por cada servicio profesional, sino por el conjunto de servicios hasta llegar al final, en el presente caso, la casación ante esta Sala». En el caso se reclama el pago de la cantidad que resulta de sumar los importes desglosados de varias actuaciones que son correlativas respecto del mismo asunto (procedimiento ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia, apelación ante la Audiencia Provincial y oposición al recurso de casación). La sentencia recurrida considera que la reclamación de honorarios había prescrito para los honorarios de primera y segunda instancia, pero

no los originados por la oposición al recurso de casación. En este contexto fáctico se produce el pronunciamiento de esta Sala de que la prescripción no se computa por cada servicio profesional, sino por el conjunto de servicios hasta llegar al final; en el caso, la casación ante esta Sala.

k) Más recientemente, la sentencia 75/2017, de 8 de febrero, en un supuesto de prestación de servicios profesionales, de un arquitecto que pretendía reconducir el momento en que cesaron los servicios prestados al fin de una supuesta relación única, desestima el motivo que alegaba infracción del artículo 1967 CC porque la sentencia recurrida declara probado que al arquitecto se le contrató para diversos trabajos, distintos e individualizados, sin nexo entre los mismos. Como añade esta sentencia la jurisprudencia que se cita en el recurso (SSTS de 15 de noviembre de 1996, 8 de abril de 1997, 24 de septiembre de 1998, 16 de abril de 2003, y 13 de junio de 2014), no justifica la estimación del motivo porque «está referida al pago de servicios profesionales por Abogados en razón a hechos muy concretos como la existencia de una prestación continuada de los servicios; a un trabajo global y a una unidad de actuaciones profesionales a lo largo de un tiempo. Es decir, a una jurisprudencia que está en función de unos hechos distintos de los que la sentencia ha tenido en cuenta en este caso».

En definitiva, a efectos de determinar el *dies a quo* del plazo de prescripción trienal de la pretensión de cobro de honorarios profesionales prevista en el artículo 1967 CC, la doctrina de la Sala es la de que, cuando se hayan efectuado diversas gestiones o actuaciones en relación con un mismo asunto de un cliente, el momento en que «dejaron de prestarse los respectivos servicios» es el de la terminación del asunto, de modo que no empieza a correr el plazo de prescripción hasta su finalización. En particular, cuando la intervención profesional comprende la dirección y defensa de los intereses del cliente en un litigio, el plazo de prescripción no empieza a correr hasta que no finalizan las actuaciones procesales conectadas con el asunto encomendado, salvo que por voluntad de las partes proceda fragmentar y dividir el cobro de cada una de las actuaciones del profesional, como se tratara de encargos diferentes aunque versen sobre un mismo asunto. Por el contrario, salvo que resulte otra cosa de lo acordado por las partes, cuando el profesional asume la dirección y defensa de los intereses del mismo cliente en varios asuntos, el plazo de prescripción de la acción de cada uno de ellos comienza desde su terminación.

Esta interpretación jurisprudencial resulta coherente con el fundamento de la prescripción, porque no reclamar el pago de los honorarios correspondientes a la prestación de servicios finalizados y no vinculados a otros, en aras de mantener una relación con el cliente que facilite nuevos encargos, contribuye a generar incertidumbre acerca de la subsistencia de los derechos, lo que es contrario a la seguridad jurídica. Además, la no reclamación de los honorarios correspondientes a servicios prestados por asuntos ya finalizados y no conectados con otros, puede propiciar, contra la finalidad del artículo 1967 CC, una acumulación indeseable de las deudas de los clientes frente a los profesionales a los que se refiere el precepto.

En el presente caso, el razonamiento de la Audiencia Provincial es coherente con la doctrina jurisprudencial de la Sala, teniendo en cuenta la base fáctica y la razón decisoria. A la vista de que se trata de tres asuntos totalmente independientes, aunque se refieran a un mismo cliente, la sentencia recurrida aplica correctamente el plazo de prescripción que establece el artículo 1967 CC, al considerar como *dies a quo* para la pretensión de cobro de honorarios la finalización de cada uno de los respectivos litigios (sin que,

por otra parte, de la prueba practicada, quedara acreditado que se hubiera producido la interrupción de la prescripción). (STS de 4 de mayo de 2017; no ha lugar) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.<sup>a</sup> de los Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—Minucioso estudio jurisprudencial que sin duda contribuirá a fijar la interpretación del artículo 1967. 1.<sup>a</sup> CC al tiempo que, *animus docendi*, muestra el obligado *iter* que requiere cualquier análisis de la siempre delicada función judicial, singularmente al resolver los recursos de casación (G. G. C.)

## DERECHO DE LA PERSONA

**2. Derecho al honor: Registro de morosos: Daño moral por intromisión ilegítima: No caben indemnizaciones simbólicas: Reducción de la cuantía fijada en la instancia: La escasa cuantía de la deuda no justifica la reducción: Razones que no afloran en la sentencia recurrida.**—En este recurso sólo cabe decidir si la indemnización fijada por la sentencia recurrida, que reduce la establecida por la de primera instancia, se ajusta a lo previsto en el artículo 9.3 de la LO 1/1982, respetando la jurisprudencia que considera excepcional la posibilidad de revisión en casación de la cuantía de la indemnización.

Ciertamente es doctrina constante de esta Sala que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños morales en este tipo de procedimientos es competencia de los Tribunales de instancia, cuya decisión al respecto ha de respetarse en casación (así recientemente en SSTs de 22 enero y 10 de febrero de 2014, y 9 de octubre de 2015), salvo que no se hubiera atendido a los criterios que establece el artículo 9.3 de LO 1/1982, o en caso de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción.

El artículo 9.3, en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 5/2010, que entró en vigor a partir del 23 de diciembre de 2010 y que es aplicable dada la fecha de los hechos, dispone que «la existencia de perjuicios se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma». Esta Sala ha declarado en STS de 5 de junio de 2014 que dada la presunción *iuris et de iure*, esto es, no susceptible de prueba en contrario, de prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, «a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (sentencias de esta Sala de 19 de octubre de 2000 y 22 de enero de 2014). Se trata, por tanto, «de una valoración estimativa, que en el caso de daños morales derivados de la vulneración de un derecho fundamental del artículo 18.1. CE, ha de atender a los parámetros previstos en el artículo 9.3 de la LO 1/1982, de acuerdo con la incidencia que en cada caso tengan las circunstancias relevantes para la aplicación de tales parámetros, utilizando criterios de prudente arbitrio».

También ha afirmado la Sala que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico, pues al tratarse de derechos protegidos por

la CE como derechos reales y efectivos, con la indemnización solicitada se convierte la garantía jurisdiccional en un acto meramente ritual o simbólico incompatible con el contenido de los artículos 9.1, 1.1 y 53.2 CE y la correlativa exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego (SSTS de 12 de diciembre de 2011 y 4 de diciembre de 2014).

**Inclusión de los datos de una persona en un Registro de morosos sin cumplirse los requisitos legales.**—En este supuesto sería indemnizable, en primer lugar, la afectación a la dignidad en su aspecto interno o subjetivo, y en el externo u objetivo relativo a la consideración de las demás personas. Para valorar este segundo aspecto, afirma la STS de 18 de febrero de 2015, que ha de tomarse en consideración la divulgación que ha tenido tal dato, pues no es lo mismo que sólo hayan tenido conocimiento los empleados de la empresa acreedora y los de las empresas responsables de los registros de morosos que manejan los correspondientes ficheros, a que el dato haya sido comunicado a un número mayor o menor de asociados al sistema que hayan consultado los registros de morosos. También sería indemnizable el quebranto y la angustia producida por las gestiones más o menos complicadas que haya tenido que realizar el afectado para lograr la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados. Ambos extremos se consideran probados asumiendo los hechos probados de la primera instancia. Siendo ello cierto el interrogante es saber la razón de por qué modera la cuantía fijada en esta última. Debiendo indagar la Sala sobre razones que no afloran en la sentencia recurrida.

En esa labor de indagación no puede aceptarse el argumento de que la inclusión de datos sobre una deuda de pequeña entidad en un Registro de morosos no supone una intromisión ilegítima en el derecho al honor de una transcendencia considerable (y por tanto no puede dar lugar más que a una pequeña indemnización) porque claramente muestra que no responde a un problema de solvencia sino a una actuación incorrecta del acreedor. La inclusión en Registro de morosos por deudas de pequeña cuantía es correcta y congruente con la finalidad de informar sobre la insolvencia del deudor y el incumplimiento de sus obligaciones dinerarias. Y cuando tal inclusión se ha realizado, quienes consultan el Registro pueden suponer legítimamente que el acreedor ha cumplido con las exigencias del principio de calidad los datos, y no lo contrario, que es lo que hace la Audiencia, y que por tanto es cierto que el afectado ha dejado de cumplir sus obligaciones dinerarias. Por tanto, la escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral que le causó a la demandante la inclusión en los registros de morosos.

Tampoco cabe tener en cuenta que no conste que la citada inclusión le haya impedido a la recurrente acceder a créditos o servicios. Precisamente la información sobre incumplimiento de obligaciones dinerarias que se incluye en estos va destinada justamente a las empresas asociadas a dichos ficheros, que no solo les comunican los datos de sus clientes morosos, sino que también los consultan cuando alguien solicita sus servicios para evitar contratar y conceder crédito a quienes no cumplen sus obligaciones dinerarias. Las empresas que consultaron son empresas que facilitan crédito o servicios y suministros, bien porque se trate de entidades financieras, bien porque se trate de entidades que realizan prestaciones periódicas o de duración continuada y que facturan periódicamente sus servicios al cliente (con frecuencia, se facturan los servicios ya prestados, como es el caso de las empresas de telefonía y servicios de internet), por lo que para ellas es importante que se trate de un cliente solvente y cumplidor de sus obligaciones dinerarias. Por ello, estos Registros de morosos son consultados por las empresas asociadas

para denegar financiación, o para denegar la facilitación de suministros u otras prestaciones periódicas o continuadas, a quien no merezca confianza por haber incumplido sus obligaciones dinerarias. Es más, en ciertos casos, estas empresas no deben facilitar crédito si consta que el solicitante está incluido en uno de estos Registros de morosos (es el caso de lo que se ha llamado «crédito responsable», destinado a evitar el sobreendeudamiento de los particulares a que hacen referencia la Ley 16/2011, de 24 junio de Contratos de Crédito al Consumo, el artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios).

Por todo ello, el daño indemnizable sufrido por la demandante se compadece más con el que cuantifica la sentencia de primera instancia que con el que fija la sentencia recurrida puesto que la inclusión de sus datos en los Registros de morosos era apta para afectar negativamente al prestigio e imagen de solvencia de la demandante y para impedirle la obtención de financiación o la contratación de prestaciones periódicas o continuadas. A ello se han de añadir las gestiones que tuvo que realizar la demandante para conseguir la cancelación de sus datos en los Registros de morosos sin que el resultado fuera enteramente satisfactorio, pues sólo obtuvo la cancelación en uno.

En consecuencia, la indemnización fijada en la sentencia recurrida, reduciendo la suma de 7.000 euros a la de 2.000 euros, la indemnización por daño moral, no se ajusta a los criterios establecidos en el artículo 9.3 de la LO 1/1982, ni se compadece con lo mantenido por esta Sala en supuestos similares de escasa deuda, tiempo incluido en los Registros de morosos y divulgación que los mismos han tenido. Una reducción tan notoria como la descrita ha de calificarse de indemnización simbólica, disuasoria para impetrar la tutela de derechos que son fundamentales para la persona. El motivo se estima. (STS de 26 de abril de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.— No cabe duda sobre la responsabilidad derivada de la indebida inclusión de un deudor en un Registro de morosos, incluso aun cuando sea pequeña la cuantía de la deuda registrada. En el presente caso, es legítimo que el perjudicado no se conforme con la indemnización otorgada por la Audiencia Provincial para la indemnización de los daños morales. (G. G. C.)

**3. Derecho a la intimidad y a la información: Grabación con aparato de escucha camuflado de conversación privada, realizada en sala reservada de restaurante: Hechos pertenecientes a la vida íntima.**—El recurso no pone en cuestión ni lo que es el derecho a la intimidad ni el derecho a la información, sino que se sometió a la decisión de esta Sala la ponderación de ambos derechos fundamentales al entrar en colisión.

No puede acogerse la tesis del Ministerio Fiscal de que la recurrida, por haber alcanzado un acuerdo con la empresa que la grabó, obteniendo de esta una indemnización, haya comercializado su conversación y, por ende, ampliado el espacio de injerencia en su intimidad. Ello supone hacer supuesto de la cuestión, pues tal afirmación de naturaleza fáctica no la contiene la sentencia recurrida. Precisamente se alcanza el acuerdo transaccional en vía civil y continúa tramitándose el supuesto ilícito penal, en atención a la ilicitud de la grabación de la conversación. Que se hubiera alcanzado tal acuerdo no desnatu-

raliza su ilicitud, sino que éste es el *prius* de aquél. Por lo tanto, para la adecuada inteligencia de la presente resolución, se ha de partir de la ilicitud de la grabación. Las circunstancias de ésta son que se graba con aparato de escucha camuflado, una conversación privada de las interlocutoras, desarrollado en el reservado privado de un restaurante, lugar buscado de propósito para preservar la intimidad de lo conversado, así como su propia presencia.

La STC, Sala 1.<sup>a</sup>, 12/2012, de 30 de enero, afirma que: «en definitiva la intromisión de los derechos fundamentales de terceros resultante del ejercicio de la libertad de información sólo será legítima en la medida en que la aceptación de dichos derechos resulte adecuada, necesaria y proporcionada para la realización constitucional del derecho a la libertad de información. Por tanto, allí donde quepa acceder a la información pretendida sin necesidad de colisionar con los derechos referidos, queda deslegitimada, por desorbitada o desproporcionada, aquella actividad informativa invasora de la intimidad...».

Enlazando con lo anterior, refiere la sentencia la singularidad derivada de la especial capacidad intrusiva del medio específico utilizado para obtener y dejar registradas las imágenes y la voz de una persona. Cuando media un ardid o artificio de tal naturaleza que, en el supuesto que aquí se enjuicia se trata de un micrófono oculto para grabar la conversación, indica la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional que «es necesario reforzar la vigilancia de la protección de la vida privada para luchar contra los peligros derivados de un uso invasivo de las nuevas tecnologías de la comunicación, las cuales, entre otras cosas, facilitan la toma sistemática de imágenes (léase conversaciones) sin que la persona afectada pueda percatarse de ello, así como su difusión a amplios segmentos del público, como subrayaba el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación a un caso de captación fotográfica a cientos de metros de distancia (STEDH de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, 70)».

Es cierto que el TEDH reconoce a los profesionales correspondientes la libertad de elegir los métodos o técnicas que consideren más pertinentes para la transmisión pertinente. Pero también lo es que ha subrayado que «en la elección de los medios referidos, la libertad reconocida a los periodistas no está exentas de límites, y que en ningún caso pueden considerarse legítimas aquellas técnicas que invaden derechos protegidos» (SSTEDH de 18 enero de 2001, MGN Limited c. Reino Unido, 141; y de 10 de mayo de 2011, Mosley c. Reino Unido, 113).

Con toda esa argumentación, y decidiendo sobre el recurso de amparo sienta la sentencia del Tribunal Constitucional que venimos reseñando, que: «...» resulta procedente señalar que, aun cuando la información hubiera sido de relevancia pública, los términos en que se obtuvo y registró... constituye en todo caso una ilegítima intromisión en los derechos fundamentales a la intimidad personal...».

La sentencia 225/2014, de 29 de abril, dictada en un supuesto de empleo de cámara oculta, contrasta la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional, siendo esta aparentemente más exigente por entender, a efectos del derecho de información, que existen, con carácter general, métodos de la obtención de la información y, en su caso, de la manera de difundirla en que no queden comprometidos y afectados otros derechos de rango y protección constitucional. No obstante, admite que la jurisprudencia de la Sala permite entender que este procedimiento puede no ser ilegítimo si resulta proporcionado al interés público de los derechos registrados, pues no cabe descartar que mediante el mismo se descubran casos de corrupción

pública o económica al más alto nivel que deban ser conocidos y transmitidos a la opinión pública con la contundencia inherente a la grabación de la voz.

Se ha de matizar que en el presente supuesto no se trata de que alguien revele lo que se le ha manifestado por una persona de la que ha obtenido, con ardid, su confianza. Se trata de la grabación, primero, y ahora la reproducción, de lo conocido sobre la vida íntima de una persona a través de aparatos de escucha (apartado 2 del art. 7 de la LO 1/1982, de 5 mayo).

La sentencia recurrida no contradice esta doctrina de la Sala, pues lo que verdaderamente podía ser de interés público por tratarse de casos de corrupción política o económica se encontraba ya publicado. No se trata de la difusión del audio íntegro de la conversación, en la que afloran cuestiones ceñidas al ámbito propio y personal. Precisamente por lo que se revela en su integridad, y no conocido antes, esa difusión carece de relevancia para el interés general, y es por lo que, en la exigida ponderación, no tiene amparo en el derecho de información. No satisface más que el interés morboso del público por conocer el diálogo entre la actora (presidenta de un Partido político de la Comunidad Autónoma) y la señora Irene, que se identificaba en los medios como la ex-amante del anterior Presidente de aquel. No debe ser confundido un interés público digno de protección constitucional con lo que es interés del público, o de sectores del mismo ávidos de curiosidad.

El contenido de la conversación que carecía de interés general sólo puede ser conocido por la difusión íntegra del audio, y es tal intromisión la que declara la sentencia recurrida. Es ese plus el que la sentencia declara como intromisión a la intimidad, con prevalencia sobre el derecho de información, dado que lo que «no era conocido antes carece de toda relevancia para el interés general». La sentencia recurrida, en su argumentación, se acomoda la doctrina que esta Sala afirmó en la sentencia 1168/2000, de 22 de diciembre, sentencia que es citada por el Tribunal de apelación.

Por todo lo expuesto el motivo ha de desestimarse.

**Cuantía de la indemnización por inmisión ilegítima en los derechos fundamentales al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.**—Es doctrina reiterada de esta Sala que la determinación de la cuantía de las indemnizaciones por intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales corresponde a la función soberana de los Tribunales de instancia, sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del Ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del *quantum*. En el presente caso la Audiencia Provincial condenó a la demandada a pagar a la demandante en concepto de indemnización por el daño moral la cantidad de 20.000 euros, suma que responde a una valoración razonada y correcta, con detenida enumeración de las circunstancias concurrentes, sin que tenga un proceder irreflexivo y no acorde a las reglas de la lógica. (**STS de 22 de febrero de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

**HECHOS.**—Supuesto de hecho complejo en la que la Sala 1.<sup>a</sup> ha distinguido con claridad entre el interés público anexo a las actividades del expresidente de un Partido político de determinada Comunidad Autónoma, y la vida privada e íntima de la sucesora de aquél, que desvela en un marco notoriamente reservado con la supuesta amante del mismo. Decisivo ha sido el procedimiento utilizado: grabación oculta publicada luego en diario digital. Junto a ello resulta anecdótico que sólo se otorgue el 10% de la indemnización solicitada.

El caso aquí resuelto tiene cierta analogía con el contemplado por la STC 39/2016, de 3 de marzo (conflicto entre el derecho a la intimidad del obrero y el establecimiento de videovigilancia por parte de la empresa), aunque con solución diferente, y varios votos particulares en contra. Por otra parte se hace notar que aquella puede verse afectada por la posterior sentencia de la Gran Sala del TEDH de 5 de septiembre de 2017, en el caso *Barbulescu v. Rumanía*, relativa a la vigilancia de mails y otros mensajes remitidos por el trabajador desde plataformas proporcionadas por el empresario (V. amplio comentario en *ADC*, 2017, p. 1751 ss.) (G. G. C.)

**4. Ponderación entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor.**—No constituye intromisión ilegítima en el derecho al honor la información sobre una persona detenida transmitida por un medio de comunicación, cuando se refiere a la puesta a disposición judicial del sospechoso detenido el mismo día en que tiene lugar la actuación y basándose en la nota emitida por la Guardia Civil. Una información se considera «veraz», si se ciñe en todo momento al hecho noticiable, no se basa en meras especulaciones de terceros asumidas como ciertas, no desliza comentarios apoyados en datos inveraces, ni incurre en inexactitudes esenciales que afecten al núcleo de la información.

El solo hecho de que las valoraciones e informes sobre los que se basaba la información transmitida se revelen después erróneos no despoja de veracidad a la información en su momento comunicada, si se apoya en fuentes objetivas, fiables e identificadas. La Sala 1.<sup>a</sup> reitera así su doctrina de que la libertad de información no queda limitada por el resultado del procedimiento penal, pues si así fuera se restringiría el derecho a la libertad de información impidiendo informar sobre hechos en tanto no recaiga sentencia firme. (**STS de 13 de febrero de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—La televisión pública T emitió, el 27 de noviembre de 2009, en sus informativos diarios un breve reportaje sobre la puesta a disposición judicial de A, quien había sido detenido por la muerte violenta de una niña de tres años. La información gráfica mostraba a A (sin ser identificado por nombre y apellidos) esposado, saliendo de un vehículo de la Guardia Civil y dirigiéndose a las dependencias policiales custodiado por dos agentes. El vídeo se acompañaba del subtítulo: «Ya está en los juzgados» y las imágenes se complementaban con una voz que afirmaba: «Estábamos a la espera de ponerle rostro, y ahí lo tienen. Están viendo al presunto autor de la muerte de una niña de tan solo tres años [...]». Cuando se emitió el reportaje era un hecho notorio que una niña de tres años había fallecido en Tenerife y que se investigaba la causa de la muerte por existir sospechas de criminalidad. En particular, lesiones provocadas por malos tratos físicos.

Al día siguiente, el 28 de noviembre de 2009, visto el informe de la autopsia que descartó cualquier maltrato físico o agresión, el juez instructor dictó auto decretando la libertad provisional sin fianza de A.

A interpuso demanda frente a T en la que interesaba indemnización por la intromisión ilegítima «en el honor, la intimidad y la propia imagen de T». El Juzgado de Primera Instancia desestimó

íntegramente la demanda y, ante ello, A interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso pues consideró que la información transmitida era veraz, pero que existía una intromisión ilegítima en la propia imagen de A, al identificar completamente al demandante la imagen ofrecida por T.

Frente a la sentencia de la Audiencia, T interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. (A. I. R. A.)

**5. Discapacidad de la persona: Convención de Nueva York y su aplicación en España: Trastorno de la personalidad: Curatela: Eliminación de limitación de disponibilidades monetarias: Designación del curador: Revisión bienal del funcionamiento.**—En esta materia se ha de partir de que la persona afectada sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que las cautelas que se imponen son sólo una forma de protección.

La justificación de esta doctrina la ofrece la STS de 29 de septiembre de 2009, de Pleno, que reitera la de 11 de octubre de 2012, que en materia de incapacidad y en la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad firmado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, señala lo siguiente: «La incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado (...). Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona». El sistema de protección establecido en el Código civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: «1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

Si se atiende a dicha doctrina y al diagnóstico sostenido en el tiempo sobre la personalidad del recurrente, es fácil constatar que los problemas y consecuencias del ‘trastorno límite de la personalidad’, ‘rasgos de trastorno paranoide de la personalidad’, ‘rasgos impulsivos y antisociales’, tienen especial relevancia cuando el sujeto no se encuentra controlado y con tratamiento psiquiátrico. La doctora Sra. Visitación, aún reconociendo su mejoría, aconseja y recomienda al paciente una psicoterapia de apoyo para afrontar los conflictos que subyacen al cuadro psicopatológico. Apréciase además que, al ser explorado judicialmente, y aun reconociendo haber sido diagnosticado de trastorno de la personalidad, se niega a tomar medicación. Y asimismo, como índice de sus dificultades de autogobierno en situaciones que le frustran por no compadecerse con sus deseos, que en el acto de la vista se marchó de la sala sin advertencia alguna y dando un portazo. Por tanto, con los antecedentes constatados, la medida de apoyo que establece la sentencia recurrida, en orden a las decisiones que afectan a la enfermedad del recurrente, se considera beneficiosa para el paciente y acorde a la jurisprudencia de la Sala.

Sin embargo, hay que discrepar en cuanto a la decisión de índole económica, pues ninguna de las sentencias la justifican debidamente. La motivan en que sus familiares así lo pusieron de manifiesto en el acto de la vista, pero se echa en falta los concretos actos llevados a cabo por el recurrente de los que se pueda inferir ese déficit de autogobierno y la necesidad de apoyo en su beneficio. Se trata de lo que la Sala ha calificado de traje a medida (SSTS de 29 de abril de 2009, 1 de julio de 2014, 13 de mayo y 20 de octubre de 2015) y para ello se precisa de un conocimiento de la situación en que se encuentra esa persona en su vida diaria, y cómo se cuida en esa faceta de su vida, para inferir si se puede actuar por sí misma o necesita ayuda. Ese conocimiento no se tiene y hemos de estar a la presunción de capacidad del demandado para administrar sus bienes.

En cuanto al orden de llamamiento de curador, la STS de 1 de julio de 2014, que reitera la de 19 de noviembre de 2015, declara lo siguiente: «El Tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección tutelar, y no de los llamados a ejercerla. Las razones por las que el Tribunal puede apartarse del orden legal son muy variadas. En ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de hacerse cargo de la tutela, esto es, carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiera, pues, aunque constituye un deber legal puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir la tutela. Pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente. En cualquier caso, todas ellas hacen referencia al beneficio de la persona necesitada de tutela». Si se aplica esta doctrina en orden al beneficio de la persona necesitada de apoyo, que no necesariamente es coincidente con su deseo, la decisión de la sentencia recurrida es acertada. El padre no puede ser por constar las relaciones tensas que mantienen, lo que dificultaría el control del progenitor en los apoyos necesarios. Podría ser la madre, pero consta el extraordinario desgaste físico y mental que le supone las cuestiones relacionadas con su hijo; por lo que podría conducir a una relajación en perjuicio de la persona necesitada.

Por todo ello se estima parcialmente el recurso de casación y se establece la obligación de revisar la situación de incapacitación parcial y curatela de D. Carlos Daniel en un plazo de dos años. Se suprime que el recurrente necesite medidas de apoyo para actos de disposición o administración de sus bienes. (STS de 4 de abril de 2017; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

HECHOS.—A instancia del Ministerio Fiscal, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Arévalo, por sentencia de 10 de abril de 2015, declara la incapacitación parcial de D. Carlos Daniel, así como nombra curador del mismo a su padre D. Desiderio. La incapacitación se declara parcial y sólo para los actos recogidos por el artículo 290 CC, es decir, para aquéllos para los que los tutores necesitan autorización judicial, para actos de disposición o de administración de sus bienes cuyo importe supere los 400 euros mensuales y para las cuestiones relativas a la curación, seguimiento y tratamiento de su enfermedad. El ejercicio de la curatela se regirá por lo dispuesto en la presente resolución y subsidiariamente por

las normas del CC, relevándose al tutor de la obligación de prestar fianza. La sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Ávila estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por D. Carlos Daniel mediante sentencia de 12 de noviembre de 2015, únicamente en que se nombra curadora del apelante a su hermana de doble vínculo Dña. Eloísa, en lugar de su padre D. Desiderio, que quedará relevado de tal cometido.

