

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

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

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Profesor Titular de Derecho mercantil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **José María MARTÍN FABÁ** (Profesor Ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN** (Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil. Universidad de Burgos), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (Investigador predoctoral FPU. Universidad Autónoma de Madrid), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Profesor asociado de Derecho civil. 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

DERECHO DE LA PERSONA

1. Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.–La libertad de expresión es un derecho

fundamental que está limitado por el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Cuando se plantea un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han reiterado que la ponderación necesaria para resolverlo ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica, que ostenta el derecho a la libertad de expresión, por su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático. Ahora bien, dependiendo de las circunstancias concurrentes, la ponderación entre los derechos fundamentales en conflicto puede determinar que el derecho al honor prevalezca sobre la libertad de expresión.

Explica el Tribunal Supremo que los criterios más relevantes para realizar la ponderación que permita concluir si el derecho a la libertad de expresión debe o no prevalecer sobre el derecho al honor en cada supuesto en que se produce un conflicto entre los mismos son básicamente dos. En primer lugar, la relevancia pública o el interés general de la cuestión sobre la que se han vertido las opiniones, ya sea por la propia materia a la que aluda la noticia o el juicio de valor, ya sea por razón de las personas, esto es, porque se proyecte sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, o por ambas. En segundo lugar, la necesaria proporcionalidad en la difusión de las opiniones, pues se proscribiera el empleo de expresiones manifiestamente injuriosas, vejatorias, que no guarden relación o que no resulten necesarias para transmitir la opinión o la idea crítica.

Así, entiende el Alto Tribunal que las libertades de expresión e información prevalecen sobre los derechos de la personalidad, en tanto que dichas libertades se ejerzan conforme a su naturaleza y función, de acuerdo con los parámetros constitucionales, esto es, cuando contribuyan al debate público en una sociedad democrática y no se vulnere grave e innecesariamente el ámbito protegido por los derechos de la personalidad, porque el respeto a estos derechos fundamentales también constituye una exigencia propia de una sociedad democrática. **(STS de 3 de abril de 2019; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El 9 de julio de 2016, E, conocido torero, falleció corneado por un toro en una plaza. EN, concejal de un Ayuntamiento, publicó en su cuenta de *Facebook*, al día siguiente de la muerte, un mensaje en el que destacaba el aspecto positivo de dicha muerte, en la medida en que dejaría de matar a animales que están oprimidos e indefensos, y tratándolo de asesino. Varios medios de comunicación de ámbito nacional se hicieron eco de este mensaje. El 4 de noviembre de 2016, la viuda y los padres del torero fallecido interpusieron una demanda de protección al honor para que se declarara que el mensaje publicado por la demandada constituía una intromisión ilegítima en el honor del fallecido, se la condenara: 1) a retirar el mensaje de su página de *Facebook*; 2) a publicar la sentencia; 3) a indemnizarles. La demandada contestó afirmando ser una activista del movimiento animalista, que promueve el reconocimiento de los derechos de los animales y que su mensaje no tenía por finalidad minar la reputación del fallecido, sino realizar una crítica legítima a la actividad de la tauromaquia con ocasión del fallecimiento de un torero.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, afirmando: a) que la profesión de E, gustara o no, era lícita; b) que la publicación de un mensaje así en una red social con más de 300 seguidores suponía una importante repercusión y que las redes sociales no pueden ser un subterfugio donde todo cabe y todo vale; c) que el mensaje publicado por la demandada constituía una intromisión ilegítima en el derecho al honor del fallecido, pues lo calificaba de asesino y veía un aspecto positivo en su fallecimiento, lo que excedía de la mera crítica hacia su persona y profesión, y era indudablemente ofensiva al honor del fallecido. Según el Juez, las manifestaciones de la demandada violentan y perturban el dolor de los familiares y la memoria del difunto.

La demandada interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial. A su juicio, la manifestación de la demandada, calificando a E como asesino, resultaba absolutamente innecesaria para exponer sus ideas u opiniones sobre la tauromaquia. De ella se infiere la intencionalidad de menosprecio y constituye un claro ataque al honor de aquél.

La demandada interpuso recurso de casación, alegando la vulneración de su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal Supremo entiende que las manifestaciones enjuiciadas exceden del ámbito protegido por la libertad de expresión, tanto por su contenido gravemente vejatorio como, especialmente, por el contexto en el que se producen, justo tras la muerte traumática de la persona vejada. No se trataba de una crítica de la tauromaquia o de los toreros en general, sino que se referían concretamente a una persona que acababa de morir de un modo traumático. Y en las mismas no se mostraba una mínima compasión hacia este luctuoso suceso, sino que manifestaban un sentimiento de alegría o alivio por la muerte de quien tachaba, sin ambages, de asesino. Aunque la demandada no pretendiera hacer creer que el fallecido había cometido la acción ilícita prevista y penada en el artículo 139 CP, la carga ofensiva del término «asesino» es evidente. No es aceptable la pretensión de la recurrente de trivializar el uso de una expresión de tal calado con la excusa de que no tenía nada personal contra el torero fallecido. Esa expresión tan ofensiva se dirige precisamente contra el fallecido y no contra personas indeterminadas.

Por otro lado, explica el Alto Tribunal que los usos sociales delimitan la protección del derecho al honor, y entre los usos sociales de una sociedad civilizada se encuentra, como exigencia mínima de humanidad, el respeto al dolor de los familiares ante la muerte de un ser querido, que se ve agraviado cuando públicamente se veja al fallecido. Habida cuenta de estas circunstancias, el Tribunal Supremo termina desestimando el recurso de casación.

NOTA.—En relación con la delimitación del concepto de «honor», *vid.* las SSTC 180/1999, de 11 de octubre, 52/2002, de 25 de febrero y 51/2008, de 14 de abril. Respecto a la protección dispensada al derecho al honor, *vid.* la STC 14/2003, de 28 de enero. En cuanto a los límites a la libertad de expresión, *vid.* la STC 216/2006, de 3 de julio. (*S. L. M.*)

2. Derecho de asociación, partidos políticos y libertad de expresión.—El Tribunal Supremo afirma que un partido político puede reaccionar utilizando la potestad disciplinaria de que dispone según sus estatutos y normas internas, de conformidad con el orden constitucional, frente a un ejercicio de la libertad de expresión de un afiliado que resulte gravemente lesivo para su imagen pública o para los lazos de cohesión interna que vertebran toda organización humana y de los que depende su viabilidad como asociación y, por tanto, la consecución de sus fines asociativos. A su juicio, quienes ingresan en una asociación han de conocer que su pertenencia les impone una mínima exigencia de lealtad. Ahora bien, el tipo y la intensidad de las obligaciones que dimanen de la relación voluntariamente establecida vendrán caracterizados por la naturaleza específica de cada asociación. En el supuesto concreto de los partidos políticos, apunta el Alto Tribunal que ha de entenderse que los afiliados asumen el deber de preservar la imagen pública de la formación política a la que pertenecen y de colaboración positiva para favorecer su adecuado funcionamiento. En consecuencia, determinadas actuaciones o comportamientos que resultan claramente incompatibles con los principios y los fines de la organización pueden acarrear lógicamente una sanción disciplinaria, incluso de expulsión. Si alguno de sus integrantes se manifiesta o actúa de un modo que contradiga claramente los principios fundamentales que constituyen el ideario de ese partido político, es lógico que este pueda reaccionar ante tal conducta.

Por otro lado, el artículo 23.1 CE establece que los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. El Tribunal Supremo considera que el cese en el cargo público representativo al que se accede en virtud del sufragio no puede depender de una voluntad ajena a la de los electores, y eventualmente a la del elegido. Los partidos políticos, tal como señala el artículo 6 CE, ejercen funciones de trascendental importancia en el Estado actual, en cuanto expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Pero, sin perjuicio de lo anterior, el derecho a participar corresponde a los ciudadanos, y no a los partidos. Los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos, y la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos, sino de la expresada por los electores a través del sufragio.

Ahora bien, matiza el Alto Tribunal que el hecho de que los partidos políticos no puedan remover de su cargo a las personas elegidas en sus listas electorales para desempeñar un cargo público —como el de parlamentario autonómico— no supone que estén obligados a mantenerlas en sus filas cuando las mismas incurren en conductas previstas en los estatutos como infracciones susceptibles de ser sancionadas con la expulsión del partido político. El derecho a la participación política mediante la permanencia en un partido político en cuyo seno se desarrolla una actuación política no es un derecho incondicional e ilimitado y debe decaer en los casos en los que, apreciadas las circunstancias concurrentes, deba prevalecer la libertad de organización y funcionamiento del partido político en la adopción de sanciones disciplinarias. **(STS de 11 de abril de 2019; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—E, diputada del partido P en el parlamento autonómico de Baleares y presidenta del mismo, manifestó en varias redes

sociales su intención de votar contra los presupuestos, cualquiera que fuera la decisión del partido, si no se arreglaba la cuestión de la renovación del convenio de financiación entre el Gobierno balear y la fundación de la que dependía el laboratorio en el que trabaja un amigo suyo. Ante esta circunstancia, y el peligro de romper la disciplina de voto del partido, el 4 de diciembre la Comisión de Garantías Democráticas de las Islas Baleares del partido P dictó una resolución en la que sancionó la actuación de E con la expulsión del partido, por considerarla una infracción muy grave.

El 4 de enero de 2017, E interpuso una demanda contra el partido político P, en la que solicitó que se declarara la nulidad de la sanción de expulsión, por vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad de expresión, a la participación política y a la igualdad. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al considerar que la sanción a la demandante estuvo motivada y tenía una base razonable, pues la conducta se encuadraba en la falta prevista en el artículo 65.4.f) de los estatutos, entre cuyas sanciones estaba prevista la expulsión del partido. La demandante interpuso un recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, con los mismos argumentos que el Juez de Primera Instancia.

La actora interpuso un recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo, en base a las siguientes consideraciones. En primer lugar, entiende que la sanción impuesta a la demandante ha sido provocada por su decisión de desobedecer lo acordado por los órganos del partido respecto de los presupuestos pactados por P y PS en las Islas Baleares y votar en contra de su aprobación, para favorecer los intereses de una tercera persona. Según el Alto Tribunal, la repercusión pública que tuvo su conducta supuso un descrédito para la imagen pública de su partido, al mostrar que las decisiones de personas relevantes del mismo, como es el caso de una diputada y presidenta del partido regional, se hacían depender de que las acciones de gobierno favorecieran o no los intereses particulares de compañeros del partido, haciendo prevalecer el interés particular de los miembros del partido sobre el interés general. Es razonable que el partido político demandado considerara que la actuación de la demandante era contraria a los principios éticos y políticos del partido.

En segundo lugar, considera el Tribunal Supremo que el derecho a la participación política de la demandante no se vio vulnerado por el hecho de que los órganos competentes del partido político al que estaba afiliada ejercitaran las facultades disciplinarias ante la comisión de lo que tales órganos consideraron como una infracción muy grave, prevista en los estatutos y a la que se aparejaba la posibilidad de acordar la expulsión del partido, acuerdo que tiene una base razonable.

NOTA.—Sobre la libertad de expresión y sus límites, *vid.* la STC 56/1995, de 6 de marzo. En relación con la extensión de la potestad disciplinaria de los partidos políticos, cabe mencionar la STC 226/2016, de 2016. Respecto a la no aplicación del principio de igualdad en las decisiones sancionadoras de los partidos políticos, *vid.* las SSTS de 5 de octubre de 2009 y de 12 de septiembre de 2011. (*S. L. M.*)

3. Derecho de asociación. Ejercicio del derecho de información a los asociados. No lo infringe el hecho de no enviar a los asociados copia de las actas de los acuerdos adoptados en los órganos de la asociación.—

Que la asociación demandada no envíe, por propia iniciativa, copia del acta de las reuniones de sus órganos, y concretamente de la asamblea general, en que se recojan los acuerdos adoptados, a sus asociados, no vulnera el derecho de información de los asociados y, en concreto, de los demandantes. Los estatutos no prevén esta remisión de las actas de las reuniones y es suficiente para satisfacer el derecho de información de los asociados dar respuesta a sus solicitudes de información, en concreto mediante la entrega de copia de esas actas o el acceso a los libros en que se recogen, cuando sea solicitado por alguno de los asociados.

Derecho de los asociados a participar en las actividades de la asociación y en sus órganos de gobierno y representación. La participación indirecta, a través de representantes o compromisarios en estos órganos es conforme con el contenido esencial del derecho fundamental.—

El artículo 21.a LODA, al prever el derecho de los asociados «a participar en las actividades de la asociación y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como a asistir a la Asamblea General», añade significativamente el inciso «de acuerdo con los Estatutos». Este último inciso permite el equilibrio entre dos aspectos fundamentales del derecho fundamental de asociación, como son el derecho de los asociados a participar en la vida de la asociación y la libertad de organización de las asociaciones. El primero de esos aspectos se encuadra en la dimensión *inter privatos* (entre particulares) del derecho de asociación, como «*haz de facultades*» de los asociados, considerados individualmente, frente a las asociaciones a las que pertenezcan, mientras que el segundo se enmarca en la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas, que son dos de las dimensiones que el Tribunal Constitucional ha reconocido como integrantes del contenido esencial del derecho fundamental de asociación del artículo 22 CE (STS 218/1988, de 22 de noviembre y STC 42/2011, de 11 de abril). Así pues, el derecho de participación de los asociados no impone necesariamente un determinado modelo de organización y funcionamiento de las asociaciones, sino que la libertad de organización de las asociaciones permite que los modelos de organización y funcionamiento sean diversos y que la asociación pueda decidir en sus estatutos qué modelo prefiere, con el único límite de no impedir completamente la posibilidad de participación de los asociados. Lo que se ve confirmado por el hecho de que la LODA, en su artículo 7.e) y f), prevea la posibilidad de que existan distintas clases de asociados, con distintos derechos y obligaciones. Por tanto, la LODA permite que los estatutos de la asociación, en los que se materializa la libertad de organización que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de asociación, establezcan diversas formas de ejercicio del derecho de los asociados a asistir, intervenir y votar en la asamblea general, y posibilite la previsión estatutaria de que el ejercicio de tales derechos se realice necesariamente por medio de representantes o compromisarios. (STS de 21 de marzo de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Los actores impugnaron determinados acuerdos adoptados por la asamblea general de la asociación de la que formaban parte, solicitando además la nulidad del precepto estatutario que establecía la participación de los asociados en la asamblea ge-

neral mediante compromisarios previamente elegidos por aquéllos. La nulidad del precepto estatutario consistiría en que este prevé que los asociados no pueden formar parte personalmente de la asamblea general de la asociación, sino que han de hacerlo a través de representantes, por lo que serían estos, y no los asociados, los que ejercerían los derechos y facultades que tanto la legislación nacional como la autonómica reconocen a los asociados, con lo que el precepto estatutario impediría que los asociados pudiesen ejercitar por sí mismos los derechos de asistencia y voto en la asamblea general que le reconoce la normativa reguladora del derecho de asociación. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda, al considerar que los estatutos respetaban las exigencias de dicha normativa. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

4. Interpretación jurisprudencial de la condición legal de consumidor y de la cualidad legal de comerciante o empresario.—Con la aprobación del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, el criterio para la determinación de la condición legal de consumidor pasó de estar ligado al disfrute de los bienes o servicios como destinatario final a estar vinculado con la actuación en un ámbito ajeno a la actividad empresarial o profesional del sujeto en cuestión.

Sin embargo, con anterioridad a la aprobación de este Texto Refundido, la jurisprudencia comunitaria ya aplicaba este último criterio. Por tanto, la noción de consumidor debe ser interpretado a la luz de la jurisprudencia comunitaria, conforme los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la Unión.

La STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16 (asunto *Schrems*) resume la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de consumidor y establece las siguientes pautas:

(i) Este concepto debe interpretarse en relación con la posición de la persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras;

(ii) Solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor;

(iii) Dado que el concepto de consumidor se define por oposición al de operador económico y que es independiente de los conocimientos y de la información de los que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de consumidor;

(iv) Por lo que respecta a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan solo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en las disposiciones protectoras del consumidor únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, solo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.

Estas pautas han sido reiteradas por la STJUE de 14 de febrero de 2019, C-630/17 (asunto *Anica Milivojevic v. Raiffeisenbank St. Stefan-Jagerberg-Wolfsberg eGen*): esta protección particular tampoco se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque esta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional.

Respecto de la cualidad legal de comerciante o empresario, la circunstancia relativa a la posesión de licencia fiscal o administrativa que ampare el ejercicio empresarial es irrelevante. De igual modo, en Derecho español, la cualidad de comerciante o empresario individual no deriva de la obtención de determinadas licencias o la superación de concretos requisitos administrativos, sino que del artículo 1 del CCo se infiere que basta con el cumplimiento de dos requisitos no formales: tener capacidad y ejercer habitualmente la actividad, requisitos a los que la jurisprudencia ha añadido el de actuar en nombre propio. (STS de 11 de abril de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Camila, de profesión traductora, suscribe un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad La Bank, con el objetivo de financiar el montaje de un negocio de hostelería.

El préstamo resultó impagado, por lo que la entidad La Bank instó la ejecución judicial de las fincas hipotecadas.

Camila presenta una demanda contra la entidad La Bank en la que solicita la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria y del procedimiento de ejecución hipotecaria. El fundamento de la pretensión es la abusividad de determinadas cláusulas del contrato. La demanda fue desestimada por carecer Camila de la condición legal de consumidora.

Camila interpuso recurso de apelación. La Audiencia lo estimó en parte y declaró la nulidad de algunas cláusulas al considerar que Camila sí ostentaba la condición legal de consumidora.

La Bank interpone recurso de casación, que es estimado. (T. R. C.)

