

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

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

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Nicolás DÍAZ DE LEZCANO (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Gabriel GARCÍA CANTERO (Universidad de Zaragoza), Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Carmen JEREZ DELGADO (Universidad Autónoma de Madrid), Sebastián LÓPEZ MAZA (Universidad Autónoma de Madrid), Gemma MINERO ALEJANDRE (Universidad Autónoma de Madrid), Carlos ORTEGA MELIÁN (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Isué VARGAS BRAND (Universidad Autónoma de Madrid)**

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

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

1. Retraso desleal: fundamento.–El retraso desleal opera necesariamente antes del término del plazo de prescripción extintivo de la acción y encuentra su específico fundamento de aplicación como una de las formas

típicas de los actos de ejercicio extralimitado de los derechos que suponen una contravención del principio de buena fe (art. 7.1 CC).

Retraso desleal: requisitos.—La jurisprudencia considera que la aplicación del retraso desleal requiere, aparte de la natural omisión del ejercicio del derecho y un transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del crédito. Confianza que debe surgir, necesariamente, de actos propios del acreedor a tal efecto. (STS de 1 de abril de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La representación procesal de la mercantil BBVA S. A. interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia Número 13 de Bilbao demanda contra don G., doña A. y la herencia yacente de doña D. La demanda plantea la reclamación por la mercantil BBVA, SA de cantidades como responsabilidades pendientes de pago del préstamo hipotecario, en su día ejecutado, frente a los fiadores don G., doña A. y la herencia yacente de doña D., como cantidades que no percibió la demandante después del procedimiento de ejecución hipotecaria, la reclamación, no se dirige a los también fiadores don V. y doña R., a los que la entidad bancaria actora exime mediante el correspondiente pacto, por lo que se reclama el 60% de la deuda existente, correspondiendo el 40% a los fiadores así liberados. La sentencia de instancia estimó la demanda condenando solidariamente a los demandados al pago de las cantidades reclamadas. La parte demandada presentó recurso de apelación, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bilbao estimó el recurso de apelación revocando la sentencia de instancia y absolviendo a los demandados de las pretensiones ejercitadas contra ellos. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la estimación parcial del recurso de casación. (N. D. L.)

DERECHO DE LA PERSONA

2. Derecho al honor y libertad de información: Veracidad, relevancia pública de la información y publicación en un medio institucionalizado de prensa.—El primer criterio constitucional de resolución de conflictos entre el derecho al honor y la libertad de información es el de la veracidad de la información, entendiéndose por tal la que lo es en esencia, aunque contenga errores no sustanciales. También ha de tomarse en consideración que la información se haya transmitido por un «medio institucionalizado de prensa». Siendo así, es legítimo el ejercicio del derecho a la libertad de información si ésta, además de veraz, es de relevancia pública. Es suficiente para considerar la concurrencia de este último requisito la relevancia del sujeto aludido en el ámbito al que se dirige el medio de comunicación. (STS de 5 de mayo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Habiéndose publicado en un diario económico la noticia de la situación de fraude fiscal de un financiero de cierta relevancia en el sector, éste interpuso demanda, frente al periodista

y al diario, exigiendo se declarase la intromisión ilegítima en su honor, además de la condena a la publicación de la sentencia, y una indemnización por el daño moral. En Primera Instancia se estimó parcialmente la demanda, reduciendo el montante de la indemnización solicitada. La Audiencia Provincial de Madrid, sin embargo, desestimó la demanda, por considerar que la información era veraz, ya que las expresiones *embargo* y *sanción* empleadas en el artículo constituían simples inexactitudes que no afectaban a la esencia de la información (la información exacta –que aparecía también citada voluntariamente– era que el financiero demandante había hipotecado voluntariamente un inmueble a favor de la Agencia Tributaria como garantía del pago aplazado de una deuda tributaria). El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia. (C. J. D.)

3. Incapacitación: Caracteres del procedimiento: Prueba: Convención de Nueva York de 2006.—En la sentencia de incapacitación, el Juez, después de valorar la prueba practicada, entre las que se encuentran la exploración judicial, el informe médico forense y lo relatado por los testigos que cuidan y atienden de Ana, apreció que ésta sufre una demencia senil, con deterioro cognitivo leve que, además de manifestarse en una falta de orientación temporal, le afecta a la capacidad de valerse por sí misma, porque necesita atención para su cuidado personal y para administrar sus bienes. Entre otras cosas, no puede realizar las operaciones de cálculo elementales cuando pretende comprar algo. El Juez deja constancia de que el único medio de prueba aportado de contrario, un informe del psiquiatra Dr. Eugenio, quedó desvirtuado por la propia comparecencia de su autor y por la exploración judicial. En el informe se manifiesta que tan solo había tenido en cuenta la entrevista clínica, y no la información médica de la paciente. En relación con la capacidad de administrar sus bienes, el informe refiere que la paciente es capaz de realizar pequeñas sumas y restas, y en la exploración judicial quedó constante de que esto no es así, pues el Juez preguntó a Ana «qué cambio le tenían que dar en caso de comprar una barra de pan que valía 68 céntimos, cuando se había entregado un euro», y no supo qué contestar. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia para justificar el nombramiento del hijo Ceferino como tutor, atiende a las siguientes razones. Los parientes más próximos llamados por la ley para hacerse cargo de la tutela son los dos hijos de la incapacitada, Ceferino y Luz. De los dos, la persona más idónea para garantizar el cuidado y atención de la madre es Ceferino, que es quien más se ha preocupado de ella desde que fue ingresada en la residencia donde se encuentra, la visita entre semana y la lleva al médico. En la residencia, cualquier problema o cuestión relativa al cuidado de Ana se la trasladan a su hijo Ceferino. En el parte de quejas y reclamaciones de la residencia consta que la hija se llevó a la madre a su casa para pasar un domingo sin esperar a que la enfermera le preparara la medicación para la comida ni darle la insulina, y que la devolvió sin haberle dado de cenar ni avisar la hora de llegada, provocando que a la paciente le hubiera subido mucho la glucosa. Aunque Luz ha denunciado que su hermano tenía un conflicto de interés con su madre, que constituía causa de inhabilidad para hacerse cargo de la tutela, no ha quedado constancia del mismo.

La Sentencia de la Audiencia Provincial confirmó la del Juzgado de Primera Instancia. Después de realizar la exploración de Ana, recabar un nuevo informe forense y oír nuevamente a los parientes más próximos, y tras valo-

rar la prueba corroboró que Ana se encuentra afectada por una demencia senil de tipo vascular, según el diagnóstico del Forense, de grado leve; tiene reconocida una minusvalía del 90%; carece de movilidad propia, al necesitar una silla de ruedas, y, además, precisa del cuidado de otra persona para realizar las áreas más elementales de cuidado personal, alimentación y para tomarse la medicación; está orientada en el espacio; si bien goza de cierta autonomía, esta sólo es posible en un entorno protegido como el de la residencia; carece de las mínimas habilidades para una vida independiente, lo que le impide vivir sola; tiene limitaciones que le impiden administrar bienes y realizar compras.

La madre interpone recurso extraordinario por infracción procesal al haberse denegado en apelación la prueba pericial psiquiátrica del Dr. Eugenio y la prueba psicológica de la Sr.^a Raimunda, peritos que habían sido citados a la vista ante la Audiencia Provincial pero que no se permitió su declaración.

La Sala constata que el tribunal de instancia, a pesar de la prueba denegada, manifiesta que ha cumplido con la prueba establecida en el art. 759 LEC, y también ha interrogado a las personas que cuidan la residencia en la que se encuentra en la actualidad la Sr.^a Ana. En este contexto en el que impera la discrecionalidad del tribunal de instancia, quien ha motivado la valoración de la prueba y cómo ha llegado a la convicción de que la Sr.^a Ana no está en condiciones de regirse por sí misma, y precisa de alguien que no sólo le asista en las tareas más elementales, sino también que le represente en sus intereses personales y patrimoniales, la decisión de no oír al Dr. Eugenio y la psicóloga Sr.^a Raimunda, en la vista acordada por el Tribunal de apelación para examinar a la Sr.^a Ana, no constituye una grave infracción que provoque la nulidad del proceso. La audiencia de estos dos facultativos no resultaba determinante, en atención al resto de las pruebas practicadas y porque sus informes habían sido ya aportados a los autos.

La prueba en los procesos de incapacitación está sujeta a unas reglas especiales, recogidas en los capítulos primero y segundo del Título Primero, del Libro IV de la LEC, que deben ser interpretadas de conformidad con la Convención de Nueva York de 13 diciembre 2006. El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica. El art. 200 CC, y el art. 760.1 LEC, deben ser interpretados bajo la consideración de que la persona con discapacidad «sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección» en la medida en que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga en su autogobierno, y, por ello, en tanto no le permitan ejercer sus derechos como persona (SSTS 282/2009, de 29 abril y 341/2014, de 1 julio).

La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna duda, si puede actuar por sí misma o si preci-

sa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento de una representación, para todas o para determinadas actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en que medida precisa una protección y ayuda. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona (STS 341/2014, de 1 julio).

En estos procedimientos no rigen las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos (Art. 752.2.º, último inciso LEC). El Juez goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada, que deberá justificar en la motivación de la sentencia, en la que habrá de exponer cómo ha llegado a aquella determinada convicción psicológica.

En el presente caso procede desestimar el motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

Demencia senil leve: No está justificada la incapacitación total a la luz de la Convención de Nueva York de 2006.—Entrando en el examen del recurso de casación basado en la infracción de los arts. 200 y 222 CC, y de los arts. 18, 19 y 20 de la Convención de 2006, procede su estimación pues las limitaciones de la Sr.^a Ana no justifican la incapacitación total para la adopción de las medidas de protección que realmente precisa a la luz de la Convención de Nueva York.

En efecto, según la doctrina jurisprudencial mencionada la privación de todos o parte los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección, cuyo funcionamiento exige algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y, sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre la personalidad. Esto comporta que pueden producirse: a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica; y b) la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello, la incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado. Lo anterior se traduce en que la incapacitación debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad, y, en la medida de lo posible, en la realización de un traje a medida.

Por sí una demencia senil leve, la falta de movilidad, la sordera y una minusvalía administrativa del 90%, no tienen por qué determinar la incapacitación total de la persona. Justificarán la causa de incapacitación en la medida en que afecten de forma efectiva a la capacidad de autogobierno, en cuanto impidan o limiten el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad

de realizar juicios de conveniencia, o anulen o mermen la voluntad. Y todo ante la necesidad de dotar de protección a la persona afectada por la incapacidad, tratando de preservar al máximo el ejercicio de sus derechos y libertades. Si revisamos la descripción de la situación de discapacidad de Ana que se contienen en la sentencia recurrida y corrobora la expuesta en la sentencia de primera instancia, y que en ambos casos ha servido para declarar su incapacidad total, se advierte una contradicción, pues podían haberse preservado los espacios de autonomía que se le reconocen, aunque sea en un entorno protegido. No consta que el deterioro cognitivo sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona, sobre todo en lo relativo a la libertad de ambulación. En concreto, si prefiere seguir viviendo en su caso con una persona que le asista, o en una residencia. El hecho de que carezca de movilidad y necesite de una silla de ruedas, y el que precise de alguien que le cuida para cubrir sus necesidades personales asistenciales y para su cuidado médico, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión.

En el plano patrimonial es más claro que al carecer de capacidad de cálculo, tiene graves dificultades para administrar sus bienes, lo que, sin embargo, no justifica que se anule totalmente su capacidad de decisión sobre a qué destinar sus medios económicos. A este respecto, necesite de alguien que administre sus bienes y complemente su capacidad.

La consecuencia de la estimación del motivo de casación no es que asumamos la instancia y resolvamos sobre la capacidad de Ana, pues para ello sería necesario practicar su exploración judicial ante este tribunal. Parece más conveniente, remitir los autos a la Audiencia Provincial para que vuelva a resolver teniendo en cuenta lo que acabamos de resolver. **(STS de 13 de mayo de 2015; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

NOTA.—Sentencia de indudable valor pedagógico, en la línea interpretativa de la fundamental STS de 29 de abril de 2009 y otras posteriores, profundizando en el propósito de incorporar a nuestro ordenamiento, —dijérase que en la mayor medida posible—, el espíritu y el propósito del Convenio de 2006. Notable también por tener que casar las sentencias concordes de ambas instancias, con ulterior riesgo, sin embargo, de prolongar temporalmente (el proceso dura ya un quinquenio) una situación poco favorable a la discapacitada, a la que indudablemente se trata de aliviar. Por su trascendencia he recogido también la argumentación para rechazar el recurso extraordinario por infracción procesal sobre la prueba.

Parece un *lapsus* la referencia en el encabezamiento de la sentencia, extractada a los «autos de incapacidad y declaración de prodigalidad», ya que este último término no vuelve a aparecer en la sentencia y la argumentación gira siempre en torno a incapacidad y discapacidad. Resulta evidente que las relaciones entre los hermanos respecto de la madre no eran buenas a la sazón, aunque no consta si el ingreso previo de ésta en una residencia se hizo, o no, de acuerdo entre ellos. En todo caso es el Fiscal quien en 2010 presenta ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Picassent una demanda de juicio especial sobre determinación de la capacidad jurídica, medios de apoyo y salvaguardias adecuadas y efectivas para su ejercicio por D.^a Ana. Paralelamente su hijo Ceferino solicita ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de la misma locali-

dad, demanda de incapacitación contra su madre solicitando ser nombrado tutor de la misma, petición a la que ésta se opone, excluyendo subsidiariamente que sea tutor el hijo y proponiendo, en su caso, a su hija Luz o a una institución. No se dice, pero parece lógico, que ambas demandas se acumularon procesalmente.

Prima facie parece poco fundado que una demencia senil leve autorice a declarar la incapacidad total del afectado, lo mismo que otras circunstancias personales concurrentes (sordera, falta de movilidad, minusvalía administrativa de 90%, etc), si bien la sentencia diferencia claramente la esfera del ejercicio de los derechos fundamentales de la discapacitada y la de su libertad de decisión, respecto del ejercicio de los derechos puramente patrimoniales. La inicial y posible opción de ingreso en una residencia o la de permanecer en su domicilio asistida, parece que no se contempló en las actuaciones de este caso. El conflicto jurídico surge entre la madre y el hijo, aunque en segundo plano está la hija, que cuenta con las simpatías de aquélla y que, evidentemente, deberá ser tomada en consideración por la Audiencia Provincial. El paradigma legal de la medida de protección como «traje a medida», es de uso generalizado por su facilidad de comprensión por todos los ciudadanos. Por mi parte preferiría utilizar una expresión técnicamente más jurídica (por ej. «instrumento de protección más personalizado» que evita cierto riesgo de vulgarización). (G. G. C.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

4. Nulidad del contrato por ilicitud de la causa. La causa en sentido subjetivo: los motivos «causalizados» como causa del contrato.—Los móviles subjetivos de cada parte contratante adquieren relevancia jurídica cuando son reconocidos y exteriorizados por ambas partes contractuales y se convierten en el elemento determinantes de las concordes declaraciones de voluntad, como el propósito empírico común que se identifica, en ese plano subjetivo, con el elemento causal del negocio.

La ilicitud de la causa del artículo 1275 CC.—La ilicitud de la causa, en el caso de los motivos causalizados, puede derivar de la contravención de una norma legal o de la moral, entendida ésta en el sentido de convicciones éticas sobre las relaciones imperantes en cada momento.

Autocontrato.—El autocontrato existe cuando se celebra el contrato con un único declarante que adopta la posición de las dos partes: de una, obrando en su propio nombre; y de otra, haciéndolo en el de tercero. También se produce cuando la persona que perfecciona el contrato representa a las dos partes de la relación.

Validez del autocontrato en el que hay una previa autorización.—Al haber facultado el órgano de administración de la sociedad a la persona física, que la representó en el contrato, para que pactara en los términos en que lo hizo hay que excluir la posibilidad de conflictos de intereses que invalidarían la autocontratación. (STS de 17 de marzo de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—Una sociedad mercantil constituye, sobre un inmueble de su propiedad, un usufructo a favor de la presidenta del consejo de administración de la citada sociedad. El contrato de constitución lo celebra la hija de la beneficiaria, en representación de la sociedad, y la mencionada presidenta usufructuaria. Uno de los accionistas, que mantiene procesos judiciales abiertos contra la usufructuaria y sus hijas sobre el control de la sociedad, impugna la constitución de dicho usufructo. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron la solicitud de nulidad del usufructo. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (C. O. M.)

5. Contrato de abanderamiento de estación de servicio. Naturaleza jurídica.—Los contratos celebrados en torno al abanderamiento de una estación de servicio constituyen lo que se ha denominado «complejo negocial» «relación jurídica compleja» «relación contractual compleja» o «entramado contractual». Se caracterizan en que aún consistiendo en una sucesión de diversos negocios jurídicos, cada uno con una causa propia, son contratos conexos, responden a una misma finalidad, comparten una misma base del negocio y su consideración global determina el equilibrio de las prestaciones. En dicha relación compleja las atribuciones patrimoniales hechas en cada uno de los negocios jurídicos no pueden explicarse si no se toma en consideración los demás negocios y la finalidad común a todos ellos.

Declaración de nulidad de uno de los contratos y extensión al resto de los negocios que componen el complejo contractual. Necesidad de practicar una liquidación.—La declaración de nulidad de alguno de los contratos de la relación negocial, dada la naturaleza conexas de los diferentes negocios que componen este tipo de contratos, determina que no puedan quedar subsistentes las atribuciones patrimoniales realizadas en ejecución de aquellos otros negocios integrados, pues de otro modo no podría conseguirse el restablecimiento de la situación económica previa a la declaración de ineficacia, que constituye la finalidad propia de la nulidad contractual. Para restablecer ese equilibrio económico entre las partes debe tenerse en cuenta la inversión realizada, y no amortizada, para poner en marcha el funcionamiento de la estación de servicio, siendo relevantes para el cálculo de la parte de la inversión que ha de considerarse amortizada, y que por tanto hay que compensar con los importes a restituir por las atribuciones patrimoniales recibidas, las cantidades que la distribuidora pagó por el combustible suministrado por encima de los precios medios de suministro de la zona. (STS de 10 de marzo de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—Dos entidades mercantiles, una compañía petrolera y la que luego sería la explotadora de un área de servicio, celebraron de forma sucesiva varios contratos con la finalidad de poner en marcha la explotación de una estación de servicio. El primer contrato se celebró en septiembre de 1991 y quedó extinguido cuando, en ejecución del mismo, se celebraron los contratos posteriores. En cumplimiento del primer negocio la explotadora del servicio recibió 642.021,90 euros como ayuda financiera para poner en marcha la estación. Los negocios posteriores, de diciembre de 1992, consistieron en: constitución de un derecho real de superficie, cesión y venta de derechos de construcción y contrato de cesión de la explo-

tación de la estación de servicio, arrendamiento de industria y exclusiva de abastecimiento. Pasado un tiempo, la entidad petrolera instó judicialmente la declaración de nulidad de la constitución del derecho de superficie y de los contratos de arrendamientos de industria y exclusiva de abastecimiento. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y, respecto a la explotadora del servicio, la condenó a devolver las atribuciones patrimoniales recibidas tanto del primer contrato de 1991 como de los contratos posteriores. La Audiencia Provincial revocó la sentencia en el sentido de condenar a la demandada a restituir sólo las cantidades recibidas por los contratos de 1992. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia sigue el criterio establecido por la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. En aquel caso también se declaró, a consecuencia de la ineficacia sobrevinida de la cláusula de duración de la exclusiva en el suministro, la nulidad de todo el entramado contractual. (C. O. M.)