Nótese que apenas transcurren dos años entre la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y la pronunciada por la Sala 1.<sup>a</sup> Tribunal Supremo, lo que redundará indudablemente en su eficacia, y explica el breve plazo temporal que se establece para vigilar el funcionamiento de las medidas.

NOTA.—En espera de una reforma en profundidad del tema, suscitado por la adhesión de España al Convenio de Nueva York de 2006, pueden consultarse en este ADC, dos sentencias de la misma fecha (STS 17 de marzo de 2016), una sobre privación del derecho de voto de la discapacitada, y otra sobre la escasamente regulada, guarda de hecho (ADC, 2017, p. 1325 y 1326), incluyendo amplias referencias jurisprudenciales y doctrinales. (G. G. C.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**6. Concepto legal de «consumidor».**—Conforme al artículo 1, apartados 2 y 3, de la LGDCU de 1984, tenían la cualidad de consumidor aquellos que actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional. Posteriormente, el artículo 3 TRLGDCU de 2007 matizó tal concepto, al afirmar que son consumidores las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, como todas las directivas de las que trae causa esta última norma.

Sin embargo, ninguno de los preceptos resuelve la cuestión de si cabe considerar como consumidor a quien destina el bien o servicio a fines mixtos, es decir, a satisfacer necesidades personales, pero también a actividades comerciales o profesionales. La Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, en su Considerando 17, apunta que, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor. Ante la ausencia de una norma expresa en nuestro Derecho nacional, entiende el Tribunal Supremo que resulta adecuado seguir el criterio interpretativo establecido en ese considerando. Y resalta que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido diciendo que el contratante es consumidor si el fin comercial o profesional es marginal en comparación con el destino privado, para lo que habrá que tener en cuenta las circunstancias que rodean al contrato. (STS de 5 de abril de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 10 de junio de 2005, B suscribió con una caja de ahorros un préstamo con garantía hipotecaria. Al pactarse un inte-

rés variable, se incluyó una cláusula de limitación de esa variabilidad, del siguiente tenor literal: «El tipo de interés vigente en cada período en ningún caso podrá exceder del 10% ni ser inferior al 3%». B interpuso demanda contra la entidad prestamista, en la que solicitó la nulidad de la citada cláusula y la devolución de las cantidades cobradas como consecuencia de su aplicación. El Juez de lo Mercantil estimó íntegramente la demanda.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de la entidad financiera, declarando probado lo siguiente: 1) en la demanda no se especifica en qué condición actuó el actor cuando solicitó el préstamo (si como consumidor o empresario); 2) en la finca gravada se encuentra el centro de las actividades empresariales de B; 3) el dinero del préstamo no se destinó a la compra de la finca gravada con hipoteca, sino a una actividad empresarial (la reconstrucción de los edificios que había en el recinto de la finca y de los que uno se dedica en su integridad a la explotación en régimen de alquiler de habitaciones). En consecuencia, concluye la Audiencia que no tiene la consideración legal de consumidor.

B interpone recurso de casación, alegando la infracción del artículo 3 TRLGDCU y del artículo 51 CE. Argumenta que, cuando una persona realiza una actividad con características tanto profesionales como domésticas, pero en las que priman estas últimas, cualitativa y cuantitativamente, ha de calificársele como consumidor y no como profesional. El Tribunal Supremo apunta que, como no existe a nivel nacional una norma que contemple los casos en que el bien se utiliza para fines mixtos (personales y profesionales), resulta procedente seguir el criterio apuntado en el Considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE. Sobre esta base, el Tribunal Supremo considera probado, al igual que la Audiencia, que el destino profesional del préstamo no fue marginal o residual, sino que fue preponderante, ya que se utilizó, primordialmente, para reparar y acondicionar todo un edificio para dedicarlo a negocio de alquiler inmobiliario. Siendo así, el prestatario no puede tener la cualidad legal de consumidor, motivo por el cual acaba desestimando el recurso de casación.

NOTA.—Sobre el concepto de «consumidor» en las distintas directivas europeas, *vid.* la STS de 16 de enero de 2017. A nivel comunitario, el TJUE ha desarrollado la doctrina jurisprudencial en relación con la condición de «consumidor» en los contratos con doble finalidad. Así, *vid.* las sentencias de 20 de enero de 2005 (asunto C-464/01) y de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14), o el auto de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15). (S. L. M.)

**7. El concepto de «consumidor» en el ámbito de las cláusulas abusivas.**—Conforme a la LGDCU de 1984, tenían la cualidad de consumidores quienes actuaban como destinatarios finales de los productos o servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional. El artículo 3 TRLGDCU ha matizado este concepto, afirmando que son consumidores las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Este concepto procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en

el TRLGDCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del TRLGDCU. En el ámbito de las cláusulas abusivas, el artículo 2.b) de la Directiva 93/13/CE define como consumidor a toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que objetiva el concepto de «consumidor», pone el foco de atención en el destino de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante.

**El control de las condiciones generales de la contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios.**—La Exposición de Motivos de la LCGC indica claramente que el concepto de «abusividad» queda circunscrito a los contratos con consumidores. Sin embargo, apunta el Alto Tribunal que esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante, en cuyo caso habría que acudir a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Sin embargo, como esto carece de desarrollo normativo, se suscita el problema de delimitar, desde el punto de vista de la legislación civil general, los perfiles de dicho control del abuso contractual en el caso de los adherentes no consumidores.

El Tribunal Supremo ha señalado que, tanto si en el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 y 7 LCGC. Cuestión distinta es el control de contenido. Las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas fundamentalmente los previstos en el artículo 1255 CC y, en especial, las normas imperativas, como recuerda el artículo 8.1 LCGC.

Dicho esto, el Tribunal Supremo se plantea si a las condiciones generales les es aplicación el denominado control de transparencia cualificado. Tal control supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sea comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Concluye que este control de transparencia, diferente del mero control de inclusión, está reservado en la legislación comunitaria y nacional a las condiciones generales incluidas en los contratos celebrados con consumidores. El artículo 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 distintas 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. Esta aproximación entre transparencia y abusividad es lo que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en

que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor. Además, añade el Tribunal Supremo que no se trata de una laguna legal que haya de suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia entre adherentes consumidores y adherentes no consumidores.

**La buena fe como parámetro de interpretación contractual.**—Respecto a los contratos entre profesionales, la LCGC remite a las normas contractuales generales. Los artículos 1258 CC y 75 CCO establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. El principio general de la buena fe debe servir para expulsar aquellas cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato. Puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de las cláusulas que perjudican al adherente. Cabe declarar la nulidad de aquellas cláusulas que comporten una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente. Entronca este criterio con la regla de las cláusulas sorprendentes, conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente.

Para valorar la concurrencia de tales circunstancias, habrá que tener en cuenta el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del contrato. Diligencia exigible al empresario adherente que dependerá, en gran medida, de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc. Y como el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de ser quien pretenda la nulidad de una condición general desde el punto de vista de la buena fe, alegando la introducción de una estipulación que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas, quien acredite la inexistencia o insuficiencia de la información y quien, ya desde la demanda, indique cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente. (**STS de 18 de enero de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 8 de marzo de 2007, don F, doña M, don MX y doña E concertaron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con ACB, con la finalidad de financiar la compra de un local destinado a oficina. En la cláusula 3bis de la escritura pública, relativa al interés variable, se indicaba que el tipo de interés nominal no podía ser inferior a 3.75% ni superior al 15%. Las cifras, tanto en letras como en número, estaban resaltadas en negrita.

F, M, MX y E formularon demanda contra la entidad bancaria, en la que solicitaron la nulidad de la citada cláusula de limitación del interés variable, con fundamento en los artículos 8.1 LCGC, 6.3, 1255 y 1261 CC, y la devolución de las cantidades cobradas al amparo de la misma. El Juez de Primera Instancia desestima la demanda, partiendo de que los actores no tenían la condición de

consumidores, dada la finalidad comercial o profesional del préstamo. Asimismo, aunque reconoció que la cláusula controvertida tenía la consideración de condición general, no estimó que infringiera ninguna norma imperativa. Y desestimó la pretensión de nulidad contractual, al no constar en la demanda en qué medida la estipulación era contraria al estándar jurídico de la buena fe o había causado un desequilibrio económico.

Interpuesto recurso de apelación por la prestataria, la Audiencia Provincial lo desestimó, conforme a los siguientes argumentos: 1) los demandantes no son consumidores; 2) en consecuencia, no es aplicable el control de transparencia; 3) la cláusula suelo está suficientemente explicada y resulta comprensible para los prestatarios.

Los actores interponen recurso de casación, sobre la base de los siguientes motivos: 1) la infracción de los artículos 2, 3 y 4 TRLGD-CU, en relación con los artículos 82.1 y 84 de la misma; 2) la infracción de los artículos 2, 5.1, 7.1, 8, 9.2 y 10.2 LCGC, en relación con los artículos 1256 a 1261 CC. El Tribunal Supremo comienza apuntando que el local destinado a oficina, para cuya adquisición se pidió el préstamo con garantía hipotecaria, se compró para una actividad profesional. En consecuencia, entiende el Alto Tribunal que la intervención de los adquirentes no era como consumidores. Respecto a la segunda alegación, el Tribunal Supremo parte de que la casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por los tribunales de apelación. La sentencia recurrida no considera probado que hubiera un déficit de información o que la cláusula suelo se impusiera de mala fe para sorprender las legítimas expectativas de los prestatarios respecto del coste del préstamo. Por tanto, no cabe afirmar que hubiera un desequilibrio o abuso de la posición contractual por parte de la prestamista, contrario a los artículos 1256 y 1258 CC y 57 del CCO.

NOTA.—Sobre el concepto de «consumidor» dado el destino del bien adquirido, *vid.* las sentencias del TJUE de 3 de septiembre de 2015. En relación con el control de las condiciones generales en contratos celebrados con profesionales o empresarios, y las diferencias según el adherente sea consumidor o empresario, *vid.* las SSTS de 9 de mayo de 2013, 10 de marzo de 2014, 7 de abril de 2014, 28 de mayo de 2014, 30 de abril de 2015, 15 de diciembre de 2015 y 3 de junio de 2016. Sobre la no aplicación del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores, *vid.* las SSTS de 18 de junio de 2012, 15 de enero de 2013, 17 de enero de 2013, 18 de enero de 2013, 11 de abril de 2013, 9 de mayo de 2013, 18 de noviembre de 2013, 30 de junio de 2014, 8 de septiembre de 2014, 24 de marzo de 2015, 25 de marzo de 2015, 29 de abril de 2015, 23 de diciembre de 2015 y 3 de junio de 2016. Respecto a la buena fe como parámetro de la interpretación de contratos entre profesionales, *vid.* las SSTS de 23 de abril de 2016, 3 de junio de 2016, 22 de octubre de 1996 y 15 de noviembre de 2006. (*S. L. M.*)

**8. Condiciones generales de la contratación: Cláusula que habilita al acreedor hipotecario para acudir a la venta extrajudicial prevista en el artículo 129 LH.**—Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la Unión Europea, una cláusula que permita al profesional que contrata con el consumidor acudir a la ejecución extrajudicial no es en sí misma abusiva (SSTJUE de 10 de septiembre de 2014 y 25 de junio de 2015), criterio recogido por la STS de 14 de julio de 2016. No obstante, el artículo 129 de LH, al regular la ejecución notarial de la hipoteca, en su redacción actual 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, mientras que en la versión vigente en el momento en que se firmó el contrato y se ejecutó la garantía, carecía de una previsión específica en tal sentido. Se debió indicar la cláusula que debía ser declarada como abusiva y no la estipulación que contenía esa cláusula junto a otros pactos, que fue lo que hicieron los actores. (STS de 25 de abril de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 18 de enero de 2006, Esther y Laureano contrataron con Banesto un préstamo hipotecario. El contrato fue novado el 30 de enero de 2008, para ampliar la cuantía del préstamo. La escritura de préstamo hipotecario contenía una estipulación en la que, junto a otros acuerdos, se preveía la posibilidad de que, en caso de impago, pudiera acudirse a la venta extrajudicial prevista en el artículo 129 de LH y en los artículos 234 y ss. RH, entonces vigentes. El juzgado desestimó la demanda presentada por los prestatarios, en la que pedían la nulidad de la citada estipulación. La Audiencia estima la apelación y el Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por Banesto. (I. D. L.)

**9. Cláusulas abusivas en el contrato de compraventa.**—Según el Tribunal Supremo, debemos declarar abusivas, por indeterminadas y desproporcionadas en perjuicio del consumidor, las cláusulas que establecen un plazo confuso para la entrega de la obra, adornado de todo tipo de exoneraciones en beneficio del promotor y vendedor, de tal manera que el comprador no sabe cuándo está obligado el vendedor a entregarla. Así hay que entender el artículo 85.8 TRLGDCU.

**Condiciones resolutorias expresas.**—A juicio del Alto Tribunal, el pactar una condición resolutoria expresa, es suficientemente indicativo de la trascendencia que las partes dan al término del cumplimiento del contrato. Por tanto, en estos casos, una vez llegado el plazo de cumplimiento sin que éste se haya producido, cabe la resolución contractual en base a los artículos 1114 y 1123 CC, lo que provoca la devolución de las cantidades entregadas. Además, la condición resolutoria expresa pactada debe ser objeto de una interpretación estricta, pues el artículo 1255 CC permite a las partes contratantes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o al margen de que, conforme al artículo 1124 CC, tengan o no trascendencia resolutoria. (STS de 13 de marzo de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—F suscribió el 29 de mayo de 2009 con la entidad CVM un contrato de compraventa para la adquisición de una vivienda en construcción. En la estipulación quinta de dicho contrato se establece un plazo de ejecución, indicando que su finalización, salvo causas de fuerza mayor y otras que resulten inevitables, se estima para finales de 2012. Además, se añade que dicho plazo se prorrogará por paralización de las obras impuesta por las autoridades jurídicas o administrativas competentes, por huelgas en el sector de la construcción, por el incumplimiento del *planning* por parte de los industriales contratados por el vendedor y por cualquier otra situación imprevista en la ejecución. En cualquier caso, se indica que, de superarse la fecha prevista para la entrega y la prórroga por situaciones no previsibles, la parte compradora podrá optar por exigir el cumplimiento de la obligación o por resolver el contrato. Y en otra estipulación se indica expresamente que el adquirente podrá instar la resolución del contrato si las obras no se terminasen dentro del plazo fijado o prórrogas acordadas. En tal caso, el vendedor debía devolver las cantidades recibidas al adquirente, junto con los intereses correspondientes. Hay que tener en cuenta que el 27 de mayo de 2013 se expidió el certificado final de la dirección de obra del edificio donde se encuentra la vivienda objeto del contrato. El 9 de julio de solicitó la licencia de primera ocupación, que fue concedida el 18 de octubre. Desde mayo de 2013, la demandada envió sucesivos requerimientos a la demandante para que suministrara la documentación necesaria con el fin de proceder a otorgar la escritura pública de la compraventa, así como la entrega de las llaves y el resto de precio que faltaba por abonar. Dichos requerimientos fueron rehusados por la actora.

F presentó demanda solicitando la declaración de resolución del contrato de compraventa de 2009, con condena a la vendedora demandada al pago del dinero que la compradora había entregado a cuenta del precio y de otra suma de dinero en concepto de intereses devengados hasta la interposición de la demanda. La mercantil demandada (CVM) se opuso a la demanda. El Juez de Primera Instancia la estimó íntegramente, al considerar que existe una condición resolutoria expresa y que la demandante ejerció su facultad resolutoria en tiempo oportuno por haber presentado demanda de acto de conciliación el 23 de abril de 2013, fecha en la que aún no habían finalizado las obras.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la vendedora, considerando acreditado que lo que llevó a la demandante a solicitar la resolución fue que ya no le interesaba el contrato por sus planes de irse a vivir a otra parte, y que el plazo de cumplimiento no era esencial.

En casación, F alega la infracción de los artículos 82 y 85 TRLGDCU y del artículo 5.5 RD 515/1989, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas. Igualmente, alega la infracción de los artículos 1124 y 1255 CC. El Tribunal Supremo comienza señalando que la interpretación que otorga la Audiencia a la cláusula relativa al plazo de entrega infringe los preceptos mencionados. El Alto Tribunal sí que considera que el plazo de entrega

se había pactado con carácter esencial y declara procedente la resolución del contrato, dado que la vendedora no entregó en plazo la vivienda y se había pactado entre las partes que el retraso constituía causa de resolución. En base a esto, estima el recurso de casación planteado.

NOTA.—Sobre el carácter abusivo de cláusulas que establecen un plazo confuso para la entrega de la obra, *vid.* las SSTs de 21 de marzo de 2013 y 3 de julio de 2013. En relación a la posibilidad de pactar un incumplimiento como resolutorio del contrato, con independencia de que el mismo sea grave o no, *vid.* las SSTs de 15 de noviembre de 2010, 8 de noviembre de 2012, 29 de noviembre de 2012, 4 de febrero de 2014 y 4 de noviembre de 2014. (S. L. M.)

**10. La facultad moderadora de las cláusulas penales por parte del juez.**—Cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 CC si se produce exactamente la infracción prevista. La moderación procede cuando se hubiera cumplido en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total la pena se estableció. Fuera de estos casos, rige el principio de *pacta sunt servanda*, rechazándose la moderación cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento, total o parcial, que se hubiera producido. La finalidad de ese precepto no está en resolver la cuestión de si se debe rebajar equitativamente la pena por resultar excesivamente elevada, sino en interpretar que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento distinto del producido. La jurisprudencia no admite la moderación de la cláusula penal en caso de incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal cuando tal incumplimiento parcial sea precisamente el contemplado en el contrato como presupuesto de la penal.

Para justificar la aplicación del artículo 1154 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 (*pacta sunt servanda*). Sin embargo, sí parece compatible con ese principio 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 carga de alegar y de probar que la cuantía de la pena aplicable según lo pactado ha resultado ser extraordinariamente más elevada que la del daño efectivamente causado al acreedor corresponderá al deudor incumplidor que pretenda la moderación judicial de la pena (art. 217.3 LEC). Sin prueba bastante al menos para fundar una presunción judicial de que así ha ocurrido, no cabrá invocar la disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), a fin de imponer o trasladar al acreedor la carga de acreditar la existencia y cuantía del daño efectivamen-

te sufrido. (STS de 25 de enero de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La entidad PDM (demandante) y doña M (demandada) suscribieron un contrato de opción de compra el 10 de marzo de 2000. Se pactó un plazo de ejercicio del derecho de opción hasta el 15 de mayo de 2002. El precio de opción fue de cinco millones de pesetas. Además, se incluyó una cláusula penal, donde se indicaba que, de no ejercer la parte compradora, en tiempo y forma, el derecho de opción, vendría obligada: a) a reintegrar la posesión del local; b) a pagar, por adelantado, trescientas mil pesetas en concepto de indemnización de daños y perjuicios; c) a pagar, por adelantado, por cada mes o fracción de mes, que siga a los treinta días naturales indicados, sin que haya hecho la entrega de todo lo indicado, la cantidad de cuatrocientas mil pesetas, en concepto de prevalorización de daños y perjuicios. Llegada esta fecha, la demandada no ejerció su derecho de opción, al no abonar la cantidad de cinco millones, ni haberla consignado, ni comunicado la intención de verificarlo. No obstante, se produjeron prórrogas anuales del plazo pactado para el ejercicio del derecho de opción de compra, la última hasta el 15 de mayo de 2005, en base a la cual el uso del local sería hasta el 15 de mayo de 2006. Llegada esa fecha, las partes ya no pactaron prórrogas anuales sucesivas, ni tampoco cumplió la demandada su obligación de pago de treinta mil euros a cuenta del precio de la compraventa. Se tuvo, pues, por caducado el derecho de opción, sin que ya procediesen pagos para mantener el uso del local. En ningún caso la demandada pagó ni consignó ni desalojó dicho local.

La entidad interpuso demanda contra doña M, solicitando que se dictara sentencia por la que se declarara extinguido el contrato celebrado entre ambas partes el 10 de marzo de 2000, al haber caducado el plazo acordado para el ejercicio del derecho de opción de compra y, en su virtud, se condene a la demandada: 1) a poner a disposición de la actora el local objeto del contrato; 2) a que le indemnice conforme a la cláusula penal pactada. La optante contestó a la demanda y formuló reconvenición, solicitando que se condene a la demandante a la formalización de la escritura con relación al local objeto de la compraventa, declarando ejercitado el derecho de opción.

El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Doña M interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que declaró extinguido el contrato de opción de compra de 10 de marzo de 2000 y, moderando la cláusula pactada en éste, condenó a la demandada a que indemnizase a la actora en la cantidad señalada en la sentencia, más sus intereses legales. Entendió la Audiencia que las cláusulas penales pactadas por las partes debían ser moderadas por ser desproporcionadas, por el incumplimiento defectuoso del optante.

La parte actora interpuso recurso de casación, alegando: a) la infracción del artículo 1152, en relación con el artículo 1154 CC; b) la infracción del artículo 1101 CC, en relación con los artículos 1100 y 1106 CC, señalando que de la cláusula se derivan dos responsabilidades (la contractual de pago del precio en las fechas pactadas y la extracontractual de desalojo de la vivienda cuando sus

ocupantes fueron requeridos para ello con justa causa); c) la infracción de los artículos 1281, 1283 y 1255 CC, señalando que la sentencia recurrida ha infringido el principio de autonomía de la voluntad que llevó a las partes a pactar la cláusula penal para el supuesto de caducidad del derecho opción. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, centrandó su análisis en la cláusula penal. A su juicio, aunque es cierto que la fecha pactada como plazo para el ejercicio del derecho de opción de compra no fue respetada por ambas partes, la última prórroga finalizó el 15 de mayo de 2006, por lo que esa es la fecha en que finalizaba el plazo para ejercer el derecho de opción de compra. Alcanzada esa fecha, la demandada no ejerció el derecho ni desalojó el local, con lo que se dio el incumplimiento total de la obligación a la que se anuda la cláusula penal. Según el Tribunal Supremo, el análisis de las cláusulas penales hay que hacerlo desde dos perspectivas: a) *ex ante*, propia del juicio de validez de las cláusulas penales; b) *ex post*, que atiende 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. Según el Alto Tribunal, la sentencia recurrida sólo tiene en cuenta esta segunda perspectiva. Además, no se ha demostrado que lo pactado resulte ser extraordinariamente más elevado que el daño efectivamente causado, cuando era una carga de la parte demandada. Por todo esto, estimó el recurso de casación.

NOTA.— Sobre la facultad del juez de moderar las cláusulas penales, existe una amplia doctrina jurisprudencial. *Vid.*, entre otras, las SSTs de 14 de junio de 2006, 5 de diciembre de 2007, 15 de octubre de 2008, 19 de febrero de 2009, 26 de marzo de 2009, 1 de junio de 2009, 29 de diciembre de 2009, 31 de marzo de 2010, 17 de enero de 2012, 21 de febrero de 2014, 14 de abril de 2014, 21 de abril de 2014, 17 de abril de 2015, 18 de junio de 2015 y 13 de septiembre de 2016. (S. L. M.)

**11. Compraventa de vivienda de futura construcción: Resolución extrajudicial por incumplimiento de la promotora-vendedora de su obligación de constituir las garantías previstas en la Ley 57/1968, de 27 de julio, y en la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación: Naturaleza de tal obligación: Doctrina jurisprudencial.**—La demanda se interpuso el 22 de septiembre de 2010 por dos ciudadanos de nacionalidad británica (D. Lorenzo, actual recurrente, y D. Valeriano), contra la sociedad vendedora (Hacienda Verde S. L.), solicitando la declaración de ser ajustada a Derecho la resolución —o rescisión con arreglo a la Ley 57/1968— extrajudicialmente acordada respecto de dos contratos de compraventa (uno por cada comprador) suscritos el 16 febrero de 2008, sobre las viviendas que se describían, pertenecientes a la promoción «Las Islas de Terrazas de la Torre» ubicada en la localidad murciana de Torre Pacheco, y la condena de la demandada a devolver a cada comprador las sumas entregadas a cuenta del precio, más intereses legales desde que se tuvo conocimiento de la resolución, y al pago de una indemnización de daños y perjuicios.

La demandada fue absorbida durante la tramitación de este litigio por la Entidad «Polaris World Real Estate S. L.», que, a su vez, el 16 de diciembre de 2010, cedió los derechos sobre la vivienda comprada por el hoy recurrente Sr. Lorenzo a la ahora recurrida «Las Islas de Terrazas de la Torre SL». Tras el acuerdo transaccional alcanzado durante la tramitación del pleito en primera instancia, entre Polaris Word Real Estate, que a su vez, con fecha 16 de diciembre de 2010, cedió los derechos sobre la vivienda comprada por el Sr. Lorenzo a la ahora recurrida, la controversia se centró exclusivamente en el contrato suscrito por el Sr. Lorenzo.

El demandado formuló reconvencción interesando el cumplimiento del contrato. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción, al considerar que el único que había incumplido sus obligaciones había sido el comprador. El recurso de apelación interpuesto por el actor también fue desestimado.

El único motivo del recurso de casación interpuesto por D. Lorenzo se basa en que en calidad de comprador se encontraba amparado por la jurisprudencia de esta Sala, pues al no discutirse que la parte vendedora no constituyó las garantías legales (aval o seguro), ha de concluirse que incumplió una obligación, no accesoria, sino esencial, y que tal incumplimiento facultaba al comprador para resolver el contrato en tanto que la vivienda se encontrase en fase de construcción, siendo esto lo aquí ocurrido, pues el buro fax requiriendo a la vendedora la entrega de los avales se envió en abril de 2010 y la licencia de primera ocupación no se obtuvo hasta agosto de 2011.

Sobre la cuestión que plantea el motivo, la doctrina jurisprudencial es terminante a la hora de calificar la obligación del promotor-vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores (arts. 1 y 2 de la Ley 57/1968) como una obligación no accesoria, sino esencial, mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, de modo que como declara la STS de 12 de julio de 2016, la omisión de la garantía facultará al comprador de la vivienda a exigirla y, de no constituirse, a no seguir pagando cantidades anticipadas, pues según la STS de 6 de enero de 2015, el aval viene a constituir la causa de la obligación de entregar la cantidad anticipada y viceversa, o a resolver el contrato por incumplimiento, con devolución, a cargo del promotor, de las cantidades anticipadas.

En definitiva, el hecho de que el artículo 3 de la Ley 57/1968 solo prevea la *rescisión* del contrato en caso de expiración del plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubieren tenido lugar, o la circunstancia de que la DA 1.ª LOE se refiera a la multa por incumplimiento de la garantía y no a la resolución del contrato, no menoscaban el carácter esencial de la obligación en relación con la del comprador de hacer los pagos a cuenta en las fechas contractualmente estipuladas, pues de otro modo se frustraría la finalidad de la norma y no se entendería el carácter irrenunciable de los derechos del comprador, muy explícitamente establecido en el artículo 7 de la Ley 57/1968 (STS de 19 de julio de 2013). Por tanto, tratándose un incumplimiento esencial, la consecuencia jurídica es la de facultar al comprador para resolver el contrato, de acuerdo con la Ley 57/1968 y el artículo 1124 CC, quedando por el contrario el vendedor impedido de resolverlo si, en aquella tesitura de omisión de garantías, es el comprador quien no atiende los pagos parciales a cuenta del precio.