5. Interpretación de los contratos. La regla de interpretación *contra proferentem*. Presupuestos para su aplicación: solo entra en juego cuando el sentido de la cláusula no se ha podido dilucidar una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos.—En relación con la regla de interpretación *contra proferentem*, acogida en el artículo 1288 CC, como aplicación concreta del básico principio de la buena fe en la interpretación negocial, requiere no solo la redacción unilateral del contrato, sino principalmente oscuridad en la cláusula cuyo sentido se cuestiona (STS 13 diciembre 1986), pero esa regla no es rígida ni absoluta y para su aplicación han de tenerse en cuenta las circuns-

tancias especiales de cada contrato, y si de los términos del mismo cabe deducir conclusiones suficientes que disipen la posible oscuridad que presenten, resulta relegado el precepto (STS 17 octubre 1998), que, como dice la sentencia de 27 de septiembre de 1996, «no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino cuando, una vez utilizados los criterios legales hermenéuticos y, por supuesto y primordialmente, las reglas de la lógica, no es unívoco el resultado obtenido, sino que origina varios con análogo grado de credibilidad (STS de 13 de marzo de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—La cuestión a resolver se refiere a la interpretación de una cláusula contractual (cláusula de pago de la cuota final) inserta en un contrato de préstamo, con garantía hipotecaria, suscrito con una entidad financiera. Para los prestatarios, la cláusula debía interpretarse en el sentido de que, durante la vida del préstamo, los intereses remuneratorios debían calcularse en función del capital, excluida la cuota final. En consecuencia, demandan a la entidad prestamista solicitando que se recalcule el pago de las cuotas del préstamo, calculando los intereses sobre la diferencia del capital prestado y el importe de la cuota final y se condene a la devolución de las cantidades cobradas de más. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestiman la demanda por considerar que la interpretación propugnada por la actora no es correcta. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación (*C. O. M.*)

6. Determinación del momento a partir del que se deben los intereses legales del dinero en los casos de nulidad contractual.—El momento a partir del cual se deben los intereses legales del dinero en los casos de nulidad contractual es, en todo caso, el de la entrega del dinero, por ser ese el momento en el que quien paga realiza la prestación restituible.

Habitualmente, este momento coincidirá con la fecha de celebración o suscripción del contrato, aunque puede no hacerlo.

Debido a que la obligación legal de restituir que impone el artículo 1303 CC se dirige a reponer la situación anterior a la celebración del contrato nulo, las partes deben restituirse lo recibido (las cosas que hubiesen sido materia del contrato y el precio) con sus rendimientos (los frutos de las cosas, los intereses del dinero).

El incremento del precio a restituir correspondiente a la suma de los intereses legales del dinero se explica porque el paso del tiempo supone una pérdida de valor para quien pagó y por ello los intereses deben calcularse desde que se hizo el pago que se restituye. La situación no es equiparable al pago de intereses de demora que procede en caso de incumplimiento de la obligación de entrega de una cantidad de dinero, que tienen un carácter indemnizatorio, por lo que se deben desde que se reclaman (art. 1108 CC). (STS de 21 de marzo de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Juana y Javier celebraron con la entidad El Dinero contratos de adquisición de aportaciones financieras subordinadas de la entidad El Sol.

Juana interpone demanda contra El Dinero en ejercicio de acción de anulación por error en el consentimiento. La demanda es íntegramente desestimada.

Juana recurre en apelación. Su recurso es estimado, por lo que se declara la nulidad de los contratos objeto de la demanda y la obligación de restitución recíproca de las respectivas prestaciones, incrementadas en el interés legal desde la fecha de la interpelación judicial.

Juana interpone recurso de casación, que es estimado. (T. R. C.)

7. Responsabilidad civil extracontractual. Solidaridad propia e impropia y prescripción de la acción.—La sentencia de Pleno de 14 de mayo de 2003 reconoció junto a la denominada *solidaridad propia*, regulada en el Código civil (arts. 1137 ss.), otra modalidad de la solidaridad, llamada *impropia* derivada de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades, sin que a esta última especie de solidaridad le sean aplicables todas las reglas previstas para la solidaridad propia y, en especial, no cabe que se tome en consideración el artículo 1974.1 CC; precepto que únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido *propio* cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la *solidaridad impropia*, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente. A partir de esta resolución, la jurisprudencia ha aplicado el acuerdo de una manera uniforme, de la que son testimonios las SSTs de 6 de junio de 2006, 28 de mayo y 19 de octubre de 2007 y 19 de noviembre de 2010, entre otras, que expresan la doctrina jurisprudencial consolidada de acuerdo con la que *si la solidaridad no nace sino de la sentencia, que es la llamada solidaridad impropia, la interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores no alcanza a otro, ya que no era deudor solidario y solo lo fue desde la sentencia que así lo declaró, no antes.*

Solidaridad propia entre asegurado y aseguradora, al nacer del artículo 76 LCS.—La entidad aseguradora no concurrió con su conducta a la producción del daño sino que aseguraba su cobertura merced al contrato de seguro, hasta el punto de que el perjudicado, conforme al artículo 76 LCS, pudo demandar solamente a la aseguradora y no al conductor asegurado, causante y origen del daño. Por tanto, se trata de una *solidaridad propia* que viene impuesta *ex lege*, a la que se ha de aplicar las reglas previstas para ella y en especial la previsión contenida en el artículo 1974.1 CC.

La solidaridad de los agentes de la edificación y la interrupción de la acción de prescripción.—Aunque se pueda sostener que la solidaridad ya no puede calificarse en estos casos de *impropia* puesto que con la Ley de Ordenación de la Edificación no tiene su origen en la sentencia, como decía la jurisprudencia, sino en la Ley. Lo que no es cuestionable es que se trata de una responsabilidad solidaria, no de una obligación solidaria en los términos del artículo 1137 CC (*cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria*), con la repercusión consiguiente en orden a la interrupción de la prescripción que se mantiene en la forma que ya venía establecida por esta sala en la STS de 14 de marzo de 2003, con la precisión de que con la LOE esta doctrina se matiza en aquellos supuestos en los que establece una obligación solidaria inicial, como es el caso del promotor

frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división, puesto que dirigida la acción contra cualquiera de los agentes de la edificación, se interrumpe el plazo de prescripción respecto del mismo, pero no a la inversa, o de aquellos otros en los que la acción se dirige contra el director de la obra o el proyectista contratado conjuntamente, respecto del otro director o proyectista, en los que también se interrumpe, pero no respecto del resto de los agentes, salvo del promotor que responde solidariamente con todos ellos *en todo caso* (art. 17.3 LOE), aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo (SSTS 24 de mayo y 29 de noviembre de 2007, 13 de marzo de 2008, 19 de julio de 2010, 11 de abril de 2012 y 5 de marzo de 2015) (STS de 14 de marzo de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Los padres, en nombre y representación de su hijo menor de edad, demandaron a don Serafín y a su entidad aseguradora, en ejercicio de acción de reclamación de cantidad derivada de accidente de tráfico. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda al condenar solidariamente a los demandados a pagar al menor la cantidad de 46.735,30 euros, si bien rechazó que éstos pagasen de forma solidaria los gastos médicos derivados de la futura intervención quirúrgica plástica que precisaba el menor; además, no admitió la excepción de prescripción de la acción opuesta por la entidad aseguradora por tratarse de una solidaridad propia. La Audiencia apreció la excepción planteada por la entidad demandada al considerar que la acción ya estaba prescrita y que el relato de hechos contenidos en la demanda no fue probado. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación, interpuesto por la actora, que planteaba si la naturaleza de la responsabilidad que une a la aseguradora y al asegurado se califica de solidaridad impropia y por tanto estaría prescrita la acción frente a la aseguradora, o como solidaridad propia pues nace por la propia Ley del Contrato de Seguro y por la vigencia de la póliza suscrita, en cuyo caso son de aplicación los efectos interruptivos de la prescripción del artículo 1974.1 CC; también el Tribunal Supremo, en consecuencia, devolvió los autos para que el tribunal de apelación, como órgano de derecho objeto del proceso, resolviese en sentencia donde no podrá ya apreciar la caducidad de la acción ejercitada en la demanda, para evitar así que la decisión del asunto se vea privada de una instancia. (I. D.-L.)

8. Contrato de explotación de máquinas recreativas: Cláusula penal: Moderación.—Son hechos relevantes los siguientes: 1. Por la mercantil Automáticos Lorca, S.L., se formuló demanda de juicio ordinario contra D. Cipriano, en reclamación de resolución del contrato de instalación y explotación conjunta de máquinas recreativas suscrito el 28 de agosto de 2013 y se condene al demandado al pago de 7.500 € de indemnización, más intereses y costas. La parte demandada se opuso alegando nulidad del contrato por error esencial, y subsidiariamente se allana parcialmente en cuanto a que se declare el contrato resuelto y sin efectos, con devolución únicamente de la señal de 2.500 €, y que ha consignado. 2. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. En el contrato perfeccionado el 28 de agos-

to de 2013 consta pactado, como cláusula penal expresa, en su estipulación novena, el pago por parte del contratante incumplidor de una cantidad resultante de multiplicar 35 euros por el número de días que resten por cumplir hasta el vencimiento pactado contractualmente y, acumuladamente, la restitución del triple de las cantidades ya recibidas como contraprestación. La sentencia niega que resulte aplicable la facultad moderadora del artículo 1154 CC toda vez que no consta incumplimiento parcial o irregular de la parte hoy demandante, por lo que no concurre en la *litis* el presupuesto necesario para la aplicación de la facultad moderadora que únicamente cabe en supuestos de incumplimiento parcial o irregular (por todas, SSTS de 10 de mayo de 2001 y 13 de febrero de 2008) que ha de ser, a su vez, imputable (por todas, SSTS de 10 de octubre de 1994 y 31 de octubre de 2006), sin que la misma resulte de aplicación cuando se cumple el supuesto expresamente pactado (SSTS 20 de diciembre de 2006, 17 de octubre de 2007 y 1 de octubre de 2010), lo que sucede en este caso. 3. La parte actora recurrió en apelación y se estimó parcialmente el recurso en sentencia de 3 de febrero de 2016, porque no se niega por la parte el absoluto incumplimiento del contrato, pero entiende que cabe la moderación, porque la paralización de la máquina fue de 22 días, y se pretenden 7.500 €. La máquina no llegó a estar vinculada al local del demandado, y fue instalada en otro el 27 de noviembre de 2013, por lo que procede reducir la indemnización a 770 €, resultado de multiplicar 35 euros por 22 días de inactividad de la máquina, por pérdida de ganancias.

El Tribunal de apelación motiva su decisión así:»En relación al *quantum* indemnizatorio, conforme reiterada doctrina y jurisprudencia se considera que los jueces y Tribunales gozan de la facultad moderadora a la hora de cuantificar estos perjuicios, en aras a la buena fe que preside nuestro ordenamiento jurídico de manera que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro. En este caso la indemnización prevista en la cláusula novena para el supuesto de incumplimiento deberá ser interpretada de acuerdo con las exigencias de la buena fe que informa y preside nuestro ordenamiento jurídico (art. 7.1 CC), dado que la finalidad de la indemnización de daños y perjuicios consiste en mantener incólume el patrimonio del acreedor, sin que en ningún caso pueda producirse un enriquecimiento injusto, por la percepción de una indemnización notoriamente desproporcionada, como ocurre en el caso de autos, que por la paralización de la actividad de una máquina recreativa tipo B durante 22 días, se fijen 7.500 €, el triple de la cantidad entregada por el demandante al demandado, aunque esté previsto en el contrato».

La Sala del Tribunal Supremo afirma que aunque la parte recurrente, con adecuada técnica casacional, ha articulado el recurso en cuatro motivos, sin embargo ofrecerá una respuesta conjunta, como autoriza la doctrina de la misma, por la estrecha relación que guarda entre si la facultad moderadora de la cláusula penal con la buena fe y el enriquecimiento injusto, que sirve de razón de decidir a la sentencia recurrida. Los motivos son: 1.º) Infracción del artículo 1154 CC en relación con los artículos 1255 y 1091 CC. 2.º) Según la doctrina de la Sala 1.ª, la cláusula penal tiene una doble naturaleza punitiva y liquidatoria que exime a la parte favorecida de la necesidad de acreditar los daños y perjuicios sufridos. 3.º) Es doctrina de la Sala que no puede producirse un enriquecimiento injusto cuando la penalidad nace de un contrato bilateral, libremente pactado dentro de los límites del artículo 1255 CC. 4.º) No se justifica prescindir de la *lex privata* voluntariamente establecida por las partes.

La Sala hace una doble consideración: (i) La sentencia recurrida no ha declarado que la cláusula penal sea abusiva, ni la parte recurrida ha combatido su validez, por vicio del consentimiento, en el oportuno recurso de casación. (ii) Aunque la *ratio decidendi* de la sentencia de apelación, para moderar la cláusula penal, cite expresamente la buena fe y el enriquecimiento injusto, lo anuda al escaso tiempo de inactividad de la máquina recreativa, porque hace recaer el lucro cesante, no tanto en la pérdida de un concreto lugar de explotación, cuanto en la explotación en sí de la máquina y, por ende, tiempo de inactividad.

La Sala abordó un supuesto similar en la STS de 12 de julio de 2018, y en ella se hacían las siguientes reflexiones: (i) El mandato del artículo 1154 CC está condicionado a la concurrencia del supuesto en él previsto, a saber que la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, por lo que, en los demás casos, la jurisprudencia, respetando la potencialidad creadora de los contratantes, y el efecto vinculante de la *lex privata*, rechaza la moderación cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente para sancionar el incumplimiento –total o, incluso, parcial o deficiente de la prestación– que se hubiera producido. La STS del 14 de junio de 2006, recordó que es doctrina constante de esta Sala que cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora si se produce exactamente la infracción prevista. De modo que, como afirma la doctrina, la finalidad de dicho precepto no reside 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. Esta doctrina ha sido recogida también en las SSTS del Pleno de 15 y 21 de abril de 2014. Tal doctrina aparece expresamente recogida en supuestos similares sobre contratos de arrendamientos de máquinas recreativas en las SSTS de 17 de marzo y 10 de junio de 2014, negando en ambas la Sala la moderación de la cláusula penal. (ii) La cuestión se contrae a la identificación del lucro cesante conforme al contenido de la cláusula penal. A tal fin es relevante la consideración que contiene la STS de 13 de septiembre de 2016 respecto de cláusulas penales con mera función de liquidación anticipada de los daños y perjuicios, que es la contemplada en autos. En ella se afirma que «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 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 este último 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 elevadas) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. Aplicar, en su supuesto así, la pena en los términos pactado resultaría tan incongruente con la voluntad de los contratantes, como hacerlo en caso de que «la obligación principal

hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. Naturalmente la carga de probar corresponderá al deudor incumplidor».

Si tenemos en cuenta que son correctos los cálculos de la indemnización diaria que alega la actora, y es un hecho probado, así como que no consta un notorio cambio de circunstancias desde que se perfeccionó el contrato hasta que se incumplió, que justifique la desproporción de lo pactado, la tesis de la sentencia recurrida es voluntarista y guiada por un sentido pietista, pero contradice la doctrina de la Sala. Es cierto que el resultado puede ser muy oneroso para la parte recurrida, pero no podemos obviar que trae causa de un voluntario, y escaso en el tiempo, desistimiento del contrato que concertó, sin que conste vicio en el consentimiento, y frustrándose las perspectivas de ganancias de la contraparte. Se ha de destacar que el plazo pactado fue de cinco años, plazo razonable y no limitador de la libertad de actuación del obligado, sin que, por otra parte aparezca justificado el incumplimiento de la obligación. Por todo ello el motivo debe estimarse, si queremos dotar de rigor el cumplimiento de las obligaciones, libremente asumidas, sin vicio en el consentimiento.

La Sala con finalidad aclaratoria transcribe un extenso apartado de la sentencia de primera instancia: «Asimismo se acredita que, en cumplimiento de lo acordado en la cláusula 10 del contrato, en fecha 29 de octubre de 2013, las partes firmaron el modelo 110 de la solicitud de autorización de instalación de máquinas recreativas o de azar, de la Consejería ya referida, así como una declaración jurada firmada por el demandado para acompañar al mismo, a fin de que la hoy actora, en su condición de empresa operadora, gestionara y tramitara ante la Administración competente ya indicada los documentos necesarios a los efectos de alcanzar el propósito práctico del contrato (documentos núms. 6 a 10 de la demanda). Por su parte, el 30 de agosto de 2012, el hoy demandado envió sendos telegramas a la empresa operadora «Asunción Cuartera González», denunciando su voluntad de no prorrogar la autorización de la instalación de las máquinas en su local, resultando los mismos debidamente recibidos por el destinatario (documentos núms. 11 a 14 de la demanda). Y el 11 de septiembre de 2013 resultó presentado escrito en la sección administrativa competente (documento núm. 15 de la demanda), declarando el hoy demandado su intención de no prorrogar la antedicha autorización y, en consecuencia, manifestando su voluntad de finalizar la autorización con la empresa antes mencionada, acompañando al referido escrito los dos telegramas previamente enviados, según dispone la normativa sectorial aplicable. Por razón de que la autorización administrativa de instalación de máquinas ejercida por la empresa anterior no expiraba hasta el 4 de noviembre de 2013, la instalación de las máquinas contratadas por el hoy demandado no podía hacerse efectiva por la actora sino partir del día 5 de ese mismo mes y año, no obstante lo cual, y sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, cuando a partir de la indicada fecha la hoy actora procedió a formalizar la solicitud administrativamente el hoy demandado autorizó de nuevo a la empresa precedente «Asunción Cuartero González», la instalación y explotación en su local de las máquinas de dicha operadora, impidiendo que la hoy demandante pudiera materializar el contenido del contrato suscrito con el hoy demandado, incumpliendo lo convenido».

Según recoge la STS de 13 de septiembre de 2016, se hace eco de la «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», elaborada por la Sección de Derecho civil de la Comisión general de Codificación, y que publicó el Ministerio de Justicia en el año 2009, en la que se

incluye el artículo 1150 CC. No obstante, añade la citada sentencia que «mientras el legislador no tenga por conveniente modificar el vigente artículo 1154 CC en un sentido semejante, como preconiza también la generalidad de la doctrina científica, esta Sala debe mantener la jurisprudencia reseñada».