6. Contratos. Excusabilidad del error en el consentimiento. Anulabilidad del contrato de compraventa.—La jurisprudencia —entre otras, SSTS 12 de noviembre de 2004, 13 de febrero de 2007 y 13 de mayo de 2009— sobre los requisitos del error, ha interpretado que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1266 CC, para que el error sea invalidante del consentimiento, además de ser esencial, debe ser excusable, es decir, aquel que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega. Sin embargo, el Alto Tribunal señala que la inexcusabilidad de error —que impide la anulabilidad del contrato— es una medida de protección para la otra parte contratante, en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que escapaba a sus previsiones (empleando una diligencia media o regular), pero la inexcusabilidad del error nunca podrá beneficiar a quien precisamente ha provocado conscientemente la equivocación de la otra parte. Pese al silencio del artículo 1266 CC, la excusabilidad del error es un elemento exigido por la jurisprudencia (entre otras, SSTS 7 de abril de 1976 y 14 de febrero de 1994). Por tanto, de acuerdo al principio de buena fe, se debe tomar en consideración la conducta de quien sufre el error, determinar si le era exigible cierta diligencia en las circunstancias concurrentes por las que habría conocido lo que al contratar ignoraba, sin que dicha diligencia implique una investigación que supere la normalidad, pese a su condición profesional (STS de 18 de noviembre de 2014). (STS de 5 de marzo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La comunidad R, titular de la acequia V, interpone demanda contra la mercantil B, solicitando el cumplimiento del pago del precio pendiente del contrato de compraventa suscrito por las partes, relativo a los terrenos ocupados por los cauces, cajeros y márgenes de la acequia V. La compradora, la mercantil B, se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló reconvencción contra la comunidad R, en la que solicita la nulidad y resolución (sic, pese a la imprecisión terminológica) del contrato de compraventa, por la existencia de error en la cosa vendida (en cuanto a la extensión y la situación urbanística, que hace inviable el interés contractual de la parte

compradora) y, por tanto, vicio del consentimiento, que hace anulable el contrato de compraventa.

En su sentencia de 29 de diciembre de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcira desestima la demanda y estima íntegramente la reconvencción. El Juzgado declaró nulo de pleno derecho, resuelto y extinguido el contrato de compraventa suscrito entre la comunidad R y la mercantil B. Tras valorar las pruebas, el Juez de primera instancia concluye que «se produjo en la sociedad compradora un error invalidante de su consentimiento»: primero, por ser el objeto del contrato únicamente la acequia V, segundo, porque la superficie de la misma es muy inferior a la fijada en el contrato, tercero, consideró que el contrato comprendía además otra acequia y, cuarto, porque el plano que se consideró íntegramente en el contrato confirma el error de la compradora.

En la sentencia del 1 de febrero de 2013, la Audiencia Provincial de Valencia desestima el recurso de apelación interpuesto por la comunidad R y confirma íntegramente la resolución de la primera instancia. En su sentencia la Audiencia Provincial señala que la excusabilidad del error no puede tenerse en cuenta ya que la situación urbanística de la acequia se informó de tal manera que hacía entender que su aprobación iba a ser casi que inmediata y que dependía de aspectos formales, cuando en verdad algunas de sus correcciones eran sustanciales. Por otro lado, considera que era imposible para alguien ajeno a la comunidad R identificar el objeto del contrato debido al trazado sinuoso de la acequia, pues en este caso no se trataba de un solar o una finca bien delimitados. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la comunidad R.

NOTA.—Existen muchas sentencias que se refieren a la exigencia de la excusabilidad del error como invalidante del consentimiento (SSTS 21 de junio de 1978, 7 de julio de 1981, 26 de octubre de 1981, 4 de enero de 1982, 12 de junio 1982, 15 de marzo de 1984, 7 de noviembre de 1986, 27 de enero de 1988, 6 de noviembre de 1996, 30 de septiembre de 1999, 12 de julio de 2002 y 24 de enero de 2003). La inexcusabilidad del error, como causa que permite al otro contratante impedir la anulación del contrato, está recogida en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2009 (art. 1298.3 PM). Otra causa para impedir la anulación del contrato, que se recogió en el mismo apartado del artículo 1298.3 PM, ha sido la existencia de una regla contractual que reparta el riesgo de error de un modo diferente del que resulta del régimen general del mismo. Para ampliar dicha información, véase Morales Moreno, Antonio Manuel, «De nuevo sobre el error», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 55, 2015, 713 –744, pp. 721 y ss. (I. V. B.)

7. Contratación de productos financieros complejos. Error en el consentimiento derivado de una información insuficiente. No procede cuando el contratante presenta un perfil de inversor experimentado.—La demandante actuó siempre a través de su hijo, convenientemente apoderado para ello, el cual intervino muy activamente en la conformación del pro-

ducto deseado, hasta el punto de que éste se constituyó siguiendo expresas instrucciones del interesado. Por tanto, es respecto del mandatario, y no de la mandante, de quien hay que valorar si hubo o no error. Si éste cumplió mal su encargo o no supo trasladar fielmente los riesgos de la operación a su mandante, es cuestión que afecta al cumplimiento del mandato y a la eventual responsabilidad contraída por su defectuosa ejecución. Pese a la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender esta clase de productos, resultan infundadas las pretensiones de anulación por vicio del consentimiento cuando el contratante, aunque posea la consideración legal de minorista, tiene el perfil de inversor experimentado y la información que se le ha suministrado, aun cuando pudiera no ser suficiente para un inversor no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros, como era el caso del hijo de la demandante. (STS de 23 de abril de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Doña N., actuando a través de su hijo don G., el cual contaba con un poder suficiente para ello, contrató con la empresa de inversiones A., S. A., el asesoramiento y la búsqueda de determinado producto para invertir. A este fin G., con amplia experiencia en las inversiones financieras de riesgo, solicitó a la mediadora la constitución de un producto denominado «bono estructurado autocancelable semestral», a semejanza de otros utilizados por ciertas entidades bancarias, para lo que G. impartió las instrucciones adecuadas. En dicha operación invirtió un millón de euros, de los cuales 700.000 procedían de un préstamo garantizado mediante la pignoración del propio bono. Poco después de suscribir la mencionada operación la entidad emisora y garante del bono (Lehman Brothers) entró en bancarrota. Doña N. demandó entonces a la entidad A., S. A. mediante el ejercicio de una acción de anulación por error en el consentimiento para que se le reintegrara el millón de euros invertido, al considerar que no se le había informado adecuada y suficientemente de los riesgos de la operación. Subsidiariamente ejerció una acción de indemnización por incumplimiento de las obligaciones de la mediadora de informar en los términos del art. 79 bis LMV. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron íntegramente la demanda, al entender que el conocimiento y la experiencia del mandatario, hijo de la actora, en esta clase de negocios determinaron que la información suministrada fue suficiente y adecuada. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

8. Contratos. Condiciones generales de la contratación. Nulidad. El régimen de nulidad por abusividad de las cláusulas no negociadas individualmente es aplicable únicamente a los consumidores y usuarios.—La nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, es decir, cuando se ha obligado con base en cláusulas no negociadas individualmente. Por lo que cuando, como es el caso, el adherente no ostenta la condición de consumidor, aun tratándose de un contrato integrado por condiciones genera-

les, está excluido de la aplicación de la legislación protectora de los consumidores, por lo que no está sujeto al control de contenido o de abusividad, sino que se debe aplicar el régimen general del contrato por negociación (SSTS de 10 de marzo, de 7 de abril y de 28 de mayo de 2014).

Cláusula *rebus sic stantibus*. No es aplicable cuando la alteración de las circunstancias forme parte del riesgo normal inherente o derivado del contrato.—En el caso la vivienda fue adquirida para destinarla a una operación especulativa por una persona que se dedicaba profesionalmente a ello, sometándose a una situación de riesgo aceptado que no pueden luego intentar repercutir sobre la parte vendedora, la cual ningún beneficio obtiene de las ulteriores ventas. Por ello no es admisible que el comprador, tras haberse beneficiado de la espiral en la subida del precio de las viviendas que le permitió obtener importantes ganancias mediante operaciones especulativas, pretenda que sea el promotor-vendedor quien cargue con las pérdidas cuando tal espiral se ha invertido y los precios, tal como subieron, han bajado. Concorre en tal caso el riesgo normal o inherente al contrato, es decir los que por su expresa previsión o por su vinculación con la naturaleza de la actividad emprendida, forman parte de la relación obligatoria constituida a virtud del contrato (STS de 30 de junio de 2014). (STS de 30 de abril de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—La entidad PUL, S. L. vendió mediante documento privado una vivienda sobre plano a C., el cual se dedicaba empresarialmente a la compra de inmuebles en esta modalidad para luego revenderlos sin llegar a subrogarse en los contratos de financiación ni concertar otros nuevos, obteniendo como ganancia los notables y rápidos aumentos de un mercado alcista en pleno apogeo de la denominada «burbuja inmobiliaria». Sin embargo, la crisis económica determinó un giro de los acontecimientos que impidió a C. hacer frente al pago de todas las adquisiciones que tenía en cartera, la mayoría de las cuales no pudo revender; por lo que desatendió la obligación de pago que tenía con PUL, S. L. Ésta interpuso demanda solicitando el abono de las cantidades pendientes según el contrato y el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa. El demandado se opuso y reconvino la nulidad del contrato merced a la utilización por la vendedora de cláusulas abusivas, por lo que solicitó se le devolviera las cantidades que ya había abonado. Subsidiariamente alegó la alteración sustancial e imprevisible de las circunstancias existentes al tiempo de concertar el contrato, por lo que pidió una modificación del mismo con aplazamiento del pago de la deuda contraída. El Juzgado de Primera Instancia estimó la reconvencción y declaró la nulidad del contrato. La Audiencia Provincial de La Rioja acogió el recurso de apelación de la actora y estimó la demanda principal, condenando al comprador a cumplir lo convenido. El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación. (L. A. G. D.)

9. Control de la abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores.—Corresponde al Juez el control de la abusividad de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos celebrados con consumidores: El ejercicio de esta función se concreta en la obli-

gación del Juez de declarar la nulidad de la cláusula abusiva. Por el contrario, el ejercicio de esta función no consiste en moderar el interés fijado, modulación que no corresponde realizar al Juez en relación con las cláusulas abusivas. En los contratos no negociados celebrados con consumidores, el empresario está obligado por «especiales deberes de configuración del contrato», que se concretan en respetar –conforme a la buena fe– un equilibrio justo de las prestaciones. El incumplimiento por el empresario de este deber justifica que, ante la existencia de una cláusula abusiva, no proceda ni aplicar el principio *pacta sunt servanda* ni el principio de autonomía de la voluntad para salvar la eficacia de la misma.

Carácter abusivo de la cláusula contractual: Especial consideración de la abusividad del interés de demora en los préstamos personales (no hipotecarios).—Una cláusula contractual es abusiva cuando existe una desproporción entre la indemnización por incumplimiento impuesta al consumidor y el quebranto patrimonial causado al empresario. Dado que en España no existe límite legal a los intereses de demora de préstamos personales, el Tribunal Supremo considera que el criterio más acertado para definir el carácter abusivo del interés de demora es contrastarlo con la previsión de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 576) para la fijación de los intereses de la mora procesal.

Prueba del carácter negociado de las cláusulas (particular alusión a la contratación bancaria).—Los contratos celebrados en el ámbito de la contratación bancaria se caracterizan por contener cláusulas redactadas e impuestas por el banco al particular. Corresponde al empresario la prueba del carácter negociado de las cláusulas, sin que sea suficiente para ello la presencia del Notario en la conclusión del contrato: El empresario deberá justificar las razones que le llevaron a la contratación individual y probar las contrapartidas que el consumidor en concreto obtuvo a cambio de insertar en el contrato cláusulas que favorecían claramente al empresario o profesional. (STS de 22 de abril de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Habiéndose interpuesto por el BS demanda de devolución del préstamo efectuado al demandado, con devengo del interés ordinario anual nominal del 11,80 % (TAE 14,23 %), más el interés de demora pactado con carácter indemnizatorio por un 21,80 % anual nominal, el Juez de Primera Instancia la estimó y declaró la obligación del demandado de devolver la cantidad prestada aplicando uno y otro tipo de interés. Recurrida la sentencia en apelación, por entender la parte demandada que el interés de demora era excesivo y podía considerarse abusivo, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife estimó el recurso y dictó sentencia declarando la obligación del demandado a la devolución del préstamo con el interés ordinario devengado, suprimiendo el interés pactado de demora del 21,80 %, declarando abusiva y –por consiguiente– nula la cláusula que lo establecía. Interpuesto por el BS recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia.

NOTA.—La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea está muy presente en esta excelente sentencia. El Tribunal Supremo estima acertada la aplicación que hace la Audiencia Provincial de la jurisprudencia del TJUE en desarrollo de la Directiva 1993/13/CEE, conforme a la cual, el Juez no sólo puede

pronunciarse sobre el carácter abusivo de las cláusulas sino que está obligado a hacerlo de oficio, declarando la nulidad de la cláusula. Considera el TJUE que este criterio es más disuasorio para los empresarios o profesionales que la opción de permitir al Juez que modere el contenido de la cláusula. Así mismo, el Tribunal Supremo atiende a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –junto al sondeo de la normativa nacional, a la que remite, entre otros criterios, la jurisprudencia europea– para determinar el carácter abusivo de la cláusula contractual de devengo de concretos intereses de demora. (C. J. D.)

10. Pago por tercero. Derecho de reembolso.–El artículo 1158 CC confiere un derecho de reembolso sobre las cantidades que hubiera satisfecho un tercero por cuenta y en nombre de otro y no en su propio beneficio. El precepto, al señalar que «*puede hacer el pago cualquier persona*», expresión amplia, incluye a cualquier tercero sin tener ninguna obligación de pagar. Dicho de otra forma, la figura del pago hecho por un tercero no es aplicable al efectuado en nombre e interés propio y no por cuenta ajena o si falta la utilidad para el deudor porque se hace en interés de otra persona con la que el pagador está vinculado, en cuyo caso no nace la *actio in rem verso*. El art. 1158 CC está pensado para terceros que pagan voluntariamente deudas ajenas, sin tener ninguna obligación de pagar.

Pago por tercero. Efectos: excepcionalidad de la subrogación.–El efecto normal del pago de un tercero es el reembolso del mismo. La subrogación es un supuesto excepcional que se produce solo cuando lo prevé la ley o lo acuerden expresamente el tercero y el acreedor (art. 1209 CC). El artículo 1210 establece presunciones «*iuris tantum*» de subrogación, como ocurre cuando el tercero paga por interés propio porque tiene interés en la obligación.

Enriquecimiento injusto. Requisito: sin causa.–La doctrina del enriquecimiento injusto presupone una traslación patrimonial que no aparezca jurídicamente motivada, que no encuentre una explicación razonable en el ordenamiento vigente. La noción «*sin causa*» es la primordial y definitiva en la teoría del enriquecimiento injusto, pues se pretende corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas, es decir, contrarias a la Ley. En definitiva, dependerá del caso concreto si la relación de causalidad se estima suficiente para autorizar la acción del supuesto empobrecido contra el tercero enriquecido a costa del patrimonio del primero. No puede estimarse el enriquecimiento injusto cuando lo resuelto se ampara en una sentencia judicial, pues el fenómeno del enriquecimiento injusto no puede producirse a causa de una resolución judicial, definitiva de derechos entre las partes y siempre motivada, pues si se incurrió en error puede ser corregida mediante el ejercicio, por quien es agraviado, de los remedios procesales que las leyes establecen. (STS de 7 de mayo de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.]

HECHOS.–El representante procesal de F. W., SLU, interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Instrucción núm. 1 de Madrid, contra doña A. ejercitando una acción de reclamación de cantidad con base en la subrogación legal, solicitando se condene a la demandada al pago de determinadas cantidades que la actora abonó con el objeto de cancelar la hipoteca que gravaba el inmueble

propiedad de la demandada, pues la actora financió mediante una hipoteca en la que una cantidad determinada del importe del préstamo debía ser destinada a cancelar una hipoteca anterior sobre el local propiedad de la demandada. El administrador y socio único de la mercantil actora era don I., era en aquel momento esposo de la demandada, posteriormente divorciados. La sentencia de instancia desestimó la demanda bajo la consideración de que la deuda no venía hasta el año 2024, por lo que el pago anticipado de la deuda suponía que no era exigible ni líquida, en consecuencia la actora pagó por su cuenta y riesgo, sin que pueda exigirse a la demandada el abono de lo pagado de forma anticipada. Recurrida en apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia en la que sostuvo que la demandada consintió que un bien de su propiedad fuese hipotecado para que la actora pudiera adquirir un inmueble, así como que la financiación de la compra del local de la actora se consiguió mediante la hipoteca del mismo y el de la demandada, este último tenía una hipoteca anterior, cuya cancelación fue exigida por la entidad de crédito. Esta operación se instrumentó de manera que la demandada, como hipotecante no deudora, gravó su inmueble por determinado importe y la actora apareció como único deudor de un crédito hipotecario de importe superior de los que una parte se habían destinado a la cancelación anticipada de la hipoteca que gravaba el inmueble de la demandada, sin que se acreditaran indicios que sirvieran para probar un pacto de renuncia del actor al derecho de reembolso ni de haberse pactado que lo pagado por el actor correspondería al precio del gravamen consentido. Por todo ello, la sentencia de apelación estimó el recurso y condenó a la demandada doña A. al pago de las cantidades reclamadas. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

11. Concurso de acreedores. Acción directa del subcontratista ex artículo 1597 CC: naturaleza y alcance.—La protección o reforzamiento del derecho del subcontratista no puede ser configurada como un derecho de garantía propio y específico, ni tampoco como una transformación cualitativa del crédito que le otorgue una preferencia de la que carecía en el momento de su constitución. Su ejercicio debe ceder ante la especialidad que informa el procedimiento concursal, particularmente atendido el principio de universalidad y la vis atractiva que se deriva de su declaración.