Esta doctrina es aplicable al presente caso, toda vez que ha quedado probado que tras suscribirse el contrato litigioso, en febrero de 2008 y entregar el comprador cantidades a la vendedora a cuenta del precio, la vendedora no

constituyó en favor del comprador las preceptivas garantías legales, situación a raíz de la cual el comprador estaba facultado para dejar de atender los pagos aplazados (lo que hizo a partir de diciembre de 2008) y que también le facultaba para optar por la resolución contractual extrajudicial, lo que llevó a cabo una vez que seguían sin constituirse las garantías al no atender la entidad vendedora su requerimiento. Es determinante que cuando el comprador tomó la decisión de resolver el contrato la vivienda apenas se había empezado a construir, pues el primer requerimiento de exhibición de avales, no atendido por la vendedora, se hizo a mediados del mes de abril de 2010, y el buro fax comunicando la decisión de resolver el contrato se envió el 28 de julio de 2010 –recibiéndose al día siguiente–, por tanto pocos días después de que la vivienda se empezara a construir, ya que aunque se solicitó la licencia de obras el 28 de septiembre de 2006 no se obtuvo el permiso para edificar hasta el 31 de mayo de 2010 y las obras no comenzaron hasta el 13 de julio de 2010. Por el contrario, no es relevante que el comprador sólo pagara una parte (10.635,80 euros) del tercer pago (42.543,20 euros) previsto para 270 días después de la firma del contrato, pues al margen de que la diferencia se debiera a dificultades económicas del comprador y a su acuerdo con la vendedora, lo cierto es que, conforme a la doctrina jurisprudencial ya reseñada, el comprador no podía ser compelido a pagar los anticipos sin contar con la garantía de su devolución.

Tampoco se opone a la resolución del contrato la circunstancia de que en la decisión del comprador de exigir las correspondientes garantías y de resolver el contrato influyera la situación preconcursal de la vendedora, pues es precisamente esta circunstancia una de las que más pueden alertar a los compradores sobre la omisión de la garantía de devolución de sus anticipos. Es más, la sentencia de Pleno de 20 de enero de 2015 la considera como una de las razones que justifican la rescisión del contrato, equiparándola a una resolución por incumplimiento del vendedor, que puede agravarse precisamente por el transcurso del tiempo, reduciendo entonces las expectativas del comprador en un eventual concurso del promotor. Resolvieron casos similares las SSTs de 5 de febrero de 2013 y 15 de septiembre de 2015.

La estimación del único motivo comporta la del recurso y que, conforme al artículo 487.2 LEC proceda, tras casar la sentencia recurrida, resolver sobre el caso, lo que ha de hacerse en el sentido de estimar el recurso de apelación del demandante reconvenido y revocar la sentencia de primera instancia.

Se reitera la siguiente doctrina jurisprudencial: «La obligación del promotor-vendedor de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores (arts. 1 y 2 de la Ley 57/1968) constituye una obligación esencial mientras la vivienda no esté terminada y en disposición de ser entregada, cuyo incumplimiento por el vendedor faculta al comprador de la vivienda a exigirla y, de no constituirse, a no seguir pagando cantidades anticipadas o a resolver el contrato por incumplimiento, con devolución, a cargo del promotor, de las cantidades anticipadas». (STS de 2 de febrero de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.–La singular historia de esta, en apariencia, clara solución procesal, sólo reconocida, sin embargo, en trámite de casación obliga a la Sala 1.ª a actuar como Tribunal de instancia,

estimando íntegramente la demanda y desestimando la reconvencción, exitosa en ambas instancias, disponiendo lo siguiente:

1.º) Declarar ajustada a Derecho la resolución del contrato de compraventa suscrita por el recurrente el 16 de febrero de 2008, respecto a la vivienda en construcción perteneciente a la promoción «Las Islas de Terrazas de la Torre», ubicada en la localidad murciana de Torre Pacheco. 2.º) Condenar a la demandada–reconviniente a devolver al comprador hoy recurrente la suma total de las cantidades anticipadas (53.179 euros) más los intereses legales, no desde que se abonaron dichas sumas, sino, por haberse solicitado así en la demanda, desde la fecha en que se tuvo conocimiento de la resolución –29 de julio de 2010– y hasta el momento en que se haga efectiva la devolución. 3.º) Condenar a la citada entidad a pagar al comprador recurrente la cantidad de 151,84 euros para el resarcimiento de los gastos que ha llevado aparejada dicha resolución extrajudicial, pues su existencia y cuantía no ha sido objeto de controversia y la petición se ajusta al artículo 1124 CC pár. 2.º Conforme al artículo 398.2 LEC, no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación, porque ha sido estimado, ni las de segunda instancia, porque el recurso de apelación del hoy recurrente tenía que haber sido estimado.

Parece evidente que las circunstancias económico-sociales de la Ley 57/1968 difieren en buena medida de la época en que se firman los contratos aquí *rescindidos* o, mejor, *resueltos* extrajudicialmente (2008). Dan la impresión los tribunales de instancia de que aquella prudente disposición sobre venta de vivienda a construir había quedado, en cierto modo, como desvanecida o difuminada en el tiempo después de transcurrir una cuarentena de años, habiéndose producido en nuestro país profundas crisis de naturaleza sobre todo económica. El Tribunal Supremo recuerda, con acierto, que seguía en vigor al producirse los hechos. (G. G. C.)

**12. Ámbito de aplicación de la Ley 42/1998, de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles para uso turístico.**—El Tribunal Supremo se plantea la aplicación de la Ley 42/1998 a los contratos que versan sobre paquetes vacacionales o derechos de afiliación a clubs de vacaciones. El objeto de dicha norma era la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuía a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que estuviera dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios. La Ley 4/2012, que vino a derogar la norma anterior, advierte de la necesidad de evitar fraudes y la elusión de la normativa tuitiva de los consumidores. A pesar de que la Directiva 94/47/CEE no imponía una determinada modalidad contractual ni una concreta configuración jurídica para el derecho de aprovechamiento por turno transmitido, la Ley 42/1998 no acogió la pluralidad estructural en su configuración jurídica, por lo que el derecho de aprovechamiento por turno sólo podía constituirse como derecho real limitado (salvo si se optaba por la modalidad de arrenda-

miento de temporada de bienes inmuebles vacacionales a que se refiere el artículo 1.6). De hecho, se sancionaba con la nulidad de pleno derecho el incumplimiento de las disposiciones de la propia norma (art. 1.7 Ley 42/1998).

**La condición de «consumidor» a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.**—El artículo 1.5 de la Ley 42/1998 delimitaba el concepto de «transmitente», pero no definía al «adquirente». Por el contrario, el artículo 2 de la Directiva 94/47/CE, sí contenía una definición de «adquirente», acercándolo al de consumidor. Según la Directiva, se entendía por «adquirente» a toda persona física a la que, actuando en los contratos comprendidos en el ámbito de la directiva, con fines que se pudiera considerar que no pertenecían al marco de su actividad profesional, se le transfiriera el derecho objeto del contrato, o fuera la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato. El concepto de «consumidor» incluido en el artículo 3 TRLGDCU procede de las definiciones contenidas en las directivas cuyas leyes de transposición se refunden en él. Todas coinciden en que el consumidor es toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, con ligeras variantes de redacción entre ellas.

El Alto Tribunal se plantea si cabe aplicar la noción de «consumidor» a aquella persona que actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, pero con ánimo de lucro. Y se apoya, para resolverlo, en la reforma del artículo 3 TRLGDCU por la Ley 3/2014, que, aunque no sea aplicable directamente al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede dar alguna pista. Tras dicha reforma, se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica. Sin embargo, la ausencia de ánimo de lucro únicamente se exige respecto a la segunda, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora aunque tenga ánimo de lucro.

Además, el artículo 3 TRLGDCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente. Si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.). Si realiza varias de estas operaciones asiduamente, en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1.º CCO. **(STS de 16 de enero de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—El 29 de enero de 2008, doña M celebró un contrato con SV, denominado «acuerdo para solicitar la adhesión como miembro del Club Paradiso» por el que adquirirían determinados derechos vacacionales, cuyo contenido básico era un derecho vacacional anual, con una duración máxima de ocho noches, para un máximo de cuatro personas, que podía disfrutarse en cualquiera de los destinos disponibles que el Club ofrecía. Se establecía que el Club existiría durante 49 años, hasta enero de 2050, y posteriormente podía prorrogarse su existencia, a criterio exclusivo de la empresa. No constaba ninguna otra referencia a la duración del contrato. Se pactó que los derechos vacacionales consistirían en un alojamiento vacacional en intervalos de siete noches o menos. La solicitante abonó un pago inicial, dentro de los diez primeros días,

y, antes de que transcurriera un mes desde la firma del contrato, abonó la totalidad del precio. Se obligó a pagar, además, una tasa por servicio anual, cuya cuantía no se desglosaba expresamente, que se iría actualizando anualmente conforme al importe que la empresa determinara a su absoluto criterio.

Doña M formuló demanda en la que ejercitaba la acción de nulidad y, subsidiariamente, de resolución, del referido contrato, solicitando la devolución de las cantidades satisfechas en concepto de pago, más los intereses. Para el caso de que no se estimara la pretensión anterior, solicitaba que se declarase la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas por razón de dicho contrato y la condena a devolver dicha cantidad por duplicado. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda, al considerar que se habían incumplido las prescripciones de la Ley 42/1998, y declaró la nulidad del contrato por aplicación de su artículo 1.7.

SV interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial, al considerar: a) que no hubo vicio del consentimiento por parte de la actora, pues recibió una información amplia, completa y detallada sobre todos los aspectos del contrato; b) el contrato de afiliación al Club Paradiso no comportaba un derecho real de aprovechamiento por turno, sino un producto vacacional completamente distinto, al que no resulta de aplicación la Ley 42/1998; c) la demandante no era consumidora, por cuanto no era la destinataria final del producto que adquirió, pues su intención era obtener un beneficio mediante su reventa, lo que constituye una actividad comercial de tipo inversor.

Doña M interpuso recurso de casación, que fue estimado por el Tribunal Supremo. Alega, en primer lugar, la aplicación de la Ley 42/1998. A este respecto, indicó el Alto Tribunal que el contrato litigioso no tendría encaje directo en la definición contenida en el artículo 1.1 de la citada ley, pero en la medida en que la actora no adquiriría simplemente la prestación de unos servicios (lo que se conoce como paquete vacacional), sino la integración en una comunidad (membresía), mediante el abono de una cuota de entrada y de cuotas periódicas de mantenimiento, parece evidente que sí estaba contratando un aprovechamiento por turno de bienes inmuebles para uso turístico, si bien mediante una fórmula que pretendía eludir la aplicación de la normativa específica en la materia (entre ellas, la Ley 42/1998). A juicio del Tribunal Supremo, estamos ante un contrato de aprovechamiento por turno que, bajo la apariencia de apartarse de la figura del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, no cumple su regulación normativa en la Ley 42/1998. Materializándose así el presupuesto del artículo 1.7 de dicha norma. Al no adaptarse el contrato a la Ley 42/1998, y al infringir sus artículos 10, 11 y 12, el Tribunal Supremo declara la nulidad del mismo. El segundo motivo del recurso tiene que ver con la condición de consumidora de la actora. El Alto Tribunal declara que no consta que doña M realizara habitualmente actividades empresariales o profesionales de manera habitual, por lo que la mera posibilidad de que pudiera lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidora.

La sentencia contiene un voto particular del Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. El Magistrado entiende que no cabe encuadrar el contrato litigioso en el ámbito de aplicación de la Ley 42/1998, pues aquél contempla un producto vacacional distinto, el cual confiere el acceso a un sistema de reservas para disfrutar de vacaciones en el lugar y período que podría elegir, con los descuentos y ventajas determinados para la clasificación de su afiliación. Dicho tipo de contrato, entiende el Magistrado, no está comprendido en la Ley 42/1998. Por tanto, en la medida en que dicha norma no es aplicable, no cabe sostener la nulidad del contrato fundamentándose en su artículo 1.7. En cuanto a la condición de consumidora de doña M, el Magistrado considera que serían de aplicación los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la LGDCU de 1984. En consecuencia, no cabe considerar a la demandante como consumidora, dada la finalidad comercial que para ella tenía la suscripción del contrato.

NOTA.—El TJUE ha venido considerando que la intención lucrativa del adquirente no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor. En este sentido, *vid.* las sentencias de 3 de septiembre de 2015, 10 de abril de 2008 y 25 de octubre de 2005. (S. L. M.)

**13. Ámbito de aplicación de la Ley 42/1998, de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles para uso turístico.**—El ámbito objetivo de esta ley era la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio, así como el derecho a la prestación de los servicios complementarios. Este derecho podía constituirse como derecho real limitado o como un contrato de arrendamiento de bienes inmuebles vacacionales por temporada, que tuvieran por objeto más de tres de ellas, hasta un máximo de cincuenta años, y en los que se anticiparan las rentas (art. 1).

Igualmente, el artículo 1.7 contemplaba, dentro de su ámbito objetivo, que el contrato en virtud del cual se constituyera o transmitiera cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la presente Ley, sería nulo de pleno derecho, debiéndole ser devueltas al adquirente o cesionario cualesquiera rentas o contraprestaciones satisfechas, así como indemnizados los daños y perjuicios sufridos. Y así se establecía en la propia exposición de motivos de la Ley, en su apartado II. Del tenor de esta ley debía entenderse que la misma regulaba no sólo los derechos de aprovechamiento por turno *strictu sensu*, sino también los similares.

**La condición de «consumidor» del adquirente de un derecho de aprovechamiento por turno.**—El artículo 1.5 de la Ley 42/1998 delimitaba el concepto de «transmitente», pero no definía al «adquirente». Por el contrario, el artículo 2 de la Directiva 94/47/CE, sí contenía una definición de «adquirente», acercándolo al de «consumidor». Según la Directiva, se entendía por «adquirente» a toda persona física a la que, actuando en los contratos

comprendidos en el ámbito de la directiva, con fines que se pudiera considerar que no pertenecían al marco de su actividad profesional, se le transfiriera el derecho objeto del contrato, o fuera la destinataria de la creación del derecho objeto del contrato. El concepto de «consumidor» incluido en el artículo 3 TRLGDCU procede de las definiciones contenidas en las directivas cuyas leyes de transposición se refunden en él. Todas coinciden en que el consumidor es toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, con ligeras variantes de redacción entre ellas.

El Alto Tribunal se plantea si cabe aplicar la noción de «consumidor» a aquella persona que actúe en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, pero con ánimo de lucro. Y se apoya, para resolverlo, en la reforma del artículo 3 TRLGDCU por la Ley 3/2014, que, aunque no sea aplicable directamente al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede dar alguna pista. Tras dicha reforma, se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica. Sin embargo, la ausencia de ánimo de lucro únicamente se exige respecto a la segunda, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora aunque tenga ánimo de lucro.

Además, el artículo 3 TRLGDCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente. Si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.). Si realiza varias de estas operaciones asiduamente, en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1.º CCO. **(STS de 20 de enero de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Doña MP y don JC (demandantes), en virtud de contratos suscritos el 19 de enero de 2003, 11 de enero de 2004, 6 de noviembre de 2004, 21 de septiembre de 2005 y 26 de abril de 2008, adquirirían unos certificados *Trust Certificate* que concedían el derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por períodos vacacionales en una serie de complejos, previo pago del precio. Y se firmaron también unos contratos de reventa independientes del contrato de adquisición y de la afiliación en relación con alguna de las semanas que habían adquirido.

Los adquirentes formularon demanda el 10 de septiembre de 2012 y solicitaban: 1) que se declarase la nulidad o subsidiaria resolución de los contratos antes señalados, con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos; 2) que se declarase la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas, con la obligación de devolver el duplicado de dichas cantidades; 3) subsidiariamente, que se declarase la nulidad, por abusivas y por no haber sido negociadas de forma individualizada, de las cláusulas o condiciones recogidas en los envíos de información por parte de los complejos. La demandada se opuso a la demanda.

El Juez de Primera Instancia concluyó que hubo un incumplimiento con arreglo al artículo 1.7 de la Ley 42/1998, lo que deter-

minaba que se declarase la nulidad de los contratos. En cuanto a los efectos de la nulidad, las partes debían restituirse las prestaciones que cada una hubiera entregado a la otra. Se desestima la devolución de los anticipos entregados por duplicado.

La entidad mercantil SV interpone recurso de apelación, que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial. Concluyó que los contratos señalados no estaban regulados por la Ley 42/1998 porque ni los contempla ni los menciona, sino por el Código civil y por la legislación protectora de los consumidores y usuarios. La Audiencia negó la condición de consumidores por considerar que realmente eran inversores que pretendían obtener una rápida rentabilidad de su inversión mediante la reventa por parte de la propia entidad demandada de los derechos adquiridos. El objetivo de la adquisición era, más bien, para alquilar o revender. Los actores no son destinatarios finales del producto y consta acreditada la obtención de una rentabilidad mediante la comercialización o explotación de los derechos que eran objeto del contrato. Por otro lado, no se aprecia dolo ni error para declarar la nulidad contractual que pretenden los actores, pues han tenido mucho tiempo para reflexionar sobre los mismos. Según la Audiencia, se solicita la nulidad porque los demandantes no obtuvieron las ganancias pretendidas como consecuencia de las reventas.

Se interpone recurso de casación por los demandantes, en base a tres motivos. En primer lugar, la infracción de la Disposición adicional 2.ª de la Ley 42/1998, del artículo 1 de la Ley 1/1998 y del artículo 6.4.º CC. Mantienen que es de aplicación a estos contratos la Ley 42/1998, al tratarse de usuarios finales. En segundo lugar, alegan la infracción del artículo 1 LGDCU 1984 y 3 TRLGDCU, manteniendo que estos contratos se firmaron para uso y disfrute e inversión de sus ahorros siempre dentro de la esfera privada y doméstica. Y, en tercer lugar, alegan la infracción de los artículos 1.7 y 10 de la Ley 42/1998, 10 LGDCU 1984, 60, 62, 63, 69, 71 y 79 TRLGDCU, así como los artículos 6.3, 1261 y 1265 CC. Mantienen que los incumplimientos de la demandada, en relación a los contratos de aprovechamiento por turno, en cuanto a la falta de información básica, contenido de los contratos, prohibición de anticipos y la falta de fijación del límite temporal de los contratos, determina su nulidad de pleno derecho. Además, los recurrentes mantienen que la acción que se ejercitaba en la demanda era la nulidad de la operación, acción a la que no resulta de aplicación el repetido plazo de tres meses, pues el artículo 10.2 Ley 42/1998 se remite a la regulación de la nulidad de los contratos contenida en el Código civil.

El Tribunal Supremo comienza afirmando la aplicación de la Ley 42/1998 a los contratos, por encontrarse dentro de su ámbito de aplicación, conforme al artículo 1.1. Además, declara su nulidad, por incumplir lo establecido en dicha norma (no se recoge el contenido mínimo del art. 9 y se exigen anticipos). En cuanto a la condición de consumidores de los actores, no consta que realizaran profesionalmente este tipo de operaciones, por lo que la mera posibilidad de que pudieran lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidores. No eran unos profesionales del aprovechamiento por turno, pues actuaban

al margen de una actividad empresarial, aunque tuviesen ánimo de lucro. Por otro lado, condena a la demandada a devolver el dinero en concepto de anticipos, por estar prohibidos por el artículo 11 Ley 42/1998. Su devolución por duplicado procede no sólo cuando el contrato se declare nulo, sino también cuando la parte opte por exigir su cumplimiento. Respecto al resto de cantidades, la demandada ha puesto de manifiesto cómo los demandantes han podido disfrutar de las prestaciones propias del contrato durante 9 años (2004-2012). Aunque es cierto que el artículo 1.7 de la Ley 42/1998 establece que, en caso de nulidad, serán devueltas al adquirente la totalidad de las cantidades satisfechas, entiende el Alto Tribunal que hay que tener en cuenta el tiempo que los demandantes han podido disfrutar de los alojamientos. En consecuencia, el reintegro de las cantidades satisfechas no ha de ser total, sino proporcional al tiempo que debía restar de vigencia teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años.

NOTA.—Respecto a la condición de consumidor pequeños inversores que, en el ámbito de una actividad privada, tratan de obtener un rendimiento económico con ocasión de la adquisición de un producto, *vid.* las SSTs de 22 de diciembre de 2009, 17 de junio de 2010 y 11 de junio de 2010. En cuanto a la condición de consumidor a los efectos de la normativa de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, *vid.* la STS de 16 de enero de 2017. (S. L. M.)

**14. Adquisición de derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Régimen aplicable a los contratos suscritos bajo la vigencia de la LDATBIUT de 1998 que no se ajusten al modelo previsto en ella.**—La Ley 42/1998 DATUBIUT regulaba no solo los derechos de aprovechamiento por turno en sentido estricto, cuya configuración debía hacerse de conformidad con lo previsto en ella, sino también los similares, es decir, cualquier otro derecho real o personal por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o determinable al año; y sancionaba con la nulidad absoluta los contratos que, en la creación o transmisión de estos otros derechos, no respetasen el contenido imperativo de la misma, como mecanismo para impedir el fraude legal (art. 1.7.º). Por tanto, en el presente caso era evidente que se estaba contratando un aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico, si bien mediante una fórmula que pretendía eludir la aplicación de la normativa específica en la materia y vigente al tiempo que se celebraron los contratos. Ciertamente, la Ley 42/1998 no acogió una pluralidad estructural en su configuración jurídica, por lo que el derecho de aprovechamiento por turno sólo podía constituirse como derecho real limitado (a salvo el arrendamiento de temporada, también previsto en la norma); pero ello no excluía la aplicación de esta Ley a aquellos otros contratos incluidos en su ámbito de aplicación de acuerdo con el mencionado artículo 1.7.º La consecuencia de la aplicación de la Ley 42/1998, a la vista del incumplimiento de las exigencias más elementales que establece la norma, es la declaración de nulidad de los contratos celebrados (STS Pleno de 16 de enero de 2017).

**Noción de consumidor. No se pierde este carácter por el hecho de que el adquirente persona física actúe con ánimo de lucro.**—La jurisprudencia comunitaria ha considerado que la intención lucrativa no debe ser un criterio

de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor (STJUE de 10 de abril de 2008 –asunto Hamilton– y STJUE de 3 de septiembre de 2015 –asunto Costea–). Además, el artículo 3 TR-LGDCU en su redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebraron los contratos, sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero solo utiliza el ánimo de lucro como circunstancia excluyente para la persona jurídica. De donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

**Consumidor que actúa con ánimo de lucro. Delimitación de la actividad. Necesidad de que no exista habitualidad.**—El ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1.º CCO (STS Pleno de 16 de enero de 2017). No consta que los adquirentes recurrentes realizaran habitualmente este tipo de operaciones, por lo que la mera posibilidad de que pudieran lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidores. **(STS de 15 de febrero de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Los actores suscribieron sendos contratos, uno en mayo de 2007 y otro en junio de 2008, con la mercantil SV, S. L., en virtud de los cuales los primeros adquirirían unos certificados de fiducia que les concedía el derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por periodos vacacionales en los complejos descritos en el contrato. Junto con éstos, firmaron un contrato de afiliación y otro de reventa independientes de los contratos de adquisición. En noviembre de 2012, los adquirentes instaron la declaración de nulidad de tales contratos por ser contrarios a la Ley, en tanto no se había dado la información que ésta exigía, ni se señalaba la duración del contrato, ni se cumplía con la mayoría de las previsiones que, de forma imperativa, contemplaba la legislación aplicable en aquel momento. Por tal motivo se reclamó la devolución de las cantidades abonadas en concepto de pago por adquisición y de gastos de servicios y mantenimiento. Asimismo, se solicitó que se declarase la improcedencia de los cobros anticipados que habían tenido lugar. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y, aunque redujo ciertas cantidades, acogió en lo esencial la petición de los actores. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, por el contrario, estimó el recurso de apelación de la demandada, al entender que los contratos celebrados no se encontraban regulados por la Ley 42/1998, de manera que debían someterse a las disposiciones del Código civil; sin que fuese tampoco aplicable la legislación protectora de los consumidores y usuarios toda vez que los adquirentes no tenían esta condición, ya que de lo pactado resultaba que no eran destinatarios finales del producto sino que lo adquirieron con la finalidad de obtener una rentabilidad

mediante su comercialización o explotación. Consideró la Audiencia que no procedía declarar la nulidad pues no se había actuado con dolo o error, respondiendo la acción ejercitada a la frustración de las expectativas de ganancias que esperaban obtener con una reventa que nunca lograron. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de los actores.

NOTA.—En el presente caso el Alto Tribunal reproduce el criterio que viene manteniendo en los últimos años respecto del fenómeno de la denominada *multipropiedad*, y lo hace insistiendo en la idea de que todo contrato que implique la posibilidad de disfrutar de un alojamiento vacacional o turístico durante un número de semanas al año, debe configurarse contractualmente, y de manera imperativa, de acuerdo con el modelo que en su día estableció la Ley 42/1998, o con alguno de los que posteriormente introdujo la Ley 4/2012. El resultado es que la doctrina jurisprudencial termina por impedir cualquier negociación o acuerdo que no conduzca a los modelos normativos, de suerte que cercena la libertad contractual de las partes en tanto solo permite el juego de la autonomía de la voluntad dentro de los estrechos márgenes de la legislación vigente, so pena de declarar la nulidad de lo pactado. Este rígido planteamiento ha sido objeto de críticas en más de una ocasión (v. RODRÍGUEZ PERDOMO, E. *La regulación de los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en la Ley 4/2012. Un enfoque práctico y jurisprudencial*, tesis doctoral leída en la ULPGC en marzo de 2016, pp. 531 y ss.; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. «De nuevo, sobre el aprovechamiento por turno arrendaticio “flotante” ¿un s.o.s. para el time-share en España? *RDP*, 101, 2017, pp. 103-125). De otra parte, merece destacar que esta resolución decide una cuestión en cierto sentido novedosa en el plano jurisprudencial, cual es la condición del comprador del producto que adquiere con el propósito de revenderlo eventualmente. Se hace aplicación en el caso de la decisión adoptada en la STS del Pleno de 16 de enero de 2017, que abordó por primera vez esta materia; y que luego se reproduce además en otras decisiones del Alto Tribunal, como son las SSTs de 17 de julio, de 20 de noviembre y de 20 de diciembre de 2017; por lo que puede entenderse consolidada la doctrina jurisprudencial. Se acoge en aquella primera sentencia, y se reitera en estas otras, una idea que venía siendo defendida por relevantes sectores doctrinales (Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 9.ª ed. Dykinson. Madrid, 2017; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 68; MARÍN LÓPEZ, M. J., *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 117; CÁMARA LAPUENTE, S., «El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *CDT*, 3-1, 2011, pp. 84-117; ARROYO I AMAYUELAS, E., «Hacia un Derecho contractual más coherente: la sistematización del acervo contractual comunitario», en *Derecho contractual europeo* (dir. E. Bosch Capdevila), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 222-

223; ARNAU RAVENTÓS, L., «La noció de consumidor i la incorporació de les normes en matèria de contractació amb consumidors al llibre sisé del Codi Civil de Catalunya», *RCDP*, 9, 2008, pp. 42-43), en consonancia con la interpretación de las directivas comunitarias efectuada por el TJUE, y de las que el propio Tribunal Supremo se hace eco. Así pues, será posible que el adquirente de un derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico –o de otros productos materiales o financieros– los obtenga con el propósito de transmitirlos posteriormente obteniendo con ello una ganancia o beneficio económico. No perderá por este motivo la condición de consumidor y, por ende, la protección que le dispensa la legislación especial en la materia. Sin embargo, será necesario que no traspase un doble límite: a) la actuación ajena a su actividad empresarial o profesional; y b) que no lleve a cabo estas operaciones de modo habitual, pues la cotidianidad o regularidad podrían poner de manifiesto la existencia de una actividad empresarial o profesional. El Tribunal Supremo se refiere expresamente a la «realización de varias operaciones asiduamente en un periodo corto de tiempo», pero sin concretar el número de operaciones, ni en qué consistiría la asiduidad, ni tampoco la duración de ese periodo corto de tiempo. Esto puede generar un nuevo problema de determinación o concreción en el que podría influir además no solo la cantidad de actuaciones sino también la naturaleza de las mismas. No obstante la falta de certeza del nuevo criterio, éste ha sido acogido favorablemente por buena parte de la doctrina (v. MARÍN LÓPEZ, M. J., «¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 16 de enero de 2017», *CESCO*, 20, 2016, p. 3; COSTAS RODAL, L. «Aprovechamiento por turno y clubs de vacaciones: nulidad de los contratos al amparo del artículo 1.7 de la ley 42/1998. STS de 16 de enero de 2017», *RACM*, 3, 2017, p. 133; ARCOS VIEIRA, M. L., «Condición legal de consumidor y contratos con «doble finalidad»», *CCJC*, 105, 2017, pp. 362-364; PÉREZ-CABALLERO ABAD, P., «El consumidor que actúa con ánimo de lucro», *AJA*, 927, 2017, p. 9). (L. A. G. D.)