Por todo lo expuesto, esta Sala ha decidido: 1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por la mercantil Automática Lorca SL, contra la sentencia dictada el 3 de febrero de 2016 por la Audiencia Provincial de Alicante (sección 5.ª), en el rollo de apelación dimanante del juicio ordinario núm. 1533/2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Denia. 2.º Casar la sentencia y con desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, confirmar ésta cuya firmeza se declara. 3.º No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación. 4.º Se condena a la parte apelante a las costas del recurso de apelación. **(STS de 12 de marzo de 2019; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Sentencia convincente sobre el vigente artículo 1154 CC precedida de una minuciosa exposición de su base fáctica. (G. G. C.)

9. Cláusula *rebus sic stantibus*: Crisis financiera de 2008.—Respecto de la crisis financiera de 2008, como hecho determinante para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, la jurisprudencia ha declarado que *la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse imprevisible o inevitable* (STS 742/2014, de 11 de diciembre). En la misma línea, la STS 64/2015, de 24 de febrero, afirmó que el carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula *rebus sic stantibus* a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate. Por su parte, las SSTS 237/2015, de 30 de abril, y 214/2019, de 5 de abril, establecieron que, aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla *rebus* a quien se ve afectado por la crisis económica, previene no obstante contra el peligro de convertir esa posibilidad en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas. **(STS de 5 de abril de 2019; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Los herederos de una herencia demandaron a la viuda del causante para modificar o extinguir el acuerdo de conmutación del usufructo viudal por una renta vitalicia mediante la invocación de la regla *rebus sic stantibus*. Quedó acreditado que el acuerdo de conmutación fue una transacción aprobada judicialmente y puso fin al juicio de división de la herencia tramitado a instancias de la viuda y en el que se había fijado ya el inventario mediante sentencia firme y, además, se había atribuido a la viuda la administración del caudal relicto de la herencia. Estos datos son relevantes porque permiten valorar la finalidad económica del acuerdo alcanzado, que los demandantes pretenden modificar o extinguir. Además, la reducción de beneficios de la empresa de los actores por la crisis inmobiliaria no comporta que tal riesgo empresarial deba ser compartido por la viuda demandada, que no tendrá derecho a exigir un aumento de la cuantía de su renta si se produje-

ra un incremento en los beneficios empresariales de aquellos. En primera y segunda instancia se estimó la demanda por lo que se redujo la cuantía de la renta pactada en un 25% con efectos desde su interposición. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación, interpuesto por la viuda. (*I. D.-L.*)

10. Indemnización de daños y perjuicios: Asesoramiento sobre productos farmacéuticos complejos.—El 24 de enero de 2005, don Virgilio y doña Dulce adquirieron títulos de deuda subordinada de Catalunya Caixa, por importe de 150.000 €. Como consecuencia de una resolución de la Comisión Rectora del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) de 7 junio 2013, que impuso el canje obligatorio de los títulos por acciones y su posterior venta al Fondo de Garantía de Depósitos (FGD), se reintegró a los inversores la suma de 116.368,50 €. Asimismo, durante la vigencia de la inversión, los Sres. Virgilio y Dulce obtuvieron rendimientos por importe de 45.852,25 €.

Los Sres. Virgilio y Dulce interpusieron una demanda contra Catalunya Banc SA (actualmente BBVA, S.A.) en la que ejercitaron una acción de responsabilidad por incumplimiento contractual y solicitaron que se condenara a la entidad demandada a indemnizarles en la diferencia entre el capital invertido y la cantidad recibida tras la venta de las acciones obtenidas en el canje (que asciende a 33.631,50 €), más sus intereses legales.

Tras la oposición de la demandada, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al considerar que si se sumaba la cantidad obtenida en la venta de acciones y la percibida como rendimientos, los demandantes no habían obtenido perjuicio económico alguno. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estimó, revocó la sentencia de primera instancia y estimó la demanda.

El único motivo de infracción procesal se formula al amparo del artículo 469.1.4.º LEC y denuncia el error patente y arbitrariedad en la valoración de la prueba. Pero esta Sala entiende que el recurso de infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Para ser estimado el error debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, según reiterada jurisprudencia, siendo necesario que concurren, entre otros requisitos: 1.º) que se trate de un error fáctico, 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.

En el presente caso no concurren tales circunstancias. En primer lugar la Audiencia Provincial no niega que los demandantes recibieran rendimientos por su inversión, sino que consideran que no son computables a efectos de calcular la pérdida patrimonial. Y, sobre todo, lo relevante es que se trata de una consideración jurídica y no fáctica, que, en su caso, habrá de ser objeto del recurso de casación y no del extraordinario por infracción procesal. Por todo ello este último deberá ser desestimado.

El recurso de casación interpuesto por Catalunya Banc, por el cauce del artículo 477.2.3.º LEC, denuncia la infracción del artículo 1101 CC, argumentando, resumidamente, que los rendimientos percibidos por razón de la inversión deben tenerse en cuenta para determinar el efectivo daño por incumplimiento contractual, tal y como ha declarado la STS 754/2014, de 30 diciembre.

La cuestión jurídica del alcance de la indemnización por responsabilidad contractual por defectuoso asesoramiento en la comercialización de productos financieros complejos ha sido tratada recientemente por esta Sala en las SSTs de 16 de noviembre de 2017 y 14 de febrero de 2018. En la primera de tales resoluciones, en relación con los artículos 1101 y 1106 CC, declaramos: «Esta Sala, en la STS de 5 de mayo de 2008, ya declaró que la aplicación de la regla *compensatio lucri cum damno* significaba que en la liquidación de los daños indemnizables debía computarse la eventual obtención de ventajas experimentadas por parte del acreedor, junto con los daños sufridos, todo ello a partir de los mismos hechos que ocasionaron la infracción obligacional». Por su parte, la STS 30 de diciembre de 2014, en aplicación de esta misma regla o criterio, y con relación al incumplimiento contractual como título de imputación de la responsabilidad de la entidad bancaria, por los daños sufridos por los clientes en una adquisición de participaciones preferentes, declaró que «el daño causado viene determinado por el valor de la inversión realizada menos el valor a que ha quedado reducido el producto y los intereses que fueron cobrados por los demandantes».

Como hemos argumentado en la STS de 14 de febrero de 2018, en el ámbito contractual, si una misma relación obligacional genera al mismo tiempo un daño –en el caso, por incumplimiento de la otra parte– pero también una ventaja –la percepción de unos rendimientos económicos–, deben compensarse uno y otra. Ahora bien, para que se produzca la aminoración solamente han de ser evaluables, a efectos de rebajar el montante indemnizatorio, aquellas ventajas que el deudor haya tenido precisamente mediante el hecho generador de la responsabilidad.

Aunque esta regla no está expresamente prevista en la regulación legal de la responsabilidad contractual, su procedencia resulta de la misma norma que impone al contratante incumplidor el resarcimiento del daño que efectivamente haya tenido lugar. Al decir el artículo 1106 CC que «la indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor», se desprende que la determinación del daño resarcible debe hacerse sobre la base del perjuicio realmente experimentado por el acreedor, para lo cual deberán computarse todos aquellos lucros o provechos, dimanantes del incumplimiento, que signifiquen una minoración del quebranto patrimonial sufrido por el acreedor.

Es decir, cuando se incumple una obligación no se trata tanto de que el daño bruto ascienda a una determinada cantidad de la que haya de descontarse la ventaja obtenida por el acreedor para obtener el daño neto, como de que no hay más daño que el efectivamente ocasionado, que es el resultante de la producción recíproca de daño o lucro.

Como dijimos en la STS de 14 de febrero de 2018: «La obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados constituye la concreción económica de las consecuencias negativas que la infracción obligacional ha producido al acreedor, es decir, resarce económicamente el menoscabo patrimonial producido al perjudicado. Desde ese punto de vista, no puede obviarse que a la demandante no le resultó indiferente económicamente el desenvolvimiento del contrato, puesto que como consecuencia de su ejecución recibió unos complementos pecuniarios. Por lo que su menoscabo patrimonial como consecuencia del incumplimiento contractual de la contraparte se concreta en la pérdida de la inversión, pero compensada con la ganancia obtenida, que tuvo la misma causa negocial. En fin, la cuestión no es si la demandante se enri-

quece o no injustificadamente por no descontársele los rendimientos percibidos por la inversión, sino cómo se concreta su perjuicio económico causado por el incumplimiento de la otra parte».

En tanto que la sentencia de la Audiencia Provincial no se adapta a lo expuesto, debe estimarse el recurso de casación. No se aprecia que la solución adoptada deba ser diferente porque la entidad financiera no solo fuera comercializadora, sino también emisora, de las obligaciones subordinadas. En primer lugar, porque la responsabilidad contractual que da lugar a la indemnización, por asesoramiento inadecuado o defectuoso, se ha contraído en la venta de los títulos y no en su emisión. Y, en segundo término, porque el daño económico sufrido por los adquirentes, que es lo que debe ser resarcido, se contrae a la pérdida neta sufrida en su emisión.

Al asumir la instancia, por los mismos fundamentos ya expuestos, debemos desestimar el recurso de apelación de los demandantes y confirmar la sentencia de primera instancia, puesto que la suma de los rendimientos percibidos y el importe obtenido con la venta de las acciones recibidas en el canje es superior a la inversión realizada. Lo que implica que no proceda indemnización alguna, puesto que el daño económico sufrido por los adquirentes, que es lo que debe ser resarcido, se contrae a la pérdida neta sufrida en su inversión, que aquí no se produjo.

Costas y depósitos.—La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal implica la imposición de las costas causadas por el mismo a la parte recurrente, según ordena el artículo 398.1 LEC.

La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.2 LEC.

Asimismo, la desestimación del recurso de apelación supone que deben imponerse a los demandantes las costas generadas por el mismo (art. 398.1 LEC).

Procede la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida de los constituidos para el recurso de apelación de los demandantes y el recurso extraordinario por infracción procesal de la demandada. De conformidad con la DA 15.^a, apartados 8 y 9, LOPJ. (STS de 11 de abril de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.] (G. G. C.)

11. Tercería de mejor derecho. Doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1923, 4.º CC. La anotación preventiva de embargo solo cobra preferencia sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación.—Conforme al sistema de concurrencia, preferencia y prelación de créditos, previsto por nuestro Código Civil y, en particular, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44 LH y 1923.4.º CC, la preferencia singular de cobro del crédito que contempla este último precepto radica en el rango que otorga la anotación preventiva de embargo. Preferencia singular de cobro que no es absoluta o plena, pues solo surte efectos frente a «créditos posteriores». La jurisprudencia de esta sala, contenida, entre otras, en las sentencias 397/1999, de 12 de mayo y 660/1994, de 30 de junio, ha precisado que dicha anotación preventiva no da al acreedor que la obtiene preferencia de cobro respecto de los créditos anteriores y solo opera respecto de los créditos contraídos con posterioridad a la citada anotación preventiva de embargo.

Diferencias entre concurrencia de créditos y concurrencia de anotaciones o de embargos.—Conviene destacar, conforme establece la sentencia de 30 de junio de 1994 y lo resuelto por la DGRN, entre otras, en la resolu-

ción de 2 de diciembre de 2004, la diferenciación entre el supuesto de concurrencia de créditos y el de concurrencia de anotaciones o de embargos. En el primero, supuesto del presente caso, la concurrencia de créditos se produce necesariamente cuando se plantea una tercería de mejor derecho, que debe ser resuelta en el marco normativo que dispensa nuestro Código Civil sobre preferencia y prelación de créditos, a partir de lo dispuesto en el artículo 1923.4.º CC. En el segundo, la mera concurrencia de anotaciones o de embargos, fuera del anterior marco de preferencia y prelación de créditos, se resuelve por la aplicación del principio de prioridad registral, de acuerdo con la regla 2.ª del artículo 1927 CC (**STS de 21 de marzo de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Se trata de una tercería de dominio en la que se discute si el crédito reconocido en sentencia judicial en el que funda su derecho el tercerista, parte actora, goza o no de preferencia frente a la anotación de embargo de la litigante pasiva, que, se acordó, como medida cautelar, en un procedimiento concursal para asegurar la posible responsabilidad patrimonial del concursado. Ambas partes habían trabado embargo sobre dos fincas del deudor, aunque las del tercerista eran posteriores a las del demandado. El crédito del tercerista había sido reconocido por sentencia de 1 de octubre de 2013, que devino firme el 26 de febrero de 2014, mientras que la anotación de embargo preventivo, realizado a favor de la administración concursal, era de 4 de marzo de 2014. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda de tercería. La Audiencia Provincial estima el recurso y da preferencia al crédito del tercerista. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*C. O. M.*)

12. Alcance de la prohibición de compensación de los créditos y deudas del concursado en la liquidación de una relación contractual.—La prohibición de compensación de los de los créditos y deudas del concursado no opera en supuestos de liquidación de una relación contractual de la cual han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso por una de las partes. En tal caso, no se trata de una compensación, sino más bien de la liquidación de un contrato ya resuelto. Tratándose de una relación obligatoria compleja, con varios contratos implicados, la liquidación opera en el seno de cada contrato.

Regla *in iliquidis non fit mora* y canon de razonabilidad.—La regla «*in iliquidis non fit mora*» atiende al canon de razonabilidad en relación con la condena al pago de intereses y la concreción del *dies a quo* del devengo (arts. 1100 y 1108 CC). Ello obliga a tener en cuenta, como pautas de razonabilidad, la conducta de la demandada en orden a la liquidación, y demás circunstancias. En el caso de créditos cuya cuantía final ha ido modificándose judicialmente en las diferentes instancias, se corresponde con el canon de razonabilidad que la cantidad objeto de condena no devengue intereses desde la demanda, sino desde la fecha de la sentencia firme. (**STS de 21 de marzo de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La sociedad A celebró con la sociedad B dos contratos de obra con suministro de materiales en los que A era la con-

tratista y B la comitente de la obra. Cada uno de los contratos se encaminaba a la construcción de un hotel y se celebraron en junio de 2006. En noviembre de 2009, A presentó una demanda contra B en la que reclamaba un crédito de unos 13,5 millones de euros proveniente de la ejecución de las obras del primer hotel; y otro crédito de unos 3 millones de euros proveniente de las obras del segundo hotel. B se opuso a la demanda y reconvino. En su reconvención adujo la existencia de penalizaciones por retraso e indemnizaciones por vicios constructivos, de tal modo que entendía que no debía nada y que se le adeudaban unos 4 millones de euros, en relación con el primer crédito, y 1,4 millones de euros en relación con el segundo. En consecuencia, B reclamaba en su reconvención la compensación de un crédito con el otro y que A fuese condenada a pagarle en total unos 2,6 millones de euros.

Mientras el pleito estaba pendiente de resolución, A entró en concurso de acreedores, el 8 de febrero de 2011.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y la reconvención y terminó condenando a B a pagar unos 9,5 millones de euros.

La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación de B, desestimando la impugnación de A. Así, reajustó las partidas de los créditos y los saldos de cada empresa, reduciendo cada uno de los dos créditos que B adeudaba a A.

Frente a la sentencia de apelación, B formulo recurso de casación y extraordinario pro infracción procesal. (A. I. R. A.)

13. Concurso de acreedores. Resolución contractual: indemnización daños y perjuicios.—Tanto en el párrafo segundo del artículo 61.2 Ley Concursal (LC), en caso de resolución del contrato en interés del concurso, como el artículo 62.4 LC, en caso de resolución del contrato por incumplimiento de la concursada, la ley reconoce a la parte *in bonis*, un derecho a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la resolución, y que este derecho se satisfaga con cargo a la masa.

Indemnización daños y perjuicios: cuantificación y cláusula penal.—Cuando las partes en el contrato han pactado una cláusula penal, ésta debe operar en lo que tiene de resarcitoria de los daños y perjuicios. Esto es, los daños y perjuicios se cuantificarán en la suma que hubieran convenido las partes en la cláusula penal, sin que tenga sentido juzgar hasta que punto la pena convenida excede de la cuantificación real de los daños y perjuicios, pues para eso se ha pactado la cláusula penal.

Indemnización daños y perjuicios: perjuicio a los acreedores y cláusula penal.—Cuando la pena exceda con mucho de la finalidad resarcitoria y responda claramente también a una finalidad sancionadora, en lo que tiene de pena no debería operar en caso de concurso de acreedores, pues entonces no se penaliza al deudor sino al resto de sus acreedores concursales. (STS de 8 de marzo de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Don F. mediante escritura pública vendió a la mercantil C., S.A. una finca en proceso de *urbanización y venta de viviendas*, en el contrato se incluyó una cláusula de resolución con

cláusula penal de daños y perjuicios. El vendedor, ante la falta de pago, interpuso demanda incidental en ejercicio de una acción de resolución contractual contra la administración concursal y la concursada C., S.A. en la que solicitaba la resolución de la compraventa y la restitución y entrega de la finca objeto de la venta, así como a la pérdida de la parte del precio abonado a cuenta hasta la fecha. La demandada C., S.A. y la administración concursal se allanaron a la resolución del contrato de compraventa, pero se opusieron a que la parte vendedora, por la cláusula penal, retuviera la totalidad del precio entregado a cuenta, solicitando que la cláusula penal fuera objeto de reducción de su cuantía en proporción al grado de cumplimiento. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander estimó parcialmente la demanda declarando la resolución contractual, con la correspondiente restitución recíproca de las prestaciones realizadas, pero sin conceder la indemnización de daños solicitada por el vendedor con base a la señalada cláusula penal. Recurrida en apelación por la representación procesal de don F., la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria desestimó el recurso por entender que, declarado el concurso, las cláusulas penales no resultan aplicables de manera automática atendiendo al interés de una pluralidad de partes presente en el concurso. Este interés exige que conste y se acredite la efectiva causación de daños y perjuicios que cuantificados han de dar lugar al reconocimiento del correspondiente derecho, no necesariamente coincidente con la cláusula penal. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

14. Concurso de acreedores. Crédito con privilegio especial: alcance.—El privilegio especial en un crédito con garantía real abarca no solo al principal, sino también a los intereses remuneratorios o moratorios, ya se hubieran devengado antes o después de la declaración de concurso, siempre que estén cubiertos por el valor de realización de la garantía, toda vez que los artículos 59 y 92.3.º Ley Concursal (LC) permiten el devengo, sin postergación, de los intereses generados por los créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía; lo que supone la afección de la garantía al pago de tales intereses con el límite indicado. El artículo 90 LC no establece expresamente que esos intereses tengan el carácter de crédito con privilegio especial, pero porque es innecesario, una vez que el privilegio abarca la totalidad del crédito garantizado, conforme a lo expresado en el título.