Concurso de acreedores Acción directa del subcontratista ex art. 1597 del Código Civil: inclusión en la masa pasiva del concurso.—La jurisprudencia más reciente sostiene que la acción directa del subcontratista sólo queda extramuros del concurso del contratista bien cuando su ejercicio extrajudicial se hubiera consumado y hecho efectivo antes de la declaración concursal, o bien cuando su ejercicio judicial se hubiera producido con anterioridad a dicha declaración concursal. (**STS de 26 de marzo de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La representación procesal de la mercantil T. S., SL interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Zaragoza contra las también mercantiles A. I., SA y E. L., SL, en

el ejercicio de la acción directa del subcontratista frente al dueño de la obra, habiendo sido el contratista la constructora, declarado en concurso de acreedores. La empresa constructora presentó la solicitud de concurso con anterioridad a la interposición de la demanda, y la reclamación extrajudicial del crédito a la empresa comitente se realizó con anterioridad a la demanda. La sentencia de instancia estimó la demanda al considerar que la declaración de concurso del contratista principal no debe interferir en la citada acción directa cuando ya hubiese sido planteada con anterioridad la reclamación del subcontratista contra el comitente. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la mercantil E. L., SL, la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, estimó el recurso de apelación revocando la sentencia de instancia, considerando que la Ley Concursal obliga a todo acreedor a integrarse en la masa pasiva y estar a la resultas del proceso concursal según la clasificación de su crédito, salvo en los casos excepcionales que la Ley permita, por lo que el crédito debe verse afectado por la declaración concursal anterior. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que al presente caso no le resulta de aplicación el artículo 51.bis LC, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, dado que la disposición transitoria novena de la citada Ley no incluye el nuevo artículo 51.bis entre aquellos que son aplicables a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor de la misma (1 de enero de 2012) que es el caso. (N. D. L.)

12. Concurso de acreedores. Conductas fraudulentas: naturaleza y alcance.—La conducta fraudulenta constituye un hecho base de presunción *iuris et de iure* de concurso culpable, que fue contemplada en nuestros antecedentes históricos y sancionada civil y penalmente (art. 890.13 del CCo de 1885), calificada como quiebra fraudulenta, aunque el supuesto expresamente contemplado en aquella norma hiciera referencia al «pago anticipado en perjuicio de los acreedores». Tal conducta crea una verdadera desigualdad entre los acreedores, rompiendo la *par conditio creditorum*, pues los beneficiarios cobran en moneda corriente lo que, en el futuro, el resto de acreedores cobrará en moneda de quiebra. Por esta razón también, esta concreta conducta está prevista como un supuesto de rescisión (art. 71.2 LC) cuyo perjuicio se presume *iuris et de iure*, lo que no solo no es incompatible sino que no es en absoluto necesario que se hubiese instado.

Concurso de acreedores. Conducta fraudulenta: los supuestos legales no son *numerus clausus*.—Los hechos base que contemplan los arts. 164.2 y 165 LC no constituyen un «*numerus clausus*» de conductas a las que pueda atribuirse unos criterios de imputabilidad de la insolvencia culpable, sino que el art. 164.1 LC, como cláusula general, como norma sustantiva, tipifica el concurso culpable, por lo que, cualquier otra conducta no prevista en los hechos-base descritos en aquellos preceptos, pero en los que concurren los factores de dolo o culpa grave y hayan generado o agravado la insolvencia de acuerdo con un nexo de causalidad, es merecedora de calificarse de culpable, a los efectos de calificación del concurso.

Concurso de acreedores. Conductas fraudulentas: *animus nocendi* y *scientia fraudis*.—Tanto el «*animus nocendi*», en cuanto intención o propósito, como la «*scientia fraudis*», en tanto estado de conciencia o conocimiento, al ser situaciones referidas al fuero interno del deudor, pueden resultar de hechos concluyentes que determinan necesariamente la existencia de ese elemento subjetivo, salvo que se prueben circunstancias excepcionales que lo excluyan.

Concurso de acreedores. Conductas fraudulentas: salida de bienes o derechos basta que concorra *scientia fraudis*.—La jurisprudencia considera que el carácter fraudulento que se exige para que la salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor sea determinante del carácter culpable del concurso no proviene de su clandestinidad, que justificaría un alzamiento de bienes tipificado en el art. 164.1.4 LC. El elemento de fraude en la salida de bienes o derechos que contiene tal precepto ha de relacionarse con el exigido en el art. 1291.3 del CC para la acción rescisoria por fraude. En este sentido, la jurisprudencia, al interpretar este último precepto legal, ha evolucionado hasta considerar que para que concorra el elemento de fraude no es preciso la existencia de un «*animus nocendi*», y sí únicamente la «*scientia fraudis*». Por tanto, aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, para que concorra fraude basta con una simple conciencia de causarlo, porque el resultado perjudicial para los acreedores fuera conocido por el deudor o éste hubiera debido conocerlo.

Concurso de acreedores. Concurso culpable: salida de bienes o derechos y compensación.—La salida de bienes o derechos no es sino un concepto jurídico funcional, no material, equivalente a la reducción del patrimonio, de la masa activa del concursado, y sin duda ninguna la compensación crediticia constituye una forma de exclusión o evasiva de derechos cuando el crédito compensable constituye el bien objeto de negocio fraudulento. A consecuencia de la distribución de dividendos, la masa activa se ha reducido indebidamente como consecuencia de la compensación del crédito, agravando la insolvencia de la concursada, lo que supone un perjuicio injustificado para la masa activa. (STS de 10 de abril de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Sebastián Sastre Papiol.]

HECHOS.—El administrador concursal de B., SL solicitó al Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante la calificación del concurso de dicha mercantil como culpable fundamentando su petición en el hecho de que el reparto de dividendos acordado lo fue en fraude de acreedores. El Ministerio Fiscal manifestó su conformidad su conformidad con la calificación del concurso como culpable, debiendo afectar esta calificación al administrador de la sociedad B., SL, don A. y a la mercantil P. I., SL. El mencionado Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia declarando que el concurso de B. SL es culpable y que el administrador don A. tiene la condición de persona afectada por la calificación y se considera cómplice a P. I., SL y condenando al administrador don A. a 3 años de inhabilitación para administrar los bienes ajenos, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo. La representación procesal de don A. Interpuso recurso de apelación ante la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante alegando que el reparto de dividendos no supuso una salida de efectivo, y que solo tuvo una significación contable, pues, por vía de compensación, los

dividendos sirvieron para disminuir la deuda que su matriz mantenía con la concursada. La sentencia de apelación desestimó el recurso y confirmó la sentencia dictada en primera instancia considerando que el reparto de dividendos, no fue sino un negocio simulado en fraude de acreedores, pues, bajo la apariencia de un reparto de dividendos se ocultaba el pago de un crédito a un acreedor al que se privilegiaba ante la situación actual o mediata a la que se veía abocada la sociedad. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

13. Contrato de préstamo. Notificación del contrato de cesión de crédito.—El Tribunal Supremo señala que, la notificación de la cesión de crédito al cedido puede entenderse acreditada por el solo conocimiento de la cesión de crédito, mediante hechos como el pago al cesionario. Por otro lado, el Alto Tribunal entiende que, la notificación al cedido no puede ser reemplazada por el reconocimiento de la cesión por el deudor, esto es, no se le puede otorgar al deudor un poder jurídico sobre la eficacia de la cesión de crédito (conforme a los arts.1526 y 1527 CC).

Solidaridad tácita de las obligaciones.—Conforme al artículo 1137 CC solo habrá lugar a la solidaridad cuando la obligación expresamente lo determine. Sin embargo, el Tribunal Supremo señala que, de acuerdo a la jurisprudencia más reciente (STS 30 de julio de 2010), aunque la solidaridad no se presume, tampoco se impide que pueda ser aplicable la solidaridad tácita, en el caso que exista entre los obligados una comunidad jurídica de objetivos, manifestándose una interna conexión entre todos ellos. Lo anterior, a partir de las pruebas que en autos se practiquen o de las interpretaciones que los Tribunales puedan hacer de un determinado contrato (STS 28 de octubre de 2005 y STS 28 de noviembre de 2008), sin la exigencia de un pacto expreso, de manera que se da una interpretación correctora del artículo 1137 CC (STS 17 de octubre de 1996). Por tanto, se debe admitir la solidaridad tácita si aparece de modo evidente la intensión de las partes de obligarse «*in solidum*», o si se desprende de la misma naturaleza del pacto, de acuerdo a la buena fe, pues los interesados habían querido y comprometido a dar un resultado en conjunto (STS 23 de junio de 2003).

Facultad moderadora de intereses excesivos.—Los intereses remuneratorios no pueden considerarse en ningún caso como una cláusula penal, por lo que no se puede aplicar la moderación judicial del artículo 1154 CC. Incluso, aunque se tratara de un interés de mora de un contrato concertado por negociación, no procede su moderación (STS 17 de enero de 2012). **(STS de 17 de abril de 2015; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—El señor H demanda a P, J y la sociedad F, por el pago de la deuda principal más los intereses de dos contratos de préstamo. El señor H es cesionario de los contratos de préstamo que el cedente, el señor R, había suscrito con los demandados en Holanda, para financiar un proyecto inmobiliario que llevaría a cabo la sociedad F.

En su sentencia del 1 de septiembre de 2011, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Granada desestimó la demanda, por falta de legitimación pasiva, ya que los demandados no habían

intervenido en el negocio de cesión de crédito al efecto de prestar su consentimiento, por lo que no les era oponible.

En su sentencia de 6 de junio de 2012, la Audiencia Provincial de Girona estimó el recurso de apelación interpuesto por el señor H, condenando a los demandados al pago conjunto y solidario de la deuda principal más los intereses legales. La Audiencia considera que la cesión de crédito había sido notificada a los demandados, demostrada por el pago al señor H después de la cesión. La Audiencia condena al pago solidario de los demandados, aplicando la figura de la solidaridad tácita, ya que los demandados tenían una comunidad jurídica de objetivos en relación con el contrato de préstamo, y todos tenían una interna conexión. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por los demandados.

NOTA.—Considero que esta sentencia tiene mucho contenido procesal, que se abordó a través del recurso extraordinario de infracción procesal, también desestimado por el Tribunal Supremo. En dicho recurso se trataron los siguientes temas: revocación y resolución por el tribunal de apelación de cuestiones de la sentencia de primera instancia por infracción procesal, legitimación activa (y no sustantiva), arbitrariedad en la motivación de la sentencia e incongruencia de la sentencia (falta de coherencia interna «*extra petita*»), aplicación y prueba del derecho extranjero y aplicación de normas imperativas del Derecho Internacional Privado (conforme a los arts. 1, 10.5, 12.6 CC y 3, 4 y 8 del Convenio de Roma de 1980 –hoy Reglamento Roma I de 2008). (I. V. B.)

14. Contrato de obra. Edificación sometida a la LOE. Responsabilidad del encargado del estudio geotécnico por no informar adecuadamente.—Quien recibe el encargo de emitir un informe sobre una determinada cuestión tiene unos deberes informativos de explicación y consejo al comitente que, como consecuencia de la buena fe contractual, tienen como objeto la descripción y explicación de la actividad a realizar, de la naturaleza de la obra y también la ayuda para tomar las decisiones relevantes en cada una de sus posibles fases. De manera que solo se traspasará al dueño de la obra, o al que solicita el encargo, la responsabilidad por el evento dañoso si, después de ser adecuadamente informado, decide actuar en contra de dicha información y consejo. Y en el caso ni tan siquiera consta que se completara dicho asesoramiento tras el movimiento de la ladera producido durante la ejecución de los trabajos de edificación.

Responsabilidad del arquitecto director por vicios del suelo. Proyecto y estudio realizados por otros profesionales y asumido por el director de la obra.—Aun admitiendo como cierto que el arquitecto director de la obra no intervino en la confección del proyecto de cimentación, es constante la doctrina jurisprudencial que proclama que la normal previsión exigible a este técnico no debe ser confundida con la simple diligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquella obligada por la especialidad de su conocimiento y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, incluyendo entre sus deberes el conocimiento y estudio del terreno sobre el que se edifica y el cálculo de la carga soportable para evitar desplazamientos, sin poder eximirse de las nocivas consecuencias atribuyendo su causa a los informes recibidos de entidades o personas ajenas, ya que, de producirse, al acep-

tarlos y aplicarles sus conocimientos técnicos y profesionales los hace suyos y asume posibles responsabilidades; y en su función de director de la obra, le incumbe su superior inspección y dar las órdenes correctoras oportunas (STS de 14 de mayo de 2008 y las que en ella se citan). (STS de 10 de abril de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La actora promovió la construcción de una vivienda unifamiliar para su posterior venta, a cuyo fin encargó al arquitecto H. la modificación del proyecto básico confeccionado por un tercero y la dirección principal de las obras. Asimismo había encomendado al codemandado J. la elaboración de un estudio geotécnico del terreno, en una zona que era propensa, por sus características, a sufrir corrimientos de tierra. Los trabajos se llevaron a cabo y, a consecuencia de fuertes lluvias no extraordinarias, hubo un corrimiento que afectó a la cimentación del inmueble determinando su ruina. La promotora demandó al arquitecto y al geólogo por entender que eran responsables *ex art. 17 LOE*. La Audiencia Provincial de Mallorca, revocando la de instancia, condenó solidariamente a ambos al considerar, analizados los informes periciales, que se había incurrido en una mala praxis, en cuanto al geólogo, por no desaconsejar la edificación en dicho lugar y, eventualmente, por no disponer los medios y obras necesarias para evitar el perjuicio posteriormente sufrido. Y, respecto del arquitecto, porque al hacerse cargo de la obra asumió los proyectos ajenos sin revisarlos ni comprobar la exactitud y conveniencia de los mismos. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

15. Contrato de obras: Vicios: La entidad «Servicios Profesionales de Gestión» no es promotora de viviendas según LOE.—El presente proceso se inició por demanda interpuesta por una Comunidad de Propietarios domiciliada en Vallecas, y varios de sus propietarios contra la entidad Servicios Profesionales de Gestión SA (SERPROGESA), interesando que se dictara sentencia por la cual se condene a esta última, en su condición de promotora de la obra, al pago de cantidades por defectos constructivos, sobrepuestos satisfechos indebidamente, indemnización por retraso en la entrega de viviendas y daños morales. La Audiencia Provincial confirmó la condena de SERPROGESA, como promotora encubierta, por culpa contractual, por la mala gestión financiera, defectuosa elección del terreno, de proyecto, de dirección facultativa y por otros motivos, y la condenó solidariamente a una indemnización más elevada que la del Juzgado de Primera Instancia.

Para abordar esta cuestión resulta necesario poner en relación el artículo 17, ap. 4, de la LOE con el artículo 9 de la misma, que al referirse a la figura del promotor dispone:

1. *Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título.*
2. *Son obligaciones del promotor: a) Ostentar sobre el solar la titularidad de un derecho que le faculte para construir en él. b) Facilitar la documentación e información previa necesaria para la redacción del proyecto,*

así como autorizar al director de obra las posteriores modificaciones del mismo. c) Gestionar y obtener las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas, así como suscribir el acta de recepción de la obra. d) Suscribir los seguros previstos en el artículo 19. e) Entregar al adquirente, en su caso, la documentación de obra ejecutada, o cualquier otro documento exigible por las Administraciones competentes.

En el caso presente no puede afirmarse tal condición en la demandada SERPROGESA ya que en el contrato de gestión celebrado por la misma con la cooperativa «Residencial Vallecas S. Coop. Mad» de fecha 3 de marzo de 2003, consta claramente que esta última es la titular del pleno dominio de las fincas sobre las que se va a llevar a cabo la edificación y que, sobre las fincas reseñadas la Cooperativa se propone realizar la edificación de 66 viviendas de protección oficial, e igualmente que el objeto del contrato con SERPROGESA es la prestación de servicios para recibir toda la asistencia técnica, económica, jurídica y administrativa que sea necesaria « para llevar a cabo la promoción de las viviendas, plazas de garaje, trasteros y locales comerciales referidos», de modo que en cuanto a la contratación de las obras SERPROGESA asume simplemente el «asesoramiento y redacción del contrato de ejecución de obras», así como «incidencias y seguimiento del contrato, modificaciones y contenciosos». Consta que el contrato de ejecución de obra y los contratos de dirección de la misma con los técnicos se celebra directamente por la Cooperativa.

En definitiva la demandada no asume la condición de promotora en los términos a que se refiere la STS núm. 274/2009 de 27 abril, cuando afirma que *el llamado «promotor de comunidades» es definido como aquella persona física o jurídica, pública o privada, que facilita a sus asociados la edificación de todo tipo de viviendas; de ordinario, es un profesional de la gestión inmobiliaria, que ostenta el dominio o una opción de compra sobre un determinado terreno y ofrece y gestiona la construcción en comunidad de todo o parte del suelo edificable, esperando encontrar asociados o comuneros que cooperen; pertenece, pues, al espacio de la gestión y asume y organiza la edificación por cuenta de la comunidad, como un apoderado en posesión de poder irrevocable, que en principio exige que se le otorgue (STS de 25 febrero 1985).* Condiciones que no se dan en la entidad hoy recurrente.

De lo anterior se desprende la estimación del motivo, sin necesidad de examinar los restantes, casando la sentencia recurrida con absolución de SERPROGESA. (STS de 5 de mayo de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.] (G. G. C.)

16. Contrato de obra. Ámbito del artículo 1591 CC: vicios no ruinosos.—El artículo 1591 CC se refiere a los daños y perjuicios derivados de una deficiente construcción de un edificio, y sobre él instrumenta la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en su ejecución, excluyendo aquellos defectos que pudieran resultar del contrato de compraventa de las viviendas y locales radicantes en el mismo. Una cosa es el daño o vicio constructivo y otra la falta a las condiciones del contrato. El daño es el resultado que origina las consecuencias que prevé la norma, mientras que la falta a las condiciones del contrato no da lugar a la responsabilidad decenal, sino a acciones y a responsabilidades distintas, que afectan a la relación propia del contrato entre compradores y vendedores con proyección jurídica que no viene dada por el artículo 1591 CC, sino por los artículos 1101 y 1124 del

mismo Cuerpo Legal, puesto que no derivan de la construcción propiamente dicha, sino de las obligaciones convenidas en el contrato, ni merecen por tanto el calificativo de dañosos en el sentido de la norma.