**15. Prestación del servicio de identificación de llamadas en contratos de telefonía.**—Existe una regulación específica, legal y reglamentaria, de la prestación de los servicios de telefonía. Esta normativa permite conceptuar el servicio de identificación de llamadas como una facilidad accesoria o complementaria del servicio de telefonía. Este servicio se configuró dentro de los servicios avanzados de telefonía en el RD 1736/1998, que aprobó el Reglamento que desarrollaba el Título III de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones. Respecto a este servicio, el artículo 105.1 RD 424/2005 recuerda que al contrato de acceso a la red de telefonía pública le será de aplicación la normativa general sobre protección de los consumidores y usuarios. Y el apartado 2 enumera el contenido mínimo que debe aparecer en el contrato, entre el que se encuentra en la letra e) los precios y otras condiciones económicas de los servicios. El artículo 107 prevé que cualquier propuesta de modificación de las condiciones contractuales, incluidas las mencionadas en el artículo 105.2, deberá ser comunicada al abonado con una antelación míni-

ma de un mes, en la que se informará, al mismo tiempo, del derecho del abonado a resolver anticipadamente el contrato sin penalización alguna, en caso de no aceptación de las nuevas condiciones.

**Servicios de telefonía, consentimiento y protección de los consumidores.**—Es cierto que el artículo 62.1 TRLGDCU lo que prohíbe, en la contratación con consumidores y usuarios, es que no quede constancia de forma inequívoca de su voluntad de contratar, lo que no necesariamente se ha de traducir en que en todo caso el consentimiento deba prestarse por escrito en un documento. (**STS de 26 de enero de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En el año 1999, Telefónica procedió a prestar un servicio consistente en la identificación de la llamada entrante. Se trataba de un servicio accesorio, cuyas tarifas de alta y mensual fue publicada en el BOE de 22 de febrero de 1999. Telefónica eximió del pago de la cuota de alta y de las cuotas mensuales para el servicio citado, durante el período comprendido entre el 1 de septiembre de 2000 y el 28 de febrero de 2001, a los nuevos clientes que solicitasen el alta entre el 1 de septiembre de 2000 y 15 de enero de 2001. El 16 de febrero de 2001, Telefónica, a partir del 3 de marzo de 2001, eximía del pago de la cuota de alta y de las cuotas mensuales por el servicio a todos los clientes y con carácter indefinido. A partir de ese momento, Telefónica prestó este servicio de identificación de llamadas a todos los clientes de forma gratuita. Sin embargo, a partir de abril de 2008, notificó a sus clientes que el servicio de identificación de llamadas dejaba de ser gratuito y tenía un coste mensual de 0.58 euros. También incorporó a la factura donde se hacía la notificación una hoja con los derechos del usuario, la posibilidad de darse de baja de los servicios contratados y el modo de verificarlo, y facilitó un número de teléfono gratuito para mayor información.

El Ministerio Fiscal interpuso demanda, en la que ejercitaba acción de cesación, en defensa de intereses colectivos. En ella pedía, en primer lugar, que se declarara la nulidad de la cláusula por la que Telefónica imponía y cobraba al usuario el servicio de identificación de llamadas, que no había sido solicitado ni contratado previamente, y sobre el que no había recibido información relevante, veraz y suficiente. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, al entender que la cláusula controvertida no tenía carácter abusivo, por obedecer a una modificación contractual en virtud de la cual la demandada pasó a facturar mensualmente una tarifa por un servicio adicional que prestaba a algunos usuarios hasta ese momento con carácter gratuito, y por haberse informado de manera suficiente a los clientes.

El Ministerio Fiscal apela la sentencia y la Audiencia Provincial estimó el recurso. En su sentencia, centra la cuestión en torno a la determinación de si estamos ante una nueva contratación o ante una simple modificación de las condiciones del mismo. El juzgado había entendido que se trataba de una simple modificación de las condiciones del contrato, pero la Audiencia entendió que se trataba de una nueva contratación. En concreto, señala que el hecho de recibir un servicio que la entidad demandada prestaba gratuitamen-

te a todos los clientes de forma indistinta desde marzo de 2001, no acredita una contratación expresa de dicho servicio por el cliente. Según los artículos 62 y 99.1 TRLGDCU, el consumidor debe dar su consentimiento de forma inequívoca al servicio que contrata. El hecho de que se dé al consumidor un bien o servicio gratuito y el cliente no se oponga, no supone una contratación expresa del bien o servicio. Para poder cobrar dicho servicio de identificación de llamadas, Telefónica debía haber notificado que dejaba de prestar el servicio de forma gratuita y que quien quisiese disponer dicho servicio debía contratarlo expresamente, incluyendo el coste correspondiente. Por tanto, la notificación realizada por la entidad demandada a sus clientes supone la imposición de un servicio oneroso no solicitado. El artículo 89 TRLGDCU considera abusivas las cláusulas que imponen al consumidor bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados. En base a todo esto, la Audiencia concluyó que la cláusula introducida por Telefónica en las facturas a sus clientes era nula.

Telefónica interpone recurso de casación. En primer lugar, alega la infracción de los artículos 62.1 y 99.1 TRLGDCU, en relación con el artículo 69 RD 1736/1998 y los artículos 64.g), 105 y 107 RD 424/2005. Según la recurrente, el servicio se había configurado en todo momento como una facilidad o prestación suplementaria que se integraba en el servicio de telefonía contratado por los usuarios de Telefónica desde 1999. De modo que en el año 2008 no se produce una nueva contratación del servicio que ya se prestaba, sino una mera modificación de las condiciones en que se prestaba esta facilidad. Si nos halláramos ante un cambio de tarifas de este servicio, en cuanto que hasta entonces se cobraba un precio y se pretendiera incrementar, no habría duda de que nos encontraríamos ante un servicio ya contratado, cuyas condiciones eran objeto de modificación o cambio, y por ello estaba sujeto al régimen normativo de modificación de las condiciones contractuales. El problema radica en la gratuidad del servicio y en que no quedara constancia de que este servicio adicional, como tal, hubiera sido contratado previamente, pese a que se prestaba por la compañía telefónica. No cabe admitir la posibilidad de cobrar a un usuario de telefonía un servicio accesorio que no consta que hubiera sido aceptado de forma inequívoca. Si se entendiera de otro modo, fácilmente se ofertarían servicios gratuitos, no demandados por el usuario, que más tarde, mediante el ardid de un cambio de modificaciones, se convertirían en servicios de pago, sin que el usuario hubiera prestado su consentimiento a la contratación del servicio o facilidad accesorio. En consecuencia, el Tribunal Supremo concluye que la cláusula insertada por Telefónica en las facturas de sus clientes de telefonía por la que comunicaba que el servicio de identificación de llamadas pasaría a ser un servicio de pago, no suponía una simple modificación de las condiciones contractuales, sino la contratación de un servicio nuevo, rechazando que haya existido infracción de los artículos 62.1 y 99.1 TRLGDCU.

En segundo lugar, Telefónica alega la infracción del artículo 89.4 TRLGDCU, por no cumplirse los requisitos establecidos por la jurisprudencia para su aplicación. Afirma el Tribunal Supre-

mo que la razón por la que se declara nula y abusiva la cláusula no se halla en el artículo 89.4 TRLGDCU, sino en los artículos 62.1 y 99.1 TRLGDCU.

En tercer lugar, se alega la infracción de los artículos 62.1 y 99.1 TRLGDCU, al entender la recurrente que ha seguido el cauce normativo idóneo para informar de forma clara y transparente a los usuarios del cambio de las condiciones en la prestación del servicio y para verificar la aceptación o consentimiento de los usuarios respecto de este cambio. A su juicio, la exigencia del artículo 62.1 TRLGDCU de que el consentimiento para contratar sea prestado de forma inequívoca no significa que necesariamente haya de ser expreso, pues también cabe dar validez y eficacia al consentimiento o aceptación prestados por medio de actos concluyentes, claros e inequívocos. El Tribunal Supremo entiende que Telefónica ha seguido el sistema previsto para la modificación de condiciones, en el que no se deja constancia inequívoca del consentimiento de los consumidores titulares de las líneas afectadas, sino simplemente se introduce en las facturas una cláusula que avisa de que a partir de una fecha pasará a cobrarse este servicio, y que el cliente puede renunciar al servicio. De aquí no cabe deducir inequívocamente el consentimiento del cliente.

Finalmente, Telefónica alega la infracción del artículo 82.1 TRLGDCU, indicando que, para poder declarar la abusividad de una cláusula en virtud de dicho precepto, deben cumplirse varios requisitos. A saber: la contravención de las exigencias de la buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, algo que aquí no se ha producido. El Alto Tribunal declara que la cláusula no ha sido declarada nula porque fuera abusiva en atención a su contenido, de acuerdo con lo previsto en los artículos 82 y siguientes TRLGDCU, sino porque supone la contratación de un nuevo servicio oneroso sin que quede constancia inequívoca del consentimiento de los clientes a los que se pasaría a continuación a cobrar el servicio. En base a todo esto, el Tribunal Supremo termina desestimando el recurso de casación.

NOTA.—En el sector de la telefonía, han sido muy discutidas las cláusulas de permanencia y penalización y su carácter abusivo. *Vid.*, entre otras muchas, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de febrero de 2004 y 23 de marzo de 2010, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 23 de diciembre de 2011, y de la Audiencia Provincial de Asturias, de 27 de noviembre de 2006. (*S. L. M.*)

**16. Responsabilidad civil por el daño causado por un incendio declarado en redes de distribución eléctrica.**—1. ENDESA ejercitó acción de responsabilidad civil contra Red Eléctrica de España (en lo sucesivo REE) por haber incumplido sus obligaciones de mantener correctamente las instalaciones a su cargo, a fin de garantizar la viabilidad de la red de transporte y de asegurar la continuidad y seguridad del suministro, habiendo causado daños por tal incumplimiento.

2. En concreto reclama por los daños causados por el incendio de la subestación eléctrica de Maragall acaecido en Barcelona el 23 de julio

de 2007, y solicita que se declare a REE responsable del incendio ocurrido en la subestación y de todos los daños y perjuicios que se derivan para ENDESA del mismo, postulando que se condene a REE a su abono.

Generali España SA de Seguros y Reaseguros (en adelante GENERALI) ejercitó también acción contra REE como subrogada en los derechos y acciones de su asegurada ENDESA, en reclamación del importe de aquella parte de las indemnizaciones abonadas y de los gastos incurridos con motivo del siniestro, al amparo de las pólizas que lo cubrían y en virtud de cuota de coaseguro (30%).

3. El siniestro consistió en que el 23 de julio de 2007 se produjo un incendio en la subestación eléctrica Maragall de Barcelona que provocó daños materiales y la interrupción del suministro eléctrico a los usuarios, siendo restablecido el suministro de manera paulatina. El incendio de la subestación estuvo precedido de otro incidente eléctrico, que consistió en la caída de un conductor de 110 kv propiedad de ENDESA sobre los cables de 220 kv de REE en la subestación Collblanc.

4. ENDESA cuantifica los daños en 89.943.583 euros, que clasifica en dos grupos: (i) las indemnizaciones que ENDESA ha debido abonar a los usuarios afectados a consecuencia de la interrupción del suministro, y (ii) los daños materiales sufridos por ENDESA como consecuencia directa de dicho incendio.

5. ENDESA tenía suscrita con Mapfre, con una cuota del 70%, en coaseguro con VITALICIO (GENERALI) (30%), una póliza de seguro de daños materiales y pérdida de beneficios y una póliza de seguro de responsabilidad civil. Las aseguradoras le han abonado 40.532.805 euros, por lo que ENDESA sólo reclama la diferencia, esto es, 49.410.778 euros, según su estimación y cuantificación del daño sufrido.

6. GENERALI reclama a REE la cantidad de 15.822.236,72 euros, por subrogación en los derechos y acciones de su asegurado.

7. REE niega su responsabilidad en el siniestro y su aportación causal en la agravación de las consecuencias. También se opone a la cuantificación de los daños que ENDESA afirma haber sufrido.

8. La sentencia de primera instancia, tras analizar de forma exhaustiva y pormenorizada la prueba practicada en autos, resolvió el conflicto existente entre las entidades existentes en torno a la responsabilidad que pudiera incumbirles por los daños y perjuicios ocasionados a ENDESA como consecuencia del siniestro descrito. La resolución consistió en estimar parcialmente la demanda, declarando que REE es corresponsable del incendio en el 50%, y por ello del 50% de los daños que pueden derivar del mismo. Condenó a REE a satisfacer a GENERALI 7.677.601,22 euros y la absolvió del pago que le reclamaba ENDESA.

9. Para exponer la motivación seguida por la sentencia de primera instancia en este litigio que califica de complejo y de gran magnitud en sus consecuencias, se reproduce por ser muy clara: (i) Comienza destacando la coincidencia de todos los peritos en señalar que el suceso del 23 de julio de 2007 se inició con la rotura del cable de media tensión de 110 kv en la SE de Collblanc a las 10 horas 53 minutos y 19 segundos, propiedad de ENDESA, que tiene su origen en la SE Can Jardí y que termina en la SE de Collblanc, se rompe, interrumpiéndose el paso de la corriente que circulaba por él, y cae sobre el parque de 220 kv de REE, de la subestación de Collblanc, resultando que el conductor desprendido, con tensión desde el origen de las líneas a la que pertenece, entra en contacto con la estructura metálica

de soporte del embarrado de 220 kv de Collblanc, produciéndose la desconexión de la línea en su extremo de Can Jardín; y posteriormente, en la caída del conductor de 110 kv, ya sin tensión, se produce el espacio secuencial con el juego de barras núm. 1 y núm. 2 y con la línea de 220 kv que une Collblanc con Urgell. La línea de 110 kv sobrevolaba una esquina del parque de 220 kv de la subestación de Collblanc; precisando que «se discute por sendas partes procesales la incidencia de que se trate de un solo suceso o bien de dos diferenciados. Se produjo la afectación temporal de varias subestaciones transformadoras que alimentan la red de distribución y se originan graves daños en la SE de Maragall, 220 MT que quedó sin posibilidad de alimentación desde la red de 220 kv». (ii) Advierte que «la caída del cable de 110 kv de ENDESA es consecuencia del deficiente estado de conservación y mantenimiento del mismo, y constituye una de las causas del incendio de la SE de Maragall, sin que pueda limitarse sin más a Collblanc, porque es el origen del incidente, con relación de causalidad directa entre los dos sucesos, determinando la participación y responsabilidad de ENDESA, por mucho que la califique de causa no eficiente, y la necesidad de utilizar la teoría de la prohibición de regreso, no cabe considerar como no eficiente la causa que concurriendo con otras condiona o completa la acción de la causa última (...). La actuación de ENDESA no sólo es condición *sine qua non*, es decir, necesaria e imprescindible o indispensable para el resultado, sino que al concurrir con las siguientes analizadas, ha de ser considerada como iguales en la influencia causal, dado que si, suprimidas imaginariamente, la consecuencia desaparece también». (iii) «Todo lo expuesto conlleva necesariamente a advertir un tanto por ciento de responsabilidad a cada una de las empresas en el incendio de 23 de julio de 2007, distribuyéndose, en un 50% de ENDESA y otro 50% a REE, teniendo en cuenta que en el cableado de REE se inició el foco del incendio en la SE de Maragall, unido el mal mantenimiento del mismo, a los efectos de la membrana de la Gis que permitió un fácil acceso a la planta cero de la -1 y así como el sobrevuelo de ambos sistemas sin que ninguna de ambas sociedades evitara o redujera el riesgo; y a ENDESA por la concausa de la caída del cable de Collblanc, a los defectos en el sistema anti-incendios, y a la no adecuada compartimentación en el edificio de la SE de las plantas -1 y 0, así como la inadecuación de ambas redes a las necesidades de una urbe como Barcelona, así como por el excesivo número de usuarios dependiente de la misma, y así como el sobrevuelo de ambos sistemas sin que ninguna de las sociedades evitara o redujera el riesgo, ni mitigaran el daño. A ello se añade que el vuelo de la línea aérea a 110 kv Can Jardí-Collblanc, propiedad de Endesa, sobre el parque de 220 kv de la subestación Collblanc, propiedad de REE, era perfectamente evitable, así como que, ambas sociedades, pudiendo hacerlo, no han reducido el riesgo de la caída de los conductores de la línea aérea a 110 kv Can Jardía-Collblanc, sobre el parque de 220 kv de la subestación Collblanc. Y la situación de las redes de distribución y de transporte, preexistentes antes del incidente, no estaban diseñadas para permitir una rápida recuperación del suministro».

Los daños del siniestro los fija en un total de 66.377.169,57 euros, que desglosa en las siguientes partidas:

- Daños materiales sufridos por ENDESA en sus instalaciones: 8.678.993 euros.

- Coste de grupos electrógenos, deducido el ahorro de la compra de electricidad: 21.187.130,87 euros.
- Coste mallado de las SE de Maragall y de Urgell: 10.913.875 euros.
- Reparaciones en SE de Maragall y Urgell: 11.628.090,79 euros.
- Indemnizaciones pagadas por ENDESA: 12.022.058 euros.
- Gastos por operativo especial de FECSA al tener personal subcontratado: 1.777.470,91 euros.
- Coste campaña publicitaria para dar respuesta a reclamaciones: 169.551 euros.

En definitiva, absuelve a REE de la pretensión de ENDESA, como quiera que ésta ha sido indemnizada por sus aseguradoras en la suma de 40.532.805 euros, y que REE tan sólo viene obligada a abonar el 50% de los daños causados, es decir, la suma de 33.188.584,78 euros, concluyendo que no procede condenar a REE a pagar cantidad alguna a ENDESA.

Tanto ENDESA como GENERALI y REE interpusieron recurso de apelación. Conoció del mismo la sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dictó sentencia el 19 septiembre 2014 por la que estimó parcialmente el interpuesto por ENDESA y desestimó los interpuestos por GENERALI y REE. En consecuencia, condenó a REE a abonar a ENDESA la suma de 8.345.652,93 euros, más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda. En la resolución de los recursos planteados por todos los litigantes, la responsabilidad en el incendio debe imputarse en igual medida a REE –por el defectuoso estado de los cables de 220 kv–, y a ENDESA –por el defectuoso estado de los cables de 110 kv–. Pero en contra de lo sostenido por la sentencia de primera instancia, entiende que no cabe imputar a ENDESA responsabilidad alguna derivada del sistema anti-incendios de la subestación. En cuanto a los defectos de compartimentación y sectorización de la subestación afirma que acierta la magistrada al imputar a ambos litigantes la responsabilidad por tal defecto, siendo adecuado el reparto de responsabilidad al 50%, no existiendo una parte que cargue con mayor responsabilidad que la otra en la propagación del incendio. En cuanto a la prolongada interrupción del siniestro por el inadecuado diseño de las redes de transporte y distribución de Barcelona, no cabe imputar a ENDESA responsabilidad, pues la exigencia reglamentaria de mallado de la red de distribución no existía en el momento en que se produjo el siniestro y suponía su ejecución un importante esfuerzo inversor, siendo REE concedora de esa situación y de sus consecuencias del corte de suministro eléctrico desde la SE de Maragall. Matiza que el hecho de carencia de una red de mallado no permite a ENDESA eximirse de responsabilidad frente a sus clientes, pero no determina que tenga que asumir responsabilidad frente al causante del incendio. Tras una detenida valoración de los daños y perjuicios sufridos por ENDESA, reduce la cuantía a la suma de 16.391.305,87 euros, especificando sus conceptos.

La entidad mercantil GENERALI interpuso recurso de casación pero se le tuvo por desistida en virtud de decreto de 12 de mayo de 2016. ENDESA interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. REE interpuso sólo recurso de casación. La Sala únicamente estima parcialmente el recurso extraordinario por infracción procesal, desestimando los demás motivos, así como todos los recursos de casación. Para mejor claridad y comprensión, altera el orden expositivo.

**Falta de motivación del recurso.**—Según la doctrina constitucional la exigencia de motivar las sentencias no impone una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, pero no es necesario acudir a esta doctrina en el presente caso por cuanto el tribunal de apelación, de manera clara, precisa y ordenada analiza cuantas cuestiones se someten a su consideración, ofreciendo respuesta judicial argumentada en derecho. Razona la responsabilidad de REE, luego la de ENDESA, motivando, con exclusión de la prohibición de regreso, como ambas concausas son eficientes y relevantes para la producción del resultado dañoso, concluyendo en imputar a ambas empresas la responsabilidad por el incendio en idéntica proporción. Tal distribución de responsabilidades podría modificarse si alguna de las partes hubiese influido con su conducta en la propagación del incendio o provocado una agravación de los daños, pero ello no sucedió. No debe olvidarse que la sentencia que se recurre es la de segunda instancia, y que la tesis que la recurrente mantiene sería más lógico que se predicase de la de primera instancia por ser la que hace recaer sobre ENDESA incumplimientos que no valora al distribuir la responsabilidad entre las partes, en perjuicio de REE. De ahí que pueda inferirse como más lógica la decisión ahora cuestionada, que no puede calificarse de arbitraria. Por todo lo expuesto se cumplen los cánones de motivación de la sentencia al constar con claridad la *ratio decidendi* por la que ésta distribuye la responsabilidad entre las concausas del resultado dañoso. La posibilidad de conocer la *ratio* de la sentencia la ha tenido ENDESA si se atiende a las extensas consideraciones expuestas en la misma, sin olvidar que la falta de motivación no puede servir para cuestionar otros aspectos de la sentencia como la valoración de la prueba (STS de 28 de febrero de 2011).

**Infracción del artículo 326 LEC: Error en la valoración de la prueba documental privada.**—Con carácter general cabe decir que en nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia y para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso extraordinario de infracción procesal, con fundamento en el artículo 469.1.4.º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. El Tribunal Constitucional ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba. Así no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional sino aquellos: 1.º en que se trate de un *error facti*, material o de hecho, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales (SSTS de 28 de junio de 2012, 30 de abril de 2013 y 17 de febrero de 2015).

Además, en este caso, la documental privada cuya errónea valoración se denuncia, participa más de aquellos dictámenes periciales, obtenidos fuera del proceso, y a los que la nueva Lec otorga la naturaleza de prueba pericial, habiendo declarado la STS de 21 de julio de 2016 la difícil impugnabilidad de la valoración de la prueba pericial por cuanto tiene por objeto ilustrar al órgano enjuiciador sobre determinadas materias que, por la especificidad de las mismas requieren unos conocimientos especializados de técnicos en tales materias y de los que, como norma general, carece el órgano enjuiciador quedando atribuido a favor de Jueces y Tribunales, en cualquier caso, ‘valorar’ el expresado medio probatorio conforme a las reglas de la ‘sana crítica’, añadiendo que el artículo 348 LEC no contiene reglas de valoración tasadas, que se puedan violar, por lo que ello implica atenerse a las más ele-

mentales directrices de la lógica humana ante lo que resulta evidenciado y puesto técnicamente bien claro, de manera que, no tratándose de un fallo deductivo, la función del órgano enjuiciador será hacerlo en relación con los restantes hechos de influencia en el proceso que aparezcan convenientemente constatados, siendo admisible atacar solo cuando el resultado judicial aparezca ilógico o disparatado.

El motivo debe ser desestimado pues la sentencia de la Audiencia Provincial realiza una valoración razonable de ambos dictámenes para sentar que la responsabilidad en el incendio debe imputarse en igual medida a REE –por el defectuoso estado de los cables de 220 kv, y a ENDESA por el defectuoso estado de los cables 110 kv–. Esta deducción lógico-jurídica no ha vulnerado las reglas de la sana crítica, ni ha incurrido en arbitrariedad. La revisión sólo se encontraría justificada por la existencia de un error patente o de una arbitrariedad, y ello no se infiere de los argumentos de la sentencia recurrida al afirmar que: «no encuentra argumentos para considerar una mayor imputación a una de ellas en la medida en que la actuación diligente de las mismas hubiera evitado el siniestro; si los cables de 110 kv no hubieran caído no se hubiera producido el incendio, al igual que el mismo se hubiera evitado –pese a los cortocircuitos producidos por tal caída– si los cables de 220 kv hubieran estado en correcto estado».

**Incongruencia.**—Respecto de la relevancia constitucional del vicio de incongruencia hay que señalar que se produce por alterar una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (STC de 18 de octubre de 2004). Habiendo reiterado el Tribunal Constitucional que para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que sea imputable y que tenga su origen en actos u omisiones de los órganos judiciales, esto es que la indefensión sea causada por la actuación incorrecta del órgano jurisdiccional (STS de 25 de junio de 2015). Al relacionar el anterior principio con el dispositivo «es reiterada la jurisprudencia que señala que la Audiencia Provincial sólo puede revisar el pleito, asumiendo funciones de instancia tanto en cuestiones fácticas como jurídicas, si la controversia se reproduce o subsiste en esa segunda instancia» (por todas STS de 6 de julio de 2006, según cita la STS de 1 de octubre de 2010). El tribunal de apelación no puede resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, de modo que los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia a los que no se extiende la pretensión impugnada deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia, y así lo confirma la STS de 19 mayo 2016. La segunda instancia se configura como una *revisio prioris instantiae*, en la que el Tribunal superior u órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes, para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius*, y la ya aludida imposibilidad de entrar a conocer sobre los extremos consentidos (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En el caso examinado la sentencia recurrida ha infringido el principio de incongruencia y las reglas establecidas en el artículo 218 LEC. En efecto, no

habiendo sido apelada la sentencia que desestimó la excepción de prescripción por parte del demandado que la opuso en primera instancia, ni habiendo éste impugnado la sentencia en los extremos que pudieran resultarle desfavorables con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la contraparte, la desestimación de esta excepción debe considerarse consentida y no pudo ser revocada por la sentencia de apelación. No es suficiente para enervar esta apreciación que la parte demandada formulara en la oposición alegaciones sobre la prescripción, ya que para trasladar el examen de esta cuestión al tribunal de apelación era necesario que hubiera apelado la sentencia o la hubiera impugnado, combatiendo los extremos desfavorables, a raíz del recurso interpuesto por la contraparte, pero ésta formuló su escrito como de oposición al recurso de apelación, limitándose a solicitar la confirmación de la sentencia de primera instancia y no se opuso a que el Juzgado no diera a su escrito el trámite del artículo 461.4 LEC. Ha de tenerse en cuenta la mayor laxitud de la Lec de 2000 en la conceptualización de ‘gravamen’ para recurrir o para impugnar un recurso de apelación, habiendo declarado la STS de 22 junio 2009 que la impugnación contemplada en el artículo 461.1 LEC 2000 «parece concebida en términos más amplios que la ‘adhesión’ contemplada en los arts. 705, 858 y 892 LEC.1881, al sustituir ‘perjudicial’ por ‘desfavorable’ y permitir que la sentencia de apelación pueda perjudicar al apelante en virtud de la impugnación formulada por el inicialmente apelado». El Tribunal de apelación al tomar en consideración los alegatos e informes a que alude REE en su escrito de oposición al recurso de apelación de ENDESA ha provocado una patente indefensión a la parte recurrente en apelación, ya que decidió, inaudita parte, por cuanto el planteamiento de REE quedaba extramuros de lo que es una mera oposición al recurso y adquiriría naturaleza de impugnación de la sentencia, lo que obligaba darle el trámite propio de ésta o, en su caso –que es el presente–, no decidir sobre la cuestión por no ser objeto de la apelación.