Crédito con privilegio especial: intereses no cubiertos.—Los intereses devengados por el crédito hipotecario serán privilegiados con privilegio especial. Si el valor de realización no cubre los intereses, debe entenderse que los devengados con anterioridad a la declaración de concurso son subordinados (art. 92.3.º LC), mientras que los posteriores no pueden ser reclamados, por exceder de la garantía.

Crédito con privilegio especial: intereses remuneratorios.—En el caso de los intereses remuneratorios, son, no solo los devengados antes de la declaración de concurso, sino también los devengados después, en aplicación del artículo 59 LC.

Crédito con privilegio especial: intereses moratorios.—En el caso de los intereses moratorios, tan solo serán los anteriores a la declaración de con-

curso, pues la previsión del artículo 59 LC debe entenderse referida solo a los remuneratorios, pues el artículo 59.1 LC, cuando prevé que, por regla general, desde la declaración de concurso se suspende el devengo de los intereses, se refiere solo a los remuneratorios, pero no los que se devengan por la mora del deudor. En principio, declarado el concurso, los créditos concursales que forman parte de la masa pasiva, conforme al artículo 49 LC, quedan afectados a la solución concursal por la que se opte, el convenio y la liquidación, sin que sean exigibles antes de que se alcancen tales soluciones. Por esta razón, como existe una imposibilidad legal de pago, no tiene sentido que durante el concurso operen instituciones como los intereses y recargos de demora, que incentivan el pago puntual de las obligaciones.

Crédito con privilegio especial: salvedad.—El artículo 155.2 LC contiene una salvedad que legitima a la administración concursal a pagar las amortizaciones e intereses vencidos con cargo a la masa. Es una facultad que tiene la administración concursal, en el caso en que le interese mantener la vigencia del préstamo. Y también en ese caso, los únicos intereses de demora que debería pagar serían los que se hubieran devengado por las cuotas vencidas e impagadas antes del concurso y hasta su declaración, pero no los posteriores. Esta interpretación se acomoda a la ratio del actual artículo 155.5 LC. La deuda originaria es la cubierta por la garantía, teniendo en cuenta que no incluye los intereses moratorios posteriores a la declaración de concurso, porque no se habrían devengado.

Crédito con privilegio especial: deber de comunicar el crédito.—El privilegio especial que le confiere al acreedor la garantía real, no le dispensa, en caso de concurso de acreedores de su deudor, del deber de comunicar su crédito, conforme a lo previsto en el artículo 85.3 LC.

Crédito con privilegio especial: alcance del deber de comunicar su crédito.—Si cuando se realizó la comunicación de créditos todavía no se había alcanzado el límite garantizado, debería haberse comunicado la cantidad devengada hasta esa fecha como crédito con privilegio especial y la parte todavía no devengada como crédito contingente sin cuantía propia (hasta que se cumpliera la contingencia) y con la calificación de privilegio especial. (STS de 11 de abril de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La representación procesal de la entidad C. R. U., S. C. C. interpuso demanda de incidente concursal contra la administración concursal de P. O. M. R., S.L. solicitando se ponga a disposición de la actora las cantidades resultantes de la venta en pública subasta de determinadas fincas de la concursada hipotecadas a favor de la actora. La administración concursal se opuso a la referida pretensión. La sentencia del Juzgado Mercantil núm. 2 de Palma de Mallorca estimó la demanda considerando que, en aplicación del artículo 155.1 LC, los créditos con privilegio especial debían ser satisfechos con cargo a los bienes afectos, ya fueran objeto de ejecución tanto separada como colectiva, sin que fuera óbice para ello que hubiera sido el propio acreedor hipotecario el que se hubiera adjudicado los bienes hipotecados; en cuanto al importe del crédito que tendría derecho a ser satisfecho con cargo a lo obtenido de la realización de los bienes hipotecados, este no podía ser el que aparece reconocido en la lista de acreedores, porque el artículo 59 LC permitía que continuara el devengo de los intereses cubiertos

por la garantía. Recurrida en apelación por la administración concursal, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca desestimó el recurso y confirmó íntegramente la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

15. Contratos. Compraventa de empresas. Indemnización por incumplimiento contractual derivado del incumplimiento del deber de información.—La adquisición de las acciones representativas de la casi totalidad del capital social responde a una operación empresarial de adquisición de las referidas empresas, y no a una mera operación financiera de adquisición de sus participaciones sociales; por lo que el conocimiento de la situación financiera de dichas empresas para generar beneficios resultaba esencial a la hora de adoptar dicha decisión de compra. De manera que la ocultación de la verdadera situación económica de las empresas objeto de la venta, así como el maquillaje contable de las mismas supone un incumplimiento de mala fe de la obligación de proporcionar a la compradora la información necesaria para conocer la situación real de dichas empresas. Esto determina que entre en juego la cláusula segunda del contrato, según la cual «los vendedores responderían del daño patrimonial que se causare a la compradora «por cualquier variación de valores de activos y pasivos, o por la aparición de cualquier contingencia que traigan su origen en hechos de fecha anterior a la de esta escritura y que no se hayan reflejado en la información escrita facilitada a la adquirente».

Indemnización superior al precio pagado por la venta. No constituye enriquecimiento injusto.—El precio pagado por la adquisición no constituye un límite al *quantum* indemnizatorio, ya que el precio pactado no lo fue solo en atención al valor neto de las compañías, reflejado en el valor de las acciones, sino sobre todo en consideración a la capacidad de dichas compañías para generar beneficios. Consecuentemente, conforme a lo pactado por las partes en la cláusula tercera del contrato, el daño indemnizable derivado del incumplimiento del deber de información de las vendedoras no quedó limitado al precio de venta, sino al daño patrimonial que se ocasionara a la compradora por cualquier variación de activos o pasivos, o por la aparición de contingencias que trajesen causa de hechos anteriores a la suscripción del contrato, sin reflejo en la información facilitada a la adquirente. Precisamente, el incumplimiento de estas obligaciones de información constituye el presupuesto que justifica la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, por lo que no resulta procedente la aplicación en el presente caso de la doctrina del enriquecimiento injustificado. (STS de 27 de marzo de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La actora suscribió con las demandadas un contrato de compraventa por el cual la primera adquiría la casi totalidad del capital social de la empresa objeto de la venta, con el fin de adquirir así la entera propiedad de esta, siendo determinante la capacidad de producir beneficios de la empresa adquirida, para lo cual era fundamental la información suministrada por las propietarias vendedoras. Resultó que se ocultó información determinante y esencial para conocer la situación real de la empresa objeto de la venta, lo que trajo consigo que la adquirente, una vez concluida la operación y al

mando de la empresa comprada, conociese la verdadera situación económica de aquélla, sufriendo un quebranto económico cuya indemnización solicitaron a las vendedoras. Estas opusieron, entre otras cosas, que la indemnización no podría ser superior al precio de venta pues, en tal caso, se produciría un enriquecimiento injusto en beneficio de la compradora. Tanto el Juzgado como la Audiencia estimaron parcialmente la demanda y condenaron a las vendedoras a indemnizar a la compradora de acuerdo con las estipulaciones del contrato. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación por infracción procesal derivada de la condena a los intereses procesales, que fueron corregidos, pero manteniendo en todo lo esencial el pronunciamiento de instancia. (*L. A. G. D.*)

16. Garantía de las cantidades entregadas por los compradores a cuenta del precio durante la construcción de viviendas: subsistencia de la responsabilidad de la entidad avalista pese a la sustitución del objeto de la compraventa. Concurso de acreedores: efectos novatorios del convenio concursal no extensibles a los avalistas del concursado.—La responsabilidad de la entidad avalista por las cantidades entregadas anticipadamente a quienes promuevan la construcción de viviendas subsiste aunque vendedor y comprador acuerden la sustitución de la vivienda inicialmente adquirida por otra de la misma promoción. Lo anterior obedece a que la obligación garantizada por el avalista no es la entrega de una determinada vivienda, sino la restitución de las cantidades anticipadas por los adquirentes al promotor cuando la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido. Así, resulta irrelevante a efectos de exigir el cumplimiento de la garantía en un proceso declarativo, no ejecutivo, que la entidad avalista no haya emitido nueva certificación del aval cuando se produjo la sustitución de la vivienda. Los adquirentes de viviendas en construcción no tienen la obligación de ingresar las cantidades anticipadas en la cuenta bancaria especial prevista en la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. La obligación de la entidad avalista subsiste aunque el contrato de compraventa se resuelva de mutuo acuerdo por causa del incumplimiento de la entidad promotora. La eficacia novatoria del convenio concursal sobre quita y espera de deudas no se extiende a la responsabilidad de la avalista del concursado (art. 135.2 LC y SSTs de 23 de marzo y 23 de julio de 2015 y 4 de julio de 2018). (**STS de 14 de marzo de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Suscrito un contrato de compraventa de vivienda en construcción, adquirentes y promotor sustituyen la vivienda inicial por otra de la misma promoción, y a tal efecto resuelven aquel contrato y celebran nueva compraventa imputando a ésta las cantidades entregadas en virtud del primer contrato. Sin embargo, tras el definitivo contrato la entidad avalista no entregó a los compradores un nuevo certificado individual de aval. La promotora no culminó la construcción y fue declarada en concurso de acreedores en cuyo procedimiento se acordó con los compradores la resolución del contrato con una quita del veinte por ciento de la deuda y una espera de cinco años. Los adquirentes interpusieron demanda frente a la entidad avalista solicitando su condena al pago de las cantidades

anticipadas a la promotora más intereses y, con carácter subsidiario, a la entrega de nuevo aval individual. La entidad avalista opuso la extinción del aval por haberse resuelto la primera compraventa sin haber tenido conocimiento de la celebración de la segunda. Asimismo, esgrimió la falta de ingreso de las cantidades en una cuenta especial, y la extinción de su responsabilidad como fiador al haberse suscrito el convenio concursal sin su consentimiento. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron las pretensiones de los compradores por haberse declarado extinguido el aval en un anterior procedimiento ejecutivo habido entre las partes. Los compradores interponen recurso de casación por infracción de los artículos 1, 3 y 7 de la Ley 57/1968, sobre percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, en relación con el artículo 1853 CC, e infracción del artículo 86 del TRLGDCU. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—La Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, fue derogada por la DD 3.^a de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, añadida por la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Esta norma modificó la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación que actualmente regula la materia. Particularmente la letra b) de su apartado Uno-1, establece claramente que el promotor (no los adquirentes) es el sujeto obligado a percibir las cantidades en una cuenta especial, por lo que no procede reprochar a los compradores haber realizado los ingresos en una cuenta ordinaria de la promotora. Es más, la garantía se ha declarado extensible a cantidades no ingresadas en cuenta bancaria alguna de la promotora, pero que figuren como percibidas por ésta en el contrato de compraventa, dado que la entidad avalista puede conocerlas requiriendo de la vendedora copia del contrato (cfr. SSTS de 29 de junio de 2016 y 4 de julio de 2017). (F. S. N.)

17. Contratos financieros complejos. Incumplimiento deber de información: consideración general.—La jurisprudencia ha declarado que la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que llevaba a analizar si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes de información impuestos por el artículo 79 bis Ley del Mercado de Valores (LMV), al amparo del artículo 6.3 CC. La norma legal que introdujo los deberes legales de información del artículo 79 bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención.

Incumplimiento del deber de información: sanción administrativa específica.—La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de los deberes de información del artículo 79 bis, al calificar esta conducta de «infracción muy gra-

ve» (art. 99.2 bis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (arts. 97 ss. LMV).

Incumplimiento del deber de información: efectos sobre la validez del contrato.—La jurisprudencia no negaba que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, pero la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato. (**STS de 14 de marzo de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La representación procesal de don M., doña B., la entidad B. Cooperativa, S.L., don N., don N. y doña A. interpuso demanda contra las mercantiles P. B. P., S.A. y B. P. E., S.A. solicitando se declarase la nulidad de los contratos financieros suscritos por las partes, con restitución de las cantidades satisfechas por los demandantes, previa compensación con las abonadas por la demandada en concepto de cupones y liquidación final del contrato con puesta a disposición de la entidad financiera de las acciones recibidas y sus dividendos; igualmente solicitan la nulidad del préstamo suscrito y sus garantías pignoraticias, con la devolución de los intereses, comisiones y gastos satisfechos. Todo ello bien por haber infringido normas imperativas del mercado de valores (art. 6.3 CC), o bien por haberse producido un error vicio en el consentimiento prestado (arts. 1265 y 1266 CC). Subsidiariamente solicitaron que se declarase el incumplimiento contractual del demandado con la consiguiente indemnización de los daños y perjuicios derivados, respecto de las siguientes obligaciones: i) obligación de abstención de ofrecer productos no adecuados al cliente; ii) obligación de diligencia, lealtad e información en la venta asesorada de productos financieros, en particular de las obligaciones de seguimiento de la posición del cliente; iii) obligación de diversificación de la inversión recomendada. Por último, también solicitaron la restitución de cierta cantidad en concepto de comisiones ilícitas no informadas y cobradas a los clientes. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Madrid estimó la demanda y declaró la nulidad de los contratos suscritos con relación a los productos financieros complejos, así como la nulidad de las pólizas de préstamo suscritas, incluida la garantía pignoraticia, con la consiguiente devolución recíproca de las prestaciones realizadas por ambas partes, la devolución de las comisiones cobradas y el abono de los gastos satisfechos por los clientes en la finalización de los préstamos. En síntesis, consideró que la información suministrada por la entidad bancaria, contratos de mandato de compra y suscripción de los bonos, si bien era suficiente para permitir la válida formación del contrato, no cumplía con los estándares exigidos por la normativa del mercado de valores aplicable al caso, lo que determinaba la nulidad de los contratos por infracción de normas imperativas (art. 6.3 CC). La sentencia de instancia desestimó la acción de nulidad contractual por error vicio en el consentimiento prestado y declaró la nulidad de pleno derecho de los contratos suscritos con base en la infracción de normas imperativas (art. 6.3 CC). Recurrida en apelación

por la representación procesal de la parte demandada, la sección 25.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, estimó el recurso y desestimó la demanda al entender que la vulneración de los deberes de información no conlleva la nulidad de los contratos de adquisición de los productos financieros. La citada sentencia fue objeto de complemento. en el sentido de desestimar íntegramente las peticiones subsidiarias planteadas en el escrito de demanda, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

18. Swap. Consumación del contrato y plazo de ejercicio de la acción de anulación por error vicio.—La Sala Primera reitera su doctrina relativa a que, en los contratos de *swap* o de cobertura de hipoteca, no hay consumación hasta que no se produce la extinción de la relación contractual, por ser entonces cuando tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones de ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias económicas del contrato. Ello en atención a que este tipo de contratos no tiene prestaciones fijas, sino liquidaciones variables a favor de uno y otro contratante, en cada momento y según sea la evolución de los tipos de interés (STS, Pleno, núm. 89/2018, de 19 de febrero). Insiste en que, en el contrato de *swap*, el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación; a diferencia de otros contratos de tracto sucesivo, como el arrendamiento, donde la consumación se produciría cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico (STS núm. 339/2016, de 24 de mayo). (**STS de 14 de marzo de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—D. Luis suscribió, el 27 de mayo de 2008, dos *swaps* de cobertura sobre dos hipotecas con el banco NGC. La fecha de vencimiento era el 1 de junio de 2013. Las liquidaciones derivadas de los *swaps* comenzaron a ser negativas desde el mes de julio de 2009. El 24 de julio de 2014 presentó demanda frente al banco por error vicio en el consentimiento.

La sentencia de primera instancia declaró la nulidad de los *swaps* y condenó a la demandada a abonar a don Luis la suma de 13.437 euros, en concepto de principal, de los cuales 11.993 correspondían a liquidaciones abonadas y 1444 a intereses.

La Audiencia Provincial dictó sentencia por la que estimó el recurso de apelación de la entidad, al apreciar caducidad en la acción de anulabilidad ejercitada, sin entrar a conocer el fondo del asunto. Estimó la Audiencia que al momento de interponer la demanda —el 24 de julio de 2014— habían transcurrido cuatro años desde julio de 2009, cuando las liquidaciones empezaron a ser negativas. Frente a este pronunciamiento, don Luis interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal.

NOTA.—La sentencia profundiza en el error de asociar la consumación del contrato de *swap* con el final de la relación obligatoria, bajo el pretexto de la complejidad de este tipo de instrumentos. Se dice que solo en el agotamiento de la relación contractual es donde tiene lugar la consumación, por ser ahí cuando se produce el cumplimiento de las prestaciones por ambas partes. Se incurre en un error habitual, producto de no identificar cuál sea la prestación

en un contrato de este tipo. En un *swap*, como instrumento de cobertura, la prestación consiste en la promesa de intercambio de una serie de cantidades en fechas futuras. Por eso, la consumación es necesariamente al inicio.

Si en el arrendamiento la consumación se produce al momento de entregar la cosa arrendada y en el préstamo en el momento de entrega del capital (no es sino un arrendamiento de capital), firmar que en el *swap* la consumación del contrato se produce al término de la relación obligatoria es, cuanto menos, jurisprudencia de conceptos. Otra cosa es que nos guste más o menos que el artículo 1301 CC se refiera a la *consumación* y no al momento en que se conoció o se pudo conocer la realidad, como es habitual en los ordenamientos de nuestro Derecho comparado, y que ello produzca disfuncionalidades (al respecto, véase, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «El *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad por vicio de error en los contratos de préstamo e inversión», *In-Dret*, 4, 2018, pp. 6 ss.); o que el consentimiento del cliente en el *swap* esté viciado por error, con las consecuencias que ello conlleva (art. 1303 CC). Pero son problemas distintos. Lo que no se puede hacer es forzar el instituto de la caducidad de tal modo –sobre todo, como se hace en la STS de 19 de febrero de 2018– e interpretar el *dies a quo* de modo *contra legem*, para los casos de *swap*. Este proceder obliga –como ha obligado después– a tener que matizar mucho en supuestos de contratos de tracto único, como es la compraventa [STS 17.12.2019, caso «cuadro Nonell»; la sentencia se comenta por CAÑIZARES LASO, A., «Un cuadro firmado por Isidro Nonell», *Almacén de Derecho*, 5 de febrero 2020, disponible en <https://almacenederecho.org/un-cuadro-firmado-por-isidro-nonell/> (última consulta, 10 de marzo de 2020)] y a generar una jurisprudencia de dos velocidades sobre la consumación. (A. I. R. A.)