Restitutio in integrum.—La entidad del resarcimiento abarca todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por la disminución efectiva del activo, ya por la ganancia frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento o acto ilícito.

Condiciones para que proceda la reparación indemnizatoria del artículo 1101 CC.—la demostración de los daños y perjuicios, cuya existencia y prueba es una cuestión de hecho (por tanto, su apreciación corresponde al Tribunal de instancia), y la atribución de su comisión a un quehacer doloso, negligente o moroso, es decir, a una conducta culposa entendida en sentido amplio (por todas, STS de 29 de septiembre de 1994).

La regla in iliquidis non fit mora: aplicación según el canon de la razonabilidad.—La jurisprudencia de esta Sala, a partir del Acuerdo de 20 de diciembre de 2005, establece una nueva doctrina, en la que, prescindiendo del alcance dado a la regla *in iliquidis non fit mora*, atiende al canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y concreción del *dies a quo* del devengo. Este moderno criterio, como precisa la STS de 16 de noviembre de 2007, da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva a la plenitud de la tutela judicial, tomando como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado, y demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación del caso enjuiciado (SSTS 4 de junio de 2006, y 9 de febrero y 2 de julio de 2007, entre otras). (STS de 5 de mayo de 2015; ha lugar en parte.) [Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La Comunidad de un edificio reclamó a la entidad FCC el pago de determinadas cantidades como consecuencia de las obras de su construcción, ya que el edificio padecía de vicios que hacían impropio su uso, tales como: garajes con fisuras debidas a mala ejecución; viviendas con humedades interiores en tabiques y en los encuentros con las carpinterías metálicas; falta de impermeabilización de las jardineras; solería, de distinta tonalidad y con mármol de desecho; carpintería de madera de las viviendas, que no son de madera maciza, sino de materiales de baja calidad, provocando estado de degradación; mala ejecución de las cubiertas de las viviendas, derivando en filtraciones; fachada del edificio, debido asimismo a utilización de ladrillo y espuma de poliuretano, ambos de calidad inferior a la prevista.

La demanda fue acogida en parte por el juzgado que condenó a la entidad demandada a pagar determinadas cantidades por los vicios ruinógenos en la construcción del edificio. La audiencia confirmó la sentencia de primera instancia y el Tribunal Supremo estimó en parte el recurso de casación presentado por la demandada, al dejar sin efecto la condena en lo referente a la carpintería de made-

ra y solería de mármol, ya que lo que se indemniza son las obras que la Comunidad va a realizar como consecuencia de una obra mal ejecutada y la falta de calidad de estos materiales no hace inútil los pisos para la finalidad que se construyeron. (I. D.–L.)

17. Efectos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo insertada en un préstamo de interés variable.—El Tribunal Supremo ha venido a declarar lo siguiente en relación a los efectos de la nulidad: 1) la regla general es que la ineficacia de un contrato —o de alguna de sus cláusulas si el contrato subsiste— exige destruir sus consecuencias y proceder como si nunca hubiera existido, evitando que del mismo se deriven efectos; 2) se trata de una restitución íntegra, como consecuencia de haber quedado sin validez el título de la atribución patrimonial a que dieron lugar, dado que ésta se queda sin causa que la justifique; 3) no obstante esta regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad, sus efectos no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho, entre los que destaca el de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Según el Alto Tribunal, la restitución no pasa con un automatismo absoluto, pues el fin de la regla de liquidación es evitar que una de ellas se enriquezca sin causa a costa de la otra y ésta es una consecuencia que no siempre se deriva de la nulidad. Cabe limitar, por tanto, los efectos de la retroactividad atendiendo a este último principio. Para ello es necesario que concurren dos requisitos: a) la buena fe de los círculos interesados; b) el riesgo de trastornos graves.

En relación a las cláusulas suelo, es doctrina jurisprudencial (establecida en la STS de 9 de mayo de 2013): a) que se trata de cláusulas lícitas; b) que su inclusión en los contratos a interés variable responde a razones objetivas; c) no se trata de cláusulas inusuales; d) su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado; e) la condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos, sino en la falta de transparencia; f) la falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de información.

A partir de esa sentencia concluir que la ignorancia, por parte del consumidor, de la información suministrada hace que no exista buena fe, pues una mínima diligencia permitiría conocerla. La nulidad de estas cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013. A partir de esa fecha, no cabe alegar buena fe, pues esta sentencia debe servir para advertir a las partes contratantes. Los interesados deben indagar y solicitar las correspondientes aclaraciones si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información. Si adolecieran de esa insuficiencia y fueran declaradas abusivas por ese concreto motivo, la retroactividad sólo se producirá hasta la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013. (STS de 25 de marzo de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—J y T interpusieron demanda, solicitando: a) la declaración de nulidad por tener el carácter de cláusula abusiva, de las cláusulas de los contratos de préstamo a interés variable que establecen un tipo mínimo de referencia; b) la condena a la entidad financiera a eliminar dicha condición general de la contratación en

ambos contratos; c) la condena al banco B a la devolución al prestatario de la cantidad cobrada hasta la fecha de la demanda, en virtud de la aplicación de la referida cláusula; d) la condena al banco B al pago a favor del prestatario de todas aquellas cantidades que se vayan pagando por éste en virtud de la aplicación de la referida cláusula, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del pleito; e) la condena a la demandada a abonar el interés legal incrementado en dos puntos; f) la condena a costas.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, declarando que la cláusula controvertida era una verdadera condición general de la contratación y además era abusiva. A pesar de conocer la STS de 19 de mayo de 2013, condena al banco B a devolver a los demandantes el importe cobrado hasta la fecha de la demanda en virtud de la aplicación de la referida cláusula.

La entidad demandada interpuso recurso de apelación, alegando que se había producido una pérdida de interés legítimo de las pretensiones deducidas en la demanda por carencia sobrevenida del objeto del proceso, tras la STS de 9 de mayo de 2013, que ha declarado la nulidad de las cláusulas suelo suscritas por el banco B con consumidores que sean idénticas a las discutidas en el seno de dicho procedimiento, condenándole a eliminarlas y a cesar en su utilización, declarando a su vez la irretroactividad de la declaración de nulidad, y consecuentemente la improcedencia de devolver a los consumidores prestatarios las cantidades cobradas en aplicación de la cláusula suelo. La Audiencia Provincial desestimó el recurso en base a los siguientes argumentos: a) la cláusula relativa a los tipos de interés que fue declarada nula por el Tribunal Supremo es idéntica a la contenida en la escritura que se acompaña con la demanda; b) el Tribunal Supremo ya decretó la nulidad de la cláusula litigiosa y condenó al banco B a su eliminación; c) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 26 de abril de 2012, señaló que la declaración de nulidad por cláusula abusiva de las condiciones generales surte efectos para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento; d) la cláusula del contrato suscrito entre el banco B y los actores es nula, por lo que existe, respecto de este extremo, carencia sobrevenida de objeto; e) aunque la cláusula objeto del litigio sea nula desde la firmeza de esta sentencia, eso no afecta a la devolución de las cantidades cobradas por el banco.

El banco interpuso recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo. Declaró abusiva la cláusula suelo inserta en el contrato de préstamo con tipo de interés variable y procedió a la restitución al prestatario de los intereses pagados en aplicación de dicha cláusula únicamente a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013.

NOTA.—La presente sentencia es objeto de un voto particular suscrito por los magistrados D. Francisco Javier Orduña Moreno y D. Xavier O'Callaghan Muñoz. Ambos están de acuerdo con la afirmación de que, tras la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, se da un conocimiento general del alcance de la cláusula suelo que hace

perder su condición de cláusula sorpresiva o desconocida para el consumidor adherente. Sin embargo, entienden que eso no impediría que el consumidor estableciera la correspondiente impugnación, si bien esta divulgación o conocimiento general de la cláusula sería tenida en cuenta en el pertinente control de transparencia a los efectos de valorar su validez y eficacia, pero sin alterar o invertir la proyección del principio de buena fe. En segundo lugar, consideran inasumible que el principio de buena fe, dispuesto al servicio del consumidor adherente, opere en contra de éste incluso sobre aspectos o ámbitos de la relación negocial predispuesta con anterioridad a la citada fecha de publicación, caso del efecto devolutivo de los intereses pagados con anterioridad a esa fecha. La presente sentencia, al declarar la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia, establece una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 14 de junio de 2012), como por el artículo 83 TRLGDCU, modificado por la Ley 3/2014. Esto afecta a la tutela judicial efectiva de los consumidores, que ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas. Según los magistrados, la sentencia transmite el mensaje de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna. Concluyen que el recurso debió haber sido desestimado, confirmando la declaración de abusividad por falta de transparencia real de las cláusulas objeto de examen, y el efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato, dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justificara la retención de las mismas y su atribución al predisponente. (S. L. M.)

18. Extensión de la nulidad del contrato de adquisición del derecho de aprovechamiento por turnos al préstamo que lo acompaña.—Se plantea el Tribunal Supremo si la nulidad del contrato de adquisición del derecho de aprovechamiento por turno se extiende al contrato de préstamo que lo acompaña, por aplicación de los artículos 10 y 12 de la Ley 42/1998. A su juicio, aunque el artículo 10 se refería al desistimiento y a la resolución, y no a la nulidad, no cabe hacer una interpretación restrictiva ni literal de ambos preceptos. Entendió que la distinción que hacía el artículo 10 entre desistimiento y resolución obedecía a un error de la traducción española de la Directiva 1994/47/CE, que, trasladado a la Ley 42/1998, erróneamente traducía el término «résiliation», de la versión francesa de la Directiva, como resolución. Actualmente, la confusión ha sido aclarada por la regulación vigente de la Ley 4/2012, que incorpora la Directiva 2008/122/CE y que contempla un tratamiento unitario del precepto referido al derecho de desistimiento, bien con relación a una información precontractual correcta o bien incorrecta.

Tanto el régimen específico de la Ley de aprovechamiento por turno, como el de la Ley 7/1995, de crédito al consumo, debían ser informados por la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984 y por la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación, presididas por una innegable finalidad protectora de la posición contractual del consumi-

ador adherente de estos productos. En consecuencia, la definición del régimen de la ineficacia derivada no podía quedar extramuros de esta función tuitiva. Así, ante la insuficiencia que presentaba la interpretación literal, procedía dar preferencia a la interpretación teleológica de los preceptos analizados a los efectos de extender la ineficacia derivada de la nulidad contractual.

Según el Tribunal Supremo, esta interpretación no se oponía ni al criterio interpretativo de conservación de los actos y negocios, ni al valor que representaba el principio de seguridad jurídica. En cuanto al primero, debía tenerse en cuenta que este criterio de interpretación no resultaba de aplicación en aquellos supuestos en donde se producía una infracción bien de la norma interpretativa que establecía los presupuestos de validez y eficacia del acto o negocio jurídico en cuestión, o bien una vulneración de la libre conformación de la voluntad negocial de una de las partes contratantes que determinaba su nulidad radical. En cuanto al segundo aspecto, porque el principio de seguridad jurídica no quedaba en entredicho cuando la doctrina jurisprudencial se dirigía a dotar de certidumbre y comprensibilidad el contexto normativo objeto de interpretación, de forma que su respectiva aplicación resultaba accesible tanto a los ciudadanos, como a los operadores económicos en su actividad comercial o empresarial.

Por otro lado, esta interpretación también resolvía la cuestión sobre el artículo 15 de la Ley 7/1998, de crédito al consumo, en lo que se refería al alcance que debía darse al concepto de «exclusividad». Este artículo hacía referencia a los derechos ejercitables en los contratos vinculados. Señaló el Tribunal Supremo que, a la hora de interpretarlo, el centro de atención no debía ser la propia realidad de un auténtico acuerdo de exclusiva, sino la inferioridad de la posición contractual que asumía el consumidor y que se reflejaba en su falta de libertad para acudir a una entidad financiera de su elección, fuera del marco que le venía impuesto por el transmitente. En este sentido se mueve la Ley 16/2011, que regula actualmente el régimen de los contratos de crédito al consumo, donde se elimina la exigencia misma del pacto de exclusividad, como la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia de 23 de abril de 2009). **(STS de 28 de abril de 2015; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—C y A presentan demanda contra la entidad MMT y contra el banco SCH, solicitando: 1) la declaración de nulidad del contrato de 22 de junio de 2002 con la entidad MMT, por el que adquirirían el derecho a disfrutar, durante cincuenta años, de tres semanas de alojamiento anuales en establecimientos hoteleros, por indeterminación del objeto y del precio, vicio en el consentimiento e inobservancia total en la celebración del contrato de la norma imperativa que regula esta materia; 2) la declaración de nulidad del contrato de financiación suscrito el 1 de julio de 2002 con el banco SCH para el pago de los derechos de adquisición de los servicios turísticos; 3) la condena a MMT y al banco SCH solidariamente a una indemnización. El banco formula demanda reconventional reclamando el pago de lo adeudado, alegando: a) que el contrato de financiación se formalizó como un contrato independiente del contrato de aprovechamiento por turno (además, señala que no era la única entidad financiera para la concesión de financiación, pues intervenían otras entidades bancarias); b) no hay un pacto de exclusividad entre MMT y el banco SCH; c) no cabe aplicar el artículo 12

de la Ley 42/1998, pues está previsto únicamente para los supuestos en que se hayan ejercitado las facultades de desistimiento o resolución del contrato, mientras que aquí los actores están ejercitando la acción de nulidad; d) los actores han dejado transcurrir los plazos de dicha norma para desistir y resolver, y prescritas dichas acciones, ejercitan una acción de nulidad en base al artículo 1300 CC.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda. Declara que, atendiendo a la naturaleza del contrato, le es de aplicación la Ley 42/1998. En consecuencia, el contrato es nulo porque adolece de una indeterminación en su objeto y en su precio, y contiene información incompleta e inveraz. Además, concurre un error en el consentimiento negocial de los actores. Declara por tanto, que la nulidad del contrato de aprovechamiento por turno alcanza al contrato de préstamo vinculado por las siguientes razones. En primer lugar, ha quedado acreditado que el banco SCH era cliente de MMT, el préstamo se concedió por el importe exacto del precio del contrato y se entregó directamente el importe total del préstamo a MMT, es decir, que los actores no tenían disponibilidad alguna del capital prestado, fue MMT quien gestionó y tramitó el préstamo, y quien fijó la sucursal donde se firmó el préstamo. En segundo lugar, la resolución a la que se refiere el artículo 12 de la Ley 42/1998 incluye todos los supuestos de ineficacia del contrato, pues la finalidad de esa norma es que el adquirente quede indemne a consecuencia de la operación compleja de adquisición mediante financiación ajena que deviene ineficaz por el desistimiento del adquirente o por el ejercicio de la facultad de resolución en cualquiera de los casos previstos en el artículo 10, que incluye también la facultad del adquirente de instar la acción de nulidad conforme a los artículos 1300 y ss. CC.

El banco SCH interpone recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso, en base a los siguientes argumentos: 1) el artículo 12 sólo comprende los supuestos de desistimiento y de resolución por las causas del artículo 10.2 de la Ley 12/1998, quedando fuera el ejercicio de la acción de nulidad; 2) el contrato de financiación, aunque esté relacionado con el contrato principal, no sigue su suerte de manera inexorable, sino que sólo se ve afectado por él en los casos en que lo establece la ley; 3) hay que ponderar la protección del consumidor frente a las prácticas potencialmente abusivas y la seguridad del tráfico jurídico; 4) en lo no previsto por la norma específica de la Ley 42/1998, como es la nulidad que aquí se ejercita, se sigue aplicando la Ley 7/1995, de crédito al consumo, y, por lo tanto, al no concurrir los requisitos del artículo 15, por inexistencia de pacto de exclusiva entre la vendedora y la entidad financiera, no puede declararse la ineficacia del contrato de préstamo.

Los actores interponen recurso de casación en base a dos alegaciones. En primer lugar, la extensión de la nulidad del préstamo realizado a los supuestos de ineficacia del artículo 10.2, en relación con el artículo 12 de la Ley 42/1998, por las siguientes razones: a) la vinculación y acuerdo entre ambas entidades; b) los dos contratos responden a una misma operación económica; c) no se respeta entre la suscripción de ambos contratos el período de diez días establecido en dicha norma; d) no tiene sentido el contrato de financiación si no existe el objeto de tal financiación; e) la nulidad del con-

trato principal debe comportar la nulidad del contrato accesorio; f) la indemnidad del consumidor; g) es voluntad del legislador establecer una clara sanción en defensa del consumidor; h) el mantenimiento del contrato de financiación supone una vulneración del principio general del equilibrio en cuanto a los derechos y obligaciones de las partes. En segundo lugar, los recurrentes señalan que la sentencia recurrida se opone la doctrina relativa a la infracción del artículo 15 de la Ley 7/1995. La sentencia recurrida ha interpretado el concepto de exclusividad como monopolio, esto es, que MMT trabaje con una sola entidad financiera, interpretación que vulnera la doctrina de las SSTS de 4 de marzo de 2011 y 25 de noviembre de 2009. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación. Entendió que la nulidad del contrato de aprovechamiento por turno conllevaba también la del contrato de financiación a él aparejado.

NOTA.—En relación a la interpretación de las normas, el Tribunal Supremo ha declarado en alguna ocasión que aunque la interpretación literal suele ser el punto de partida del proceso interpretativo, ello no determina que represente inexorablemente el punto final o de llegada del curso interpretativo, sobre todo en aquellos supuestos donde de la interpretación literal no se consigue un sentido unívoco que dé una respuesta clara y precisa a las cuestiones plantadas (STS de 18 de junio de 2012). Sobre el principio de buena fe y los especiales deberes de configuración contractual que incumben al predisponente en la contratación en masa, *vid.* STS de 8 de septiembre de 2014. En relación al principio de conservación de los actos y contratos como principio general del derecho, *vid.* STS de 15 de enero de 2013. Sobre la eliminación de la exigencia del pacto de exclusividad en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles y los contratos de financiación, *vid.* las SSTS de 4 de febrero de 2013 y de 6 de mayo de 2013. (S. L. M.)