La estimación de ambos motivos conduce a que deba modificarse la partida de responsabilidad civil. Todo ello supone que el importe no indemnizado, a Endesa por las aseguradoras asciende a la suma de 20.607.484,87 euros, por lo cual el 50% asciende a la suma de 10.303.742,4 euros.

**Doctrina sobre causalidad.**—En la actualidad la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo acude a la teoría de la imputación objetiva, que en todo caso sirve para excluir la responsabilidad, y que tiene las siguientes pautas o reglas: a) Los riesgos generales de la vida: La vida tiene riesgos propios e inherentes, que son aceptados por todos. Es decir, existen las ‘desgracias’. b) La prohibición de regreso: Encontrada una causa próxima, no debe irse más allá, más atrás, buscando causas remotas. Pero la intervención meramente culposa de un tercero no basta para excluir la imputación objetiva. c) La provocación: Quien provocó la situación, sin descartar que sea el propio perjudicado porque asumiese un riesgo no justificado. d) El fin de protección de la norma. e) El incremento del riesgo o la conducta alternativa correcta. Si el daño se hubiera producido igual aunque se adoptase otra conducta. f) Competencia de la víctima (hechos o situaciones que estaban en el dominio de la víctima). Y g) En todo caso, y como cláusula cierre, la probabilidad, lo que permite excluir la responsabilidad en los supuestos de eventos altamente improbables, imprevisibles, y que a la postre nos recuerdan el caso fortuito (SSTS de 17 y 25 de noviembre de 2010; 9 de febrero, 14 de marzo y 20 de mayo de 2011).

En el presente caso la caída del cable de ENDESA de 110 kv causó tres cortacircuitos en la línea de 200 kv de REE. La responsable de dicha caída es

ENDESA y, de forma próxima, no remota, y sin solución de continuidad tiene lugar el incendio a causa del mal estado de los cables de 220 kv de REE. Esto último no se pone en tela de juicio y es un hecho probado, pero la sentencia recurrida, con valoración jurídica en sintonía con el estado actual de la jurisprudencia en torno a la relación de causalidad, deja claro que el factor desencadenante se encuentra en la caída de los cables de 110 kv de Endesa, por lo que difícilmente puede pretender que no le incumba ninguna responsabilidad acudiendo al criterio de la prohibición de regreso. Existe una conducta imprudente de REE en la conservación y mantenimiento de los cables de ella, que propicia el incendio, pero éste se ha visto favorecido, de manera próxima y no remota, por la imprudencia de ENDESA en la conservación y mantenimiento de dicha red, y en el contacto entre ambos cables, debido a la defectuosa y poco previsible instalación de los cables sobrevolando uno al otro. De ahí que no quepa considerar infringida, dentro de la causalidad, la tesis de la imputación objetiva, al sentar la sentencia recurrida que la conducta negligente de ENDESA ha de calificarse como una causalidad contributiva que ha favorecido decisivamente la causación final del siniestro. Ha habido una omisión del deber de cuidado por ENDESA, que opera como contribución causal, y con la entidad suficiente como para que la omisión del deber de cuidado de REE no absorba en exclusiva el desencadenante causal, lo que se traduce en la exclusión de la doctrina de la prohibición de regreso. No se excluye la imputabilidad porque, habida cuenta las circunstancias del caso, tan minuciosamente recogidas y valoradas en la sentencia, no cabría descartar como extraordinariamente improbable (*ex ante* y por un observador experimentado, suficientemente informado) el resultado producido. Finalmente conviene recordar que las SSTS de 24 de mayo de 2004, 26 de mayo de 2005 y 9 de febrero y 1 de marzo de 2007, han declarado que «no cabe considerar como no eficiente la causa que concurriendo con otras condiciona o completa la causa última», y así la conducta negligente de ENDESA merece tal carácter condicionante.

**Graduación de responsabilidad según artículo 1902 CC.**—Se pretende que de mantenerse la imputación conjunta del daño a ambas partes, se declare que la sentencia infringe el artículo 1902 CC en la distribución del grado de responsabilidad. Pero este precepto no es procedente para resolver el problema planteado, dado que los temas de moderación de la responsabilidad en relación con la concurrencia causal sólo excepcionalmente pueden acceder a la casación (STS de 20 de mayo de 2004).

**Defectos formales del recurso interpuesto por la Red Eléctrica de España: Inadmisión.**—Este recurso incurre en causa de inadmisibilidad por carencia de claridad y precisión. Es un auténtico *totum revolutum* en que se mezclan cuestiones de causalidad e imputación objetiva con otras relacionadas con daños que entiendo no deben ponerse a su cargo. Peca de acumulación de infracciones, de cita heterogénea de preceptos en el mismo motivo, que generan ambigüedad e indefinición, lo que va en contra del acuerdo de esta Sala de 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Procede desestimar el motivo por inadmisión (STS de 26 de junio de 2015). No obstante, y teniendo en cuenta que cuantas cuestiones plantea este recurso, con deficiente técnica casacional, han sido objeto de enjuiciamiento y decisión en el recurso interpuesto por ENDESA, tanto en el extraordinario por infracción procesal como en el de casación, a ellos nos remitimos.

Conviene destacar que no es ilógica ni arbitraria la valoración jurídica de la sentencia recurrida cuando en relación con la carencia de red de mallado sostiene que no exime a ENDESA de responsabilidad ante sus clientes, por el incumplimiento de su obligación de suministrarles energía, pero tal circunstancia no determina asumir responsabilidades frente al causante del incendio. (STS de 24 de febrero de 2017; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—La jurisprudencia sobre incendios en general, es abundante. Sobre la recaída durante el siglo XXI puede verse recogida en la nota de S. López Maza en *ADC*, 2017, p. 1350, en relación con la STS de 6 de abril de 2016 en un supuesto de responsabilidad civil. Pero el aquí contemplado es de otra magnitud, tanto por la entidad de los daños y modo de producirse los perjuicios, como por la importancia social del hecho (redes eléctricas, de amplio funcionamiento, en mal estado de conservación). De ello deriva la singular atención prestada por el Ponente a los diversos recursos interpuestos. (G. G. C.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**17. Concepto de originalidad de la obra arquitectónica.**—El carácter funcional de la obra arquitectónica y los elementos que preceden a su ejecución (planos y proyectos para su concepción, exigencias técnicas, cumplimiento de la normativa urbanística...) determinan que su conceptualización como obra original a los efectos de la propiedad intelectual (arts. 1, 5.1 y 10.1 TRLPI) exija un cierto grado de altura creativa (*Gestaltungshöhe*). Dicho de otro modo, habida cuenta de las especiales características de la obra arquitectónica, prevalece una *conceptuación objetiva de la originalidad*, que implica que se requiera una actividad creativa, que, con independencia de la opinión que cada uno pueda manejar sobre los logros estéticos y prácticos del autor, dote a la obra de un carácter novedoso que la distinga de las preexistentes. El carácter funcional de la obra arquitectónica restringe la libertad creativa del arquitecto y, en consecuencia, sus posibilidades de originalidad. Por eso, el reconocimiento de originalidad de dichas obras requiere un grado de singularidad superior al exigible en otros casos.

A juicio de la Sala 1.<sup>a</sup>, relajar la exigencia de altura creativa en favor de quienes proyectan edificios ordinarios traería consigo, además, consecuencias negativas para los propietarios de los edificios cuyos derechos —relacionados con la satisfacción de las necesidades del propietario en cada momento (art. 348 CC)— tendrían que coexistir con los derechos de autor, como el derecho moral a la integridad de la obra.

**Participación material en una obra arquitectónica en colaboración.**—La mera participación técnica en la elaboración de una obra arquitectónica no basta para ser considerado coautor de una obra en colaboración (art. 7 TRLPI). Antes bien, se requiere un mínimo grado de originalidad en la aportación al proyecto. Así, en los casos en los que quepa diferencias las aportaciones realizadas por los intervinientes, cabe también distinguir aquellas partes que reúnen el requisito de la originalidad y las que no. A los artífices de aquellas partes que no sean consideradas originales les corresponden los

derechos inherentes a la relación contractual que les une con el promotor de la obra o con el resto de los arquitectos y profesionales, pero no los derechos derivados de la normativa de propiedad intelectual. (STS de 26 de abril de 2017; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El arquitecto A contrató con la promotora P la realización de un proyecto de obra nueva para la construcción de un hotel de cuatro estrellas en Barcelona. La propietaria del solar era la sociedad G. Más tarde, el Ayuntamiento no concedió licencia de obras al proyecto elaborado por A, por considerar necesarias modificaciones en la fachada del hotel para su adecuación al planteamiento urbanístico. Tras el rechazo, P, a instancias de G, contrató a los arquitectos B y C para que colaboraran, en un 50%, con A en la redacción del proyecto y la dirección de las obras. A aceptó la colaboración. Los tres arquitectos presentaron un segundo proyecto que sí obtuvo licencia municipal. Tras la aprobación, la promotora P decidió no recoger la licencia de obras ni abonar los impuestos correspondientes, por falta de liquidez. El proyecto se paralizó. Dos años después los arquitectos B y C presentaron, a petición de la sociedad G, un tercer proyecto para la construcción de hotel. Este tercer proyecto era sustancialmente idéntico al segundo proyecto, pero en él solo aparecían como autores B y C.

A demandó a B y C para que se declarara que el proyecto tercero era idéntico al segundo, en el que había participado, y que en consecuencia se le declarara coautor de este, como obra en colaboración, con todas las consecuencias. B y C reconocieron la identidad de los proyectos, pero negaron que el proyecto segundo fuese una obra en colaboración de la que fuese coautor A, pues la creación original del proyecto, su singularidad estética y originalidad, se debía a ellos (fachada, ajustes en la volumetría, reestructuraciones interiores y espacios exteriores). Por el contrario, alegaron, la participación de A únicamente afectó a elementos técnicos, funcionales y materiales, sin sustantividad creativa alguna. B y C presentaron también reconvencción, alegando que eran los únicos autores, infringiendo A sus derechos de propiedad intelectual al incluir en su página web unos planos y una imagen de la fachada del proyecto segundo.

El Juzgado de lo Mercantil estimó la reconvencción y desestimó la demanda, considerando que A no había demostrado la creación original que había aportado al proyecto segundo. Ante ello, A recurrió en apelación. La Audiencia Provincial estimó su recurso en parte, porque entendió que, en un proyecto de esa envergadura, la aportación de elementos funcionales y materiales está dotado *per se* de creatividad, la cual no puede perderse porque le sea sustituida una parte. Para la Audiencia, la creatividad de la fachada no puede monopolizar toda la creatividad del proyecto. Con todo, la Audiencia no concedió la indemnización solicitada por A por los daños materiales, al entender que no se habían producido. Asimismo, estimó la reconvencción respecto a la autoría exclusiva de B y D de la fachada, que A incluyó en su web.

Frente a la sentencia de la Audiencia, ambas partes interpusieron recurso de casación. (A. I. R. A.)

## DERECHO DE FAMILIA

**18. Irretroactividad de los alimentos. Sólo cabe abonar los alimentos devengados desde la interposición de la demanda.**—Ninguna petición de reembolso cabe de cantidades cuyo pago no puede ser exigible, como se dijo en la STS de 30 de septiembre de 2016, en aplicación del artículo 148 CC, según el cual en ningún caso se abonarán los alimentos sino desde la fecha de interposición de la demanda, aunque con anterioridad se necesiten para subsistir. (...) La reclamación fija el momento a partir del cual, si el deudor interpelado por el acreedor no paga, incumple la obligación que le impone la ley de abonar una prestación alimenticia que hasta ese momento ha sido cubierta. Y si el alimentista, en este caso la madre, carece de acción para ampliar su reclamación a un momento anterior, porque lo impide el artículo 148 CC, con mayor motivo no la tendrá su hijo-demandante a través de la acción de reembolso ejercitada al margen de las reglas propias que resultan de la obligación de prestar alimentos. (STS de 7 de marzo de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don Javier reclama judicialmente a su hermano el abono de la mitad de los importes sufragados en concepto de los gastos de residencia de su madre. La madre de los litigantes falleció en 2012 y desde marzo de 2009 hasta su muerte estuvo ingresada en una residencia debido a su estado de salud y dependencia como consecuencia de un infarto cerebral. Su único ingreso era la pensión de jubilación (533,44 euros) careciendo de otros bienes por haberlos donado a sus dos hijos. Desde el día del ingreso hasta noviembre de 2010 todos los gastos de la residencia más otros ocasionados por cuidados especiales fueron abonados exclusivamente por D. Javier. En diciembre de 2010 recibió una subvención de la Diputación Provincial lo que redujo los costes de la estancia en la residencia. A pesar de los requerimientos de D. Javier su hermano se negó a colaborar en los gastos de la residencia. Manifestó su desacuerdo con la estancia de su madre en una residencia que no fuera pública y preferir la atención domiciliaria por periodos sucesivos en casa de cada hermano. Lo que nunca puso en práctica. La madre reclamó judicialmente el pago de alimentos a sus dos hijos, proceso que concluyó el 10 de mayo de 2011 mediante auto homologando la transacción a la que llegaron las partes por la que se comprometían a sufragar por mitad el coste de la residencia en la parte no cubierta por la subvención de la Diputación, estableciendo en 200 euros al mes la cantidad a abonar por cada uno de los hermanos. D. Javier reclama la mitad de los gastos generados por la estancia de su madre en la residencia hasta noviembre de 2010. Tales gastos fueron sufragados íntegramente por él y ascienden a 45.015,52 euros. La reclamación se cifra en 22.507,76 euros más intereses. La sentencia del Juzgado del Primera Instancia y la Audiencia Provincial estiman la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

NOTA.— La sentencia que comentamos sigue la misma posición de las que se han dictado, en los últimos años, referidas a la reclamación, vía artículo 1158 CC, de la devolución parcial de las

cantidades desembolsadas en concepto de alimentos por quien asumió la totalidad de su importe frente al otro alimentante que no contribuyó al mantenimiento del alimentista. En este sentido, en las SSTs de 29 y 30 de septiembre de 2016 se solicitaba el reintegro de parte de las cantidades satisfechas, para la manutención y cuidados del hijo común, efectuadas antes de la determinación judicial de la filiación no matrimonial y, la de 7 de marzo de 2017, se refiere a la petición de la devolución de los alimentos que un hermano exige a otro en relación a los gastos realizados para el cuidado de la madre. Sin perjuicio de que los supuestos fácticos de las resoluciones judiciales mencionadas son distintos pues es diferente la naturaleza existente entre la obligación de alimentos entre parientes y la obligación de alimentos a los hijos, el principal impedimento para el éxito de la pretensión es el artículo 148 CC (aplicable también a los alimentos debidos a los hijos –STS 14 de junio de 2011–). Para el Tribunal Supremo no cabe ninguna petición de reembolso sobre cantidades cuyo pago no pudo ser exigible. En esta materia, el artículo 1158 CC se debe ejercitar de acuerdo con las reglas propias de la obligación de proveer alimentos. Como el Código civil establece la irretroactividad de los alimentos impidiendo la acción para exigirlos respecto a periodos anteriores a la fecha de la presentación de la demanda, aunque se hubieran necesitado para subsistir, no cabe ampliar el plazo de reclamación a periodos previos a dicho momento pues se vulneraría el artículo 148 CC. (C. O. M.)

**19. El interés del menor en el régimen de guarda y custodia compartida.**—El Tribunal Supremo ha insistido muchas veces en que, a la hora de decidir el régimen de guarda y custodia compartida, es el interés del menor el que se ha de proteger con carácter primordial. Éste debe prevalecer siempre frente a los intereses de sus progenitores. Así, todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. De ahí que las relaciones entre los cónyuges sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor. Además, el Alto Tribunal entiende que la norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, sino el interés del menor, exigencia constitucional establecida en el artículo 39.2 CE. En cada uno de los casos lo que debe decidir el juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores. (STS de 7 de marzo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

**HECHOS.**—Tras el proceso de divorcio a instancias de J contra su esposo D, ante el Juez de Primera Instancia, se llegó a un acuerdo entre las partes respecto a la adopción de medidas provisionales, en el sentido de atribuir a la madre la custodia de la hija menor, compartiendo ambos progenitores el ejercicio de la patria potestad, con un régimen de visitas adecuado para el padre. No obstante, tras la contestación de la demanda, el padre solicitó la adopción del sistema de guarda y custodia compartida, junto con otras medidas.

El 3 de junio de 2014, el Juez de Primera Instancia dicta sentencia estableciendo que la guarda y custodia de la menor se atribuya

buía a la madre, permaneciendo ambas en el domicilio familiar, con un régimen de visitas para el padre. El informe pericial no consideró aconsejable un régimen de custodia compartida de la menor dado el apego a la madre, de modo que quedaría comprometido el interés de la menor, que podría resultar perjudicado cuando no existe acuerdo entre los progenitores y sí un importante grado de conflictividad. No se niega que el padre pueda prestar una adecuada atención a la menor de acuerdo con sus circunstancias personales y laborales, pero la niña ha permanecido más tiempo en el entorno materno debido a su mayor disponibilidad horaria. Eso, según el Juez de Primera Instancia, justifica la atribución de la guarda y custodia a la madre.

El padre recurrió en apelación y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de primera instancia. En ambas sentencias se indica que las partes no han concurrido al proceso con una propuesta de convenio regulador, como señala el artículo 92 CC, pidiendo el ejercicio compartido de la guarda y custodia ni han llegado a tal acuerdo una vez comenzado el procedimiento.

D recurre en casación, alegando la infracción de los artículos 90 y 92 CC, en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño, el artículo 39 CE y el artículo 2 de la LO 11/1996, de protección del menor. El Tribunal Supremo, tras recoger la amplia jurisprudencia en esta materia, desestima el recurso, por entender que lo más conveniente para la menor es mantener la situación actual, esto es, la guarda y custodia de la madre.

NOTA.—Sobre el interés del menor como criterio determinante para fijar la modalidad de guarda y custodia, *vid.* las SSTS de 8 de octubre de 2009, 10 de octubre de 2010, 11 de febrero de 2011 y 22 de julio de 2011. Respecto a la prevalencia del interés del menor sobre el principio de igualdad de derechos entre los cónyuges, *vid.* las SSTS de 21 de julio de 2011, 27 de julio de 2011 y 27 de septiembre de 2011, entre otras. (S. L. M.)

**20. Relaciones paterno-filiales. Modificación de medidas acordadas por tribunal extranjero. Cambio de residencia de la madre custodia con traslado del menor: Su legalidad no puede ser objeto del recurso de casación por no constituir la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida. El traslado del menor, al no afectar a su interés superior, no autoriza la modificación de la medida de guarda y custodia a favor del padre.**—El ámbito del recurso de casación se limita a los argumentos empleados por la sentencia recurrida para resolver las cuestiones objeto de debate que constituyan *ratio decidendi*, por lo que quedan al margen los argumentos *obiter, a mayor abundamiento o de refuerzo* (SSTS de 22 de junio de 2010 y 7 de junio de 2011). En consecuencia, no puede ser objeto del recurso la legalidad del traslado del menor con fundamento en una pretendida vulneración del orden público (art. 12.3 CC) por parte del Derecho suizo (art. 298 del CC suizo) que atribuía exclusivamente a la madre soltera la patria potestad, toda vez que la sentencia recurrida no abordó esta cuestión ni ha sido objeto de los escritos retores de las partes. A mayor abundamiento, el artículo 12 del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores,

hecho en la Haya el 25 de octubre de 1980, permite valorar la integración del menor en el nuevo lugar de residencia, y rechazar su devolución cuando ha transcurrido más de un año desde su sustracción, con independencia de las causas y responsables de su no restitución (STC de 1 de febrero de 2016).

Cuando se enjuicia la procedencia del cambio de residencia del menor, lo importante no es si cabe limitar la libertad del cónyuge custodio a elegir su lugar de residencia, sino los efectos de tal traslado sobre el interés del menor. La modificación de residencia del progenitor custodio, con traslado del menor, puede conllevar la atribución de la guarda y custodia al otro progenitor si la alteración del entorno social y parental afecta a los intereses del menor provocándole problemas de adaptación (STS de 26 de octubre de 2012). Por el contrario, en aplicación del principio de protección del interés del menor, no procede el cambio de custodia y el retorno del menor a su residencia inicial cuando suponga alterar sus costumbres, escolarización e idioma, tomando en cuenta el tiempo de permanencia en el nuevo lugar de residencia. Y el derecho del menor a relacionarse con el progenitor no custodio se salvaguarda con el correspondiente régimen de visitas. Por ello, no existe vulneración de los arts. 92 y 103 CC en relación con el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, al haberse aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor (**STS de 18 de enero de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

**HECHOS.**—Un nacional francés, progenitor de un menor nacido en Suiza en 2009 fruto de una unión extramatrimonial con una mujer de nacionalidad española y suiza, interpone demanda de modificación de medidas acordadas en 2010 en tal país, con la pretensión principal de que se le atribuyera la guarda y custodia del menor y, subsidiariamente, para el supuesto de que se concediera a la progenitora, la fijación de un régimen de visitas. La pretensión principal se fundamentó en que la progenitora custodia trasladó su residencia de Suiza a Alicante en 2013, lo que supone una alteración sustancial de las circunstancias que dieron lugar a las medidas acordadas en aquel país. Particularmente, argumenta que el traslado fue decidido unilateralmente por la madre, lo que vulnera los derechos fundamentales y la legislación nacional del menor (arts. 371-4 y 372-2 del Código civil francés) que le otorga el derecho a relacionarse con sus ascendientes, y le ha provocado un notable cambio en su vida y privado de contacto con su familia paterna. La progenitora se opuso a la demanda y solicitó el mantenimiento de la guarda y custodia individual acordada en Suiza con la fijación de un régimen de visitas a favor del padre. Argumenta que el traslado fue informado al progenitor y motivado por la pérdida de su empleo en Suiza, y que le corresponde la elección del lugar de residencia del menor en virtud del artículo 298 del CC suizo que le atribuía exclusivamente la patria potestad al no haber contraído matrimonio. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda no autorizando el traslado de residencia habitual del menor a Alicante, debiendo regresar a Suiza con mantenimiento de la custodia materna y un régimen de visitas paterno; y en caso de que la madre continuara residiendo en España, atribuye la guarda y custodia al progenitor con un régimen de visitas a favor de la madre. La sentencia consi-

dera inaplicable el Derecho suizo por vulnerar el orden público (art. 12.3 CC) la atribución exclusiva de la patria potestad a la madre soltera. Estima injustificado el traslado del menor porque la progenitora nunca había residido en Alicante, donde no trabaja, y sus padres residían en Suiza desde hace quince años. Se formula recurso de apelación por la progenitora, y la Audiencia Provincial con estimación parcial, deja sin efecto la no autorización de traslado de residencia del menor y otorga la custodia a la recurrente. A pesar de que el actor no cuestionó la legalidad del traslado, la Audiencia Provincial resuelve que no requería autorización judicial por considerarse aplicable la legislación suiza al momento en que la progenitora tomó tal decisión. Para decidir sobre la modificación de medidas solicitada, aplica la legislación española con la consecuente atribución de la patria potestad compartida, y considera justificado el traslado del menor a España porque la progenitora no trabaja involuntariamente y el nivel medio de vida no es comparable con el de Suiza. Por otro lado, se observa perjudicial para el interés del menor el cambio de custodia solicitado, debido al grado de apego del menor a la madre y el limitado contacto que ha tenido con el progenitor al tener lugar la separación a los pocos meses de su nacimiento, así como su falta de arraigo en Suiza, su escolarización en España desde años y la inexistencia de otro pariente paterno en tal país. El padre interpone recurso de casación. Alega que la sentencia impugnada infringe el artículo 12.3 CC al aplicar la legislación suiza que se reputa contraria al orden público español por vulnerar el interés del menor la atribución exclusiva de la patria potestad a la madre. Como segundo motivo esgrime infracción de los artículos 92 y 103 CC, en relación con el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, por incorrecta aplicación del principio de protección del interés del menor. La madre se opone al recurso alegando que la Audiencia Provincial no ha aplicado el Derecho suizo sino la legislación española, y que ha realizado una correcta valoración del interés superior del menor, en lo que coincide el informe del Ministerio Fiscal. Se desestima el recurso de casación.

NOTA.— El Código civil suizo ha sido reformado en 2013 introduciéndose el artículo 298b A<sup>quater</sup> que regula la obtención de la patria potestad conjunta de los hijos de madre no casada con el padre. (F. S. N.)

## 21. Divorcio: Alimentos respecto de los hijos: Artículo 93.2 CC.—

Son hechos relevantes que D.<sup>a</sup> Candelaria formuló demanda de disolución de matrimonio por divorcio contra don Apolonio, en la que, entre otras medidas, se interesaba la adopción de pensión alimenticia a favor de los dos hijos en común, mayores de edad, mediante ingresos en la cuenta corriente de cada uno de ellos hasta que tengan suficiencia financiera. Ambos hijos están realizando estudios universitarios en el extranjero, lugar en que se encuentran las cuentas corrientes en las que se habrán de hacer los ingresos. El Juzgado de Primera Instancia desestimó esta medida, argumentando que, pese a constar la convivencia de los hijos en el domicilio familiar y la necesidad de éstos de percibir una pensión de alimentos, es lo cierto que no ha quedado acreditado en debida forma la voluntad de los hijos de autorizar a uno de sus progenito-

res para que solicite una pensión de alimentos para ellos. D.<sup>a</sup> Candelaria interpuso recurso de apelación del que conoció la sec. 22.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 12 de noviembre de 2014 desestimatoria del recurso.