19. Contrato de préstamo hipotecario en divisas. Falta de transparencia y carácter abusivo de las cláusulas relativas a la incidencia de las divisas en el préstamo.—La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar (SSTJUE de 21 de marzo de 2013 y 30 de abril de 2014), precisando también cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas (SSTJUE 20 de septiembre de 2017 y 20 de septiembre de 2018). De acuerdo con esta jurisprudencia, en nuestras SSTS 323/2015, de 30 de junio, 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, hemos explicado por qué los riesgos de este tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros y, en consecuencia, qué información es exigible a las entidades que ofertan este producto. Según las SSTJUE de 30 de abril de 2014, 20 de septiembre de 2017 y 20 de septiembre de 2018, no solo es necesario que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento

real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas. La jurisprudencia de esta sala (línea jurisprudencial que se inicia a partir de la STS 834/2009, de 22 de diciembre, y se perfila con mayor claridad a partir de la STS 241/2013, de 9 de mayo, hasta las más recientes SSTS 171/2017, de 9 de marzo y 367/2017, de 8 de junio), con base en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y los preceptos de Derecho interno que lo desarrollan, ha exigido que las condiciones generales, de los contratos concertados con los consumidores, que se refieren a elementos esenciales, cumplan con el requisito de transparencia, lo que significa que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

En el presente caso, no existió esa información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo porque la que se les facilitó no explicaba adecuadamente en qué consistía el «riesgo de cambio» del préstamo hipotecario en divisas. Asimismo, la lectura de la escritura y la inclusión en ella de menciones predispuestas en las que los prestatarios afirman haber sido informados y asumir los riesgos, no suple la falta de información precontractual. Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera, pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros, pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero este consumidor no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. Bankinter tampoco informó a los demandantes de otros riesgos importantes que tienen este tipo de préstamos y que resultan aún menos evidentes. La fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio. Una devaluación considerable de la moneda funcional, en la que el prestatario obtiene sus ingresos, supone que se incremente significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar. De ahí que en diciembre de 2011, varios años después de celebrar el contrato, cuando los demandantes habían pagado las cuotas de amortización mensuales en una cuantía considerable y decidieron cambiar del yen al euro ante la constante apreciación del yen frente al euro y el consiguiente incremento de las cuotas, el capital pendiente de amortizar en la moneda funcional, el euro, fuera de casi 200.000 euros, muy superior al que recibieron cuando celebraron el contrato, que era de 136.800 euros. Este riesgo de recálculo al alza de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar por las oscilaciones del cambio de divisa traía asociados otros riesgos, sobre los que tampoco se informó a los demandantes, como es la concesión al banco del «derecho de exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en euros, todas las disposiciones al cambio del día excedan en un 10,00 % del

límite actual del préstamo». Como dijimos en las SSTs 608/2017, de 15 de noviembre y 599/2018, de 31 de octubre, la percepción propia de un consumidor medio que concierne un préstamo consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo. Sin embargo, en el caso de préstamos denominados en divisas como el que es objeto de este recurso, pese a que los prestatarios han pagado las cuotas de amortización durante varios años, puede ocurrir que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se haya incrementado y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor. El consumidor medio tampoco puede prever, sin la oportuna información, que, pese a pagar las cuotas del préstamo y pese a que el bien sobre el que está constituida la hipoteca conserve su valor, el banco puede exigir garantías adicionales en caso de devaluación de la moneda funcional respecto de la nominal. Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es la verdaderamente relevante para valorar la carga económica del consumidor cuya moneda funcional es el euro, que es la que necesita utilizar el prestatario puesto que el capital obtenido en el préstamo lo va a destinar a pagar una deuda en euros y porque los ingresos con los que debe hacer frente al pago de las cuotas de amortización o del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado, los obtiene en euros. Por estas razones, es esencial que el banco informe al cliente sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo, o la trascendencia que el incremento del capital pendiente de amortizar, computado en euros, le supondrá en caso de que pretenda cambiar desde la divisa al euro. También debe ser informado de que la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera otorga al banco la facultad de exigir nuevas garantías, así como de las consecuencias de no prestar esas garantías suplementarias. Como conclusión de lo expuesto, las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia porque los prestatarios no han recibido una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos.

Como afirmamos en las anteriores SSTs 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, la falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no puede comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos en euros. Esta falta de transparencia también agrava su situación jurídica, puesto que ignora el riesgo de infragarantía para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo.

Consecuencias del carácter abusivo de las cláusulas relativas a la incidencia de las divisas en el préstamo.—Procede declarar la nulidad parcial del contrato, que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y

amortizado en euros. Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente. La nulidad total del contrato de préstamo supondría en este caso un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarlo más que al predisponente. Como ya se hizo en las anteriores SSTs 608/2017, de 15 de noviembre y 599/2018, de 31 de octubre, procede la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establecía desde un principio la posibilidad de que el capital esté denominado en euros, como de hecho lo estuvo a partir de un determinado momento) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en los artículos 1170 CC y 312 CCo, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, requisito inherente a las obligaciones dinerarias. No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo. Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor, puesto que, de otro modo, se estaría contrariando la finalidad de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas. Así lo ha declarado la STJUE de 30 de abril de 2014. Por tanto, el efecto de la nulidad parcial conlleva que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiendo que el préstamo lo fue de 136.800 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés el fijado en la escritura para el préstamo en euros. (STS de 14 de marzo de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Los prestatarios celebraron un contrato de préstamo hipotecario con Bankinter el 21 de septiembre de 2007. En la escritura se hizo constar que los prestatarios recibían 136.800 euros, por su contravalor en 22.444.776,00 yenes japoneses. Ante la depreciación que el euro sufrió respecto del yen y la consiguiente elevación del importe en euros de la cuota mensual, los prestatarios optaron por cambiar del yen al euro, lo que hicieron en diciembre de 2011. Al hacerlo, consolidaron un capital pendiente de amortizar cercano a los 200.000 euros, pese a haber pagado hasta ese momento las cuotas mensuales del préstamo.

En diciembre de 2013 los prestatarios interpusieron una demanda contra Bankinter. En ella solicitaron, como pretensión principal, la declaración de nulidad parcial del préstamo hipotecario en las cláusulas relativas a la denominación en divisa y la declaración de que el importe adeudado era el resultado de reducir el capital prestado en euros en la cantidad ya amortizada, en euros.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Los prestatarios recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Los demandantes interponen recurso de casación. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

20. Contrato de préstamo hipotecario. Cláusula de interés de demora abusiva. Consecuencias del carácter abusivo de la cláusula: devengo del interés remuneratorio.—La desproporción entre los intereses nominales y los de demora (su abusividad y retroactividad), como en este caso, ya ha tenido una respuesta reiterada y uniforme por parte de esta sala, en las SSTs 671/2018, de 28 de noviembre y 364/2016, de 3 de junio. Este criterio ha recibido el refrendo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 7 de agosto de 2018, en virtud de lo cual la abusividad genera la desaparición de la cláusula controvertida, sin posibilidad de integrarla, con los correspondientes efectos retroactivos. En este caso se ha provocado un notorio desequilibrio no justificado por el loable deseo de incentivar el cumplimiento, dada la insoportable carga económica que producía. En cualquier caso, esta declaración de abusividad no impide que se siga devengando el interés remuneratorio pactado hasta el completo pago del préstamo. (**STS de 21 de marzo de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Entre las partes rige escritura de préstamo con garantía hipotecaria, constituido en su día a nombre del promotor y en el que se subrogaron los prestatarios demandantes como compradores de una vivienda.

Los prestatarios interpusieron demanda de juicio ordinario solicitando, entre otros pedimentos, la nulidad de la condición general que establece un tipo de interés de demora del 25%.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda y declaró abusiva la cláusula de interés de demora.

Interpuso recurso de apelación la Caja demandada y la Audiencia Provincial lo desestimó.

La Caja interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación. (*J. M.^a M. F.*)

21. Usura en préstamos hipotecarios.—El Tribunal Supremo ha señalado en reiteradas ocasiones la distinta naturaleza de los intereses remuneratorios y de los intereses moratorios. Los primeros constituyen el precio del préstamo. Los segundos, por el contrario, sancionan un incumplimiento del deudor jurídicamente censurable y su aplicación sirve: 1) para reparar, sin la complicación de una prueba exhaustiva y completa, el daño que el acreedor ha recibido; 2) para constituir un estímulo que impulse al deudor al cumplimiento voluntario, ante la gravedad del perjuicio que le producirán el impago o la mora. Según el Alto Tribunal, no cabe aplicar la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, a los intereses moratorios. A su juicio, cuando en ella se habla de intereses, se hace referencia a los retributivos. Y ello por el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa y con-

mutativa. No obstante, se han llegado a reputar usurarios los intereses moratorios en casos en que suponen un dato más entre un conjunto de circunstancias que conducen a calificar como usurario el contrato de préstamo en sí (ejemplo: la simulación de la cantidad entregada, el plazo de devolución del préstamo, el anticipo del pago de los intereses remuneratorios o el tipo de tales intereses remuneratorios, entre otros). (STS de 27 de marzo de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—El 14 de noviembre de 2007, JM concertó un préstamo hipotecario con A. El primero era el prestatario que hipotecó una finca en garantía de la devolución del préstamo y el segundo era el prestamista y beneficiario de la garantía. En la escritura de préstamo se preveía un interés remuneratorio del 10% y otro de demora del 30 %. El 17 de noviembre de 2009, A cedió el crédito hipotecario a S. El 1 de julio de 2010, JM vendió el inmueble hipotecado y con lo obtenido devolvió la cantidad adeudada por el préstamo.

El 25 de septiembre de 2014, JM interpuso una demanda contra A y S en la que pedía la nulidad de la escritura de préstamo hipotecario y de la posterior cesión del crédito hipotecario. La razón de la nulidad radicaba en que el préstamo era usurario, en la medida en que no se le entregó todo el dinero que se afirmaba en la escritura y, además, los intereses remuneratorios y moratorios eran claramente desproporcionados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al entender caducada la acción de anulabilidad, porque cuando se presentó la demanda habían transcurrido más de cuatro años desde la finalización de los efectos del contrato (1 de julio de 2010).

En apelación, la Audiencia desestimó el recurso, entendiendo que los intereses remuneratorios no eran desproporcionados, al no superar el doble del interés normal del dinero en ese momento. Y respecto de los intereses moratorios, aunque admitió que eran más elevados que la media en el sector financiero, consideró que no existía prueba de la situación angustiosa del prestatario, que justificaran el carácter usurario.

El demandante recurrió en casación, alegando la infracción de los artículos 1 y 3 de la Ley de represión de la usura. El Alto Tribunal considera que el interés pactado por las partes, a pesar de ser superior al medio, no era notablemente superior y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. Por otro lado, en este caso, el carácter usurario del préstamo no se hacía depender solo o principalmente del interés de demora, sino que se fundaba, sobre todo, en otros datos (que se recibió una suma inferior a la que aparecía en la escritura de préstamo, que el interés remuneratorio era notablemente superior al normal del dinero y que cuando se firmó el préstamo, el prestatario se encontraba en una situación de angustia económica). La mención a los intereses moratorios se utilizaba como un dato más para reforzar la argumentación. Por eso, descartado que el interés remuneratorio sea usurario, el dato del interés moratorio, en sí mismo y aisladamente considerado, no es suficiente para declarar la nulidad de la totalidad del préstamo como usurario. Por todo esto, el Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso de casación.

NOTA.—Sobre los requisitos para poder considerar un préstamo como usurario, *vid.* la STS de 25 de noviembre de 2015. En relación con la aplicación de la Ley de Usura a los intereses moratorios, *vid.* las SSTs de 5 de marzo de 2019, 2 de diciembre de 2014, 26 de octubre de 2011, 4 de junio de 2009, 7 de mayo de 2002 y 2 de octubre de 2001. (*S. L. M.*)

22. Seguro de responsabilidad civil del arquitecto: interpretación de la cláusula de limitación temporal de la cobertura (art. 73 LCS).—El artículo 73 LCS permite en su párrafo segundo dos modalidades diferenciadas de cláusulas limitativas de la cobertura temporal del seguro de responsabilidad civil. El primer inciso de dicho párrafo contempla las cláusulas de cobertura de futuro, que permiten cubrir las reclamaciones que los perjudicados realicen durante el año siguiente a la finalización del contrato por hechos acaecidos durante tal vigencia, excluyendo, por tanto, las reclamaciones realizadas más allá de dicho año, aunque su hecho originador haya tenido lugar durante la vida del contrato. El segundo inciso del mismo párrafo permite las cláusulas retrospectivas o de pasado que otorgan cobertura frente a hechos acaecidos con anterioridad, al menos, de un año al comienzo de efectos del contrato, siempre que las reclamaciones se realicen durante el período de vigencia de éste. Al ser cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, la validez de las cláusulas de futuro no exige, además, la cobertura retrospectiva; ni la legalidad de las retrospectivas o de pasado requiere, adicionalmente, el amparo de reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro. Lo anterior se desprende de la regulación diferenciada de ambas modalidades de cláusulas separadas por un punto y seguido, así como del comienzo de la redacción del segundo inciso del párrafo segundo del artículo 73 LC, que utiliza el adverbio «asimismo», equivalente a también, revelador de que cada modalidad de cláusula es diferente (STS de Pleno, de 26 de abril de 2018). Al ser la cláusula discutida de tipo retrospectivo o de pasado y, por tanto, cubrir las reclamaciones realizadas durante la vigencia de la póliza con independencia de que el hecho generador de la presunta responsabilidad hubiera tenido lugar con anterioridad al contrato (dado que en este caso concreto no se limitó el acaecimiento de tal hecho al año anterior a la vigencia de la póliza, como hubiera permitido el artículo 73 LCS), no se le puede exigir la cobertura de las reclamaciones realizadas en el año posterior al fin de vigencia de la póliza, al tratarse de un requisito propio de las cláusulas de futuro. (**STS de 20 de marzo de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios de un edificio con defectos estructurales, terminado en el año 2000, interpuso demanda frente a la compañía de seguros con la que el arquitecto presuntamente responsable había asegurado su responsabilidad civil hasta diciembre de 2009. Se pretendía que se declarase que tal responsabilidad se encontraba cubierta por el referido seguro. La comunidad de propietarios había realizado la primera reclamación contra el arquitecto y la aseguradora en mayo de 2010. La entidad aseguradora alegó la falta de legitimación activa de la comunidad de propietarios al haberse realizado la reclamación una vez finalizado el contrato de seguro, cuando éste solo cubría reclamaciones realiza-

das durante su vigencia, lo que resulta conforme con el artículo 73 LCS. El Juzgado, estimando íntegramente la demanda, declaró la vigencia del seguro y cubierta la responsabilidad en la que pudiera haber incurrido el arquitecto, al apreciar que la cláusula que excluye de la cobertura las reclamaciones efectuadas dentro del año siguiente a la terminación del contrato resultaba nula por vulnerar los límites de aquel precepto que exige la cobertura de las reclamaciones realizadas en tal plazo. También resolvió el Juzgado que tal cláusula limitativa de los derechos del asegurado no había sido expresamente aceptada de acuerdo con el artículo 3 LCS, por lo que en definitiva no era oponible a la comunidad perjudicada. Interpuesto recurso de apelación por la aseguradora, la Audiencia Provincial, sin enjuiciar el cumplimiento del artículo 3 LCS, lo desestima íntegramente al apreciar la nulidad de la cláusula por vulneración del artículo 73 LCS que, según su criterio, contempla dos modalidades de cláusulas de limitación temporal que no pueden en ningún caso alcanzar a excluir el año anterior, ni el posterior a la vigencia del contrato. La entidad aseguradora interpone recurso de casación fundado en la infracción del párrafo segundo del artículo 73 LCS y en contradicción con la jurisprudencia de la Sala. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia resuelve los requisitos de las cláusulas que delimitan temporalmente la cobertura del contrato de seguro de responsabilidad civil, conocidas como cláusulas *claim made*. Estas cláusulas, consideradas inicialmente lesivas para los asegurados (cfr. SSTs de 20 de marzo de 1991 y 23 de abril de 1992), fueron avaladas legalmente con la introducción de un segundo párrafo en el artículo 73 LCS por mor de la DA 6.^a de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados. Reglero Campos, L. F. (2008), «El seguro de responsabilidad civil», *Tratado de Responsabilidad civil*, I, (coord. por el mismo autor), Cizur Menor, pp. 1.471-1.473, particularmente proponía una reforma general de la responsabilidad civil que diese cabida a un variado número de riesgos, con un sistema general aplicable a los daños instantáneos y otros específicos para aquellas actividades generadoras de daños diferidos o continuados. Y es que ciertamente resultan problemáticas estas cláusulas limitativas de la cobertura en el ámbito de la responsabilidad por defectos constructivos ya que, por lo normal, los daños se manifiestan diferidamente, en un momento en que el profesional, como ocurrió en la sentencia comentada, puede no disponer de seguro contratado. (F. S. N.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

23. Propiedad horizontal. Nulidad de acuerdo de la Junta de Propietarios por abuso de derecho.—La aprobación, por parte de la Junta de Propietarios, de una obra —en el caso la bajada del ascensor «a cota 0»— sin proyecto alguno que defina los trabajos a realizar, constituye un abuso de

derecho manifiesto frente a los comuneros, propietarios de los locales afectados [arts. 7.2 CC y 18.1 c) LPH]. La inexistencia de proyecto vicia la obra de ausencia de fundamentación y, en consecuencia, provoca que los comuneros obtengan información suficiente que, en su caso, les permita conocer los aspectos a impugnar; lo que afecta al ejercicio de su legítimo derecho de defensa. **(STS de 5 de abril de 2019; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Don Pedro y don Enrique impugnaron los acuerdos adoptados por la comunidad de propietarios C, en relación con la instalación de un nuevo ascensor a cota cero, por considerar que sería suficiente para superar las barreras arquitectónicas la instalación de una plataforma salva escaleras con un coste de unos 6.000 euros; mientras que las obras de instalación del ascensor afectarían a uno de los locales comerciales de los actores.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, por falta de legitimación activa. La Audiencia Provincial desestimó la demanda, por entender que la obra proyectada no se trataba de un gasto extraordinario, sino de la modificación del trazado y trayectoria del ascensor, en beneficio de los vecinos con discapacidad, lo que eximiría de la contribución a los actores.