19. Culpa extracontractual: Reclamación de indemnización de daños y perjuicios causados por la denegación de acceso a la red eléctrica de la demandada que obligó a la actora a suministrar electricidad a sus clientes utilizando grupos electrógenos: La condena al pago de una indemnización por una actuación cuya legalidad se intentó, sin éxito, que fuera declarada por los tribunales de justicia, no supone una vulneración del artículo 24 CE.—Las demandadas estaban obligadas a permitir el acceso de la demandante a sus redes para dotar de suministro eléctrico a sus clientes. Así lo declaró la Comisión Nacional de la Energía a solicitud de la demandante en los procedimientos de conflicto de acceso a redes de distribución promovidos por la demandante cuando las demandadas le denegaron tal acceso, así lo declaró también el Ministerio de Economía cuando resolvió los recursos de alzada que se interpusieron ante él, y así lo declaró la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo cuando resolvieron los recursos de naturaleza contencioso-administrativa que se interpusieron contra las citadas resoluciones administrativas. Por tanto, la negativa a permitir el acceso de la actora a la red de distribución eléctrica fue un acto contrario al ordenamiento jurídico y realizado voluntariamente, y en tanto produjo daños a la demandante, determina la obligación de resarcirlos.

La controversia sobre la licitud o ilicitud de la negativa de las demandadas a permitir el acceso de Hidrocantábrico a sus redes ha sido ya resuelta con carácter definitivo por la jurisdicción competente, la contencioso-administrativa, y de la resolución adoptada por esta jurisdicción ha de partirse. Tanto más cuando el anterior litigio civil promovido entre las partes por la misma cuestión finalizó con una sentencia absolutoria en la instancia en la que se reservaba la solución del litigio a un proceso posterior que debía ir precedido de la resolución del proceso contencioso-administrativo promovido por Iberdrola contra la resolución que le obligaba a dar acceso a Hidrocantábrico a sus redes. La existencia de un voto particular en las sentencias del Tribunal Supremo no es, a tal efecto, relevante, puesto que la decisión judicial es la representada por la resolución adoptada mayoritariamente en el seno del órgano judicial, no por el voto particular emitido por la minoría, en este caso un magistrado.

Facultad moderadora del artículo 1103 CC.—La función que cumple el recurso de casación exige el respeto a los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituyen materia reservada a la soberanía del tribunal de instancia y, por consiguiente, no pueden ser objeto de aquél. La STS núm. 538/2012, de 26 septiembre, con cita de otras anteriores, declara que la moderación de la responsabilidad por culpa constituye una facultad discrecional del órgano jurisdiccional, por lo que, en principio, está vedado su acceso a casación.

Causa del daño.—La causa del daño consistente en el sobrecosto que supuso el uso de grupos electrógenos para el suministro de energía a los clientes de Hidrocantábrico no fue la decisión de ésta de introducirse en el mercado eléctrico de la Comunidad Valenciana y dar garantías plenas de que pese a su novedosa presencia en tal mercado, cumpliría el suministro comprometido, pues tal conducta estaba plenamente amparada por el ordenamiento jurídico. La causa de este daño fue la ilícita negativa de Iberdrola a permitir a Hidrocantábrico acceder a sus redes de distribución eléctrica para suministrar electricidad a esos clientes.

Alcance del deber de mitigar el daño.—En lo que respecta al incumplimiento que se imputa a Hidrocantábrico del deber de mitigar el daño, afirmamos que quien causa el daño solo puede verse liberado de indemnizarlo, en todo o en parte, si se prueba que quien lo sufrió, lo agravó con su conducta negligente, de modo que puede considerarse que se rompe la relación de causalidad entre la actuación ilícita del tercero y el daño sufrido por el perjudicado. En tal caso, el daño pasa a considerarse consecuencia de su propia negligencia y no de la actuación ilícita del tercero, en todo o en parte, caso este último en el que puede considerarse que existe una concurrencia de culpas que determina la limitación de la indemnización a cargo del demandado.

Los recurrentes invierten este razonamiento. Afirman que mientras que el perjudicado no pruebe de forma exhaustiva y contundente, exponiendo todas las posibilidades existentes y los motivos por las que rechazó unas y aceptó otras, que actuó de forma racional, que adoptó todas las medidas necesarias para minimizar el daño y que la alternativa que adoptó ante la actuación del causante del daño fue la más adecuada para minimizar este daño, no puede otorgarse la indemnización solicitada. Pero esta tesis no puede aceptarse, pues atribuye al perjudicado por la conducta ilícita de un tercero una carga que el ordenamiento jurídico no le impone. Es el autor de la conducta antijurídica objetivamente apta para causar el daño quien corre con la carga de probar que la conducta del perjudicado agravó injustificadamente el daño, o que no adoptó medidas razonables

para mitigarlo, pudiendo hacerlo, de modo que si tal prueba no se produce, habrá de indemnizar por entero el quebranto patrimonial que sufrió el perjudicado.

La tesis de los recurrentes consiste en que las empresas infractoras no tendrían que indemnizar las consecuencias dañosas de su conducta ilícita más que en el caso de que el perjudicado probara un estándar de conducta de una diligencia extrema encaminada a evitar que la indemnización a abonar por las infractoras fuera excesiva. Tal tesis coloca en una situación peor a quien sufrió el daño como consecuencia de una conducta ilícita que a quien realizó esa conducta ilícita que causó el daño, invierte indebidamente la carga de la prueba y extiende el deber de evitar o mitigar el daño más allá de los criterios de razonabilidad propios de esta figura, por lo que no es aceptable.

Ciertamente, el ordenamiento jurídico establece en ciertos casos la obligación del perjudicado de minimizar los daños: Así el artículo 17 LCS. El artículo 77 del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercancías, en línea con lo previsto en el artículo 7.4.8 de los Principios UNIDROIT, y en el artículo 88 de la Ley Uniforme sobre la venta internacional de mercaderías, establece que la parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento, de modo que si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía reducirse la pérdida. También el apartado 1.º del artículo 9:505 de los Principios del Derecho europeo de contratos, el artículo 1211 de la Propuesta de Modernización del Derecho español de Obligaciones y contratos, a nivel interno, y el artículo 163 de la Propuesta de Reglamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea. Y no sólo en el caso de incumplimientos contractuales, sino también en el caso de daños extracontractuales la jurisprudencia ha considerado contraria a Derecho la conducta del perjudicado que actúa de mala fe y no evita o mitiga el daño, pudiendo hacerlo, mediante adopción de medidas razonables.

Pero esta regla, consecuencia ineludible del principio de buena fe y entroncada con el principio de causalidad, no puede desenfocar el tratamiento que debe darse a las acciones de indemnización por daños y convertir lo que debiera ser el análisis de la ilicitud de la conducta, la existencia y cuantificación de los daños y la relación de causalidad entre una y otra, en un escrutinio de las habilidades de la víctima para eludir o reducir el daño que injustamente se le ha causado, haciendo recaer sobre el perjudicado la carga de probar que actuó racionalmente e hizo todo lo posible para evitar o reducir el daño, de modo que una prueba insuficiente sobre este aspecto supusiera la desestimación de su acción. Tampoco puede dar lugar a la exigencia al perjudicado de comportamientos heroicos o de aceptación de la actuación ilícita del tercero como si de una fatalidad de tratara para evitar al infractor la obligación de indemnizarle, porque exceden de la conducta razonable que es exigible al perjudicado en la evitación o minoración del daño.

Tal ocurre con la conducta que las demandadas, en su recurso, consideran que habría debido adoptar Hidrocantábrico Distribución para mitigar el daño causado por la negativa de Iberdrola a permitirles el acceso a sus redes. Las demandadas consideran que la solución adecuada para mitigar el daño habría sido, resumidamente, que los clientes de la actora hubieran contratado directamente el suministro con Iberdrola, cediendo la demandante sus instalaciones a Iberdrola para que esta prestara directamente el servicio a tales clientes, o bien que Hidrocantábrico hubiera incumplido la obligación de suministro contraído

con sus clientes de modo que estos hubieran debido suministrarse de Iberdrola, aunque ello impidiera a la actora ostentar temporalmente su condición de distribuidora en Valencia (y tener que pagar las penalizaciones previstas en los contratos que suscribió). Las recurrentes confunden la obligación de todo sujeto de derecho de actuar de buena fe, mitigando en lo posible el daño sufrido por la conducta antijurídica de un tercero, con el sacrificio injustificado de sus propios derechos e intereses legítimos, en cuanto que, de acuerdo con la tesis del recurso, esta obligación debería haber llevado a la demandante a renunciar a cumplir las obligaciones contraídas con sus clientes, a renunciar a conseguir una imagen de seriedad en un nuevo mercado, a renunciar a emprender estrategias empresariales legítimas cuando afectan negativamente a los intereses de sus competidores y a aceptar, como hecho consumado, la actuación contraria a Derecho de ese tercero, a fin de que el daño no se produjera. El alcance que las recurrentes dan a esa obligación carece de fundamento admisible, puesto que excede de los límites de lo razonable, que es el parámetro que sirve para determinar la conducta exigible al perjudicado en el cumplimiento de este deber de conducta, y porque además supondría contradecir la finalidad de la normativa vulnerada por el causante del daño y frustrar su consecución efectiva, pues se exigiría al competidor potencial que se abstuviera de competir con la empresa eléctrica ya instalada en un determinado territorio para no sufrir los daños derivados de la conducta ilícita de esta encaminada a obstaculizar la implantación de aquel. Además, se podría haber causado otro quebranto patrimonial para el perjudicado (la pérdida de prestigio empresarial, que resultaría seriamente dañado por el incumplimiento de los primeros contratos concertados en un nuevo mercado, la renuncia a introducirse en el mismo, el pago de elevadas indemnizaciones) que no solo podría haber sido de una importancia considerable, sino que podrían presentar problemas en la imputación objetiva a la conducta de las demandadas y, en ciertas partidas, en su cuantificación, con los consecuentes perjuicios para quien fue víctima de una conducta ilícita de un grupo empresarial competidor por la dificultad de exigir su resarcimiento. Por tanto, no puede considerarse que la conducta que se pretende exigir a la actora se ajuste a las exigencias de razonabilidad y proporción.

Cuantía de la indemnización.—Es doctrina de esta Sala que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia, solo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de la cuantía. Esta no es objeto de casación como tal y solo puede serlo la base jurídica que da lugar al mismo (así SSTS núm. 290/2010, de 11 mayo, y núm. 497/2012, de 3 setiembre).

La sentencia recurrida estableció como cuantía el mayor coste de obtención de la energía que la demandante suministró a sus clientes, producida en los grupos electrógenos que hubo que utilizar por la negativa de Iberdrola a permitir el acceso a sus redes, respecto del que hubiera tenido que abonar si hubiera podido adquirirla en el mercado libre nacional. Se trata de un criterio correcto, que no infringe ninguno de los preceptos legales invocados.

El pronunciamiento sobre costas no puede ser impugnado en casación.—La aplicación de las normas sobre costas no es susceptible de ser revisada en casación, y así lo declaramos, con cita de los Autos de 23 de noviembre, y 7 de diciembre de 2004, 21 de junio de 2005, y 16 de enero y 8 de mayo de 2007, en STS núm. 732/2008, de 17 de julio.

Actualización de la deuda de valor mediante IPC.—Esta Sala ha declarado que la obligación de indemnizar en los casos de responsabilidad extracontractual constituye una deuda de valor, pues su finalidad es la de restablecer la situación existente cuando se produjo el daño, por lo que resulta necesario adecuar su cuantía al momento en que el perjudicado recibe la indemnización correspondiente. Ello se explica porque en las obligaciones de esta naturaleza el dinero no está *in obligatione* sino *in solutione*, esto es el dinero no es, propiamente, el objeto de la obligación (constituido por el resarcimiento del daño), sino que es el medio de cumplimiento de la obligación. Para conseguir esta adecuación pueden seguirse varios sistemas, y entre ellos la jurisprudencia ha aceptado tanto la revalorización de la cantidad que, en su día, se cuantificó el daño conforme al IPC, como el devengo de intereses legales. Dualidad de procedimientos que recoge la STS núm. 328/2006, de 3 abril. Lo expuesto lleva a la estimación de los recursos de casación interpuestos por Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, pues la perjudicada optó por la revalorización de la indemnización conforme al IPC, y tal opción es adecuada al carácter de la deuda de valor de la indemnización del daño que la ilícita negativa de Iberdrola a permitir el acceso de la actora a las redes de aquella causó a esta.

Intereses.—El artículo 576.2 LEC establece que en los casos de revocación parcial, el tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto. En atención a la suma consignada se considera pertinente que sólo devengue el interés legal incrementado en dos puntos a partir de la fecha de esta sentencia, conforme a lo previsto en el artículo 576.1 LEC. (STS de 4 de marzo de 2015; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.] (G. G. C.)

20. Responsabilidad médico-sanitaria: Acción de regreso de la aseguradora contra los médicos responsables: Sustitución de la solidaridad por la mancomunidad.—Se plantea el problema que resulta de las relaciones entre SANITAS, la aseguradora sanitaria, y los médicos incluidos en su cuadro médico, y la implicación directa de cada una de las partes en el resultado de fallecimiento de una enferma asistida que motivó la condena en juicio previo, y, en particular, la relación causal existente entre la actuación de las mismas en el resultado dañoso.

Esta Sala viene sosteniendo (por todas, STS de 16 de julio de 2001, con cita de SSTS de 12 de julio de 1995 y 4 de enero de 1999, reproducida en la de 5 de mayo de 2010) que satisfecha la condena impuesta por sólo uno o varios de todos los condenados solidariamente en un proceso anterior, el artículo 1445 CC permite que aquel o aquellos que cumplieron con el total de la deuda pueda acudir a otro posterior en ejercicio de la acción de reembolso o regreso para debatir la distribución del contenido de la obligación entre todos los intervinientes, desapareciendo entonces la solidaridad que rige en las relaciones externas, frente al perjudicado acreedor, para pasar a regir en las internas, entre los deudores solidarios, la mancomunidad. De la caracterización de la figura se infiere que su aplicación requiere tanto de la regularidad del pago satisfecho es decir, que se trate de un pago debido, válido y eficaz, dado que determina la extinción de la obligación, como de la determinación de la participación de cada codeudor en la obligación cumplida (STS de 29 de octubre de 2012).

Nada se cuestiona en este caso en relación al pago, cuyo origen estuvo en el fallecimiento de la asegurada por ASISA. Pero sí se cuestiona la participa-

ción de la actora en el daño. La sentencia recurrida dice que se trata de responsabilidades definidas en marcos jurídicos distintos. De un lado, la responsabilidad de los médicos, independientes una de otra, y, en todo caso, amparada en la responsabilidad profesional – culpa extracontractual– de los mismos al haber actuado negligentemente en el desempeño de sus funciones; por otro lado, la responsabilidad de ASISA, aseguradora con la cual la víctima tenía concertada la prestación sanitaria e intervención quirúrgica por defectuosa prestación de las obligaciones inherentes a dicho contrato de seguro de responsabilidad contractual, añadiendo que tanto el centro sanitario como los médicos que prestaron asistencia a la víctima actuaban en el marco de las prestaciones contractualmente convenidas con la aseguradora, perteneciendo los facultativos al cuadro médico ofertado por ASISA a sus clientes al igual que el centro sanitario. Todo ello nos lleva al marco de la *culpa in eligendo* ya que, si bien no ha quedado probado cual era el tipo de relación existente entre los facultativos y la aseguradora, lo cierto es que la elección directa del médico que debería integrar el correspondiente cuadro médico por parte de la aseguradora permite establecer una relación de dependencia indirecta que afectaría al modo de prestación de servicios al mismo tiempo que a la libertad de criterio de aquellos. En este caso no cabe duda de que la existencia de una relación contractual entre víctima y aseguradora obligaba a esta última a la correcta atención médico-quirúrgica al enfermo, siendo los facultativos meros auxiliares en el desempeño de la prestación asegurada, siendo obligada a garantizar la correcta prestación del servicio al ser garante de ello por razón del contrato de arrendamiento de servicios, lo que nos permite declarar la responsabilidad de ASISA bien sea derivada de concurrir *culpa in eligendo*, en cuanto a la determinación de los facultativos, o bien por la responsabilidad derivada del hecho ajeno, por tratarse de unas prestaciones que se ofrecen al amparo de una póliza de seguro en la cual los servicios sanitarios se ofrecen a partir de un determinado cuadro médico vinculante para el paciente y una red de centros sanitarios igualmente vinculantes para éste.

Sin modificar esta base fáctica es posible obtener conclusiones jurídicas distintas de las de la sentencia recurrida que confunde la relación de todo los condenados con la víctima y la de los deudores solidarios entre sí. La sentencia está aplicando sin citar no el artículo 1902 Cc, por posibles defectos asistenciales directamente imputables a la aseguradora sanitaria, sino la responsabilidad del artículo 1903 Cc por *culpa in vigilando* o *in eligendo*, puesto que no es ella quien origina el daño, sino los facultativos de su cuadro médico, y ello le autoriza a ejercitar frente a ellos el derecho de repetición del artículo 1904 Cc, pues tanto la responsabilidad derivada de su elección, como la que resulta del contrato de seguro, sería aplicable frente al asegurado perjudicado, pero no en su relación con los médicos dado que ninguna conducta puede reprochársele causalmente vinculado al daño. (STS de 6 de marzo de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. Don José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

21. Delimitación de las figuras de la acción de deslinde y de la acción reivindicatoria de dominio. Principio de fe pública registral y datos de hecho de las fincas inscritas.—En cita de la STS de 14 de mayo de 2010, el Alto Tribunal recuerda que la facultad de deslinde reconocida en el artículo 384 CC consiste en la operación de marcar los límites entre dos o

varias fincas, luego requiere que haya confusión de linderos entre predios colindantes. A contrario, se entiende que esta acción no es viable si las fincas están perfectamente identificadas y delimitadas. La única función del deslinde es la delimitación de linderos, pero no se trata de un título de adquisición de la propiedad. Por su parte, la acción reivindicatoria, que puede acompañar o no a la de deslinde, pretende la declaración de propiedad y recuperación de la posesión, respecto de una cosa perfectamente identificada. No concurren los presupuestos básicos de la acción reivindicatoria cuando el acto no identifica de manera indubitada la finca a la que la acción se refiere, esto es, cuando existe poca o nula seguridad sobre la descripción de la finca propia. Citando, entre otras sus SSTs de 30 de octubre de 1961, 16 de abril de 1968, 3 de junio de 1989 y 5 de junio de 2000, el Tribunal Supremo advierte sobre la necesaria matización del principio de fe pública registral. La fe pública del registro asegura la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la inscripción de la finca. (**STS de 9 de marzo de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Dña. Patricia y D. Serafín interponen demanda contra Golf, S. L. y el Ayuntamiento de La Nucía, ejercitando la acción reivindicatoria de dominio de una determinada franja de terreno de más de 20.000 metros cuadrados que pertenecía a la finca registral núm. 1, que quedó dentro de la finca registral núm. 5, así como la acción de deslinde sobre esa franja. La finca había sido propiedad del bisabuelo de los actores y, según éstos, tiene una superficie de 55.065 metros cuadrados. Sin embargo, el Ayuntamiento de La Nucía es el titular de la finca núm. 1, inscrita en el Registro, con una superficie de 129.133 metros cuadrados, y cuya explotación había sido cedida a la entidad Aridos, S. L. Los demandados se oponen a ambas acciones. El Ayuntamiento había cedido la finca a la mercantil Dragados en 2005, que a su vez lo vendió a Golf, S. L. En su contestación a la demanda, el Ayuntamiento dice ser propietario de la finca núm. 1, que comprende el terreno reivindicado, y fue inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad en 1960, y entiende que no cabe deslinde porque ya se practicó anteriormente. Por su parte, Golf, S. L. alega su condición de tercero hipotecario.

Tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Villajoyosa de 1 de marzo de 2012, como la sentencia de la Audiencia Provincial, sección 6.^a, de Alicante, de 13 de febrero de 2013 desestimaron la demanda y el posterior recurso de apelación interpuesto por Dña. Patricia y D. Serafín. Declaran que no es posible acceder al deslinde por la circunstancia de que entre las partes ya existió el mismo (practicado en 2002) y advierten de la imposibilidad de pretender la reivindicación de un terreno que solamente pertenece al Ayuntamiento demandado. El Ayuntamiento había levantado acta de deslinde señalando que el deslinde es el que correspondía y se reflejaba en los títulos de su finca núm. 1. La falta de conformidad de los demandados motivó un recurso de reposición, que fue desestimado por silencio administrativo. Éstos interpusieron recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, teniéndose los actores por desistidos.

El Tribunal Supremo desestima asimismo el recurso de casación formulado por los demandantes, y confirma la sentencia de instancia. (G. M. A.)

22. Establecimiento en los estatutos de límites en la propiedad horizontal.—La propiedad horizontal se rige por normas de Derecho necesario, lo que no significa que no contenga también normas modificables por la voluntad de las partes y respecto a las cuales rige el principio de autonomía de la voluntad, recogido en el artículo 1255 CC. En el ámbito de la propiedad horizontal, éste permite que los copropietarios establezcan limitaciones o prohibiciones que atiendan al interés general de la comunidad. Estas prohibiciones referidas a la realización de determinadas actividades o al cambio de uso del inmueble deben constar de manera expresa, y deberán estar inscritas en el Registro de la Propiedad para que tengan efectos frente a terceros. Los únicos límites a la citada autonomía de la voluntad son los recogidos en el artículo 7.1 LPH.

Si los estatutos permiten efectuar operaciones de división sin necesidad del consentimiento de la comunidad, la junta de propietarios sólo tendrá que efectuar una actividad de control referente a que las obras no perjudiquen a elementos comunes ni a otros propietarios, y no afecten a la estructura, la seguridad, configuración o estado exterior del edificio. Si se respetan estas limitaciones, la junta lo único que tiene reservado es la atribución de nuevas cuotas de los espacios afectados por la reforma.

Por otro lado, la interpretación de las reglas contenidas en los estatutos es una tarea que corresponde a los órganos de instancia, lo mismo que las cláusulas de un contrato, y no es revisable en casación salvo que sea ilógica o contraria a normas legales. Las exigencias normativas en materia de mayorías deben ser interpretadas de modo flexible cuando se trata de locales comerciales situados en edificios en régimen de propiedad horizontal. Tratándose de locales comerciales, la posibilidad de realización de obras debe ser más amplia, pues la finalidad comercial de los locales comporta la necesidad de presentar una configuración exterior adecuada a su carácter y a la necesidad de facilitar el conocimiento de su existencia y de publicitar y hacer atractiva su actividad para los clientes. Dicha modificación debe considerarse implícita en la finalidad comercial de los locales. Se pretende con ello evitar que la aplicación rigurosa de la LPH impida a los titulares y arrendatarios de locales de negocio explotar su empresa. (STS de 5 de mayo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios A interpone demanda contra la sociedad C, solicitando la declaración de ilegalidad de las obras ejecutadas por ésta en suelo común de uso privativo, consistentes en la instalación con carácter permanente de un toldo/quitavientos. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró ilegales las obras, ordenando su demolición por entender que las mismas se habían realizado sin la autorización de la comunidad y que infringía el artículo 12 de los estatutos por haberse ejecutado incumpliendo las ordenanzas municipales. La norma decía: «Los propietarios de los locales comerciales existentes en la planta baja de los portales números 1 al 10, ambos inclusive, tienen el derecho y disfrute en exclusiva del resto del terreno correspondiente al frente de su fachada

que enlaza dichos locales con la calle. Asimismo, podrá colocar en el frente correspondiente a su fachada, sin consentimiento de la junta de propietarios la instalación de cualquier letrero, marquesina, escaparate o vitrina y siempre con sujeción a lo que dispongan las ordenanzas municipales». La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación formulado por la sociedad porque, pese a que no existe autorización por parte de la comunidad, ésta resultaba innecesaria atendiendo al contenido del artículo 12 de los estatutos, que las permitían siempre y cuando las obras no contravinieran los estatutos, ni alteraran la estructura y la seguridad del edificio.

La comunidad de propietarios interpuso recurso de casación, alegando lo siguiente: a) infracción del artículo 18 LPH, por entender que, existiendo acuerdo de la comunidad no autorizando las obras, éste no fue impugnado en los plazos legalmente establecidos, siendo por tanto ilegales las obras; b) infracción de los artículos 7, 9, 12 y 17 LPH, por cuanto las obras ejecutadas alteran un elemento común y precisan para su validez de la unanimidad; c) infracción de los artículos 3 LPH y 396 y 397 CC, que impiden efectuar obras que afecten o modifiquen elementos comunes; d) infracción del artículo 12 de los estatutos, en relación con el artículo 5 LPH, en relación con el Plan General de Ordenación Urbana, por considerar errónea su interpretación, por cuanto la estructura, de carácter permanente, ejecutada por la sociedad recurrida, excede ampliamente del contenido y autorización de los estatutos comunitarios.

El Tribunal Supremo desestima el recurso. Entiende el Alto Tribunal que la instalación de la entidad C no contraviene los estatutos comunitarios, ni altera la estructura y seguridad del edificio, desde el momento en que se trata de una estructura desmontable. Existe, además, una resolución administrativa de 22 de marzo de 2002 que autoriza la instalación por parte de la entidad C de la estructura. Por otro lado, en junta ordinaria de 5 de mayo de 2001 se autorizó a la demandada la colocación de un toldo en la zona que le corresponde, tal y como lo tiene la cafetería V, y ningún copropietario se opuso. En juntas posteriores lo único que se acuerda es fijar los límites para colocación de los cerramientos o carpas en la zona enfrente de los locales, exigiendo para ello el consentimiento de la comunidad, así como la adopción de medidas legales para actuar en el caso de que se ejecuten obras, sin llegar a adoptar ningún acuerdo de denegación expresa de la autorización. Además, la cláusula estatutaria controvertida permite determinadas instalaciones sin consentimiento de la junta.

NOTA.—Sobre la interpretación de las normas estatutarias, *vid.* SSTS de 1 y 9 de octubre de 2013. En relación al principio de autonomía de la voluntad en el ámbito de la propiedad horizontal, *vid.* SSTS de 15 de octubre de 2009 y de 4 y 7 de marzo de 2013. Sobre las prohibiciones de realización de determinadas actividades, *vid.* SSTS de 20 de octubre de 2008 y de 30 de diciembre de 2010. En cuanto a la libertad que tienen los propietarios de establecer el uso que se le puede dar a un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal, *vid.* SSTS de 23 de febrero de 2006, de 20 de octubre de 2008, de 24 de octubre de 2011, de 4 de marzo y 25 de junio de 2013. Sobre la realización de operaciones de división

sin necesidad de consentimiento de la comunidad, *vid.* STS de 30 de septiembre de 2010. En relación a la interpretación flexible de las reglas de mayorías respecto de locales comerciales, *vid.* SSTS de 17 de enero de 2012 y de 9 de mayo de 2013. Respecto a la obligación de la comunidad de controlar la ejecución de las obras autorizadas, *vid.* SSTS de 15 de octubre de 2009 y de 30 de diciembre de 2010. (*S. L. M.*)

23. Deuda de cuotas por gastos de la comunidad de propietarios. Obligación del propietario de pago de la deuda. Deber del titular registral de soportar la ejecución del inmueble.—El obligado al pago, conforme a la cuota de participación, de los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización, es el propietario, conforme establece el artículo 9.1.e) LPH y confirma el artículo 21.1 LPH, entendiéndose por éste quien era propietario en el momento de producirse la obligación de satisfacer el gasto comunitario. Sin embargo, se extiende la responsabilidad para el pago de las deudas al propietario anterior que hubiera omitido la obligación de comunicar a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad el cambio de titularidad de la vivienda o local. Únicamente cuando el titular registral del inmueble sea el propietario que omitió la comunicación del cambio de titularidad se le podrá exigir el pago de la deuda por parte de la comunidad. Ahora bien, cuando la comunidad de propietarios además de ejercitar la acción obligacional contra el que deba responder del pago, pretenda ejercitar la real contra el piso o local afecto al mismo, existiendo discordancia entre deudor y titular registral, será preciso que demande a éste para garantizar la ejecución de la deuda sobre el inmueble. El artículo 21.4 LPH, de naturaleza procesal, se debe interpretar en el sentido de que la demanda contra el titular registral solamente es precisa a efectos de hacer efectivo el embargo preventivo que autoriza el párrafo segundo de este precepto, así como a los efectos del procedimiento de apremio contra los bienes afectos a la deuda. Cuando el deudor de cuotas por gastos de comunidad de propietarios, por obligación propia o por extensión de responsabilidad, no coincida con el titular registral, la reclamación frente a éste sólo será al objeto de soportar la ejecución sobre el inmueble inscrito a su nombre. **(STS de 22 de abril de 2015; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios reclamó a la mercantil DFM, S. A. la cantidad debida como propietaria de una vivienda, por gastos comunes no satisfechos y gastos extraordinarios correspondientes a la rehabilitación de la fachada del edificio. La parte demandada negó su legitimación pasiva, alegando que si bien era titular registral de la vivienda no era propietaria de ella, e indicando que el actual propietario era D. Nicolás.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Gandía de 21 de diciembre de 2012 desestimó la demanda, al declarar que la reclamación frene al titular registral del inmueble solamente lo será al efecto de soportar la ejecución sobre el inmueble, pero sin que el titular pueda ser condenado al pago de la deuda, cuya obligación sólo recae sobre el propietario. Se tiene en cuenta que a la

comunidad de propietarios le constaba que la mercantil demandada no era la propietaria de la vivienda.

La comunidad de propietarios interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección undécima, de 21 de diciembre de 2012, revocando la sentencia de primera instancia y condenado, con estimación de la demanda, a la mercantil demandada al pago de la cantidad reclamada. En la sentencia se sostiene que, con independencia de quién haya venido pagando las cuotas o teniéndose por propietarios a efectos de constitución de la junta de propietarios, el artículo 9 LPH extiende la legitimación pasiva no sólo al propietario actual de la vivienda, sino también al anterior por la anualidad vencida y la corriente al tiempo de la transmisión de la propiedad. Asimismo, la Audiencia Provincial declara que el artículo 21.4 LPH deja a elección de la comunidad de propietarios la posibilidad de dirigirse contra el propietario actual, contra el anterior o contra uno o varios de ellos simultáneamente, sin perjuicio de repetir contra el actual propietario.

La entidad demanda interpone recurso de casación, que es estimado. El Tribunal Supremo, asumiendo la instancia, desestima el recurso de apelación interpuesto por la comunidad de propietarios. (G. M. A.)

24. Derechos de propiedad intelectual. Límite de la copia privada. Compensación equitativa por copia privada. Regla de minimis o exclusión de la compensación si el perjuicio causado a los titulares de derechos de propiedad intelectual fuera mínimo.—El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 21 de octubre de 2010, caso Padawan, y en la posterior sentencia de 16 de junio de 2011, caso Stichting de Thuiskopie, ha interpretado el artículo 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE en el sentido de que los Estados miembros tienen libertad para decidir si regulan o no la excepción de copia privada en sus ordenamientos nacionales, pero siempre que admitan esta excepción están obligados a regular el abono de una compensación equitativa a favor de los titulares de derechos de autor o derechos afines. La excepción de copia privada está regulada en el artículo 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual y la compensación equitativa está prevista en el artículo 25 de este cuerpo normativo. En la cita de los criterios a tener en cuenta a la hora de determinar la cuantía de la compensación equitativa, el legislador español aclara que cuando el perjuicio causado al titular del derecho a cobrar la compensación sea mínimo ello no dará origen a una obligación de pago. Esta situación fue prevista expresamente en el considerando 35.º de la citada Directiva y se puede derivar de la explicación dada por el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el asunto Padawan acerca de la finalidad de la compensación equitativa: reparar el posible perjuicio causado a los titulares de derechos de propiedad intelectual por la copia privada. En su sentencia de 5 de marzo de 2015, el Tribunal de Justicia reconocía, en relación con soportes multifuncionales, como son los teléfonos móviles y las tarjetas de memoria, que el carácter principal o secundario de la función de realizar reproducciones puede influir en la determinación de la cuantía de la compensación equitativa y concluía afirmando la necesidad de no prever la obligación de pago de compensación equitativa cuando el perjuicio causado sea mínimo. En el análisis del perjuicio causado, parece adecuado concluir que

éste es mínimo en el supuesto en el que la capacidad de almacenamiento del teléfono se limita a 3 o 4 canciones, si se compara con dispositivos ordinarios de mp3, que tiene una capacidad media de más de 600 canciones. La medición de la existencia de un perjuicio real debe hacerse respecto de cada uno de los teléfonos o dispositivos sobre los que se pretende aplicar la compensación equitativa, y no en atención a la suma de todos los dispositivos comercializados por una misma empresa. Por otro lado, la nulidad de la Orden Ministerial PRE1743/2008, reguladora de las cuantías de la compensación (declarada por la Sala de lo Contencioso-Administrativa de la Audiencia Nacional en sentencia de 15 de marzo de 2011), no priva de derecho a las entidades de gestión para reclamar la compensación por copia privada, pues la obligación de compensar nace del texto de la Ley de Propiedad Intelectual, aunque para la determinación de su cuantía esta Ley se remita a la norma reglamentaria. A pesar de la declaración de nulidad de la Orden Ministerial, su contenido puede seguir teniéndose en cuenta a la hora de guiar al juzgador en la cuantificación de la obligación de pago. (STS de 9 de marzo de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Las tres entidades de gestión demandantes (AGEDI, AIE y SGAE) reclamaban a Sony Ericsson el pago de las cantidades correspondientes a la compensación equitativa por copia privada devengadas durante el tercer y cuarto trimestre de 2008 por la venta por el demandado de teléfonos móviles con reproductor mp3 y tarjetas de memoria. La sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 bis de Madrid de 7 de junio de 2011 desestimó íntegramente la demanda interpuesta, por considerar que la Orden PRE/1743/2008, de 18 de junio, en la que se fundaba la determinación de las cuantías a pagar en la reclamación planteada por las entidades de gestión era contraria tanto a la Directiva 2001/29/CE como a los artículos 25.6 y 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual.

La sentencia de la sección 28.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2013 estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por las entidades de gestión. Realiza una distinción entre los teléfonos móviles y las tarjetas de memoria. Respecto de los primeros, entiende que procede aplicar la regla de minimis contenida en el artículo 15.6.4.^a a) de la Ley de Propiedad Intelectual, que excluye la compensación equitativa si el perjuicio causado a los titulares de los derechos de propiedad intelectual afectados fuera mínimo. Perjuicio mínimo que la Audiencia Provincial infiere del hecho de que la capacidad media de almacenamiento de los teléfonos afectados por la reclamación se correspondía con 3 o 4 canciones. Sin embargo, la Audiencia Provincial condena a Sony Ericsson al abono a las entidades de gestión de la compensación equitativa correspondiente a las tarjetas de memoria, así como el interés legal, tomando como base las tarifas contenidas en la Orden PRE/1743/2008.

La sentencia de apelación es recurrida por ambas partes. Sony Ericsson formula recurso de casación. Por su parte, dos de las tres entidades de gestión demandantes plantean recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Todos ellos son desestimados.

NOTA.—Téngase en cuenta que la reseñada aplica los preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual en la versión vigente en el segundo semestre de 2008, al que corresponden las ventas de dispositivos que las entidades de gestión demandantes pretendían gravar con la compensación equitativa por copia privada. Aplica la regla prevista en el apartado sexto del artículo 25 LPI, conforme al cual la determinación del importe de la compensación equitativa habrá de establecerse por los Ministerios de Cultura y de Industria y Turismo tomando en consideración, entre otros aspectos, el previsto en el apartado a) del párrafo cuarto de esta disposición («El perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos por las reproducciones a que se refiere el apartado 1, teniendo en cuenta que si el perjuicio causado al titular es mínimo no podrá dar origen a una obligación de pago»). Tras la reforma introducida por la Ley 21/2014, el artículo 25 LPI contiene un nuevo apartado quinto en el que se declara: «No darán origen a una obligación de compensación aquellas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho de reproducción haya sido mínimo, que se determinarán reglamentariamente. En todo caso, no dará origen a una obligación de compensación por causar un perjuicio mínimo la reproducción individual y temporal por una persona física para su uso privado de obras a las que se haya accedido mediante actos legítimos de difusión de la imagen, del sonido o de ambos, para permitir su visionado o audición en otro momento temporal más oportuno». Para un estudio de la reforma sufrida por la normativa española en materia de copia privada y compensación equitativa, véase Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, «La copia privada», en *La reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 73 y siguientes. Para un análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia en el célebre asunto Padawan contra SGAE, empleada por el Tribunal Supremo en esta resolución, nos permitimos la remisión a Sebastián López Maza y Gemma Minero Alexandre, «El carácter equitativo de la compensación por copia privada. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de octubre de 2010 (Caso Padawan)», *Pe.i. Revista de Propiedad Intelectual*, 2010, núm. 36, pp. 89 y siguientes. (G. M. A.)