El Tribunal de Apelación, al motivar sobre la medida que es de interés al recurso, hace una exposición de los hechos que considera probados, a saber:

- (i) Situación económica de las partes.
- (ii) El régimen económico matrimonial es el de la sociedad de gananciales. La vivienda que ha sido familiar figura en el Registro de la Propiedad a nombre de ambos cónyuges. La actora dejó el domicilio conyugal, presentó la demanda de divorcio días después y arrendó una vivienda, por la que dice pagar 2500 euros, que es propiedad de la sociedad Euro centro de la que la propia parte es socia y habría sido adquirida días antes de su ocupación.
- (iii) Los hijos Edelmiro y Gabino declaran sus bienes en propiedad y los rendimientos que obtienen en Inglaterra. Abonaron tasas en la Universidad de Cambridge en el primer semestre de 2011 por un importe de 8.583 euros y 8.798 euros, respectivamente. Tienen una vivienda en propiedad con sus padres, ostentando cada hijo el 25% de su titularidad, que se halla arrendada, y cuya renta se aplica para hacer frente a las necesidades de los hijos, según ella y así lo reconoció el padre en la vista.

La sentencia con cita de jurisprudencia de la Sala, en interpretación del artículo 93.2 CC, reconoce que los padres pueden pedir alimentos para los hijos que convivan con ellos, pese a su mayoría de edad, si los precisan, sin necesidad de que sean los hijos los que acudan a otro proceso declarativo independiente. No sería inconveniente el hecho de que estuvieran en el extranjero, si después continúan la convivencia con uno de los progenitores. Añade que tal pretensión, en el marco de los procesos de familia, supone no sólo que quien lo reclama se encuentre autorizado por los hijos para ello, sino también que sea quien los perciba y administre, sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar con los hijos en la realidad cotidiana.

Sin embargo, en el presente caso la actora insiste en que se fije una pensión alimenticia para los hijos mayores, con la cantidad que debería abonar cada uno de los progenitores, y que se ingrese en la cuenta de la que son titulares los hijos, sin que sea la madre quien los administre, y por tanto sin que sea ella quien los pueda reclamar si existiese algún incumplimiento. Concluye el Tribunal de Apelación y de ahí que le niegue legitimación a la madre, que lo que pretende, y así consta en sus solicitudes, no es la legitimación en los procedimientos de familia del artículo 93.2 CC, después de la reforma, sino ejercer la acción de petición de alimentos para hijos mayores, lo que no se considera posible dentro del marco del proceso de divorcio. No procede, pues, que sea en el marco de este procedimiento donde se insten alimentos para los hijos, y que sean éstos quienes los administren, sin perjuicio del derecho que le asiste a los hijos de solicitar alimentos a ambos progenitores.

D.<sup>a</sup> Candelaria interpuso recurso de casación, por interés casacional, al amparo del artículo 481 LEC, en relación con el artículo 477.2.3 de la misma ley adjetiva. Se basa en que el artículo 93.2 CC tiene como presupuesto de hecho un fenómeno social consistente en la permanencia en el hogar de los hijos mayores de edad o emancipados que, por razón de estudios o por la generalizada situación de paro juvenil, han de vivir a cargo de sus progenitores, y que en el supuesto enjuiciado concurrían todos y cada uno de los requi-

sitos (convivencia, mayoría de edad, carencia de ingresos propios o suficientes), para legitimar activamente al progenitor para demandar del otro su contribución a esos alimentos de los hijos comunes, que aunque mayores se encuentran necesitados de tal auxilio económico por una carencia de ingresos. La Sala de Apelación habría realizado una interpretación reduccionista y restrictiva de la legitimación de la madre para solicitar los alimentos de sus hijos, desvirtuando la finalidad y el espíritu de la norma, ocasionando la esterilidad del precepto y contradicciones intrasistemáticas de naturaleza procesal. Cita como infringidas las SSTs de 24 de abril, y 30 de diciembre de 2000, y 12 de julio de 2014.

#### **Interpretación del artículo 93.2 CC después de la reforma de 1990.**—

La Ley 11/1990, de 15 octubre, añadió el párrafo 2.º del artículo 93 CC, incorporando que se permitiese fijar los alimentos de los hijos mayores de edad en la propia sentencia que resuelve el proceso de nulidad, separación o divorcio, estableciendo que «si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código». La doctrina ofreció varias razones para justificar esta previsión normativa. Ya por economía procesal, para evitar otro proceso, este de alimentos a instancia de los hijos. Ya para evitar que éstos tuvieran que enfrentarse con los padres o con alguno de ellos. En cualquier caso daba respuesta a una necesidad social acuciante, que era proteger al hijo que, aun siendo mayor de edad, no era independiente económicamente y habría de convivir con alguno de sus progenitores.

Este párrafo del artículo 93 CC ha dado lugar a cuestiones muy controvertidas, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. La que es relevante a efectos del recurso, y de otra parte la más cuestionada, es la relativa a la legitimación del progenitor que reclama alimentos en el proceso matrimonial a favor del hijo que convive con él. Se ha cuestionado si se trata de una legitimación directa o indirecta, y si fuese esta última si es legitimación por sustitución o legitimación representativa. Asimismo han existido corrientes doctrinales y jurisprudenciales que han buscado justificación a la legitimación. Destacan las que la basan en las cargas del matrimonio o las que creen que existe un derecho de reembolso del progenitor conviviente.

El origen del problema se encuentra en que el artículo 93.2 CC establece como requisitos para su aplicación los siguientes: (i) que los hijos mayores carezcan de ingresos propios, lo que se interpreta por doctrina y jurisprudencia en sentido amplio, esto es, no como una falta total de ellos sino que sean insuficientes; (ii) que los hijos mayores convivan en el domicilio familiar, lo que también ha merecido una interpretación extensa. El primer requisito no hace más que reconocer el derecho de alimentos de los hijos mayores en virtud del artículo 143 CC, siendo ellos los necesitados. El segundo requisito, que es la novedad, justifica el nuevo cauce procesal para reclamar los alimentos de los hijos mayores, en concreto que se fijen en el proceso matrimonial. Tiene el precepto la laguna de no concretar, dentro del proceso matrimonial la legitimación para reclamarlos. Se echa en falta la existencia de una norma, como sucede en otros ordenamientos, que expresamente conceda legitimación al progenitor conviviente con el hijo mayor de edad para solicitar la contribución del otro en el sostenimiento del hijo. Así aparece en el artículo 295 CC francés, tras la reforma del 11 junio de 1975, al disponer: «El padre que asuma a título principal la carga de los hijos mayores de edad que no pudieran por ellos mismos satisfacer sus necesidades, podrá solicitar a su

cónyuge que le haga una aportación a su mantención y educación». En el mismo sentido lo dispone el artículo 155 CC italiano, y dentro de España el artículo 233-4 CC catalán, al disponer que la autoridad judicial, «a instancia del cónyuge con quien los hijos convivan», pueden acordar alimentos para los hijos mayores de edad emancipados teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 237-2. Prevé una legitimación directa del progenitor conviviente.

A consecuencia de la citada laguna ha tenido que ser la jurisprudencia la que haya tenido que decidir la cuestión, y así lo hace la sentencia 411/2000 de 24 de abril, ampliamente comentada por la doctrina científica y citada en todos los recursos sobre la materia. En el presente litigio la cita tanto el recurrente como la recurrida. En ella se declara la exclusiva legitimidad del progenitor conviviente en lo que se refiere a los alimentos del hijo mayor de edad, pero naturalmente siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el precepto tal como se interpretan jurisprudencialmente. Por tanto, esta sentencia de 24 de abril de 2000, seguida por la de 12 de julio de 2014, han supuesto un cambio del estado de la cuestión al dejar claro que la legitimación la tiene el progenitor que convive con el hijo mayor, que es lo ahora relevante, sin entrar en opiniones doctrinales todas dignas de consideración.

La sentencia de 24 de abril de 2000 afirma lo siguiente:

«La sentencia recurrida funda su pronunciamiento en una interpretación apegada al texto literal del artículo 93, párrafo 2.º CC, en su remisión a los artículos 142 ss. CC, unido a los efectos extintivos que respecto de la representación legal de los hijos por sus padres, tiene la llegada de los primeros a mayoría de edad. Como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de interposición del recurso, que la remisión a los artículos 142 ss. (excesivamente amplia si se entiende hecha a todos ellos) ha de entenderse hecha a los preceptos que regulan el contenido de la prestación alimenticia, por cuanto los supuestos en que procede acordar e imponer esa obligación en la sentencia que recaiga en los procesos matrimoniales, se establecen en el propio artículo 9.3 párrafo 2.º (convivencia, mayoría de edad y carencia de ingresos propios), sin que, por otra parte en este precepto se establezca norma alguna que modifique la legitimación para ejercitar las acciones de separación, divorcio o nulidad de matrimonio que se reconoce únicamente a los cónyuges, (a salvo la legitimación que en determinados supuestos se reconoce al Ministerio Fiscal y a los terceros interesados para ejercitar la acción de nulidad), únicos que pueden promover esta clase de procesos ejercitando aquellas acciones principales así como las accesorias relativas a los llamados ‘efectos civiles’, entre los cuales se encuentra la petición de alimentos para los hijos mayores por el progenitor con quien éstos conviven frente al otro en quien no se da esa situación de convivencia».

«Del artículo 93.2 CC emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitado de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos, por consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección,

a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el artículo 93, párrafo 2.º CC de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran. De todo lo expuesto se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93, párrafo 2.º CC, se haya legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquéllos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores».

Si se aplica la doctrina fijada por esta sentencia al caso enjuiciado el motivo no puede prosperar, ya que la sentencia recurrida no la contradice. Apréciase que el hecho de que se decida en el proceso matrimonial sobre los alimentos de los hijos mayores se fundamenta no en el derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, que es indudable, sino «a la situación de convivencia en que se hayan respecto a uno de sus progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término». Pero este tipo de convivencia no se da en el supuesto que se analiza. Los hijos residen en Inglaterra por motivos de formación, y ello no sería suficiente para negar la convivencia entendida en sentido amplio, pero sí lo será el que ellos gozan de autonomía en la dirección y organización de sus vidas. Son cotitulares, junto a sus padres, de un inmueble que se encuentra arrendado y con la renta que obtienen, en parte propia y en parte como alimentos de sus padres, sufragan sus necesidades, o algunas, ingresándose en cuentas corrientes propias, abiertas en una entidad sita en el Reino Unido. A ello se une, y es relevante y definitivo, que lo pretendido por la recurrente es que se fijen alimentos a favor de los hijos mayores a ingresar cada progenitor en las respectivas cuentas corrientes de ellos. Lo anterior no se compadece con una situación de convivencia familiar monoparental en la que la función de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor conviviente que sufraga alimentos. Sería tal circunstancia la que ampararía que se fijase en el proceso matrimonial alimentos a favor de los hijos mayores de edad. Por el contrario, lo aquí pretendido se encuentra más en sintonía con una demanda con fundamento, a efectos de legitimación, en la representación voluntaria. Y en ese caso no será de aplicación el artículo 93.2 CC. (**STS de 7 de marzo de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrera Ruiz.] (*G. G. C.*)

**22. Requisitos para la obtención de la compensación por contribución al sostenimiento de las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes.**—El reconocimiento del derecho a obtener la compensación por el cónyuge dedicado en exclusiva al sostenimiento de las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes (art. 1438 CC) exige que su dedicación al hogar y a los cuidados haya sido exclusiva, no excluyente. De este modo, no cabe reconocer el derecho cuando se han compatibilizado los cuidados con el trabajo fuera del hogar; lo que

no significa que quepa rechazar la compensación si –siendo exclusiva la dedicación– el otro cónyuge ha colaborado puntualmente a dichos cuidados.

De otro lado, el reconocimiento de la compensación no exige (i) que se haya producido un enriquecimiento del deudor de la compensación por trabajo doméstico (con un correlativo empobrecimiento del cónyuge con dedicación exclusiva); ni (ii) que haya existido una imposibilidad manifiesta y probada para trabajar fuera de casa por parte de quien solicita la compensación. (STS de 14 de marzo de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.–La actora, Dña. María, interpuso demanda de divorcio contra D. José. De acuerdo con la demanda, y en particular con su suplico, Dña. María solicitaba, entre otras pretensiones, la condena a D. José a abonarle 151.200 euros en concepto de compensación por los veintiún años de dedicación a la familia y el enriquecimiento injustificado que el trabajo doméstico generó al demandado. En la contestación a la demanda, D. José alegó no haber lugar al reconocimiento de dicha compensación por el trabajo mutuo de ambos para la casa. El Juzgado de Violencia sobre la Mujer desestimó esta concreta pretensión de la demanda. Ante ello, Dña. María interpuso recurso de apelación que fue también desestimado en lo que a este particular se refiere. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga (i) consideró el demandado no se había enriquecido como consecuencia de la dedicación en exclusiva, y (ii) «no entendía que la esposa hubiese dejado su trabajo como patronista de moda infantil, como imposición del esposo al contraer matrimonio», ni tampoco comprendía que la demandante no hubiese intentado volver desplegar actividad profesional, al menos, desde que los dos hijos comunes adquirieron «cierta autonomía personal (entre los 11 y 12 años)». (A. I. R. A.)

**23. Régimen económico de separación de Bienes: Liquidación por divorcio: Evolución jurisprudencial de la interpretación del artículo 1438 CC.**–El recurso de casación trae causa de la demanda de divorcio promovida por la esposa frente a su marido, con el que compartía un régimen económico matrimonial de separación de bienes y en la que se pretendía, entre otras pretensiones, una composición económica del artículo 1438 CC. Alegaba haber contribuido durante el matrimonio con su trabajo profesional a la generación del patrimonio del esposo y haberse dedicado al cuidado y mantenimiento del hogar familiar y de los tres hijos en común, Ezequiel (nacido en 2002), Leoncio (nacido en 2003) y Tomasa (nacida en 2007). La menor con minusvalía del 97% y el mayor del 37%.

En defensa de dicha pretensión alegaba que mientras ella tenía el mismo patrimonio que al contraer matrimonio, el esposo había doblado su patrimonio inicial además de haber constituido una mercantil con capital social superior al medio millón de euros, regentar un negocio de lotería y estanco y disponer de fondos de inversión, acciones y activos financieros sin precisar su importe. Que dejó de trabajar por cuenta ajena cuando nació la tercera hija con una severa minusvalía, periodo en el que empezó a trabajar en el negocio regentado por su esposo.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Albacete estimó parcialmente la demanda ejercitada, pero desestimó la pretensión compensatoria efectuada al amparo del artículo 1438 CC. Considera la Magistrada que el matrimonio duró 14 años, la mujer había trabajado durante el matrimonio por cuenta ajena y, tras el nacimiento del tercero de los hijos, en el negocio titularidad del esposo con un salario de 600 euros. Con remisión a la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> (en particular la STS de 14 julio 2011) declara: «La esposa no ha contribuido sólo y exclusivamente con el trabajo realizado para la casa pues reconoce que desde joven trabajó por cuenta ajena hasta el nacimiento del segundo hijo y también lo ha hecho en el negocio de titularidad l esposo tras el nacimiento del tercer hijo, por lo que el trabajo para la casa no le impidió trabajar durante el matrimonio».

En el recurso de apelación formulado por la esposa, en el que se impugna la desestimación de la pretensión ejercitada al amparo del artículo 1438 CC, alega que trabajó desde 2007 como ‘falsa autónoma’ en el negocio del marido, mientras que éste en ese tiempo dobló su patrimonio con la adquisición de hasta cinco fincas urbanas. Añade en el escrito del recurso de apelación: «Es evidente por tanto que el cuidado del hogar con tres hijos ha impedido a la esposa desarrollar su vida profesional y por el contrario al liberar al esposo de esa carga éste ha doblado su patrimonio. Consideramos en consecuencia que la escasa actividad laboral desarrollada por la esposa no es de suficiente entidad o importancia para excluir la aplicación del artículo 1438 CC, cuya literal aplicación del término ‘sólo’ conllevaría un perjuicio injusto, siendo más acorde con el artículo 3.1 CC atender a las circunstancias sociales y habida cuenta la escasa actividad e importancia del trabajo desarrollado por la esposa fuera del hogar, era procedente la compensación solicitada».

La sec. 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Albacete estimó el recurso formulado por la esposa, en lo relativo a la compensación del artículo 1438 CC, al considerar que ésta había trabajado y compatibilizado las labores del hogar hasta el año 2005, y desde el año 2007 figuraba como autónoma en el negocio familiar pues: «... valorando que la esposa ha trabajado y compatibilizado las labores del hogar hasta 2005, plenamente desde 2005 hasta el 2007 y parcialmente desde 2007 aunque haya figurado como autónoma en el negocio familiar resulta obvio que con el trabajo en el hogar ha contribuido a las cargas del matrimonio, se calcula ponderadamente durante aproximadamente 7 años y medio dado que la dedicación durante varios periodos era parcial en función de las circunstancias concurrentes (aproximadamente 90 meses a razón de una compensación de 300 euros mensuales), procediendo fijar dicha indemnización en la suma total de 27.000 euros».

El marido formula recurso de casación fundado en un único motivo, por infracción del artículo 1438 CC, alegando como infringida la doctrina contenida en las sentencias e esta Sala de 14 de julio de 2011, 1 de octubre de 2014 y 26 de marzo de 2015. Entiende la parte recurrente que la sentencia recurrida infringiría la jurisprudencia de la Sala al haber concedido la indemnización contemplada en el artículo 1438 CC cuando la esposa no ha contribuido ‘sólo’ con el trabajo para la casa sino que, además, trabajaba fuera de ella, lo que resultaría incompatible con el derecho a obtener la citada compensación económica.

La cuestión relativa a la eventual asimilación de la contribución a las cargas familiares realizada por uno de los cónyuges con el trabajo en la actividad profesional del otro, bien por la vía de la interpretación extensiva de la expresión ‘trabajo para la casa’, o por la aplicación analógica del precepto

por apreciarse la existencia de identidad de razón entre los dos supuestos examinados, ha merecido un vivo debate doctrinal, defendiendo autores significados la aplicación analógica del precepto pues «no siempre habrá de calificarse de prestación puramente gratuita o expresión de la mutua ayuda debida entre los cónyuges. En el ámbito autonómico, el ordenamiento civil catalán (art. 232-5.2 CC catalán) ha venido a similar expresamente el trabajo de un cónyuge para el otro, al régimen de la compensación del trabajo para la casa, si bien partiendo de que en Cataluña el régimen legal es el de separación de bienes que es su régimen primario.

**Doctrina jurisprudencial de la Sala hasta la fecha sobre el artículo 1438 CC.**—A partir de la STS de 14 julio de 2011 esta Sala fijó la siguiente doctrina: *El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes 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 para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge.*

Y ante las posibles dudas interpretativas que esta doctrina podía haber suscitado en la decisión de algunas Audiencias Provinciales, señaló en las SSTS de 26 de marzo, y 15 de noviembre de 2015: *Por un lado ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen (STS 14 de julio de 2011).*

*La STS de 11 de diciembre de 2015 señala a su vez que se trata de una norma de liquidación del régimen económico 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.*

**Naturaleza jurídica de la compensación establecida en el artículo 1438 CC.**—Es preciso distinguirla de la pensión compensatoria establecida en el artículo 97 CC, mediante la cual se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la ‘dedicación pasada y futura a la familia’. Se puede acordar cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, analizándose el desequilibrio presente y futuro. Se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia, pero también valorando la dedicación futura a los hijos, en su caso, para apreciar la posible existencia de desequilibrio económico.

Por otro lado, la compensación del artículo 1438 CC tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de

las cargas familiares. Sólo puede acordarse en régimen de separación de bienes y se analiza la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes, para determinar el valor del trabajo en el hogar. No se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia, vigente el régimen de separación y hasta la extinción del mismo.

**Interpretación del artículo 1438 CC: «Trabajo para la casa».**—Cuando se introduce el último apartado del artículo 1438 CC se hace bajo la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, que plasma el principio de igualdad constitucional (art. 14 CE), y ello para evitar cualquier desequilibrio relacional en el sistema matrimonial. La regla sobre compensación de dicho precepto, pudo responder en su origen al presupuesto de quien solo se había dedicado al hogar y no había realizado ninguna suerte de actividad remunerada. En la realidad social actual (art. 3.1 CC), más allá de aquella inspiración, parece oportuno atender a la situación frecuente de quien ha trabajado con mayor intensidad para la casa, pero, al mismo tiempo, ha colaborado con la actividad profesional o empresarial del otro, fuera, por tanto del ámbito estrictamente doméstico, aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se contabiliza y organiza en función de las necesidades y organización de la casa y la familia.

En el presente caso, es relevante que la esposa trabajó en la casa y, además, en el negocio familiar con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido. Por tanto, esta Sala debe declarar que *la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión ‘trabajo para la casa’ contenida en el artículo 1438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar.*

Con este pronunciamiento, se adapta la jurisprudencia de esta Sala, recogida, entre otras, en STS 534/2011 y 135/2015, al presente supuesto en el que la esposa no sólo trabajaba en el hogar sino que además trabajaba en el negocio familiar (del que era titular su suegra) con un salario moderado y contratada como autónoma en el negocio de su suegra, lo que le privaba de indemnización por despido, criterio que ya se anticipaba en sentencia 136/2017, de 28 de febrero que atiende para denegar el derecho a la compensación económica citada a que la realización de un trabajo fuera del hogar se haya realizando ‘por cuenta ajena’.

Sentado lo anterior, la Audiencia Provincial realiza una valoración razonable al tener en cuenta, a efectos de la compensación que reconoce, tanto los periodos en los que la esposa ha contribuido a las cargas familiares con el trabajo para la casa de forma plena, como aquellos en los que ha trabajado en el negocio familiar y que pondera en atención a que su dedicación durante estos periodos era parcial en atención a las circunstancias concurrentes, cuales eran un trabajo con horario reducido en el negocio familiar, unas cargas domésticas notables y un alta en la Seguridad Social como autónoma. (STS de 26 de abril de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

NOTA.—Parece que esta sentencia del Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> viene a consagrar de modo definitivo el viraje jurisprudencial sobre la interpretación y aplicación del artículo 1438 CC. La jurisprudencia anterior se ha recogido puntualmente en esta sección (a veces con breves anotaciones mías). Así STS de 16 marzo 2015, en *ADC*, 2016, p. 1183; STS de 14 abril 2015, en *ADC*, 2016, p. 1184; STS 25 noviembre 2015, *ADC*, 2017, p. 933; STS de 5 mayo 2016, *ADC*, 2017, p. 1835 (por error se cita el art. 1439). Hace falta, si duda, que tal nueva exégesis se difunda también en aquellas Audiencias Provinciales, reacias a adoptarlas anteriormente. (*G. G. C.*)

**24. Reclamación de filiación paterna no matrimonial: Negativa a someterse a pruebas biológicas: Falta de prueba de relaciones sexuales durante el periodo de gestación.**—Doña Paulina formuló demanda de determinación de la filiación paterna no matrimonial contra don Inocencio, afirmando que el demandado es el padre de su hijo menor Julián, fruto de una relación sentimental que mantuvieron durante más de un año. El demandado se opuso, alegando que nunca mantuvo con la actora relación sentimental ni sexual y que la única relación fue de amistad. La sentencia de primera instancia, tras exponer la doctrina jurisprudencial acerca del valor de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, desestima la demanda. Al motivar su decisión parte, como hecho no controvertido, de que ambos se conocían, pero sí resulta discutido que mantuvieran una relación sentimental y que fruto de la misma naciese el hijo. A pesar de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica, desestima la demanda. Parte como hecho no controvertido, de que ambos se conocían, pero sí resulta discutido que mantuvieran una relación sentimental y que fruto de la misma naciese el hijo. A pesar de la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad, concluye que no existe indicio alguno de la relación carnal de demandante y demandado en la fecha en que debió ser concebido el hijo menor de la actora. La documental aportada por ésta no acredita tal circunstancia, pues la denuncia de violencia de género que ella formuló contra el demandado fue el 26 de abril de 2009 y el último ingreso económico que le hizo éste data del 1 de abril de 2009. El menor nació a fines de mayo de 2010, por lo que a la fecha de la concepción no existe prueba de que las partes mantuviesen relaciones sentimentales. Doña Paulina interpuso apelación ante la sec. 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Alicante que dictó sentencia el 9 de marzo de 2016, desestimándola. Razona con citas jurisprudenciales que la negativa a la prueba biológica no constituye una *ficta confessio*, pero sí indicio cualificado si va acompañada de otros indicios reveladores de la existencia de relaciones íntimas entre los padres al tiempo de la concepción o que permitan formar una convicción razonable de la existencia de las mismas. Tras valorar la documental aportada por la actora, no aprecia indicios que, unidos a la citada negativa puedan llevar a concluir que el menor sea hijo del demandado: (i) Al tiempo de la concepción, que sería agosto-septiembre de 2009, pues nació a finales de mayo de 2010, la documental no evidencia que existiese relación de algún tipo entre los litigantes; (ii) hubo una relación hasta abril de 2009, con independencia de su naturaleza, no constando con posterioridad a dicha fecha indicio alguno de la existencia o mantenimiento de relación alguna entre los litigantes; (iii) incumbía a la parte demandante aportar un principio de prueba suficiente de la paternidad que se reclama y ese principio de prue-

ba o indicio no se ha acreditado; y (iv) no examina la prueba practicada a instancia del demandado, pues no incumbía a éste acreditar la existencia de relaciones al tiempo de la concepción del menor, que pudiesen determinar su paternidad. En la apelación no se reprodujo solicitud de prueba biológica.

Doña Paulina interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 Lec indicando como norma infringida el artículo 767.4 Lec en relación con los artículos. 216, 217 y 218 Lec, sobre la disponibilidad y facilidad probatoria, e infracción del artículo 14 CE en relación con el artículo 39 CE, en cuanto consagra la prevalencia del interés del menor, con vulneración de las SSTs de 1 de marzo de 2003, 26 de noviembre de 2004, 27 de febrero de 2007 y 11 de abril de 2012, en cuya virtud la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad sin la presencia de causa justificada, es un indicio especialmente valioso o significativo, que en unión a otras pruebas permiten declarar la paternidad del demandado obstructivista. Alega que el demandado no ha aportado prueba alguna que demuestre su versión.

**Doctrina jurisprudencial.**—El supuesto que se enjuicia es similar, en esencia, al decidido por esta Sala en la sentencia 18/2017, de 17 de enero. El demandado se niega a la práctica de la prueba biológica de paternidad, y tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación desestima la demanda, por considerar que no existen pruebas que, unidas a la negativa, apoyen la determinación de la reclamada paternidad del litigante demandado. La sentencia no acoge ni se pronuncia sobre los hechos que alega el demandado, pues pone el acento en si existe o no prueba de que, a la fecha de la concepción del menor, los litigantes tuviesen relaciones. Alcanza la conclusión de no ser así y, por ende, de ser ella quien tenía la carga de probar o presentar un principio de prueba sobre tal circunstancia. Difícilmente puede el demandado soportar la carga de un hecho negativo. En consecuencia todo se reduce al valor que se debe dar a la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, en relación con los hechos declarados probados.