Frente a la sentencia de la Audiencia, don Pedro y don Enrique interpusieron recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. (A. I. R. A.)

24. Propiedad Horizontal. Impugnación de acuerdo. Subcomunidad.—Los escritos rectores del procedimiento coinciden en la existencia de una sola Comunidad de propietarios, en la que se incluye los diez bloques que configuran el conjunto urbanístico. Ninguna parte, ni ninguna sentencia, mantiene que las subcomunidades constituidas, a efectos organizativos, en la junta de fecha 29 de abril de 2007, tuviesen *per se*, y desligados de la voluntad de la Comunidad de propietarios, capacidad para adoptar acuerdos de la naturaleza del acuerdo litigioso. La sentencia de primera instancia concede validez a la junta extraordinaria del bloque 000, de fecha 2 de octubre de 2010, aunque no prosperase el acuerdo por no concitar la mayoría legal, porque traía causa de la autorización emanada de la junta de la comunidad de fecha 7 de agosto de 2010. Lo que sucede es que sostiene que tal autorización decayó tras la celebración de la junta extraordinaria del bloque 000, antes mencionada. Entiende que esa voluntad general de la Comunidad debía reiterarse si el bloque 000 quería celebrar más adelante otra junta con el mismo objeto, como sucedió respecto de los bloques 003 y 004 en la junta general ordinaria del año. La sentencia recurrida discrepa de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que la subcomunidad del bloque 000 no convocó y celebró la Junta de 24 de agosto de 2012, respecto del acuerdo impugnado, al margen del conocimiento del conjunto urbanístico, pues traía causa de la junta general de fecha 7 de agosto de 2010. Para la sentencia de la audiencia la autorización seguía vigente, siendo ese el modo de actuar de los demás bloques en acuerdos de esa naturaleza. El Tribunal Supremo sostiene que existe una comunidad separada (subcomunidad) con funcionamiento independiente, en el seno de una comunidad en régimen de propiedad horizontal, a efectos organizativos, y con dependencia de la comunidad

de propietarios para adoptar acuerdos de la naturaleza del litigioso, con cuya autorización funcionó. No existe un funcionamiento independiente de subcomunidad alguna en el conjunto urbanístico residencial, sino una sola comunidad, con subcomunidades a efectos internos, que adoptan acuerdos con sometimiento y conocimiento de la junta general del conjunto urbanístico, y en este caso existió autorización de esta. Además, la autorización de la junta general de la comunidad relacionada con la instalación de ascensores tiene como destinatarias las subcomunidades de bloques, en el caso de autos el bloque 000, y estas subcomunidades no alcanzan a los propietarios de plazas de garaje situados en el subsuelo, que integran una subcomunidad distinta. De otra parte, todo trae causa de una autorización de la junta general del conjunto urbanístico, de fecha 7 de agosto de 2010, que no fue impugnada, y a la que fueron convocados todos los propietarios que integran el conjunto urbanístico. (STS de 10 de abril de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La mercantil Electrodomésticos Barrojo interpuso demanda de juicio ordinario contra la Comunidad de propietarios de un edificio, solicitando la nulidad del acuerdo tomado en junta extraordinaria de 24 de agosto de 2012 consistente en que «se aprueba el acuerdo de llevar adelante las obras de instalación de ascensor en el edificio».

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y declaró nulo el acuerdo.

Contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia interpuso recurso de apelación la Comunidad de propietarios.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial interpone la mercantil recurso de casación.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (J. M.^a M. F.)

25. Legitimación activa del presidente de una comunidad de propietarios para ejercitar acción de responsabilidad contractual ex artículo 1101 CC frente a la sociedad promotora-vendedora.—El acuerdo de la comunidad de propietarios, mediante acta, de facultar al presidente para el ejercicio de acciones de reparación de los daños constructivos existentes tanto en los elementos privativos como comunes del edificio dota de legitimación activa procesal a aquel para el ejercicio de acciones relativas al incumplimiento contractual. No es exigible que en el acta se especifique el tipo de acción concreta a especificar, bastando con que se le confiera autorización para reclamar en nombre de los comuneros, que le han concedido su representación (art. 13 LPH). Lo contrario equivaldría a restringir indebidamente la legitimación del presidente de la comunidad, cuando a este se le concede un mandato por los comuneros amplio para reclamar por los daños en elementos privativos. (STS de 21 de marzo de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios C formuló demanda frente a la inmobiliaria P, solicitando que se condenara a esta última a la realización, a su costa, de las obras necesarias para la elimina-

ción de los defectos existentes en los elementos privativos y comunes del edificio, en el plazo de dos meses. En caso de no ejecutarse, se solicitaba que se le condenase al pago de la cantidad equivalente al coste de las operaciones que alcanzaba los 36.353,50 euros. P se opuso a la demanda alegando la falta de legitimación del presidente de la comunidad C, por ejercerse una acción contractual.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y desestimó la ausencia de legitimación del presidente de la comunidad.

La Audiencia Provincial absolvió a la demandada por considerar que eran los propietarios los legitimados para el ejercicio de las acciones contractuales, al no haberse recurrido, en este caso, a la acción decenal por vicios (arts. 1591 CC y 17 LOE).

La comunidad de propietarios recurrió en casación.

NOTA.—Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria. La operación de reemplazo. Si bien, el núcleo del caso se articuló en torno a la cuestión procesal de la legitimación del presidente de la comunidad, el fondo plantea una cuestión indemnizatoria y de incumplimiento del contrato muy sugerente. La pretensión subsidiaria de la comunidad de propietarios pasaba por que —de no ejecutarse las obras en el plazo fijado por el juzgador— se condenase a la sociedad demandada al pago de la cantidad equivalente al coste de las obras de reparación. En ambos casos, se trataría del ejercicio de la denominada pretensión de cumplimiento (forzosa), que puede ser ordenada por el juez, bien directamente al demandado, bien a su costa por medio de un tercero (art. 706 LEC).

Los hechos del caso permiten, no obstante, una aproximación distinta. Puede pensarse en la denominada «operación de reemplazo», una vía alternativa de satisfacción *in natura*, extrajudicial, del interés del acreedor a través de un tercero y con cargo al deudor incumplidor. Así habría sucedido si la comunidad de propietarios hubiese decidido reparar los defectos directamente por medio de un tercero, reclamando después el coste de dicha reparación. Se trataría, entonces, de una indemnización de daños y perjuicios.

Inicialmente pensada para el contrato de compraventa, con ella —con la operación de reemplazo— el acreedor puede obtener la diferencia entre el coste de la operación de reemplazo y el establecido en el contrato. Los más recientes estudios sobre la materia advierten de la generalización de esta regla para la totalidad de los contratos, como medio de determinación del daño indemnizable. La acción contractual de daños por vicios constructivos, que se contempla de pasada en este caso, es otro buen ejemplo.

No es el momento ni el lugar de profundizar más en ello. Sobre lo expuesto, remito al lector a la tesis doctoral de VARGAS BRAND, I., *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo. La influencia del modelo angloamericano* (Universidad Autónoma de Madrid), 2019, y, en particular, a sus páginas 270 a 272 (nota 965) y 316 a 339. (A. I. R. A.)

26. Legitimación activa para impugnar las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado.—Con base en el párrafo 4 del artículo 328 LH y en la jurisprudencia que lo interpreta, no gozan de legi-

timación activa para impugnar una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) el Colegio de Registradores, el Consejo General del Notariado, los colegios notariales ni el notario o el registrador implicados (el notario que autorizó el título y el registrador cuya calificación negativa hubiera sido revocada por la DGRN). La legitimación activa la ostentan los directamente interesados, de ordinario, los titulares de derechos que pretendan acceder al registro.

Sin embargo, el notario y el registrador sí cuentan con legitimación activa para recurrir judicialmente una resolución de la DGRN cuando la misma afecte a un derecho o interés del que sean titulares.

Respecto del registrador cuya calificación negativa hubiera sido revocada por la DGRN, este interés legítimo propio debe estar relacionado con una posible repercusión de modo efectivo y acreditado en su esfera jurídica, normalmente vinculada con una posible declaración de responsabilidad civil o disciplinaria. Por el contrario, no se admite su legitimación cuando su interés es abstracto o inherente a su función de defensa de la legalidad registral.

Respecto del notario autorizante de la escritura cuya inscripción es denegada, este interés legítimo propio debe estar igualmente relacionado con un acontecimiento cierto, como un anuncio o amenaza de responsabilidad disciplinaria concreta. Por el contrario, no se admite su legitimación cuando el interés que se invoque sea la defensa de la legalidad, la disconformidad con la decisión del superior jerárquico respecto de actos o disposiciones cuya protección se le encomienda, la defensa de su prestigio profesional o, indirectamente, el tratar de evitar una eventual reclamación de responsabilidad civil profesional de naturaleza contractual a la que pudiese tener que hacer frente a consecuencia del perjuicio económico ocasionado a sus clientes en caso de confirmarse por la DGRN la denegación de la inscripción.

Por otra parte, el notario que autoriza una escritura que es presentada para su inscripción registral sí goza de legitimación activa para la impugnación judicial directa de la calificación negativa del registrador, de acuerdo con lo regulado en el párrafo tercero del artículo 328 LH. **(STS de 3 de marzo de 2019; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Ginés, notario de profesión, autoriza una escritura pública de compraventa por la que Ángel vende una vivienda a Laura y Pedro. En la escritura se hacía constar que los compradores eran residentes en Dinamarca y que actuaban representados por el asesor fiscal Ambrosio, a quien se había otorgado el correspondiente poder, que el notario apreció suficiente.

El Registrador de la Propiedad emitió una calificación negativa a la inscripción de la escritura de compraventa por dos defectos subsanables: por no resultar de aplicación lo previsto en el artículo 98.2 Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en cuanto al juicio de suficiencia del notario, al tratarse de un poder emitido en el extranjero; y por no constar acreditado el destino de los 6.020 euros sobrantes respecto del precio de la compraventa, transferidos de la cuenta de los compradores a la de su asesor fiscal.

Ginés interpone recurso gubernativo ante la DGRN. El recurso es estimado en parte: revoca el primero de los defectos de la nota de calificación, al equiparar el juicio de suficiencia del poder otorgado en el extranjero al del poder otorgado en España; y confirma la nota

negativa de calificación con relación al segundo defecto, al apreciar la falta de justificación de la cantidad sobrante del precio transferida por los compradores a su asesor.

Ginés interpone demanda solicitando se revoque tanto la resolución de la DGRN como la suspensión de la inscripción de la escritura de compraventa. La demanda es íntegramente estimada.

La DGRN y el Registrador de la Propiedad interponen sendos recursos de apelación, los cuales son desestimados íntegramente.

La DGRN interpone recurso de casación por falta de legitimación activa del notario para impugnar una resolución de la DGRN, recurso que es estimado. (*T. R. C.*)

DERECHO DE FAMILIA

27. Divorcio: Modificación de medidas sobre los hijos.—Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los siguientes: 1) El aquí recurrido presentó demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio, solicitando la extinción de la pensión de alimentos que debía abonar a sus dos hijos, al estar ambos trabajando en las Fuerzas Armadas y ser independientes económicamente, solicitando la extinción con efectos retroactivos al momento en que se produjo su independencia económica, alegando abuso de derecho y enriquecimiento injusto. A ello se opuso la demandada, alegando que ambos vivían con ella y su trabajo carecía de vocación de permanencia y sin vida independiente, siguiendo ambos su educación. 2) Mediante sentencia se declaró extinguidas ambas pensiones de alimentos, trayendo los efectos desde el 6 de junio de 2011, respecto de Eulogio, y desde el 3 de mayo de 2014, respecto de Indalecio. Y ello al considerar acreditada la inserción laboral de ambos por los informes de vida laboral que constan en autos. Ambos se han incorporado a las Fuerzas Armadas y cobran remuneración. Respecto de la retroacción de la extinción a las fechas indicadas, considera el juzgador que es una postura minoritaria en la jurisprudencia la que apoya dicha tesis, cuando la causa de extinción es objetiva, como es el caso. Matiza que así sería, a título de ejemplo, si el hijo es contratado de forma indefinida por una empresa o adquiere la condición de funcionario público, o la exesposa contrae matrimonio o ha accedido a un empleo público. En cambio no será de aplicación cuando exista una duda razonable en cuanto a si el hecho tiene o no entidad para modificar las medidas. En este orden de ideas, y respecto del hijo Hernán, que es el relevante para el recurso, se afirma que «se ha incorporado dos veces al Ejército, la primera abandonó a los cuatro meses y la segunda ocasión no renovó voluntariamente, pasando a cobrar la prestación de desempleo, viviendo en una residencia militar, aunque ahora quiere prepararse las oposiciones a policía nacional».

La madre recurre la sentencia de apelación sobre dos extremos: (i) La extinción de la pensión del hijo Hernán, solicitando se mantenga dos años más, y (ii) que no se declare la retroacción de los efectos de la extinción. La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso; de un lado mantiene la extinción de la pensión, pero de otro deja sin efecto la retroacción de sus efectos fijados en la sentencia apelada, y los sitúa al momento de presenta-

ción de la demanda. «El art. 148 CC dispone que los alimentos no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda. Por ello, al no haber habido ocultación por parte de doña Virginia y haberse presentado la demanda el Sr. Eulogio el día 30 junio 2015, debe atribuirse el efecto de la extinción de la pensión alimenticia a esta fecha respecto de ambos hijos».

La representación procesal de la parte demandada y apelante interpone recurso de casación, por interés casacional, articulada en un motivo único, al amparo del artículo 477.3 LEC con interés casacional por contravenir la jurisprudencia del Tribunal Supremo, considerándose infringidos los artículos 106 y 148 CC y 774.5 LEC.

La Sala considera que para la mejor inteligencia de la presente resolución se han de tener en consideración dos datos: (i) Que la legitimación de la recurrente para percibir los alimentos destinados a cubrir las necesidades de sus hijos mayores de edad, la tiene al amparo del artículo 93.2 CC. De ahí que el actor formule demanda contra ella y no contra los hijos, para la modificación de la medida alimenticia, en orden a su extinción; (ii) que ambos hijos, según consta como hecho probado, adquirieron independencia económica, e incluso residencia independiente, en las fechas que fijan ambas sentencias de la instancia, que no entran a valorar posibles avatares posteriores, salvo para calificarlos de voluntarios. De ahí que se declara la extinción de las pensiones, pronunciamiento que ha devenido firme.

A partir del dato fáctico resulta de sumo interés traer a colación la STS de 7 de marzo de 2017 para entender la legitimación de la recurrente para ser perceptora de la pensión alimenticia, aunque destinada a contribuir a las necesidades de tal naturaleza de sus hijos mayores de edad. Dicha sentencia afirma lo siguiente: «La Ley de 15 octubre 1990 añadió el párr. 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. En concreto establece 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 ss. de este código». La doctrina ofreció varias razones para justificar esta previsión normativa. Ya por economía procesal, para evitar otro proceso, éste de alimentos de los hijos. Ya para evitar que éstos tuvieran que enfrentarse con los padres o con algunos 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. Lo 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, pues, 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 al progenitor conviviente con el hijo mayor de edad para solicitar la contribución del otro en el sostenimiento del hijo. Así el artículo 295 CCfr. tras la reforma de 1975, el artículo 155 CCit. y, dentro de España, el artículo 233-4, con el artículo 237-1 CCcat, que prevén 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 STS de 24 de abril de 2000, ampliamente comentada por la doctrina científica y citada en todos los recursos sobre la materia; en el presente litigio la citan tanto la parte recurrente como la recurrida. En esta sentencia se declara la exclusiva legitimación del progenitor conviviente en lo que se refiere a los alimentos del hijo mayor de edad, pero siempre que se cumplan los requisitos establecidos tal como se interpretan jurisprudencialmente. Por tanto, la STS últimamente citada, seguida por la STS de 12 de julio de 2014, ha 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 ahora lo relevante, sin entrar en opiniones doctrinales, todas dignas de consideración. Más adelante añade 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 hallan respecto a uno de sus progenitores». Por tanto, desde que los hijos de la recurrente alcanzaron la mayoría de edad, la legitimación de ella para percibir la pensión alimenticia se fundó en la previsión del art. 93.2 CC.

Carácter consumible de los alimentos.—El efecto no retroactivo de la modificación de alimentos (declarado por SSTs de 26 de marzo de 2014, 23 de junio de 2015 y 6 de octubre de 2016) tiene sus raíces en el carácter consumible de los mismos. De ahí que las ss. que, tratándose de hijos mayores de edad y litigios entre los progenitores, han fijado el efecto de la modificación de la pensión alimenticia desde la fecha de la sentencia se hayan dictado en supuestos en que los alimentos habían sido consumidos por los hijos beneficiarios (SSTs de 2 de diciembre de 2015 y 20 de julio de 2017) por seguir conviviendo con su progenitor. También se ha de tener en cuenta que la última sentencia se refiere a restantes resoluciones que modifiquen su cuantía, sea al alza o a la baja, esto es, pensando en unos alimentos que varían en su cuantía, pero no en su extinción por perder la preceptiva legitimación para su cobro. En el caso de autos, desde el escrupuloso respecto a los datos fácticos de la sentencia recurrida. Le demandada dejó de estar legitimada para percibir la pensión alimenticia al amparo del artículo 93.2 CC, por haber desaparecido los condicionantes fácticos en orden a su subsistencia. Desde entonces los únicos legitimados para reclamar alimentos a su progenitor eran los hijos, por ser mayores de edad. En la STS de 18 de julio de 2018, aunque se trata de pensión compensatoria, la Sala negó el efecto de su extinción a la fecha de la sentencia ya que la perceptora había ocultado al obligado la concurrencia de una causa extintiva de la pensión, cual es la convivencia marital con otra per-

sona. En el caso aquí enjuiciado, no podrá afirmarse que existió ocultación de la recurrente al recurrido sobre el cambio de circunstancias, pero sí existe empecinamiento, tras la formulación de la demanda, en querer mantener una legitimación para percibir la pensión de alimentos de los hijos, que había perdido. Recientemente se ha pronunciado la Sala en este sentido en la STS de 12 de marzo de 2019. Procede, por tanto la desestimación del recurso de casación. **(STS de 10 de abril de 2019;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.] (G. G. C.)