25. Dispositivos gravados con la compensación equitativa por copia privada. Regla de *minimis*.—Hay que tener presente, en primer lugar, que la alusión a los preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual se hace a la versión vigente en el segundo semestre de 2008, cuya redacción procede de la modificación operada por la Ley 23/2006 —que no se corresponde con la redacción vigente actualmente, tras la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual por la Ley 21/2014—. La compensación equitativa por copia privada, regulada en el artículo 25 LPI, es un derecho que tienen los titulares de propiedad intelectual y que les atribuye el legislador como consecuencia del daño sufrido por el límite de copia privada. Los usuarios de obras y prestaciones pueden hacer reproducciones para uso privado de éstas, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 31.2 LPI. El régimen anterior a las últimas reformas de la Ley de Propiedad Intelectual establecía un canon sobre los equipos y soportes idóneos para realizar o almacenar copias priva-

das. Todos los dispositivos que permitieran tales funciones, estarían sujetos al pago de la compensación, que consistía en una parte del precio de venta. Aunque los deudores, según el artículo 25 LPI, eran aquellos que ponían a disposición del público los equipos y soportes, se permitía que repercutieran las cantidades pagadas a los consumidores finales. En el ámbito digital, hasta hace unos años la compensación estaba desarrollada en la Orden Ministerial PRE/1743/2008, de 18 de junio, que fue declarada nula por varias sentencias de la Audiencia Nacional, de 15 de marzo de 2011. En la sentencia objeto de esta reseña, consideró el Tribunal Supremo que la nulidad de dicha Orden Ministerial no privaba a las entidades de gestión del derecho a reclamar la compensación, mediante la aplicación de un canon a los dispositivos idóneos para realizar copia privada de obras protegidas, en la forma prevista en el artículo 25 LPI. El derecho al cobro no nacía de la Orden, ni la existencia de ésta constituía una condición necesaria para que surja este derecho. La compensación surgía de la introducción por el legislador español del límite de copia privada en el artículo 31.2 LPI. Procede, por tanto, de la ley. En consecuencia, la anulación de la Orden Ministerial no impedía la aplicación del artículo 25 LPI ni que sobre la base de este precepto se pudiera estimar la reclamación de la compensación respecto de la comercialización de tarjetas de memoria para teléfonos móviles.

A estos efectos, la compensación debe ser equitativa y a la hora de establecer su cuantía, debían atenderse a los criterios señalados en el artículo 25.6.4.º LPI. Uno de esos criterios era el perjuicio efectivamente causado a los titulares de derechos, teniendo en cuenta que si el perjuicio ocasionado era mínimo, no podía dar origen al pago (regla *de minimis*). Es decir, que los dispositivos que apenas se utilizara para realizar copias privadas no debían estar gravados. Este criterio era acorde con el Considerando 35 Directiva 2001/29/CE, de derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información. Según el Tribunal Supremo, con esta regla no se exigía la prueba del perjuicio, sino la acreditación del posible perjuicio, aunque éste no llegara a verificarse. Si el posible empleo de un dispositivo para realizar copias privadas era escaso, debía entenderse que el perjuicio era mínimo. A estos efectos, la entidad del perjuicio debía medirse respecto de cada uno de los dispositivos sobre los que se pretendía aplicar la compensación, y no en atención a la suma de todos los dispositivos comercializados por una misma empresa. (**STS de 6 de marzo de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Varias entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual reclaman a N el pago de la compensación equitativa por copia privada, previsto en el artículo 25 LPI, por las ventas de teléfonos móviles con reproductor mp3 y de tarjetas de memoria, durante el tercer y cuarto trimestre del año 2008. N consideró improcedente esta reclamación porque no resultaba de aplicación la Orden Ministerial PRE/1743/2008, por contradecir la regla *de minimis* del artículo 25.6.4.º LPI. Además, N considera que la Orden es contraria a la Directiva 2001/29/CE. El Juez de lo Mercantil desestimó íntegramente la demanda por considerar que la Orden en la que se fundaba la reclamación era contraria a la norma comunitaria señalada y a los artículos 25.6 y 31.2 LPI.

En apelación, la Audiencia distingue entre los teléfonos móviles y las tarjetas de memoria. Respecto de los teléfonos móviles, entien-

de que procede aplicar la regla *de minimis* del artículo 25.6.4.ºa) LPI, que excluye el pago de la compensación si el perjuicio es mínimo. Sin embargo, respecto de las tarjetas de memoria, la Audiencia entiende que el perjuicio no es irrelevante, en la medida en que tienen mayor capacidad de almacenamiento y son empleados para complementar la exigua memoria del teléfono móvil. Por tanto, la Audiencia estima en parte el recurso de apelación.

Ambas partes recurren en casación. Las entidades de gestión alegaron, en primer lugar, el error en la interpretación de la regla *de minimis*. Señalaron que el perjuicio mínimo se predicaba de los titulares del derecho de reproducción y no podía ser puesto en relación automática con los equipos y soportes idóneos. A este respecto, entendió el Tribunal Supremo que el uso de los teléfonos móviles para realizar copias privadas era tan escaso, que era razonable pensar que el perjuicio ocasionado a los titulares de derechos sería mínimo, por lo que no debían quedar gravados con la compensación.

En cuanto al recurso planteado por N, se basó en la declaración de nulidad de la Orden Ministerial alegada por las actoras, por lo que tanto los teléfonos móviles como las tarjetas de memoria debían estar exentas del pago de la compensación. Afirmó el Tribunal Supremo que, a pesar de la nulidad de la OM, la obligación de pagar la compensación por copia privada se mantenía porque se trata de un derecho que no nacía de esa norma, sino de la propia Ley de Propiedad Intelectual. Por otro lado, consideró también N la aplicación de la regla *de minimis* a las tarjetas de memoria, algo que desestimó el Alto Tribunal al entender acreditado el hecho de que estos dispositivos se utilizaban por los particulares para hacer copias privadas, dada su capacidad de almacenamiento.

NOTA.—Sobre la compensación equitativa por copia privada en el ordenamiento español, *vid.* las SSTs de 18 de febrero de 2009, de 7 de abril de 2009, de 15 de septiembre de 2010 y de 22 de junio de 2012. A nivel europeo, si bien se trata de una materia que no está armonizada en todos los Estados miembros, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en varias ocasiones sobre este asunto. *Vid.* SSTJUE de 21 de octubre de 2010, de 16 de junio de 2011 y de 5 de marzo de 2015. En esta última sentencia, en un caso similar al planteado en la STS objeto de la presente reseña, el Tribunal declaró que el carácter principal o secundario de la función de realización de copias privadas y la capacidad del soporte para realizarlas, pueden influir en la cuantía de la compensación. Pero que si el perjuicio ocasionado a los titulares de derechos era mínimo, tal dispositivo no debería estar sujeto al pago de la misma. (*S. L. M.*)

DERECHO DE FAMILIA

26. Filiación: Alimentos: Reembolso de cantidades satisfechas en concepto de pensión de alimentos tras declararse la inexistencia de relación filial: Cobro de lo indebido: Eficacia retroactiva de la sentencia

que estima la impugnación de la filiación matrimonial.—El problema jurídico que plantea el recurso se contrae a determinar si se puede admitir la acción de enriquecimiento injusto derivada del artículo 1895 CC, para la devolución con carácter retroactivo de los alimentos entregados a una hija menor, como consecuencia de una sentencia que declara la inexistencia de relación paterno filial, precedida de un proceso de impugnación de aquella, que hace desaparecer esta obligación, no *ex nunc*, sino *ex tunc*. Todo ello a partir de un motivo único en el que se denuncia la infracción de dicho precepto, en relación con la jurisprudencia que lo interpreta y con las contradicciones existentes entre Audiencias Provinciales.

Esta Sala no se ha pronunciado de forma expresa sobre la acción que ha de ejercitarse para reclamar los alimentos pagados por quien se creía progenitor y posteriormente resulta que no lo es, como tampoco sobre la retroactividad de los efectos de la sentencia que declara la inexistencia de relación paterno filial en cuanto a la obligación de devolver alimentos cuyo importe había sido fijado previamente en una sentencia de divorcio. Las SSTs de 22 de julio de 1999 y 14 de julio de 2010, no responden a supuestos iguales. En efecto, se refieren a casos de padres que habiendo tenido hijos de su matrimonio, se habían separado y descubren después de la interposición de demandas de paternidad que uno de los hijos del matrimonio no era hijo biológico suyo y solicitan la indemnización correspondiente por una contribución indebida a las cargas del matrimonio. En ambos casos la acción ejercitada no fue discutida por las partes, lo que no ocurre en este caso en el que el padre recurrente no ejercita la acción del artículo 1902 CC, que ni siquiera menciona, sino la del artículo 1895 CC. Tampoco se pronuncian sobre si constituye justa causa la existencia de una sentencia fijando alimentos que impide la posibilidad de apreciar la existencia de un cobro de lo indebido después de declararse la inexistencia de la obligación.

Lo que se enjuicia y resuelve en estas sentencias es lo siguiente: a) La demanda que originó la STS de 22 de julio de 1999 alegaba que el pago de las pensiones alimenticias había enriquecido el patrimonio de la madre, pues de no haber sido considerado hijo matrimonial hubiera sido ella quien hubiera debido pagarlas. La sentencia aplica el artículo 1902 y niega la indemnización. b) En la STS de 14 de julio de 2010 se consideró que la reclamación había prescrito. La demanda había sido formulada por el esposo contra la que había sido su esposa, por daños morales, daños físicos y secuelas psicológicas, deterioro de su fama y honor, daño patrimonial y enriquecimiento injusto derivados de la infidelidad de la demandada mientras estuvieron casados y de la declaración judicial de que uno de los dos hijos tenidos hasta entonces por matrimoniales, no había sido engendrada por el demandante.

En la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales la discrepancia es evidente, pudiéndose clasificar así: a) Sentencias que sostienen que la reclamación de los alimentos abonados a quien se creía hijo, debe realizarse por el cauce del artículo 1895; b) Sentencias que sostienen que la reclamación de los alimentos abonados a quien se creía hijo, debe realizarse por el cauce del artículo 1902 CC; y c) Sentencias que consideran que en tanto no se declare que el padre que lo era ha resultado no serlo, no es de aplicación el cobro de lo indebido, pues hasta entonces los alimentos eran debidos. El Pleno de esta Sala se inclina por la última solución.

Las reglas que en situaciones normales regulan el pago de lo indebido no se trasladan, sin más, en materia de alimentos para conceder legitimación al padre que alimentó a una hija que luego se demostró que no era suya, para

que se le restituya lo abonado, y pasiva a quien nunca recibió el dinero para sí, es decir, para integrarlo en su patrimonio, sino para aplicarlo a la alimentación de la hija común, como tampoco para considerar que hubo error al pagarlos. Hay que tener en cuenta: a) La niña nace constante la relación del matrimonio y como tal se inscribe en el Registro Civil, por razón de la presunción de paternidad matrimonial, reforzada por la presunción de convivencia del art. 69, y desde entonces se aplican las normas de protección de la familia a través de una suerte de medidas tanto personales como patrimoniales. Entre otras las que resultan de los artículos 111 y 154 CC, una de los cuales, los alimentos, se extrae del conjunto de obligaciones para reclamar su devolución por un periodo que no cubre toda la vida de la menor. Solo se reclama lo que pagó por sentencia tras la ruptura matrimonial, lo que en sí mismo resulta incongruente pues lo indebido sería lo invertido antes como después, puesto que ambos cónyuges, aun divorciados, seguían comprometidos al pago de los alimentos por deber de patria potestad. b) Estos alimentos, como las demás obligaciones que integran la potestad de los padres (art. 154 CC) y el propio hecho de la filiación (art. 111 CC). El derecho a los alimentos han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida de la niña porque la función de protección debía cumplirse y a la hija debía alimentarse, sin que pueda solicitarse su devolución por todo el periodo de vida de la niña, ni por supuesto, por el que ahora se reclama, por el hecho de que no coincide la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal. La no devolución tiene su rigen en la vieja STS de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las SSTS de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, 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». No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras se mantengan. c) El derecho a los alimentos de la hija existía por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio y como consecuencia de esa apariencia de paternidad el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían entre las que se encontraba no sólo la manutención económica, sino la de velar por ella, tenerla en su compañía, educarla, formarla, representarla y administrar sus bienes. Por tanto, los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruya esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial, lo que hace inviable la acción formulada de cobro de lo indebido. La filiación, dice el artículo 112 CC *produce sus efectos desde que tiene lugar, y su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no disponga lo contrario*; efecto retroactivo de la determinación legal de la filiación que opera cuando éste sea positivo para el menor, pero no en el supuesto contrario, como sucede en otros casos (extinción de la adopción: art. 180.3 CC; nulidad del matrimonio: art. 79 CC; fallecimiento del alimentante: art. 148.3 CC).

Es cierto que las relaciones de paternidad tienen como base principal la realidad biológica, pero esta realidad no excluye necesariamente situaciones como la contemplada en el caso resuelto por la STS de 20 de noviembre de 2013, en el que se atribuye la guarda y custodia de una niña a quien impugnó la paternidad, lo que pone en evidencia el riesgo de trasladar sin

más determinadas acciones, como la que ahora se enjuicia, al ámbito de las relaciones familiares para fundar un derecho de crédito al margen de las reglas propias que resultan de la filiación, de la propia consideración del matrimonio y de la familia y, en definitiva, de un entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible disociar. (STS de 24 de abril de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—La sentencia anotada dictada por el Pleno de la Sala 1.^a llena una sensible laguna ante la gran variedad de soluciones adoptadas por las Audiencias Provinciales. En el caso concreto el anotador estima, sin embargo, de mayor solidez las razones claramente expuestas en el Voto particular que las contenidas en aquélla, con la obvia consecuencia de desestimar el recurso y confirmar la sentencia de la Audiencia Provincial; razones por las cuales extracta sus Fundamentos de Derecho.

Hay un Voto particular firmado por los Excmos. Sres. D. Antonio Salas Carceller y D. Francisco Javier Orduña Moreno. FD del Voto particular: No se trata en este caso de una cuestión de «devolución de alimentos» que han sido consumidos, sino de la reclamación de lo indebidamente satisfecho por el demandante en tal concepto; que se dirige, no contra la alimentista, sino contra la persona que estaba obligada a prestar los alimentos y no lo hizo —al menos en la cuantía cubierta por el demandante—, beneficiándose económicamente de ello. Cuando se trata de una hija extramatrimonial la obligación de alimentos incumbe de forma solidaria a los verdaderos progenitores, sin que la prestación alimenticia efectuada por quien se creía padre— sin serlo—precisamente por la ocultación de la esposa, que había concebido a la hija como consecuencia de una relación extramatrimonial, impida a éste reclamar de los verdaderos obligados el reintegro de lo satisfecho por error, pues en caso contrario se aprobaría el ilícito beneficio obtenido por la falta de cumplimiento de una obligación legal que fue satisfecha por otro. La situación descrita se ajusta a la previsión legal contenida en el artículo 1895 CC que regula el cuasicontrato de «cobro de lo indebido» habiéndose producido un supuesto de *indebitum ex causa*. El demandante, con voluntad viciada por error causado por la demandada, suscribe un convenio aceptando como medida propia del mismo la prestación alimenticia de 300 euros mensuales para las atenciones de quien creía su hija, sin serlo, y viene pagando las cantidades correspondientes hasta que conoce la verdadera situación en virtud de la cual ninguna obligación alimenticia tenía, ya que la misma correspondía a los verdaderos progenitores cuyo débito ha cubierto erróneamente con evidente utilidad para los mismos; no afecta a ello que el error se extendiera al propio Juez que aprobó el convenio, en cuanto entendió que satisfacía las necesidades de la menor. El hecho de que se dictara, también por error, una resolución judicial que confirmaba la existencia de la obligación por parte del hoy demandante no subsana el vicio del consentimiento en cuya virtud se aceptó el sometimiento a dicha obligación en beneficio de los deudores solidarios de alimentos que eran únicamente los verdaderos progenitores. Finalizan con una consideración general sobre el moderno Derecho de Familia, que estiman

diffícilmente conciliable con las viejas sentencias de esta Sala (arrancando de la precodicial de 30 de junio de 1885) que se invocan por la Sala, y un dato fáctico que curiosamente no se recoge en la sentencia anotada (considerando de mala fe la conducta de la esposa que convenció a su marido para que se sometiera a un sufrido y costoso tratamiento de fertilidad, para acto seguido, tener las relaciones extramatrimoniales que dieron lugar al nacimiento de su hija), estimando que se trata de un comportamiento doloso que debió reforzar la pretensión restitutoria que aquí se reclama, pues, en caso contrario, se premia la impunidad de actuación y la ausencia de responsabilidad tanto respecto de ella, como del verdadero progenitor, al cual ya no se le podrá reclamar el pago de estos alimentos que el marido realizó, sin causa y de forma indebida. En consecuencia se propone estimar el recurso de casación, confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (G. G. C.)

27. Matrimonio civil: Requisitos: Capacidad: Pretendida enfermedad psíquica: Consideraciones previas.—El Código civil establece una presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida (art. 322 CC), de forma que sólo por la sentencia judicial que contenga la declaración de incapacitación se entenderá constituido este estado (arts. 199 CC, y 756 a 762 LEC). Esta presunción general de capacidad admite excepciones por lo que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado, y así sucede con el matrimonio por el artículo 56 CC que dispone en el párrafo segundo que *si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento*.

Paso previo a exigir referido dictamen es constatar por el Encargado del Registro Civil en la entrevista reservada o por la documental obrante en el expediente, la existencia de alguna deficiencia o anomalía psíquica. Y se exige tal dictamen en vez de negar sin más capacidad, porque en el matrimonio se requiere como en cualquier otro negocio jurídico, una real y válida voluntad no aquejada de vicios invalidantes, pero, sin embargo, la solución acogida por nuestro Derecho vigente, en línea con los antecedentes históricos, es excluir que las deficiencias o anomalías psíquicas constituyen por sí mismas impedimento para que la persona afectada por las mismas pueda contraer matrimonio. Tal solución se compadece con catalogar el derecho del matrimonio entre los derechos humanos y su protección constitucional (arts. 32 y 53 CE). Prueba de ello es la previsión contenida en el artículo 171, pár. 2.º, núm. 4 CC, conforme al cual la patria potestad prorrogada sobre los hijos que hubieren sido incapacitados se extingue *por haber contraído matrimonio el incapacitado*, de lo que se colige que la incapacitación judicial del contrayente no es incompatible con la capacidad natural para contraer matrimonio. De ahí la importancia del dictamen médico si existe constancia o percepción de las deficiencias o anomalías psíquicas. Se incurre en petición de principio o supuesto de la cuestión cuando la certeza de la proposición necesitada de prueba se incluye implícita o explícitamente como premisa para apoyar un motivo de casación.