Ambas sentencias citan correctamente la doctrina de esta Sala, recordada en la sentencia 229/2015, de 28 de mayo, en los siguientes términos: *Como recoge la STS de 11 de abril de 2012: Es doctrina consolidada que la negativa al sometimiento a la prueba biológica no puede ser considerada como una 'ficta confessio' sino que tiene la condición de un indicio probatorio que, unido a otras pruebas obrantes en el proceso, debe ser ponderado por el juzgador a los efectos de atribuir la paternidad reclamada (STC 14 de febrero de 2005 y 27 de febrero de 2007, entre otras). Por lo tanto, hay que examinar cuáles son las razones de la decisión y las pruebas que se han aportado, con las que debe ponderarse la negativa al sometimiento a dicha prueba.*

*En este sentido la STS de 27 febrero de 2007, citada por la de 17 de junio de 2011, cita dos argumentos que sirven de referencia para inferir si la sentencia recurrida se ajusta o no a la doctrina del Tribunal Constitucional y a la de esta Sala. La sentencia en cuestión afirma que «el Tribunal Constitucional (STC de 14 febrero de 2005) acepta la doctrina de esta Sala con arreglo a la cual la negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad no puede interpretarse como una 'ficta confessio' del afectado, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderada por el órgano judicial en relación con la base probatoria indiciaria existente en el procedimiento. Según esta doctrina, en efecto, dicha negativa no es base para integrar una 'ficta confessio', aunque representa o puede representar un indicio 'valioso' o 'muy cualificado' que, puesto en relación o conjugado con las*

*demás pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad pretendida, pese a que éstas en sí mismas y por sí solas no fueran suficientes para estimar probada una paternidad que por sí es de imposible prueba absoluta» y añade que «de este modo, la vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber, sino, como varias veces hemos dicho (entre las más recientes, SSTS de 7 de diciembre de 2005 y 2 de febrero de 2006), una carga procesal, puesto que su incumplimiento no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coactivos, sino que únicamente determina que, en caso de ser injustificada la negativa, recaigan sobre la persona renuente las consecuencias de la falta de prueba, siempre que concurren los requisitos determinados por la doctrina constitucional y la jurisprudencia civil (la existencia de indicios suficientes para, conjuntamente con la consideración de dicha negativa como indicio muy cualificado, considerar determinada presuntivamente la paternidad reclamada).*

*Al calificarse la naturaleza de las pruebas que se han de valorar, junto a la negativa del demandado a la prueba biológica, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 17 de enero de 1994, reprochó que se exigiese a la demandante en el proceso, para dar relevancia a la negativa del demandado, la presentación de forma incontrovertible de otras pruebas no biológicas absolutamente definidas, pues «al hacer recaer toda la prueba en la demandante, la resolución judicial atacada vino a imponerle una exigencia contraria al derecho fundamental del artículo 24.1 CE, colocándola en una situación de indefensión».*

*La STC de 14 de febrero de 2005, con cita del ATC de 21 de noviembre de 2003, recoge que hemos rechazado que se pueda atribuir a la referida negativa «un carácter absoluto de prueba de paternidad, introduciéndose una carga ‘contra cives’ que no está autorizada normativamente», ni puede interpretarse dicha negativa como una ‘ficta confessio’ del afectado, sino la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en el contexto valorativo anteriormente expuesto, es decir, en relación con la base probatoria (indiciaria) existente en el procedimiento (STC de 31 de mayo de 1999).*

Se concluye que la negativa a someterse a las pruebas biológicas no determinan en el procedimiento español una ‘ficta confessio’ y por ello el artículo 767.4 LEC dice que se permite la atribución de la paternidad y, de ahí, que no se le pueda reprochar que contradice la doctrina jurisprudencial, a salvo que actúe de forma ilógica o arbitraria al valorar los indicios venidos a autos. No merece tal calificación la valoración que el tribunal de apelación hace de la documental aportada por la actora. Reconoce que hubo una relación entre las partes hasta el mes de abril de 2009 y que hasta esa fecha el demandado ingresó dinero a la actora. Podría inferirse que si se hacían tales ingresos la relación era sentimental más que de amistad, pero también se puede inferir que si los ingresos dejan de hacerse a raíz de la denuncia en abril de 2009 fue porque, a causa de esta denuncia, la relación cesó. Por tanto, a la fecha de la concepción del menor, agosto o septiembre de 2009 la relación, cualquiera que fuese su naturaleza, no consta que existiese, y de ahí que la conclusión que alcanza la sentencia recurrida deba ser respetada. **(STS de 8 de marzo de 2017; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

NOTA.—Formalmente hablando el razonamiento de la sentencia extractada es correcta y la solución adecuada. Sociológicamente surgen algunas dudas. El demandado, de hecho, ha obviado la posibilidad de la aplicación de las pruebas biológicas en su contra. Si resulta cierto que estamos en una fase de revisión de la reforma de 1981, me parece que habría que modificar lo relativo a la prueba de la paternidad y maternidad. En cierto modo la doctrina jurisprudencial aplicada maneja una realidad fáctica, simple y transparente, que si era real en 1981, dista de serlo actualmente. Partiendo de que no ha desaparecido fácticamente el complejo de superioridad del varón cuando de relaciones sexuales se trata, al menos en un porcentaje apreciable, la sociología muestra que, con frecuencia, tales relaciones son zigzagueantes —no meramente rectilíneas—, y que la presentación de una denuncia penal por acoso por parte de la mujer puede cubrir de impunidad la actuación efectiva respecto al varón. Sugiero que en todo proceso de filiación sea obligatorio acompañar el certificado del ADN, con las salvedades razonables. Así pueden eliminarse, en esta clase de procesos, no pocas dudas. (G. G. C.)

**25. Negativa a la prueba biológica en un proceso de reclamación de la filiación paterna.**—La negativa al sometimiento a la prueba biológica no puede ser considerada como una *ficta confessio*, sino que tiene la condición de un indicio probatorio muy valioso y cualificado que, unido a otras pruebas obrantes en el proceso, debe ser ponderado por el juzgador a los efectos de atribuir la paternidad reclamada (art. 767.4 LEC). Por lo tanto, hay que examinar cuáles son las razones de la decisión y las pruebas que se han aportado, con las que debe ponderarse la negativa al sometimiento a dicha prueba. De este modo, la vinculación del afectado a la práctica de la prueba biológica no constituye propiamente un deber, sino una carga procesal, puesto que su incumplimiento no puede dar lugar a imponer su realización mediante medios coactivos, sino que únicamente determina que, en caso de ser injustificada la negativa, recaigan sobre la persona renuente las consecuencias de la falta de prueba, siempre que concurren los requisitos establecidos por la jurisprudencia (la existencia de indicios suficientes para, conjuntamente con la consideración de dicha negativa como indicio muy cualificado, considerar determinada presuntivamente la paternidad reclamada). (STS de 17 de enero de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Doña C presentó demanda sobre filiación contra don JF, por la que ejercitaba acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial, pretendiendo que se determine en sentencia la paternidad del demandado respecto de la menor O. El demandado se opuso a la pretensión y, además, se negó a la práctica de la prueba pericial biológica que se había acordado con carácter previo a la vista.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda, entendiendo que, a pesar de la negativa a la práctica de la prueba, del material probatorio no cabe concluir la existencia de indicios significativos de los que se pueda desprender la existencia de una relación de tipo sexual entre las partes. La demandante interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audien-

cia Provincial, al entender que la negativa a realizar la prueba biológica no puede ser tomada como una prueba concluyente si no viene avalada por otras pruebas que demuestren sin ningún género de dudas el hecho controvertido.

La actora interpuso recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 14, 24 y 39 CE y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la negativa injustificada a la realización de la prueba biológica en los procesos de filiación. Según el Alto Tribunal, de la prueba practicada se colige que no existe más indicio que la relación breve que mantuvieron las partes, presentadas por conocidos comunes, de no más de 15 días, en los que tomaron café unas cuantas veces y cenaron un día. La sentencia recurrida no incurre en error al valorar la prueba practicada. Lo que sí llama la atención al Tribunal Supremo es el tiempo transcurrido desde el nacimiento de la niña hasta la interposición de la demanda de reclamación de paternidad (ocho años), sin que la actora haya acreditado reclamación o gestión alguna con el demandado a los efectos ahora pretendidos. Termina desestimando el recurso planteado por la madre, al entender que la negativa del padre a someterse a las pruebas de paternidad estaba justificada, dada la prueba practicada.

Con todo, la sentencia contiene un voto particular emitido por el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller. Considera el Magistrado que en los supuestos donde la pretensión del reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En estas hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica de reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación. La negativa en estos casos coloca a la contraparte en una situación contraria al artículo 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa. Por otro lado, considera el Magistrado que no hay ejercicio tardío del derecho, pues el artículo 133 CC establece que la acción puede ejercitarse durante toda la vida del hijo, sin que puedan establecerse diferencias en cuanto al ejercicio por la madre, a favor del hijo, o por el propio hijo.

NOTA.— El Tribunal Supremo ha declarado en varias ocasiones que la negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad no puede interpretarse como una confesión presunta del afectado. *Vid.*, en este sentido, las sentencias de 7 de diciembre de 2005, 2 de febrero de 2006, 27 de febrero de 2007, 17 de junio de 2011 y 11 de abril de 2012. Así también se ha expresado el Tribunal Constitucional en las sentencias de 17 de enero de 1994, 31 de mayo de 1999 y 14 de febrero de 2005. No lo ha entendido igual el Tribunal Constitucional en otras sentencias, donde ha destacado la indefensión que sufre la parte demandante ante la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas de paternidad. Así, por ejemplo, en

las sentencias de 7 de enero de 1994 y 23 de julio de 2007. Sobre el ejercicio tardío de la reclamación de la filiación, *vid.* la STS de 11 de marzo de 2003. (S. L. M.)

## DERECHO MERCANTIL

**26. Originalidad de un catálogo de productos desde el punto de vista de la propiedad intelectual.**—Un de catálogo de productos, por el contenido de su información, difícilmente constituye una «creación original literaria, artística o científica» (art. 10.1 TRLPI), máxime si se pretende su protección en general respecto de la forma y configuración de los catálogos en cuanto al formato, estructura, selección y disposición de sus contenidos.

La protección *sui generis* de que gozan las bases de datos (art. 12 TRLPI) merced a un criterio especial de originalidad —que toma en cuenta la selección discrecional de las obras o la información que va a conformar el contenido de la base de datos, la asociación entre ellas su clasificación y su ordenación para su ulterior almacenamiento y recuperación, entre otros criterios— resulta también cuestionablemente aplicable a un catálogo. En cualquier caso, la originalidad de un catálogo, que justifica la protección frente a quien lo plagia, basada en el artículo 12 TRLPI no puede descansar sobre el uso de papel reciclado, pues no se refiere al criterio de selección o disposición de contenidos; tampoco puede hacerlo sobre la estructura interna del catálogo, su codificación visual o la inserción de tablas de cálculo.

**Calificación como desleal de un acto objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe para impedir el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.**—La cláusula del artículo 4.1 LCD no puede servir para sancionar como desleales conductas que deben ser confrontadas con alguno de los tipos específicos de la propia ley. Para incardinar en el artículo 4.1 LCD un supuesto caso de expolio o aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno que no se encuentre protegido por un derecho de propiedad industrial o intelectual y que tampoco constituya un acto de competencia desleal (art. 11 LCP) debe justificarse la deslealtad, por el modo y forma en que se llega a estar en condiciones de aprovechar la prestación o resultado ajeno (STS núm. 395/2013, de 19 de junio). Por tanto, el acomodamiento del catálogo de una empresa al de un competidor no constituye, en sí, un acto de competencia desleal, si no se acredita la concurrencia de alguna circunstancia adicional que determine la deslealtad en la obtención del eventual beneficio derivado de dicho acomodamiento. (STS de 2 de febrero de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La sociedad A demandó a la sociedad B por considerar que esta última plagió su catálogo de productos, el cual entendía que constituía una obra susceptible de protección al amparo de los artículos 10.1 y 12 TRLPI. Asimismo, A alegó en su demanda que la conducta de B constituía un acto de competencia desleal incardinable en el artículo 5 (actual art. 4.1) LCD por contrariar la buena fe. En particular, denunció que se trataba de un acto constitutivo de aprovechamiento del esfuerzo ajeno y obstaculización.

La sentencia de primera instancia consideró que no existió plagio y, por ende, no había existido infracción de derechos de propie-

dad intelectual. Al mismo tiempo, rechazó la concurrencia de actos de competencia desleal.

Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso, pues entendió que se trataba el catálogo de una obra original de A, susceptible de protección tanto *ex* artículo 10.1, como *ex* artículo 12 TRLPI. Tras ello, comparó los catálogos de A y B para constatar la existencia de plagio. También consideró que el plagio constituía un aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

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

**27. Diseño Industrial. Usuario informado: Concepto.**—Ante la ausencia de concepto legal, debe entenderse, conforme al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como un concepto intermedio entre el de consumidor medio, aplicable en materia de marcas, al que no se exige ningún conocimiento específico y que, por lo general, no realiza una comparación directa entre las marcas en pugna, y el de experto en el sector, con amplias competencias técnicas. De este modo, el concepto de «usuario informado» puede considerarse referido a un usuario que presenta no ya un grado medio de atención, sino un especial cuidado, ya sea debido a su experiencia personal, ya a su amplio conocimiento del sector de que se trate.

**Diseño Industrial. Usuario informado: Precisión.**—El usuario informado, a efectos de valorar la concurrencia del requisito de singularidad del diseño, está vinculado al sector industrial de que se trate, puesto que la experiencia personal o el amplio conocimiento de los diseños existentes en la categoría de productos en cuestión que caracterizan a un usuario como «informado» van necesariamente referidos a un determinado sector industrial. Sin embargo, dado que, en materia de dibujos o modelos, la persona que procede a la comparación es un usuario informado que se distingue del mero consumidor medio, no es erróneo tener en cuenta, en la evaluación de la impresión general de los dibujos o modelos en cuestión, los productos efectivamente comercializados que corresponden a esos dibujos o modelos.

**Diseño Industrial. Usuario informado: Alcance.**—El adjetivo «informado» sugiere que, sin ser un diseñador ni un experto técnico, el usuario conoce los diferentes dibujos o modelos existentes en el sector de que se trata, dispone de un determinado grado de conocimiento sobre los elementos que normalmente contienen esos dibujos o modelos y, debido a su interés por los productos de que se trata, presta un grado de atención relativamente elevado al utilizarlos.

**Diseño Industrial. Libertad del autor: Alcance.**—Son las limitaciones a la libertad del autor las que justifican que concurra el requisito de la singularidad en los diseños.

**Competencia desleal. La imitación desleal de la prestación por riesgo de asociación: Principio general.**—La regulación de la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales parte del principio de que la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre si no existe un derecho de exclusiva que los ampare. Solo si concurren determinadas circunstancias, entre las que se encuentra la idoneidad para generar asociación, la imitación es desleal, siempre que concurra el requisito de la inevitabilidad.

**Competencia desleal. La imitación desleal de la prestación por riesgo de asociación: Alcance.**—En la imitación desleal del artículo 11.2 de la

Ley de Competencia Desleal (LCD), lo imitado no es el signo distintivo (en un sentido muy amplio que incluye los elementos que son percibidos en el tráfico como forma de identificación o presentación de la prestación que remita a una procedencia empresarial determinada) sino la prestación misma. Cuando la deslealtad de la imitación radica en el riesgo de asociación, es necesario que la prestación en sí sea apta para evocar una determinada procedencia empresarial.

**Competencia desleal. La imitación desleal de la prestación por riesgo de asociación: Requisito.**—Es necesario que la prestación imitada goce de singularidad competitiva por poseer rasgos que la diferencien de las prestaciones habituales en ese sector del mercado, de modo que sus destinatarios puedan identificarla y reconocerla y, en el caso de que la deslealtad de la imitación se funde en el riesgo de asociación, atribuirle a una determinada procedencia empresarial, diferenciándola de las prestaciones habituales en el sector provenientes de otras empresas.

**Competencia desleal. La imitación desleal de la prestación por riesgo de asociación: Singularidad competitiva.**—La imitación relevante a efectos del artículo 11.2 LCD solo es aquella que consiste en la copia de un elemento o aspecto esencial, no accidental o accesorio, incidiendo sobre lo que se denomina «singularidad competitiva» o «peculiaridad concurrencial que puede identificarse por un componente o por varios elementos. Ello excluye la singularidad competitiva en los productos cuyas formas estandarizadas sean las generalmente utilizadas en el sector del mercado de que se trate, pues la prestación original debe reunir rasgos diferenciales que la distinguan suficientemente de otras prestaciones de igual naturaleza, de forma que permitan al destinatario individualizar su origen. Por tanto, el riesgo de asociación no concurre cuando la prestación imitada, por sus características, no es relacionada por sus destinatarios con un determinado origen empresarial.

**Competencia desleal. La imitación desleal de la prestación por riesgo de asociación: Modo de evitarlo.**—La jurisprudencia ha considerado que el riesgo de asociación en el caso de imitación de prestaciones puede evitarse por el uso de marcas y otros signos distintivos en las prestaciones enfrentadas. (STS de 5 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La representación procesal de B. SL y don J. M. interpuso demanda contra la mercantil C. J. S. L., doña R. y don F. por infracción de diseño industrial y de marcas, solicitando la nulidad de los diseños industriales de los demandados. Los demandados se opusieron a la demanda y formularon reconvencción en la que solicitaron la declaración de nulidad de ciertas marcas españolas de B. SL, por incurrir en prohibiciones absolutas de registro. La sentencia del Juzgado Mercantil núm. Ocho de Barcelona estimó la demanda y declaró que los demandados han realizado actos de violación de los diseños industriales titularidad de las actoras, así como actos de competencia desleal, al mismo tiempo estimó la reconvencción y declaró la nulidad de las marcas de B., SL, lo que conllevó la desestimación de las acciones de infracción de las marcas declaradas nulas. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de C. J., S. L., don F. y doña R., la representación de B. S. L. y don J. M. se opuso al recurso interpuesto de contrario. La Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de

Barcelona dictó sentencia estimando el recurso interpuesto por los demandados revocando la sentencia de instancia en el sentido de desestimar la demanda y absolver a los demandados de las pretensiones en ella contenidas y se mantiene la estimación de la demanda reconventional y la consiguiente declaración de nulidad de las dos marcas registradas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

NOTA.—El hecho de que la regla general sea la libre imitabilidad de las prestaciones ajenas hace que el carácter desleal de la imitación de tales prestaciones exija la concurrencia de determinados requisitos que le tiñen de ilicitud. La deslealtad no viene determinada por el hecho de que se hayan imitado las creaciones materiales de un competidor, sino por las circunstancias en las que se realizó la imitación. En concreto, a la vista de la acción ejercitada, para que sea desleal, la imitación debe suponer un aprovechamiento del esfuerzo y tal aprovechamiento ha de ser indebido. La nota genérica de «aprovechamiento de lo ajeno» explica que en la doctrina y en la práctica se haga hincapié en que el tipo legal sanciona la conducta parasitaria del esfuerzo material y económico de un tercero. Pero la deslealtad de la imitación no se basa en el mero aprovechamiento del esfuerzo ajeno, pues de otro modo estaríamos reconociendo un derecho de exclusiva no previsto por el ordenamiento jurídico. Toda imitación supone un cierto aprovechamiento del esfuerzo ajeno, y el principio de libre imitabilidad excluye que la imitación de la creación material ajena sea, *per se*, desleal. La deslealtad se justifica por el modo y la forma en que se llega a estar en condiciones de aprovechar esa prestación ajena objeto de imitación. Toda imitación implica beneficiarse del esfuerzo del imitado, se ha impuesto una interpretación de la norma del artículo 11.2 LCD que no deje sin contenido efectivo la regla de libre imitación de las prestaciones ajenas no amparadas por un derecho de exclusiva que se contiene en el artículo 11.1 LCD y que, además, respete la función de la Ley de Competencia Desleal como instrumento de protección del mercado y de quienes en él concurren. Se produce una matización del principio de la competencia por los propios méritos y prestaciones que inspira la normativa de la competencia desleal. Ese principio ha de compatibilizarse con el principio de libertad de imitación del artículo 11.1 LCD. El artículo 11.2 LCD, al considerar desleal la imitación de prestaciones con aprovechamiento de esfuerzo ajeno, trata de dar protección indirecta al competidor que con su esfuerzo se ha afirmado en el mercado o pretende afirmarse en él. Se protege a quien ha invertido tiempo y dinero en una creación, material o intelectual, frente a quien se apodera de su esencia sin tales costes. (*N. D. L.*)

**28. Acción reivindicatoria de marca resultante del aprovechamiento u obstaculización injustificados.**—La acción reivindicatoria de marca (art. 2.2 LM) —pensada para cuando «el registro de una marca hubiera sido solicitado con fraude de los derechos de un tercero o con violación de una obligación legal o contractual»— alcanza también a supuestos de registro de mala fe de una marca del que resulte aprovechamiento u obstaculización injustifica-

dos de la posición ganada por un tercero sin que haya mediado vinculación alguna entre las partes del conflicto. Ahora bien, que esto sea así no permite ejercitar la acción reivindicatoria para tratar de proteger el prestigio de un producto que ya no se fabrica, y cuya empresa ha perdido incluso, por caducidad, los registros de marca y nombre comercial que un día tuvo sobre aquel, careciendo además de cualquier tipo de posición en el mercado de la que el registrante pudiese aprovecharse. El mero hecho de que una marca sobre un producto que dejó de fabricarse hace 80 años sea conocida históricamente, sin estar asociada en la actualidad a ningún fabricante o vendedor que opere en el mercado o que lo haya hecho recientemente, no permite impedir el registro de esta por otro operador para productos similares.

**Nulidad de marca por registro de mala fe.**—Que un signo —sobre el que ya no se ostenta ningún tipo de derecho de marca anterior vigente, debido a la caducidad por falta de uso— sea conocido, y se asocie en España a una marca histórica inserta en la memoria colectiva impide apreciar la mala fe en el registro de esa misma marca (art. 51.1.b LM en relación con STJC de 11 de junio de 2009). Ello sin perjuicio de que efectivamente el solicitante pueda beneficiarse del recuerdo de su prestigio histórico. La razón estriba en que, con su registro, no se perjudica el ejercicio de ningún derecho legítimo del titular anterior. Y es que la sanción de nulidad del registro por violación de la buena fe incide en la valoración del comportamiento del solicitante del registro. Una de sus manifestaciones típicas la constituye el intento de aparentar una inexistente conexión entre los productos o servicios del solicitante con los de un tercero para obtener el favor de los consumidores en el mercado.

**Protección del nombre comercial no registrado.**—La protección del nombre comercial no registrado, junto con las condiciones del artículo 9.1 d) LM, exige que se acredite el uso o conocimiento notorio en España de dicho nombre comercial no registrado. Por un lado, no existe uso del nombre comercial no registrado, cuando existía un nombre comercial registrado que fue declarado caducado precisamente por falta de uso para unas concretas actividades. Por otro lado, el conocimiento del nombre comercial no registrado no puede equipararse, a efectos de protección, al conocimiento general e histórico que en su día pudiera haber tenido, y acaso conserve, una determinada marca. El conocimiento notorio de un nombre comercial es un reflejo de su uso para unas concretas actividades.

**Protección del nombre comercial no registrado al amparo del artículo 8 del Convenio de la Unión de París (CUP).**—No cabe proteger un nombre comercial no registrado al amparo del artículo 8 CUP frente al uso que de un signo distintivo similar pueda hacer otro operador, por entender que ese uso constituye un acto de competencia desleal en su vertiente de aprovechamiento de la reputación ajena (art. 12 LCD), cuando (i) ese signo distintivo está registrado como marca en la actualidad para una serie de productos; y (ii) el nombre comercial no registrado carece de la condición de notorio y no lleva asociado reputación alguna de la que aquel operador pueda aprovecharse de manera indebida mediante el empleo del signo. (STS de 8 de febrero de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.] (A. I. R. A.)

**29. Propiedad industrial. Derechos conferidos por la marca. Alcance del derecho exclusivo de uso: El derecho de prohibir el uso de signos similares a la marca registrada se extiende al tercero titular de una marca posterior sin que sea necesario la previa declaración de nulidad**

**de esta última marca.**—Esta Sala ha asumido la jurisprudencia del TJUE en relación con las llamadas «marcas de cobertura», contenida en la sentencia de 21 de febrero de 2013, asunto C-651/2011, caso *Fédération Cynologique Internationale*, en la que el TJUE declaró que «el derecho exclusivo del titular de una marca comunitaria de prohibir a cualquier tercero el uso en el tráfico económico de signos idénticos o similares a su marca se extiende al tercero titular de una marca comunitaria posterior, sin que sea necesaria una declaración previa de nulidad de esta última marca». Así en las SSTS de 14 y 24 de octubre de 2014 y 9 de mayo de 2016 se afirmó: «Por ello, en evitación de la posibilidad de que sea diferente la protección que el titular de la marca anterior reciba en éste que en otros Estados miembros, (...) procede que modifiquemos, en este particular, la jurisprudencia, para 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 —al igual que sucede con las patentes y los diseños industriales». Asimismo, el TJUE, en el auto de 10 de marzo de 2015, asunto C-491/14, caso *Rosa dels Vents*, declaró que la doctrina de la sentencia de 21 de febrero de 2013, asunto C-651/2011 SIC, eran también aplicable a las marcas nacionales, como es el caso de las marcas de los litigantes en este litigio.

**Riesgo de confusión. Definición.**—«El riesgo de confusión consiste en 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 aquél, sino que sirve para precisar su alcance».

**Criterios valorativos de la similitud de los signos. Doctrina jurisprudencial sobre las directrices que deben seguirse en el juicio comparativo necesario para comprobar si concurre riesgo de confusión.**—Las directrices que deben seguirse en el juicio comparativo necesario para comprobar si concurre riesgo de confusión entre los signos en litigio han sido compendiado por las SSTS de 11 de marzo de 2014 y 19 de junio de 2016 en los siguientes términos: ii) «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». iii) De este modo, «el riesgo de confusión debe ser investigado globalmente, teniendo en cuenta todos los factores del supuesto concreto que sean pertinentes». 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». iv) 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». v) 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. vi) 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».