28. Divorcio después de haber pactado convenio regulador en separación: Medidas definitivas: Hijos convivientes con la madre.—Don Casimiro formuló solicitud de divorcio matrimonial contra doña Pura, en cuya demanda pretendía que se dictase sentencia decretando el divorcio del matrimonio, legalmente separado, con adopción de las medidas definitivas que interesaba, que son la base de este recurso de casación.

Las partes contrajeron matrimonio el 19 de mayo de 1984, teniendo como descendencia dos hijos, Ezequías, nacido en 1984 y Jesús Carlos, nacido en 1986, de 31 y 29 años respectivamente.

Los cónyuges están separados judicialmente por sentencia de 4 de febrero de 1992, que aprobó el convenio regulador de 27 de diciembre de 1991, en los autos de separación de mutuo acuerdo núm. 11/1992 de este mismo Juzgado. En aquel momento ambos hijos eran menores de edad, acordando los cónyuges que permanecieran bajo la guarda y custodia de la madre, con un amplio régimen de visitas respecto del padre, la atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar mientras no se procediera a su liquidación, debiendo abonar el esposo una pensión de alimentos para los hijos de 60.000 pts. mensuales y una pensión compensatoria a favor de la esposa de 20.000 pts, ambas anualmente actualizables con arreglo al IPC.

Don Casimiro propone la extinción de la pensión de alimentos de ambos hijos, con efectos retroactivos al momento en que se acredite que comenzaron a trabajar y la extinción de la pensión compensatoria con efectos retroactivos a la interposición de la demanda, solicitando asimismo que se condene a la demandada a devolver las cantidades que ha recibido indebidamente con motivo de los alimentos que se declaren extinguidos.

Doña Pura se opone a la extinción de las pensiones de alimentos de los hijos y a la extinción de la pensión compensatoria.

La sentencia de primera instancia, en lo aquí relevante, declaró extinguida la obligación del Sr. Casimiro de abonar a doña Pura la pensión de alimentos del hijo Jesús Carlos con efecto desde el mes de mayo de 2015, debiendo doña Pura reintegrar a don Casimiro las cantidades indebidamente percibidas desde el mes de mayo de 2015, incluido éste.

Asimismo declaró extinguida la pensión compensatoria a favor de la esposa, con efectos desde la presente resolución.

La motivación de ambas decisiones fue la siguiente: (i) en cuanto a los alimentos del hijo Jesús Carlos, su madre ha reconocido que el hijo dejó de convivir con ella desde el mes de mayo o junio pasado, de forma que en ningún caso concurren desde este momento los presupuestos del artículo 93-2 CC. Tal extinción tendrá efectos retroactivos desde mayo de 2015, pues desde que dejó de convivir con la madre, ésta no debió percibir ninguna cantidad por tal concepto, debiendo haberlo comunicado al padre para evitar el pago de nuevas pensiones, sin que lo llevara a efecto, incurriendo en un claro supuesto de cobro de lo indebido. (ii) En relación con la extinción de la pensión

compensatoria, sucede que, contraído el matrimonio en 1984, suscribieron convenio regulador de separación en diciembre de 1991, aprobado en sentencia de 4 de febrero de 1992. La pensión compensatoria se pactó sin especificar las circunstancias tenidas en consideración, aunque son parámetros claros que la convivencia matrimonial debió durar unos ocho años y que la esposa tenía 30 años al dictarse la separación. Los hijos eran entonces menores de edad y quedaban bajo custodia materna. El esposo regentaba en aquel momento un negocio familiar de cristalería que al parecer fue posteriormente traspasado a la esposa. Se ha reconocido en la propia demanda que, pese a la separación, los cónyuges siguieron ocupando la misma vivienda hasta aproximadamente 2013. Se ha acreditado un descenso en la posición económica del actor, derivada del hecho de su jubilación, pasando a percibir una pensión de unos 1.300 euros mensuales netos, constando la existencia de deudas derivadas del negocio familiar de cristalería y el embargo de la vivienda de su propiedad, debiendo el actor abonar la renta mensual de la vivienda de alquiler municipal que asciende a 249 euros, y habiendo sido derivado por los servicios sociales de base al banco de alimentos.

Por otra parte, han transcurrido más de 23 años desde que se estableció la pensión compensatoria a favor de la esposa, periodo más que razonable para que la esposa, relativamente joven al tiempo de la separación, hubiera podido consolidar una situación de inserción en el mercado laboral. La esposa, de hecho, desempeñó actividad profesional con alta en el régimen de autónomos desde el 1 de abril de 1998 hasta el 31 de mayo de 2005, Consta asimismo la adquisición por la esposa de un inmueble en DIRECCION001 mediante escritura de 6 de marzo de 2014.

En las circunstancias expuestas y transcurridos más de 23 años desde que se estableció la pensión compensatoria, siendo un periodo más que razonable para que la esposa, relativamente joven al tiempo de la separación, hubiera podido consolidar una situación de inserción en el mercado laboral. La esposa, de hecho desempeñó actividad profesional con alta en el régimen de autónomos desde el 1 de abril de 1998 hasta el 31 de mayo de 2005. Consta asimismo la adquisición por la esposa del inmueble DIRECCION001 mediante escritura de 6 de marzo de 2014. Por todo ello, el desequilibrio económico, previsto al establecer la pensión debería ya estar superado con toda probabilidad, y si esto no ha podido tener lugar por las circunstancias de falta de formación de la esposa, se trata de impedimentos derivados de circunstancias inherentes a la persona de la esposa pero que no pueden trasladar sobre el esposo una obligación de abonar la pensión compensatoria *sine die* o por tiempo ilimitado, una vez que ha transcurrido un plazo más que razonable para la corrección del desequilibrio en circunstancias normales. Procede, en consecuencia declarar extinguida la pensión conforme al artículo 101 CC. Declaró como *dies a quo* el de la fecha de la sentencia.

La SAP de Vizcaya de 19 de mayo de 2016 desestimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

En su motivación respecto a la extinción de la pensión compensatoria afirma: La prueba directa y de inferencia evidencia de que la ruptura, el desequilibrio inicial, la necesidad temporal de ayuda para formación o inclusión en quehaceres profesionales de los que dimanaban los ingresos y estabilidad vivencial, ya había sido superado, se accede a haberes y hay capacidad para compra con sustantiva cifra económica, nos permite afirmar que la acreedora resuelve el inicial desequilibrio, necesidad, por lo que decae su derecho, al tiempo que el obligado se encuentra en situación de decadencia en la obten-

ción de ingresos, residencia bajo fórmula de alquiler municipal y deriva al banco de alimentos por los servicios sociales.

En relación con los efectos de la extinción de la pensión alimenticia de Jesús Carlos, el Tribunal de apelación expone: El recurso queda centrado en hacer frente a la condena de la instancia de devolver la pensión alimenticia de uno de los hijos, Jesús Carlos, desde mayo de 2015, por no convivir con la madre. Se discrepa del recurso de alzada: (i) No cumplimiento del artículo 93.2 CC, ya que el hijo mayor no convive con la madre desde mayo de 2015, y apenas tiene ingresos propios. Simplemente el no cumplir los presupuestos motiva decaimiento, y la no existencia de los mismos es de manera rotunda, clara y nítida, no cabe duda o discrepancia interpretativa. (ii) Tal incumplimiento nos lleva a no poder solidificar un manifiesto abuso de derecho.

La parte demandada interpone recurso de casación por interés casacional, con base: (i) Al oponerse la SAP de Vizcaya (sección 4) a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, con infracción de los artículos 111, 113, 116, 148,3 y 154 CC, que establecieron que los alimentos no tienen efectos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas, en necesidades perentorias de la vida». Por otro lado la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial, interpretadora del artículo 97 CC, a virtud de la cual es improcedente la extinción de la pensión compensatoria pactada entre los cónyuges, al amparo del artículo 1323 CC, salvo que existan, y se acrediten modificaciones sustanciales en las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (art. 101 CC). (ii) No se interpone recurso extraordinario por infracción procesal, por lo cual, cualquier intento de modificar los aspectos fácticos de la sentencia recurrida o la de la primera instancia a la que aquella remite fracasaría por hacer supuesto de la cuestión.

Devolución de alimentos o pensiones consumidas en necesidades perentorias.— El primer motivo se interpone al amparo del artículo 477.2.3.º LEC, por existencia de interés casacional, por infracción de diversos preceptos del Código Civil según los cuales no puede obligarse a devolver alimentos o pensiones consumidas en necesidades perentorias. En el supuesto de apreciarse claro fraude de la ley, abuso de derecho o mala fe por parte del perceptor de la pensión —aquí don Jesús Carlos, es a él y no a doña Pura, a quien procede reclamar la cantidad indebidamente pagada, pero en caso alguno a su progenitora, máxime cuando aquél en la vista oral de la segunda instancia admitió de forma expresa el haber recibido y consumido el importe de las pensiones alimenticias desde mayo de 2015.

La Sala entiende que la pensión alimenticia que ha venido percibiendo la recurrente, lo es, en la actualidad, con destino a hijos mayores de edad, al amparo del artículo 93.2 CC. Resulta de sumo interés traer a colación la sentencia de 7 de marzo de 2017, para entender la legitimación de la recurrente para ser preceptora de la pensión alimenticia, aunque destinada a contribuir a las necesidades de tal naturaleza de sus hijos mayores de edad.

Afirma lo siguiente:

«La ley 11/1990, de 15 de 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. En concreto establece 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 ss. 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 de alimentos de los hijos mayores, en virtud del artículo 143 CC, siendo ello, pues, 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 CCfr. tras la reforma de junio de 1975 (...) en el mismo sentido lo dispone el artículo 155 CCit, y dentro de España el artículo 233-4 CCcat. Estos ordenamientos prevén 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 de 24 de abril de 2000, ampliamente comentada por la doctrina científica citada en todos los recursos sobre la materia. En el presente litigio la cita tanto la parte recurrente como la recurrida. En esta sentencia se declara la exclusiva legitimación 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 la sentencia de 24 de abril de 2000, seguida por la sentencia de 12 de julio de 2014, ha 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. Más adelante añade que el hecho que se decida en el proceso matrimonial sobre los alimentos de los hijos mayores se fundamente 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.»

Por tanto, desde que los hijos de la recurrente alcanzaron la mayoría de edad, la legitimación de ella para percibir la pensión alimenticia se fundó en la previsión del artículo 93.2 CC.

También conviene traer a colación la sentencia de 20 de julio de 2017, que al decidir sobre los efectos temporales de la sentencia que extingue la obligación alimenticia, contiene la siguiente declaración:

«Es doctrina reiterada de esta Sala que cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes obligaciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente (SSTS de 3 de octubre de 2008, 26 de marzo de 2014, 25 de octubre de 2016). Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 CC establece que “los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo”, y, de otra, el artículo 774.5 LEC dispone que “los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en esta”, razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente. En segundo lugar, es también reiterada doctrina (...) que los alimentos no tienen efectos retroactivos de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades de la vida.»

Apréciase que se afirma pensiones percibidas y se añade «por supuesto consumidas». Y es que el efecto no retroactivo de la modificación de alimentos, tiene sus raíces en el carácter consumible de los mismos. De ahí que, tratándose de hijos mayores de edad y litigios entre los progenitores, han fijado el efecto de la modificación de la pensión alimenticia desde la fecha de la sentencia se hayan dictado en supuestos en que los alimentos habían sido consumidos por los hijos beneficiarios, por seguir conviviendo con su progenitor. Sin embargo, en el caso en el caso sometido a la decisión de la Sala, y desde el escrupuloso respeto a los datos fácticos de la sentencia recurrida, lo que consta es que el hijo Jesús Carlos goza de ingresos propios y dejó de convivir con su madre; por lo que la cuestión no gira alrededor de las necesidades alimenticias de Jesús Carlos, tema que queda extramuros de este procedimiento, sino en si la recurrente dejó de estar legitimada para percibir la pensión alimenticia, al amparo del artículo 93.2 CC, por haber desaparecido los condicionales fácticos en orden a su subsistencia. Desde que el hijo Jesús Carlos dejó de convivir con la madre, el único legitimado para reclamar alimentos a su progenitor era él, al ser mayor de edad.

Además la sentencia recurrida como *ratio decidendi* concurrente y no simple argumento *ex abundantia*, apoya su resolución en la necesidad de no consagrar «un manifiesto abuso de derecho», en el que entiende una connivencia entre madre e hijo.

Por todo lo expuesto, el primer motivo de casación debe desestimarse.

El segundo motivo de casación alega interés casacional (art. 477.2.3.º LEC) en cuanto se opone a la doctrina jurisprudencial sobre el valor vinculante de lo fijado por los esposos de común acuerdo en convenio regulador (de 27 de diciembre de 1991), con independencia de la pensión compensatoria. Su estipulación 11.ª establece: «Ambos cónyuges se comprometen desde este momento a la tramitación de la demanda de divorcio, una vez transcurra un año desde la interposición de la demanda de separación, lo que llevarán a cabo por el procedimiento establecido en la DA 6.ª de la Ley de 7 de julio de 1981, declarando convalidado a todos los efectos el presente Convenio Regulador del que pedirán su ratificación en el proceso de divorcio que se incoe, renunciando expresamente a cualquier tipo de reclamación».

El problema que plantea el motivo es si el derecho dispositivo de la pensión compensatoria permite que en un convenio regulador se puedan pactar las causas por las que procedería la modificación o extinción de la pensión alterando el régimen general previsto en los artículos 100 y 101 CC. La sentencia de 24 de marzo de 2014 fijó como doctrina jurisprudencial que «a los efectos de la pensión compensatoria, no es alteración sustancial el cónyuge acreedor de la pensión compensatoria, obtenga un trabajo remunerado, si en el convenio regulador se ha previsto expresamente que esta circunstancia no justificará la modificación de la pensión». Considera la Sala que se está en presencia de una norma de derecho dispositivo y no imperativo (art. 97 CC) y que, por ende, nada obsta a reconocer que las partes podrían libremente acordar que la pensión podía ajustarse a parámetros determinados y diferentes a los usualmente aceptados por los cónyuges en situación de crisis. La sala ya había analizado un caso análogo al problema que aquí se plantea en la sentencia de 20 de abril de 2012. La más reciente de 11 de diciembre de 2015 hace una recopilación de la doctrina de la Sala en los siguientes términos: «Es reiterada la doctrina de esta Sala: 1.º) La pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien puede afectar; rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración; y 2.º) los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación. La STS de 20 de abril de 2012 ya había analizado un caso análogo al problema que aquí se plantea. La más reciente de 11 de diciembre de 2015, hace una recopilación de la doctrina de la Sala en los siguientes términos: (i) Es reiterada doctrina de esta Sala que la pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien puede afectar, tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración; (ii) los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación. La STS de 31 de marzo de 2011 confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya había admitido esta validez a partir de la trascendental sentencia de 2 de abril de 1997. En un supuesto parecido la STS de 4 de noviembre de 2011 declaró que el convenio regulador es un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados puede contener tanto pactos típicos como atípicos. Desde la perspectiva del artículo 101 CC, puede afirmarse con carácter general que el reconocimiento a pensión en juicio anterior de separación no constituye óbice para declarar su extinción en el posterior pleito de divorcio de considerarse acreditado el supuesto normativo a que se refiere dicho precepto y que fue causa de su reconocimiento. No obstante, cuando la pensión por desequilibrio se haya

fijado por los esposos de común acuerdo en convenio regulador lo relevante para dilucidar la cuestión de su posible extinción sobrevenida es el valor vinculante de lo acordado, en cuanto derecho disponible por la parte a quien puede afectar, regido por el principio de la autonomía de la voluntad».

Si la anterior doctrina se aplica al caso de autos el motivo no puede ser estimado, pues la interpretación que hace la parte recurrente de la cláusula 11.ª del convenio regulador de 27 de diciembre de 1991 no puede conducir a extraer el resultado pretendido. Es cierto que ambos cónyuges pactaron que el convenio de esa data, acordado para la separación conyugal sería válida para el posterior proceso de divorcio, pero también es cierto que ello se encontraba estrechamente entrelazado con el compromiso de ambos cónyuges, contenido en la misma cláusula de tramitar demanda de divorcio una vez transcurrido un año desde la interposición de la demanda de separación, lo que, a todas luces, no se ha cumplido, por avatares matrimoniales entre los cónyuges.

Ausencia de interés casacional.—Se alega interés casacional porque la SAP de Vizcaya (sección 4.ª) se opone a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con infracción de los artículos 97 y 101 CC, advirtiendo que el recurrente pretende que la Sala valore circunstancias fácticas que resultan acreditadas de la prueba documental, declaraciones de las partes en el acto del juicio oral y testificales de los hijos del matrimonio, que no han sido tenidas en cuenta por la sentencia recurrida.

La Sala declara la inadmisión del motivo, que en esta fase procesal supone su desestimación. La parte recurrente se centra en alterar la base fáctica de la sentencia. Se debe recordar que es doctrina constante de la Sala que la casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por los Tribunales de apelación, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho, que ha de ser respetada. Como consecuencia de lo cual, y aquí no ha sucedido con fidelidad, en el recurso de casación se ha de partir necesariamente del respeto a los hechos declarados en la sentencia recurrida. Si se hubiese estado solo a las valoraciones jurídicas que hace el Tribunal de apelación de los hechos que declara en su sentencia, se habría de concluir que no ofrecen tacha de arbitrariedad o irracionalidad como para fundar un interés casacional, pues ambas sentencias, sobre todo la de primera instancia, a la que remite la recurrida, conocen y aplican la doctrina de la Sala.