**En el juicio de confusión procede tener en cuenta la forma de comercialización de los productos y servicios.**—Para realizar la comparación del signo supuestamente infractor con la marca registrada, necesaria para el juicio de confusión, a la hora de reconocer un mayor carácter distintivo al elemento denominativo o al gráfico, puede ser relevante tomar en consideración la naturaleza del producto o servicio y la forma en que se comercializa por la demandada. Así lo hizo el Tribunal de Justicia en su sentencia de 3 de septiembre de 2009, asunto C- 498/07 P, caso Aceites del Sur-Coosur, S. A. contra Koipe Corporación, S. L., y así lo ha hecho también esta sala en sentencias como las 100 y 101/2016, ambas de 25 de febrero. (STS de 2 de marzo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La demandada edita un periódico digital bajo la cabecera «lainformación.com». Dicho periódico digital se hospeda en una página web a la que se accede a través del nombre de dominio «lainformación.com». La demandante consideró que tanto el nombre de dominio como la cabecera del periódico digital infringían los derechos, que como titular del nombre comercial no registrado «La Información» y de las marcas españolas «LA INFORMACIÓN, S. A.» y «GRUPO LA INFORMACIÓN» le corresponden. Las dos marcas de la actora se registraron en las clases 16, 35, 38 y 41 por resolución de fecha de 1 de noviembre de 2004 y 7 de agosto de 2006 respectivamente. El nombre de dominio utilizado por la demandada, a través de la que se accede a la página web en la que se hospeda el periódico digital bajo la cabecera «lainformación.com» fue registrado el 25 de octubre de 1998. El periódico digital aparece alojado en la página web correspondiente a ese nombre de dominio desde el 24 de abril de 2009. La parte actora ejerció acciones contra la demandada por violación de sus derechos marcarios derivados del nombre comercial no registrado y de las marcas registradas. Además interpuso acciones de cesación, prohibición, remoción, indemnización y publicación previstas en el artículo 41 LM. La demandada se opuso y formuló reconversión en la que solicitó la caducidad de las marcas de la actora por falta de uso. El Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconversión respecto a la caducidad de la marca de la actora «LA INFORMACIÓN S. A.». La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso sólo en lo que se refiere a la infracción de la marca registrada «GRUPO LA

INFORMACIÓN» condenando a la demandada a cesar en la edición, ofrecimiento, publicidad y comercialización del periódico digital «lainformación.com» en su actual forma de presentación así como abstenerse de utilizar el nombre de dominio «lainformación.com» para ofertar servicios de red consistentes en la publicación electrónica de periódicos en línea. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—El riesgo de confusión es uno de los aspectos fundamentales de la marca, ya que es esencial en ésta su finalidad de distinguir productos y servicios en el mercado, de forma que el consumidor medio no los confunda con otros y las asocie inequívocamente a un determinado origen empresarial (X. O'CALLAGHAN, «El riesgo de confusión en la doctrina del Tribunal Supremo», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 9, 2003 pp. 137-156). La Ley de Marcas hace referencia al riesgo de confusión al regular las prohibiciones relativas al registro de un signo como marca (art. 6) y al delimitar el *ius prohibendi* del titular del derecho de marca (art. 34). Por otro lado, una abundante jurisprudencia del TJUE ha fijado los principios aplicables para determinar si existe riesgo de confusión, en especial los criterios bajo los que hay que realizar el examen comparativo entre los signos objeto de litigio. Entre las más significativas podemos nombrar las siguientes: SSTJUE de 11 de noviembre de 1997 (C-251/95) sentencia Sabel c. Puma; de 29 de septiembre de 1998 (C-39/97) sentencia Canon c. Metro; de 22 de junio de 1999 (C-C-342/97) sentencia Lloy c. Klijsend; de 22 de junio de 2.000 (C-425/98 ), Mode c. Adidas; de 6 de octubre de 2005, (C-120/04), caso Medion; de 10 de abril de 2008 (C-102/07) Adidas y Adidas Benelux. (C. O. M.)

**30. Marca notoria.**—Según el artículo 8.1 de la Ley 17/2001, de Marcas, no cabe el registro como marca de un signo que sea idéntico o semejante a una marca o nombre comercial anterior y notorio o renombrado en España, aunque se solicite su registro para productos o servicios que no sean similares a los protegidos por estos últimos. En caso contrario, se corre el peligro de un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre de dichos signos anteriores. En términos similares se expresa el artículo 9.1.c) del Reglamento de Marca Comunitaria.

El TJUE ha interpretado estos dos preceptos desde un doble punto de vista: 1) como criterios para considerar que una marca es notoria; 2) como normas que determinan el alcance de la especial protección que se otorga a este tipo de marcas. En el primer caso, basta con que el grado de similitud entre el signo y la marca de renombre tenga como efecto que el público pertinente establezca un vínculo económico o jurídico entre ambas. Según el TJUE, cuanto más fuerte sea el carácter distintivo de la marca anterior, más probable será que, ante una marca posterior idéntica o similar, el público evoque la marca anterior. El hecho de que la marca posterior evoque la marca anterior al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, equivale a la existencia de dicho vínculo. El Tribunal ha llegado a decir que para que exista una infracción, basta con que se dé alguno de estos dos casos: 1) que, mediante la evocación de la marca notoria, el empleo del signo controvertido conlleve un aprovechamiento indebido del

carácter distintivo o de la notoriedad de la marca; 2) que perjudique su distintividad o notoriedad.

Por otro lado, el Alto Tribunal ya ha dejado dicho que, para evaluar la semejanza entre dos marcas, ha de hacerse una comparación en un triple plano: gráfico, fonético y conceptual. Sin embargo, los criterios para determinar la semejanza dependen en buena medida de la estructura del signo. En el caso de las marcas mixtas, su distintividad reside en la particular disposición de los elementos verbales y gráficos, que forman un conjunto, y no en sus componentes individuales. El TJUE ha llegado a señalar que el consumidor medio normalmente percibe una marca como un todo, cuyos diferentes detalles no se detiene a examinar. (**STS de 2 de febrero de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

**HECHOS.**—La compañía mercantil GP es titular de una serie de marcas relativas a calzado, que están registradas. La sociedad MIML es titular de otra marca nacional, que le fue concedida para productos también de calzado por la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), con posterioridad a las obtenidas por la primera, pese a su oposición. GP interpone demanda, en ejercicio de la acción de nulidad relativa de marca, fundamentándose en los artículos 40, 41 y 52, en relación con los artículos 6.1.a) y 8.1 LM, a la que acumuló una acción de indemnización por infracción marcario, a determinar sobre el 1% del volumen de negocio. Hay que señalar que la demandada ha utilizado la expresión 24 horas o su abreviatura 24 HRS, contenidas en las marcas registradas por la actora.

La demandada aceptó el carácter notorio, al menos en España, de las marcas de la actora, por su implantación en el ámbito del calzado. Pero se opuso a la demanda y alegó, con carácter previo, la excepción de cosa juzgada, al haber sido confirmado el acceso al registro marcario concedido por la OEPM, por sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Y sobre el fondo, niega todo riesgo de confusión por las diferencias de las marcas en controversia, dado que su cuota de mercado se reduce a la provincia de Granada, sus productos para bebés no entran en competencia con los de la actora, su comercialización es online y no usa la marca para productos de la clase 25 (ropa, calzado y sombrerería).

El Juez de Primera Instancia desestimó las dos acciones deducidas en la demanda, al considerar: 1) que la ausencia de riesgo de confusión y de asociación apreciada en la jurisdicción contenciosa constituye cosa juzgada parcial; 2) que, excluido este riesgo, y no existiendo ánimo de aprovechamiento de los derechos preferentes de la sociedad actora, la protección reforzada que se concede a la marca notoria cede en estos casos, en que no existe conexión en los productos comercializados entre una y otra mercantil.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso y ratificó las conclusiones de primera instancia: 1) el enfrentamiento entre las marcas ya superó el control de distinguibilidad o diferenciación suficiente para convivir en el mercado, pues así lo estableció la jurisdicción contencioso-administrativa, en base al artículo 53 LM; 2) no hay riesgo de confusión, pues hay muchas diferencias denominativas y gráficas entre ambos signos (sólo hay similitud en elementos accesorios).

GP interpuso recurso de casación, alegando la infracción del artículo 8.1 LM y señalando que la sentencia recurrida no realiza un correcto análisis comparativo de las marcas. El Tribunal Supremo señala que la valoración de si la marca de la demandada evoca las marcas notorias de la actora corresponde al tribunal de instancia, sin que sea posible revisar esta valoración, a no ser que sea arbitraria o incurra en un error palmario, que no es el caso. Afirma que el único elemento común que tienen las marcas en conflicto es la mención al término 24 horas, pero no coinciden ni los colores ni elementos gráficos muy relevantes. En consecuencia, no es posible confusión alguna, ni siquiera en atención al carácter notorio de las marcas de la demandante. Y recuerda el Alto Tribunal que las marcas de la recurrente son notorias, pero no renombradas. Además, no se ha acreditado la existencia por parte de la demandada de aprovechamiento de su reputación, ni que la marca de ésta haya menoscabado la notoriedad, prestigio o distintividad de las marcas de la actora. Entiende el Tribunal Supremo que no hay infracción del artículo 8 LM y acaba desestimando el recurso.

NOTA.—El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado ampliamente la doctrina jurisprudencial sobre la protección de la marca notoria. Cabe destacar las sentencias de 23 de octubre de 2003 (asunto C-408/01, caso *Adidas-Fitnessworld*), de 27 de noviembre de 2008 (asunto C-252/07, caso *Intel-CPM*), de 18 de junio de 2009 (asunto C-487/07, caso *L'Oreal*) y de 10 de diciembre de 2015 (asunto C-603/14, caso *The English Cut*), entre otras. Y, sobre la distintividad de marcas, cabría destacar las sentencias de 22 de junio de 1999 (asunto C-342/97, caso *Lloyd Schuhfabrik Meyer*) y de 12 de junio de 2007 (asunto C-334/05, caso *Limoncello della Costa Amalfitana*). Sobre marca notoria, nuestro Tribunal Supremo también se ha pronunciado en sus sentencias de 23 de julio de 2012 y de 11 de marzo de 2014. Y, en particular, sobre cómo valorar la semejanza entre dos marcas, *vid.* las sentencias de 19 de febrero de 2016, 9 de mayo de 2016, 19 de mayo de 2016 y 20 de junio de 2016, entre otras. (*S. L. M.*)

**31. Marca. Riesgo de confusión: Concepto.**—El riesgo de confusión consiste en 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.

**Marca. Riesgo de confusión: Directrices.**—La jurisprudencia señala que 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

**Marca. Riesgo de confusión: Alcance.**—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.

**Marca. Riesgo de confusión: Nivel de compensación.**—En la valoración global, 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.

**Marca. Riesgo de confusión: Concepto de consumidor medio.**—A los efectos de la apreciación global, se supone que el consumidor medio de la categoría de productos considerada es un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

**Marca. Riesgo de confusión: Nivel de atención del consumidor medio.**—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, por lo que debe 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.

**Marca. Riesgo de confusión. Visión de conjunto: Consideración.**—La 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, esto es, la existencia de un riesgo de confusión por parte del público debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes del asunto concreto, pues el consumidor medio normalmente percibe una marca como un todo, cuyos diferentes detalles no se detiene a examinar.

**Marca. Riesgo de confusión. Visión de conjunto: Excepción.**—La apreciación de la similitud entre dos marcas no implica tomar en consideración únicamente un componente de una marca compuesta y compararlo con otra marca. Ahora bien, la impresión de conjunto producida en la memoria del público pertinente por una marca compuesta puede, en determinadas circunstancias, estar dominada por uno o varios de sus componentes, sólo en el caso de que todos los restantes componentes de la marca resulten insignificantes podrá la apreciación de la similitud basarse exclusivamente en el componente dominante. A este respecto, no se excluye que una marca anterior, utilizada por un tercero en un signo compuesto que contiene la denominación de la empresa de ese tercero, ocupe una posición distintiva y autónoma en el signo compuesto. En consecuencia, a efectos de la verificación del riesgo de confusión, basta con que, en razón de la posición distintiva y autónoma que ocupa la marca anterior, el público atribuya también al titular de tal marca el origen de los productos o de los servicios designados por el signo compuesto. No obstante, un elemento de un signo compuesto no conserva dicha posición distintiva y autónoma si tal elemento forma con otro u otros elementos del signo, tomados en su conjunto, una unidad con un sentido diferente respecto al sentido de los citados elementos tomados por separado. (STS de 17 de abril de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La representación procesal de C. B. V. y C. E. F., S. L., interpuso ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Uno de Alicante demanda contra don A., don. C. y la mercantil C., S. L., solicitando se declare su derecho exclusivo y excluyente a usar determinada marca comunitaria, que se declare a los demandados como infractores de dicho derecho de exclusiva y se anule la marca utilizada por los mismos dada su sustancial identidad, todo ello con la condena a los demandados a abonar solidariamente los daños y perjuicios causados. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda condenando a la parte demandada a cesar en el uso del signo distintivo objeto de la controversia y a cambiar la denominación social por otra que no contenga la expresión recogida en la misma demanda. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal don A., don. C. y C., S. L., la Sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante, estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia de instancia reconociendo el derecho de los demandados a utilizar la marca objeto de la *litis*. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

**32. Patente. Requisito de novedad: Concepto.**—Una invención es nueva cuando no está comprendida en el estado de la técnica, y éste está constituido por todo lo que antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente se ha hecho accesible al público por una descripción escrita u oral, por una utilización o por cualquier otro medio.

**Patente. Juicio comparativo: Carácter individual.**—Las anterioridades derivadas del estado de la técnica susceptibles de perjudicar la novedad de la invención del actor deben ser apreciadas una por una y comparadas con la invención sin tener en cuenta nada más que su contenido. Este juicio comparativo debe hacerse individualmente con cada una de las anterioridades, sin que sea lícito determinar la falta de novedad de una invención a partir de la combinación de varios elementos precedentes.

**Patente. Juicio comparativo: Ausencia de novedad.**—Un documento anterior destruye la novedad del objeto reivindicado que derive directamente y sin ambigüedad del documento, incluyendo cualquier elemento que para un experto en la materia esté implícito en lo explícitamente mencionado en el documento.

**Patente. Ausencia de novedad: Implícita o explícita.**—La falta de novedad puede ser explícita, derivada de cuanto se expone explícitamente en el documento anterior, o implícita, en el sentido de que, reproduciendo las enseñanzas del documento anterior, el experto en la materia hubiera inevitablemente llegado a un resultado comprendido en los términos de la reivindicación.

**Patente. Ausencia de novedad: Diferencia con falta de actividad inventiva.**—Al juzgar sobre la novedad, la afirmación de que una descripción implícita puede ser también suficiente si conduce inevitablemente al experto a la invención posterior, debe entenderse referida al proceso lógico por el cual se extrae de la lectura de lo explícito la presencia de lo implícito en la descripción, esto es, la inevitabilidad se predica de la deducción. Por el contrario, cuando lo que se afirma es que del estado de la técnica se deduce, se deriva, resulta de él o conduce inevitablemente a una invención posterior, nos adentramos en el terreno de lo evidente o muy evidente para el experto, es decir, de la actividad inventiva necesaria para ejecutar la invención.

**Patente. Ausencia de novedad: Concepto de inevitable.**—El término inevitable significa indefectible, de ocurrencia segura, algo que debe suceder o aparecer, tan verdadero como para impedir soluciones alternativas válidas; en otras palabras, es equivalente a un 100% de probabilidad

**Patente. Actividad inventiva: Criterio para juzgar.**—El criterio para juzgar sobre este requisito es si el experto en la materia, partiendo de lo descrito anteriormente (estado de la técnica) y en función de sus propios conocimientos, es capaz de obtener el mismo resultado de manera evidente, sin aplicar su ingenio, en cuyo caso falta la actividad inventiva. Esto es, al objeto de juzgar sobre la actividad inventiva, el criterio correcto a aplicar no es si el objeto reivindicado le habría resultado obvio a una persona inventiva, al margen del propio inventor, sino si hubiera resultado obvio a una persona competente pero no imaginativa, que responde a la noción de persona experta en la materia

**Patente. Actividad inventiva: Concepto de obviedad.**—Al analizar la obviedad o no de la invención, el experto no trata los documentos o anterioridades de forma aislada, como sí debe analizarse en el caso de la novedad, sino que los combina de forma que de su conjunto pueda apreciar la existencia o inexistencia de información suficiente que permita sostener si éste hubiera llegado a las mismas conclusiones sin necesidad de contar con la información revelada por el inventor.

**Patente. Patente. Actividad inventiva: Combinación de anterioridades.**—La combinación de documentos o anterioridades en el enjuiciamiento de la obviedad no deja de ser una formulación genérica, que tan sólo pretende advertir que cabe tal combinación, por contraste con el juicio de la novedad, que en ningún caso es posible. Pero, lógicamente, la procedencia de una determinada combinación está supeditada a la apreciación de que estuviera sugerida o fuera evidente para el experto medio. Sin perjuicio de que, con frecuencia, está ínsito en el juicio de obviedad la determinación de qué concretas anterioridades, combinadas, muestran que, para un experto medio, con sus conocimientos a la fecha de prioridad, la invención resultaba evidente.

**Patente. Actividad inventiva: Método de enjuiciar.**—No existe un único método para enjuiciar la actividad inventiva, pero debe seguirse uno que asegure que en el enjuiciamiento se tienen en cuenta los factores decisivos, sin perjuicio de que también se halla corroborado la validez e idoneidad del método «análisis problema-solución».

**Patente. Indemnización de daños y perjuicios: Necesidad de acreditación.**—La jurisprudencia considera en materia de resarcimiento de daños y perjuicios que no se presumen, sino que deben acreditarse por quien los reclama, tanto la existencia como su importe.

**Patente. Indemnización de daños y perjuicios: Excepcionalidad de la presunción.**—La doctrina de la necesidad de acreditación y ausencia de presunción es pacífica y reiterada, pero tiene una excepción en la propia jurisprudencia, la cual estima correcta la presunción de existencia del daño (aparte, claro ésta, cuando haya una norma legal específica) cuando se produce una situación en que los daños y perjuicios se revelan como reales y efectivos. Se trata de supuestos en que la existencia del daño se deduce necesaria y fatalmente del ilícito o del incumplimiento, o son consecuencia forzosa, natural e inevitable, o daños incontrovertibles, evidentes o patentes, según las diversas dicciones utilizadas. No hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella.

**Patente. Indemnización de daños y perjuicios: Reglas de cálculo.**—La aplicación de las reglas de cálculo de la indemnización de daños y perjuicios

implica con carácter previo la apreciación de que la infracción los ha ocasionado. Y al respecto resulta de aplicación la doctrina sobre la necesidad de que el daño sea acreditado, sin perjuicio de los casos en que los hechos pongan por sí mismos de manifiesto la existencia del daño, sin exigir que se funde en la práctica de un medio de prueba concreto. No obstante, el contenido de las reglas de cálculo pone en evidencia que el objeto de lo que se denomina indemnización de daños y perjuicios trasciende a la eventual reparación de una acción resarcitoria, pérdidas sufridas y ganancias dejadas de obtener, porque puede incluir también la compensación por el enriquecimiento obtenido por el infractor que no necesariamente debe ser correlativo al perjuicio sufrido por el titular de la marca infringida.

**Patente. Indemnización de daños y perjuicios: Cuantía.**—La cuantía objeto de la condena de indemnización no tiene por qué ser el resultado de la determinación del perjuicio realmente sufrido por el titular de la marca, ni siquiera de forma estimativa. Y, desde luego, la opción por un criterio legal u otro, que es una facultad que se atribuye al titular de la patente, no debe venir determinado necesariamente por que se ajuste mejor al perjuicio realmente sufrido. Por ello, una vez que se ha puesto en evidencia que la infracción ha deparado un perjuicio» para el titular de la patente, entendido en aquel sentido amplio que incluye el enriquecimiento injustificado del infractor, puede optarse por un criterio legal u otro del artículo 66.2 Ley de Patentes (LP), aunque lo que se compense no responda al concreto perjuicio sufrido con la infracción.

**Patente. Publicación de la sentencia: Procedencia.**—En caso de infracción, la LP prevé que pueda solicitarse y acordarse la publicación de la sentencia condenatoria del infractor de la patente, a costa del demandado, mediante anuncios, y notificaciones a las personas interesadas, pero no se trata de un efecto consiguiente a la estimación de la infracción. Debe estar justificada en atención a la finalidad perseguida, que puede ser contribuir a la efectividad del cese y a la remoción los efectos de la infracción o, eventualmente, compensar el perjuicio. Y en cualquier caso la publicación, por su contenido y los medios empleados, debe ser adecuada y proporcionada.

**Patente. Publicación de la sentencia: Función de resarcimiento.**—La publicación de la sentencia, con funciones de resarcimiento específico del daño causado al derecho sobre el signo y, a la vez, de remoción de los efectos de la infracción, no tiene el carácter necesario. Antes bien, la referencia a las personas interesadas pone de manifiesto que los anuncios y las notificaciones deben cumplir una función empírica respecto a aquellas, no siempre concurrente. Lo que reclama la demostración de la utilidad de la publicación, como medio de restablecer la imagen dañada del signo o de que cesen todos los efectos de la infracción o cualquier otra que sea merecedora de tutela. (**STS de 3 de mayo de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La representación procesal de la entidad Industrial A. de N., S. A. U., interpuso ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Murcia demanda contra la mercantil M. E. S. A. U., solicitando se declare que la demandada está realizando actos que infringen su derecho de patente y consecuentemente se condene a cesar y abstenerse de realizar actos en infracción de sus derechos, junto con la indemnización de daños y perjuicios. La representación procesal de la parte demandada formuló reconvencción, solicitando se declarase la nulidad de las patentes de la actora. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda principal y declaró la violación del

derecho de exclusiva del que goza en virtud de la patente de invención registrada la actora y condenó a la demandada al abono de daños y perjuicios. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de M. E. S. A. U., la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia de instancia y también estimó parcialmente la demanda reconventional manteniendo la nulidad de la patente de invención de la Oficina Española de Patentes y Marcas, que ya venía acordada por la sentencia de primera instancia, y declaró también la nulidad de la patente de la actora, en ambos casos por falta de novedad y de actividad inventiva. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

**33. Complicidad en concurso culpable.**—Procede considerar cómplice por presunta cooperación en la calificación del concurso como culpable (art. 166 LC) sobre la base de la enajenación fraudulenta de activos de la sociedad concursada (art. 164.5.º LC) al socio de esta que, sin oponerse al traspaso de los activos, además era socio constituyentes de la sociedad a la que fueron a parar dichos activos. La razón está en que, aunque el socio no intervenga de forma activa, no por ello deja de colaborar conscientemente en el trasvase de activos, del que además obtiene un beneficio indirecto. En ese caso, junto con el elemento objetivo de cooperación en el traspaso de los activos, concurre un elemento subjetivo, manifestado en la connivencia con el concursado en la conducta merecedora de calificar el concurso como culpable. (**STS de 29 de marzo de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

**HECHOS.**—La sociedad D fue declarada en concurso de acreedores el 20 de diciembre de 2007. A lo largo del ejercicio 2007, se habían cometido irregularidades contables y D había concedido préstamos participativos a las sociedades Y y Z. También había transferido a las sociedades V y W una serie de activos. A, B y C eran socios constituyentes de las sociedades V y W, a quienes D había transferido una serie de activos. La administración concursal instó la calificación del concurso como culpable que fue ratificada por la sentencia de primera instancia. Esta sentencia declaró además A, B y C cómplices por haber cooperado con D, con dolo o culpa grave a la realización de actos determinantes para calificar como culpable el concurso. Recurrida en apelación, la Audiencia confirmó la sentencia de instancia, salvo en lo que afectó al administrador. Ante ello, A, B y C formularon recurso de casación. (*A. I. R. A.*)

**34. La acción rescisoria concursal: Presupuestos para su ejercicio.**—Ni por vía interpretativa ni por vía analógica puede aceptarse que quepa ejercitar la acción rescisoria concursal frente a actos realizados en un momento temporal distinto del expresamente previsto en el artículo 71.1 LC y, en concreto, que pueda ejercitarse cuando se abre la fase de liquidación por incumplimiento del convenio. (**STS de 23 de marzo de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Una sociedad limitada fue declarada en concurso por auto de 23 de enero de 2009. Por sentencia de 29 de marzo de 2010 fue aprobado el convenio. El 2 de abril de 2012 la concursada solicitó la apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del convenio, que fue acordada por auto de 11 de abril de 2012. La administración concursal, una vez abierta la fase de liquidación, presentó una demanda de incidente concursal en la que ejercitó la acción de reintegración que prevé el artículo 71.1 LC. En la demanda solicitaba que se declarara la rescisión, por producir un perjuicio a la masa activa, el reconocimiento de deuda en favor de otra entidad mercantil llevado a cabo en escritura pública el 9 de marzo de 2012 y la constitución de hipoteca mobiliaria para garantizar su pago.

La sentencia dictada por el Juzgado Mercantil consideró procedente la acción de reintegración del artículo 71.1 LC. La entidad acreedora interpuso recurso de apelación y la Audiencia lo estimó al entender que es presupuesto de la acción de reintegración del artículo 71.1 LC que se trate de un acto realizado por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, no a la fecha de la apertura de la liquidación. La administración concursal interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo no dio lugar al mismo. (*I. D.-L.*)

**35. Concurso de acreedores. Interpretación del convenio por el Juez. No es necesario que exista oposición al convenio para proceder a su interpretación.**—De acuerdo con el artículo 129.1 LC, el tribunal al resolver los motivos de oposición a la aprobación del convenio aceptado, puede interpretar el convenio cuando, como afirma el precepto, sea necesario para resolver sobre la oposición formulada. Pero esta previsión no excluye que, como ocurre con cualquier otro contrato o negocio jurídico, el tribunal pueda interpretarlo cuando sea necesario para resolver una pretensión relativa al incumplimiento de lo pactado y sobre las consecuencias de dicho incumplimiento.

**Validez de la cláusula del convenio, aceptado libre y conscientemente, en la que se supedita el cobro de los pagos al cumplimiento de determinados requisitos y se prevén las consecuencias de su no cumplimiento.**—El tenor literal de la cláusula no admite duda de lo consentido por las partes de forma libre y no viciada. Fuera del ámbito concursal no sería ilícita y afectaría a las partes en los términos pactados. Pero en el ámbito concursal surge la duda, ya que la aprobación judicial del convenio extiende sus efectos a todos los acreedores afectados, conforme a lo dispuesto en el artículo 134 LC, que pudiera permitir la aminoración del rigor de los efectos del incumplimiento de esa carga de comunicación. En este sentido, la previsión convencional no afecta propiamente al contenido del convenio concursal sino a la forma de hacerse el pago y no incumple los límites que respecto del contenido recoge el artículo 100 LC, ni infringe tampoco normas de carácter imperativo que permitan tenerla por no puesta. Nada impide que las partes se comprometan a comunicar la cuenta en que realizar el pago dentro de un plazo razonable y que acepten que, de no hacerse, se entienda que han renunciado al cobro de este pago. Y siendo válida la cláusula, sin que infrinja ninguna norma imperativa que impida su aplicación, debe desenvolver todos

sus efectos. (STS de 15 de marzo de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.-En octubre de 2008 se declaró el concurso voluntario de la mercantil G., aprobándose judicialmente el convenio en diciembre de 2009, sin que se hubiera formulado oposición a su aprobación. En dicho convenio constaba una cláusula por la cual los pagos a realizar por la concursada se realizarían por transferencia bancaria en la cuenta corriente que cada acreedor indicase. Estableciéndose que los acreedores debían comunicar fehacientemente a la concursada los datos de la cuenta dentro de los tres meses siguientes a la aprobación judicial del convenio. Si no se efectuara dicha comunicación se entendería que el acreedor renunciaba al cobro del primer pago, sin necesidad de comunicación ni formalidad alguna. Y si no se comunicase dentro de los tres primeros meses del periodo de pago siguiente, se entendería que el acreedor renunciaba automáticamente a todos los pagos subsiguientes. La entidad CDTI, como acreedora, instó la declaración de incumplimiento del convenio por el impago de su respectivo crédito y la apertura de la fase de liquidación. La concursada se opuso alegando que no había incumplimiento sino que tan solo se había producido el efecto de renuncia previsto en el convenio. El Juzgado de lo Mercantil rechazó la demanda de incumplimiento pero ordenó la subsanación de la situación y el pago de la cantidad en cuestión a la acreedora demandante, concediendo a la concursada el plazo de un mes para regular la situación con los acreedores frustrados, además de entender ineficaz para lo sucesivo la polémica cláusula del convenio. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación de la concursada. El Tribunal Supremo apreció incongruencia en la sentencia recurrida, por conceder cosa distinta a la pedida y, asumiendo la instancia, dictó nueva sentencia en la que desestimó la demanda inicial de incumplimiento del convenio y declaró la vigencia del convenio y la extinción del crédito litigioso conforme a lo dispuesto en aquél. (*L. A. G. D.*)