Se desestima el recurso interpuesto por doña Pura contra la sentencia de 16 de mayo de 2016 dictada por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, confirmando la sentencia recurrida cuya firmeza se declara, imponiendo a la recurrente las costas del recurso. **(STS de 12 de marzo de 2019;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

NOTA.—El trasfondo fáctico permite plantear algunos interrogantes: En el caso ¿qué fue lo primero: el amor o el negocio en común? La notable prolongación temporal de estos últimos, hace dudar: ¿Es mejor que desde el origen se separen ambos efectivamente? Los negocios comunes ¿ayudan, perjudican o son indiferentes, a la hora de la crisis matrimonial? En el caso aquí resuelto, no resulta fácil de explicar que roto el matrimonio se prolonguen en el tiempo las iniciales relaciones negociales, sobre todo si se pactaron convenios reguladores que permitían una vida desahogada al grupo. En el presente caso pasan bastantes años hasta que las relaciones del grupo

familiar liquidan cuentas definitivas ¿Resulta explicable en el caso aquí resuelto, en el que, se espera a liquidar la empresa común para liquidar, en cuanto a los hijos, los efectos del divorcio ? (G. G. C.)

29. Unión de hecho: Cuidado de la hija común: Enfermedad psíquica de la madre y de la abuela materna.—El presente recurso trae causa de la demanda de juicio de modificación de medidas promovidas por el padre en el que interesaba, sustancialmente, la atribución al mismo de la guarda y custodia de la hija menor (nacida en 2008), con establecimiento de una pensión alimenticia con cargo a la madre. Formulada oposición por la madre, en su informe el Ministerio Fiscal interesó la adopción del cambio de la guarda y custodia solicitada, con establecimiento de una pensión alimenticia con cargo a la madre. En la causa consta la existencia de informe psico-social en el que se concluye la gran disposición del padre y de la abuela paterna para hacerse cargo de la menor, pudiendo atender a sus necesidades básicas, circunstancias que no concurren en la persona de la madre. En la sentencia de primera instancia se estima la demanda de modificación de medidas, considerando el Juzgado de Primera Instancia que la continuación de la custodia de la madre es inviable, a causa de su enfermedad, y que el padre y su entorno familiar ofrecen una mejor atención a la menor. La Audiencia Provincial de Granada estima el recurso de apelación, entendiendo que para la estimación de la pretensión ejercitada sería necesaria una «indispensable alteración sustancial de las circunstancias», y que «no apreciamos alteración sustancial de las circunstancias, a la vista de las fechas de los informes».

Por el padre demandante se interpone recurso de casación, fundado en un único motivo por infracción del artículo 90.3 CC, de acuerdo con su vigente redacción, que determina que procede la modificación de medidas «cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges», en relación con el interés del menor. Hay un cambio cierto en relación o con el interés de la menor, según afirma el Informe elaborado a instancia de los Servicios Sociales, tras requerimiento efectuado por el colegio donde la menor cursa estudios de 4.º de primaria. La STS de 24 de mayo de 2016, interpretando la última redacción del artículo 90.3 CC afirma que «las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial pero sí cierto». Admitido el recurso de casación el Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso.

La Sala afirma que la doctrina jurisprudencial citada en el recurso se completa con la establecida en STS de 27 de diciembre de 2017, que recoge el cuerpo de doctrina de la Sala sobre la cuestión que la parte recurrente le somete, y de ello el interés casacional del recurso. La nueva redacción del artículo 90.3 CC viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial, pero sí cierto (STS de 24 de mayo de 2016). Esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. Así se decidió en la STS de 17 de noviembre de 2015, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: (i) La menor

tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y a fecha de la sentencia tenía diez; (ii) los propios progenitores habían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado. También se decide en ese sentido en STS de 26 de diciembre de 2015, que valora que en el tiempo en el que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad. Añade que no se puede petrificar la solución de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. De todo ello se deduce que el transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. Por tanto no es preciso que el cambio de circunstancias sea sustancial sino que sea cierto e instrumentalmente dirigido al interés del menor.

Falta de valoración del informe pericial.—Basta con la lectura de la sentencia recurrida para apreciar que se desliga totalmente del interés de la menor, sin analizar el Informe emitido por el equipo psico-social, como sí lleva a cabo la sentencia de primera instancia. Este Informe, minucioso y detallado, fruto de una metodología concienzuda, se detiene en la enfermedad de su madre, de naturaleza psíquica, así como en la de la abuela materna, también psíquica aunque de menor entidad, y también en el rol del abuelo paterno. A continuación analiza la figura del padre y su entorno, destacando además la figura de la abuela paterna. Tras este estudio concluye en los términos que recoge la sentencia de primera instancia, en la que no se hace un reproche peyorativo de la madre, sino que el acento se pone en la enfermedad que padece, proyectada al interés de la menor. Por todo ello, el motivo ha de estimarse. (STS de 5 de abril de 2019; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Sentencia plenamente de aprobar, no solo en el fondo sino también en el aspecto formal. La edad de la menor hace posible que la hija común narre hechos sobre el comportamiento de su madre que han llegado a preocupar a los responsables del Colegio, originando el Informe que ha servido para alertar a éstos. Una interrogante: ¿no advertía los hechos el progenitor al ejercer el derecho de visita? (G. G. C.)

DERECHO MERCANTIL

30. Contratos de abanderamiento. Acuerdos fijación de precios: nulidad.—En lo que se refiere a la nulidad de los acuerdos por fijación directa o indirecta de los precios de venta [art. 81.1.º, apartado a), TCE; actual art. 101.1.a) TFUE], en relación a los contratos de abanderamiento, las cláusulas relativas a los precios de venta al público pueden acogerse a la exención por categorías prevista en el Reglamento CEE núm. 1984/83 si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y el revendedor tiene la posibilidad real de determinar el precio final de venta al público.

Acuerdos fijación de precios: imposición.—Los tribunales nacionales tienen la facultad de verificar, teniendo en cuenta el conjunto de obligaciones contractuales consideradas en su contexto económico y jurídico, si el precio de venta al público recomendado por el suministrador no constituye en realidad un precio de venta fijo o mínimo. Y, para ello, deben examinar si el revendedor tiene una posibilidad real de disminuir ese precio de venta recomendado. En particular, debe comprobar si tal precio de venta al público no se impone, en realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, como la fijación del margen de distribución del revendedor o del nivel máximo de las reducciones que puede conceder a partir del precio de venta recomendado, la formulación de amenazas, intimidaciones o advertencias, la previsión de sanciones o el ofrecimiento de incentivos.

Acuerdos fijación de precios: exención.—No es cierto que el mero hecho de fijar precios a un empresario económico independiente infringiera el artículo 81 del Tratado CE (hoy art. 101 TFUE). Muy al contrario, la jurisprudencia europea ha acordado que las cláusulas contractuales relativas a los precios de venta al público podían acogerse a la exención tanto del Reglamento núm. 1984/83 como del Reglamento núm. 2790/99, si el proveedor se limita a imponer un precio de venta máximo o a recomendar un precio de venta y si, por lo tanto, el revendedor tiene una posibilidad real de determinar el precio de venta al público. Debe recordarse que el artículo 4 del Reglamento 2790/1999 establece como una de las restricciones graves de la competencia, la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, pero lo hace sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta.

Acuerdos fijación de precios: período transitorio.—La jurisprudencia más reciente, asumiendo los postulados del TJUE, considera que cuando un acuerdo cumple los requisitos de exención previstos por el Reglamento núm. 1984/83, pero no los establecidos por el Reglamento núm. 2790/1999, hay que considerarlo excluido del ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, hasta el 31 de diciembre de 2001, en virtud del régimen transitorio previsto en el artículo 12 del Reglamento núm. 2790/1999, lo que rectifica expresamente la interpretación jurisprudencial anterior, relativa a que tal acuerdo siguiera estando excluido del ámbito de aplicación del artículo 81.1 TCE, por dicho Reglamento de exención, hasta el 31 de diciembre de 2006. Esto es, no cabe sumar al período transitorio previsto en el artículo 12.2 del Reglamento, otro período de una duración equivalente al máximo durante el cual un contrato que incluya una cláusula de no competencia puede estar exento en virtud del Reglamento núm. 2790/1999.

La denominada Cláusula inglesa: concepto.—Es una cláusula contractual de los acuerdos de marca única entre un proveedor y su cliente (por ejemplo, un minorista) que permite a este último comprar un producto a otros proveedores en condiciones más favorables, a menos que el proveedor «exclusivo» acepte suministrar el producto en las mismas condiciones ventajosas. A pesar de la mayor libertad de contratación de que goza el cliente, las cláusulas inglesas tienden a aumentar la transparencia entre los proveedores competidores y, por tanto, facilitan la colusión, particularmente cuando tales cláusulas obligan al cliente a revelar a su proveedor «exclusivo» el nombre de la fuente alternativa.

La denominada Cláusula inglesa: legalidad.—Las cláusulas inglesas deben examinarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, a fin de evaluar su conformidad con el derecho de competencia.

La denominada Cláusula inglesa: efectos.—El apartado 152 de la Comunicación de la Comisión sobre Directrices sobre Acuerdos Verticales establece que es previsible que la denominada «cláusula inglesa», que obliga al comprador a informar de cualquier oferta mejor y únicamente le permite aceptar tal oferta cuando el proveedor no puede hacer ofertas semejantes tenga el mismo efecto que una obligación de no competencia, especialmente cuando el comprador debe revelar quien hace la mejor oferta. Además, al incrementar la transparencia del mercado, puede facilitar la colusión entre proveedores.

La denominada Cláusula inglesa: imposición de cantidades.—La cláusula inglesa también puede funcionar como imposición de cantidades. La imposición de cantidades al comprador es una forma más débil de no competencia en la que los incentivos u obligaciones acordadas entre el proveedor y el comprador llevan a este último a concentrar gran parte de sus compras mínimas o de sistemas no lineales de establecimiento de precios, como los sistemas de rebajas en función de la cantidad, los sistemas de rebajas por finalidad o las tarifas duales (un canon fijo más un precio por unidad).

La denominada Cláusula inglesa: imposición de cantidades y no competencia.—La imposición de cantidades al comprador tiene efectos de exclusión similares, pero más atenuados que una obligación de no competencia. La evaluación de todas estas diversas formas dependerá de su efecto en el mercado. Además, las empresas dominantes no pueden emplear cláusulas inglesas o sistemas de rebajas por fidelidad. (**STS de 27 de marzo de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—Las mercantiles E. S. C. C., S.L. y C. E. S., S.A. suscribieron un contrato de arrendamiento de industria sobre una estación de servicio, por un plazo de diez años, que incluía la estipulación de la exclusiva de abastecimiento de carburantes, y se constituyó una hipoteca sobre la finca en que se ubica la estación de servicio. La representación procesal de E. S. C. C., S.L. interpuso demanda contra C. E. S., S.A. solicitando se declarase la nulidad del contrato de abanderamiento e imagen, asistencia técnica y comercial suscrito *inter-partes* y de la hipoteca. La parte demandada se opuso a la demanda. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 6 bis de Madrid estimó íntegramente la demanda declarando la nulidad de los contratos suscritos por considerar que se vulneraba el Tratado de la Unión Europea y condenó a la demandada a indemnizar a la actora. La sentencia de instancia fue recurrida en apelación por la parte demandada, la parte actora se opuso al recurso e impugnó la sentencia de instancia por disconformidad con el importe de la indemnización que le había sido concedida. La sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó la impugnación, pero solo en el sentido de considerar que la sentencia de primera instancia había sido incongruente, también estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia desestimando la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que el *Real Decreto 1464/2018, de 21 de diciembre*, que desarrolla el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores y supone la última fase de la trasposición de MiFID II (*Markets in Financial Instruments Directive II*) al ordenamiento jurídico español. Este real decreto responde a los principios

de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. Por lo que se refiere a los principios de necesidad y eficacia, es uno de los instrumentos óptimos para llevar a cabo la transposición parcial del paquete regulatorio MiFID II, y dar así cumplimiento a las obligaciones del Reino de España en relación con la incorporación de normas de Derecho europeo a nuestro ordenamiento jurídico. En cuanto al principio de proporcionalidad, ciertamente la transposición del paquete regulatorio MiFID II, guarda el necesario equilibrio entre proporcionar un marco normativo adecuado, ágil y que favorezca el desarrollo y competitividad de nuestro sector financiero, por un lado; y garantizar la protección al inversor, que redundará en una mayor confianza en el sector financiero y un mejor desempeño por parte de este de las funciones que debe realizar en el conjunto de la economía española, por el otro. El principio de seguridad jurídica queda reforzado, en la medida en que el real decreto desarrolla reglamentariamente aquellas cuestiones que por su nivel de detalle o carácter eminentemente técnico deben ser reguladas en normas de rango reglamentario. La distribución de materias entre la ley y el reglamento mejora así el conocimiento y comprensión de la normas por parte de sus destinatarios, facilitando su interpretación y aplicación. En aplicación del principio de transparencia, tanto en la fase de consulta pública como en la de audiencia pública, los interesados tuvieron acceso al borrador del mencionado proyecto de real decreto, del que trae causa el actual real decreto, y a otros documentos de apoyo en la sede electrónica del Ministerio de Economía y Empresa, por lo que no se ha estimado necesario reproducir consulta pública y audiencia respecto del nuevo texto. El paquete regulatorio MiFID II tiene como objetivos: a) asegurar unos elevados niveles de protección de los inversores en productos financieros, especialmente de los inversores minoristas; b) mejorar la estructura organizativa y el gobierno corporativo de las empresas de servicios de inversión; c) aumentar la seguridad, eficiencia, buen funcionamiento y estabilidad de los mercados de valores; d) garantizar una convergencia normativa que permita la competencia en el marco de la Unión Europea y e) fomentar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los mercados de capitales. Esta regulación entró en vigor el 19 de enero de 2019. (*N. D. L.*)

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de Justicia, editada en colaboración con la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Tiene una periodicidad trimestral. Su ámbito es el Derecho civil, en todas sus manifestaciones, así como otras materias conexas a él, dentro del Derecho privado. Consta de las siguientes secciones: estudios monográficos, estudios de derecho extranjero, estudios legislativos, estudios jurisprudenciales, cuestiones actuales; vida jurídica; crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión europea; bibliografía (notas críticas, libros, revistas); jurisprudencia (sentencias comentadas, notas a sentencias, extractos de sentencias).

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

1. Envío de originales:

Los trabajos presentados serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Los autores remitirán sus trabajos en formato electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: adc@mjusticia.es

2. Formato:

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo *times new roman* en un cuerpo de 12 puntos para el texto principal y las notas al pie de página en un cuerpo de 10 puntos. Con interlineado sencillo y sus páginas estarán numeradas.

Como regla general, la extensión total de los trabajos será entre veinte y noventa páginas. No obstante, podrán publicarse trabajos de mayor o menor extensión si su contenido lo justifica.

En la primera página se incluirá el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o de la autora y su filiación académica o profesional. El trabajo ha de tener, a continuación, un resumen, que de modo sintético dé cuenta de su finalidad y contenido básico, y luego unas palabras claves. A continuación, el título, el resumen y las palabras claves en inglés. Las palabras claves irán separadas por un punto, tanto si son palabra, frase o expresión.

Después, ha de contener un sumario con los epígrafes en los que se estructura el trabajo.

Las referencias bibliográficas que ha de contener el trabajo, se harán del siguiente modo, pero solo en lo que respecta a la bibliografía final del trabajo:

— Libro: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.

— Capítulo de libro: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo», en *Conferencias en Homenaje al Profesor Federico de Castro y Bravo*, dir. Luis Díez-Picazo, Madrid, 1997, pp. 9-19.

— Artículo de revista: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, pp. 967-1086.

En cuanto a las referencias bibliográficas en nota a pie de página, solo se incluirán los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, año de publicación (si es un libro) y la/s página/s (p., o pp.), y si se trata de un artículo de revista, los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, la abreviatura de la revista, y año, y la/s páginas/s (p., o pp.).

En cuanto a abreviaturas: la de la palabra «artículo», procederá si figura entre paréntesis («art.»); en caso contrario, dicha palabra se transcribirá en su totalidad; cuando proceda abreviar la mención del Código civil, procede realizarla de la siguiente manera: «CC»; y cuando proceda abreviar la mención a Constitución española, procederá realizarla de la siguiente manera: «CE».

Podrán ser inadmitidos, sin necesidad de evaluación, los trabajos que no reúnan los requisitos anteriores. El trabajo se devolverá al autor o a la autora para su subsanación.

3. Proceso de admisión, evaluación y publicación:

La evaluación de los trabajos admitidos será realizada por evaluadores externos al Consejo de redacción de la revista, especialistas en la materia, por el sistema de pares ciegos, manteniendo rigurosamente el anonimato, tanto del autor o de la autora como de los evaluadores.

Emitidos los informes por las personas que han realizado la evaluación, el autor o la autora del trabajo recibirá comunicación por correo electrónico sobre el resultado de la evaluación con los correspondientes informes. El resultado puede ser:

— Valoración favorable, cuando ambos informes lo fueren.

— Valoración favorable, aunque con la necesidad de realizar modificaciones, como condición para la publicación del trabajo.

— Valoración desfavorable, si ambos informes lo fueren. Esto conlleva la no aceptación del trabajo.

En caso de discrepancia en los informes de evaluación, la revista decidirá si procede enviarlo a un tercer evaluador o evaluadora externos al Consejo de redacción, cuya decisión favorable determinará la aceptación del trabajo.

4. Cesión de derechos:

A los autores y las autoras, cuyos trabajos hayan sido aceptados para su publicación, se les facilitará, por correo electrónico, el contrato de cesión de

derechos de explotación al Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaría del Anuario: adc@mjusticia.es. Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

5. Corrección de pruebas de imprenta:

El autor y la autora del trabajo seleccionado para publicar en la revista se comprometen a corregir las pruebas en el plazo y con el método que se le indique.