Por ello para considerar infringido el artículo 56 CC sería preciso partir como hecho probado del conocimiento por el Encargado del Registro Civil de la deficiencia psíquica del contrayente. Teniendo en cuenta que el recurso de casación viene limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado de los hechos pro-

bados, viene abocado al fracaso en aquellos supuestos, como el presente, en que sin combatir abiertamente la base fáctica de la sentencia recurrida, se prescinde de ella y se desarrolla el recurso al margen de la misma.

Convención de Nueva York de 2006.—La Convención de 2006, ratificada por España en 23 noviembre 2007, no sólo no la desconoce la sentencia recurrida, sino que hace expresión mención a ella para reprochar a los actores —hermanos del contrayente cuyo matrimonio se impugna— que, de ser ciertas las deficiencias psíquicas de éste, no hubieran instado medidas de apoyo y asistencia o, en su caso, de sustitución en la toma de decisiones encaminadas a la protección de su persona y patrimonio.

En efecto la STS 282/2009 ya declaró que la incapacitación es sólo una forma de protección de los discapaces y que por ello mismo no es una medida discriminatoria, sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona. Las medidas de apoyo se inician cuando se toma conocimiento de una situación necesitada para permitir al discapaz ejercer su capacidad jurídica; apoyos que la Convención no enumera ni acota pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales, para en definitiva procurar una normalización de la vida de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución de la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo para tomarlas, que sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad en todos los aspectos de la vida, y en igualdad de condiciones con los demás. A la vista de la STS de 1 julio 2014 que trata de la curatela de discapacitados, se echa en falta que si los parientes más cercanos del presunto incapaz consideraban que éste padecía una discapacidad psíquica permanente no se entienda que no lo hubieran sometido a curatela para la adopción de medidas de apoyo que su déficit requiriese e hiciese necesario.

Desestimación del recurso.—Respecto de la infracción del artículo 56 CC, se hace supuesto de la cuestión ya que no consta acreditado que el Encargado del Registro Civil en su entrevista reservada percibiese esas deficiencias o anomalías psíquicas en el contrayente, como tampoco las percibió el Notario autorizante del poder que otorgó con ocasión de las herencias de sus padres. Con carácter general la cuestión a enjuiciar responde casuísticamente al planteamiento de cada litigio y prueba practicada y valorada en él, como se precisa en la STS de 14 de julio de 2014, Rc. 4141/2000, en la que basta su lectura para constatar el complejo acervo probatorio que se tuvo en cuenta para confirmar la sentencia de instancia que declaró la nulidad del matrimonio por falta de capacidad del contrayente. Por contra, la Res. de 17 de enero de 2007 de la RGRN, en un supuesto de «retraso mental ligero», y a pesar de haberse pronunciado una sentencia judicial declarando la incapacidad total y absoluta de la persona para regir su persona y bienes, confirma el Auto recurrido del Juez Encargado que concluye de forma favorable la autorización del matrimonio. En cuanto a la crítica de la valoración de las pruebas periciales ya hemos expuesto como no es este el cauce de denunciar los déficit de valoración, sin perjuicio de añadir que sus inferencias, bien motivadas en la sentencia de instancia, no son ilógicas, absurdas o arbitrarias. Otro tanto cabe decir de la prueba de presunciones, que detalladamente aparece recogida en cuanto a sus hechos base en un resumen de antecedentes, sin que tales hechos se hayan combatido por el cauce adecuado y sin que la conclusión inferida sea ilógica o arbitraria. En cuanto a la crítica respecto a las nuevas orientaciones en materia de incapacitación, nos remitimos a las consideraciones pre-

vias, y si existe reproche, como hace el Tribunal de instancia, ha de recaer en los actores por no haber tomado la iniciativa si es que su hermano padecía las deficiencias y anomalías psíquicas a que se refieren, incurriendo en contradicciones que pugna con las máximas de experiencia, pues no se compadece una edad mental de 9 a 12 años y admitir viajes sin asistencia a grandes urbes como Madrid.

Reserva mental del otro cónyuge a la hora de contraer matrimonio.—

El Tribunal de instancia no la considera probada, motiva su decisión valorando la prueba practicada y no cabe hacer supuesto de la cuestión al no haberse impugnado esta por el cauce procesal adecuado. **(STS de 29 de abril de 2015;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Escasean entre nosotros, desde 1981, los procesos de nulidad matrimonial civil, debido probablemente a haberse facilitado los de divorcio de ambas clases de uniones, llegando incluso a innecesariedad de alegación de causa. Con todo, las estadísticas muestran todavía cierto porcentaje de sentencias canónicas de nulidad cuya eficacia civil se insta, en número escaso aunque estable, siendo menor todavía el supuesto de nulidades por falta de capacidad por enfermedad mental. Sin tratarse aquí de un matrimonio *in articulo mortis*, la demanda se interpone por los hermanos del marido, presuntamente enfermo mental, poco después de su óbito. ¿Oscuras motivaciones extraconyugales de la familia amplia? La sentencia puede decirse que agota convincentemente la argumentación incluyendo la no utilización en su momento, por los hermanos de las medidas de apoyo a los discapacitados que autoriza y promueve la Convención de 2006. En cuanto a la supuesta reserva mental ejercitada por la esposa del enfermo mental, nada se prueba pues de la practicada resulta que ambos se conocieron cuando ella trabajaba en la empresa que dirigía éste, y que cuidó de él después de casados cuando se le presentó la última enfermedad. (G. G. C.)

28. Separación de hecho y sociedad de gananciales: Voluntad de los cónyuges separados de mantener la situación económica de ganancialidad.—

Tras la Ley 14/1975, de 2 de mayo, que posibilitó pactar la disolución del régimen de gananciales, y particularmente a partir de la Reforma de 1981, que desarrolló el régimen de las causas de disolución en función de las diversas vicisitudes que pueden darse en la relación conyugal, esta Sala procedió a una paulatina interpretación flexible del artículo 1393.3 CC que mitigara el rigor de su interpretación literal en aquellos supuestos en donde se había producido una definitiva y prolongada ruptura de la convivencia conyugal. Por lo que, acreditada una ruptura seria y prolongada de la relación conyugal no se exige, por innecesario, el requisito previo de la declaración judicial para declarar extinguida la sociedad de gananciales. **(STS de 6 de mayo de 2015;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—Dos hermanos (hijos del fallecido) y su madre (esposa del finado) interpusieron demanda de solicitud de división judicial de la herencia del causante frente a Evelio, el otro hijo del premuerto. Evelio se opuso a las operaciones particionales realizadas por el contador partidor.

El juzgado estimó parcialmente las impugnaciones efectuadas contra las operaciones divisorias del contador partididor. Quedó probado que los padres estaban separados de hecho desde 1969, lo que suponía, según Evelio, la inexistencia de una sociedad de gananciales desde tal fecha con la consecuencia de que los bienes atribuidos a la esposa del causante no tenían naturaleza ganancial, sino privativa. La sentencia de primera instancia desestimó tal pretensión por cuanto si bien desde el año 1969 existió una separación de hecho entre los cónyuges consideró que no hubo voluntad inequívoca de romper la sociedad de gananciales. Los recursos de ambas partes litigantes fueron desestimados por la audiencia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por Evelio.

NOTA.—La jurisprudencia, cuando la separación de hecho se ha prolongado libremente consentida, entiende contraria a la buena fe y constitutiva de abuso de derecho, la reclamación por un cónyuge de los derechos derivados del régimen de sociedad de gananciales, sobre los bienes obtenidos por el otro y en cuya adquisición no contribuyó de ningún modo (SSTS de 4 de diciembre de 2002, 23 de febrero de 2007 y 21 de febrero de 2008, entre otras). (I. D.-L.)

29. Divorcio: Régimen pactado de separación de bienes: No procede indemnización del artículo 1438 CC a favor de la esposa por trabajar simultáneamente fuera del hogar: Doctrina jurisprudencial.—El marido

formula recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja que, al amparo del artículo 1438 CC, en el régimen de separación de bienes y como consecuencia del divorcio, fijó una compensación a favor de su esposa, de 371.000 euros, inferior a la que le concedió la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, de 530.000 euros, y cifra la pensión compensatoria en 1500 euros al mes, la misma que en la primera instancia, con una vigencia de siete años. El primer motivo denuncia infracción del art. 1438, por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo fijada en la STS de 14 de julio de 2011, y, subsidiariamente, por existencia de jurisprudencia contradictoria en las Audiencias Provinciales. Se infringe la doctrina porque ha concedido la indemnización a la esposa cuando no contribuye solo con el trabajo de la casa, sino que, además, trabajaba fuera de ella.

La sentencia recurrida establece a favor de la esposa la compensación del artículo 1438 CC a partir de una interpretación de la Sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2011, que fija como doctrina jurisprudencial, la siguiente: «El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge».

El problema surge con la expresión *solo con el trabajo realizado para la casa*, que la sentencia de esta Sala incluye en su razonamiento y que la ahora recurrida interpreta de dos formas: «a) La literal (con abstracción de cuál fue el problema jurídico abordado por el TS en esta sentencia y cuál fue en suma el objeto del análisis que realizó la referida resolución), entendiendo que la compensación del artículo 1438 CC únicamente se puede obtener cuando el cónyuge acreedor ha realizado solo (es decir, con exclusividad)

trabajo para la casa pero no cuando se han desarrollado además otras actividades (por ejemplo, un trabajo fuera de casa). b) La sistemática, esto es, teniendo en cuenta cuál fue el problema debatido que motivó la sentencia del Tribunal Supremo y sobre qué cuestión concreta es sobre la que la indicada sentencia sienta la jurisprudencia. De acuerdo con esta interpretación puede entenderse que el problema que abordó la sentencia del Tribunal Supremo fue exclusivamente el relacionado con si para tener derecho a la compensación del artículo 1438 CC, basta solo con que el cónyuge acreedor haya desarrollado su trabajo para la casa, o si además es necesario el incremento patrimonial del cónyuge deudor, resolviendo la STS a favor de la primera de estas alternativas, esto es, que el artículo 1438 CC solo exige que se haya desarrollado trabajo para la casa. Por consiguiente, el Tribunal Supremo nunca habría entrado a analizar si para obtener esta compensación el cónyuge acreedor debe de haberse dedicado con exclusividad a la casa o si por el contrario puede tener derecho a esta indemnización si además ha desarrollado otras actividades económicas».

La Audiencia Provincial estima que esta última interpretación resulta más acorde con el contenido de la mencionada STS, esto es, la que considera que el trabajo para la casa realizado mayoritariamente por uno de los cónyuges le otorga derecho a obtener una compensación por el concepto previsto en el artículo 1438, aunque ese cónyuge también haya trabajado fuera de casa. Y ello, dice, «por el motivo de que caso de no hacerlo así, se estaría dando pábulo a un enriquecimiento injustificado del cónyuge que no prestó ese trabajo doméstico o lo hizo en cuantía ínfima en proporción a su trabajo o actividad laboral extradoméstica (ha de partirse de que hoy en día nadie se desentiende absolutamente de su familia ni de su casa), actividad a la que pudo dedicar todo el tiempo que quiso debido a la salvaguarda que para él y para su estabilidad familiar otorgaba el hecho de que el otro cónyuge desarrollaba, supervisaba y dirigía la atención diaria de la familia, los hijos y la casa. Entendemos que la *ratio* del precepto no exige una contribución «exclusiva, excluyente y directa» sino que la desigualdad que se trata de corregir no solo se da cuando el acreedor se dedica exclusivamente al hogar, sino que también cuando lo hace en mayor medida, de ahí que tengan derecho a la compensación tanto los primeros como los que compatibilizan dicha actividad familiar con otra económica o laboral». Sin que sea óbice para ello que en esa tarea se auxilie de terceras personas a su servicio ya que, por un lado, «el hecho de que se disponga de servicio doméstico, implica la dirección de la economía doméstica, el control del trabajo realizado por las empleadas de servicio doméstico y el pago de sus retribuciones, así como la labor de supervisar y dar instrucciones a éstas sobre la forma de realizar los cometidos que se les encomiendan, y por otro, que la crianza y educación de los hijos, así como el cuidado del hogar implica un gran esfuerzo y dedicación».

Es cierto que el derecho a la compensación que prevé el artículo 1438 ha dado lugar a una respuesta contradictoria en la doctrina y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, pero lo que ha hecho esta Sala en su sentencia de 14 de julio de 2011, reiterada en la de 31 de enero de 2014, es poner fin a esta controversia diciendo lo que quería decir y no lo que dice la sentencia recurrida. Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, («solo con el trabajo realizado para la casa»), lo que impide reconocer,

de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen (STS 14 de julio de 2011).

Es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1438 ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente en conciliar la vida familiar y laboral. Pero también lo es que no todos los ordenamientos jurídicos españoles admiten la compensación para el cónyuge que contribuye a las cargas del matrimonio con su trabajo en casa cuando la relación termina (Navarra, Aragón y Baleares) y que aquellos que establecen como régimen primario el de la sociedad de gananciales, que permite hacer comunes las ganancias, no impiden a marido y mujer convenir otro distinto, como el de separación de bienes, en el que existe absoluta separación patrimonial pero en el que es posible pactar con igualdad el reparto de funciones en el matrimonio y fijar en su vista los parámetros a utilizar para determinar la concreta cantidad debida como compensación y la forma de pagarla por la dedicación a la casa y a los hijos de uno de ellos, lo que no ocurre en aquellos otros sistemas en los que se impone como régimen primario el de separación de bienes y en el que, salvo pacto, no es posible regular convencionalmente aspectos de este régimen, como el de la compensación, que se establece en función de una serie de circunstancias distintas de las que resultan del art. 1438 Cc, como es el caso del artículo 232.5 Cccat en el que se tiene en cuenta el mayor trabajo de uno de los cónyuges para el caso («sustancialmente»), así como el incremento patrimonial superior, o del artículo 12 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia en el que también se compensa el trabajo para la casa considerando como tal, no solo lo que constituye este trabajo específico, sino «la colaboración no retribuida o insuficientemente retribuida» que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional.

En el caso, son hechos probados de la sentencia que la esposa fue la que esencialmente se ocupó de la casa familiar y de la atención de los hijos cuando eran pequeños, ayudada por una empleada, lo cual no fue óbice para que desarrollase una actividad laboral (apertura de una tienda de ropa de niños denominada *Tacatá*) y que trabajara antes para la empresa del esposo denominada *Rioja Selección* hasta que cerró, sin que se haya aclarado si tal empleo fue o no retribuido durante todo el tiempo que lo desempeñó, o solo durante parte de ese tiempo.

La sentencia recurrida se opone a la doctrina de esta Sala y debe ser casada en este aspecto, sin entrar a analizar las evidentes contradicciones existentes en las Audiencias Provinciales en la interpretación de la norma.

El Pleno reitera la siguiente doctrina jurisprudencial: *El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*

requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge. (STS de 26 de marzo de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Matrimonio celebrado en 1983, con régimen pactado de separación, disuelto por sentencia de divorcio del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Logroño en julio de 2011. Interesa destacar entre las medidas acordadas por el Juez, la siguiente: A la petición de la esposa de que se le abone como compensación a la extinción del régimen económico matrimonial, por importe equivalente al 35% del valor actual del patrimonio del marido, o de la suma de dos millones de euros, a discreción judicial, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia fijó la suma de 530.000 euros por tal concepto. La Audiencia Provincial de La Rioja-Logroño estimó parcialmente en este punto el recurso del marido, reduciendo la compensación a la suma de 371.000 euros. El Pleno de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha estimado plenamente el recurso de casación interpuesto por el marido, denegando toda indemnización y reiterando la doctrina jurisprudencial establecida por SSTS de 14 de julio de 2011, y 31 de enero de 2014.

NOTA.—Como se sabe la interpretación que debe darse al artículo 1438 CC en lo relativo al pago de una compensación al cónyuge por el trabajo para la casa, divide a la doctrina y a la jurisprudencia, y la presente sentencia por sí sola no parece apta para poner punto final a la controversia. Se discute no sólo si se trata de una regla exclusiva del régimen pactado de separación en el Código Civil, o si más bien pertenece al régimen matrimonial primario, sino, sobre todo, su última *ratio*. Personalmente considero confusa la argumentación contenida en el 2.º FD, apartado 2, en el que parece ofrecerse un estudio comparativo de los distintos regímenes económicos matrimoniales vigentes en España, sin conclusiones claras (¿es que alguno debe prevalecer y por qué?); con reiteración parece identificarse el régimen matrimonial primario con el legal, lo que es un error conceptual. La notable cuantía de las compensaciones que en este caso se están reclamando requerirían aclarar definitivamente la interpretación de esta norma, de la que aproximadamente puede afirmarse que carece de asiento fijo en el mundo de los conceptos generalmente aceptados. (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

30. Matrimonio: Vivienda familiar, adquirida por marido siendo soltero con subrogación en la hipoteca: Aportación como vivienda familiar aceptando la esposa: Divorcio con atribución de la vivienda a la esposa y a la hija común: Prevalece la ejecución hipotecaria con subasta seguida de adjudicación y desahucio por precario: Doctrina

jurisprudencial.—La sentencia de Pleno de la Sala de 14 enero 2010 cuando afronta la reclamación de un tercero de la vivienda familiar cuyo uso se ha asignado a uno de los cónyuges parte de la siguiente afirmación: *El uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a uno de los cónyuges en aplicación del art. 96 Cc se configura como un derecho cuya titularidad corresponde al cónyuge al que se ha atribuido el uso, sólo o en unión de los hijos, según se infiere del párrafo final de dicho precepto. El alcance de la facultad de oponerse a la reclamación por parte de un tercero de la vivienda ocupada por uno de los cónyuges ha sido determinado por la jurisprudencia según las circunstancias de cada caso, aplicando el principio de que la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente.*

Tras exponer las vacilaciones experimentadas por la jurisprudencia de la Sala en cuanto a la determinación de la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido por sentencia y sus efectos, explica la necesidad de unificación de doctrina que realiza también la STS de 18 de enero de 2010. Esta sentencia tras describir las distintas situaciones en la titularidad de la vivienda familiar concluye en cuanto a la naturaleza del derecho de uso que *el Cc no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo ocurrido en el Derecho catalán (art. 83.3 del Código de Familia y art. 233.22 del Proy. de Libro II del CCcat) que se ha decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la Propiedad.*

De ahí que la STS de 14 de enero de 2010 afirme *que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar; cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la Res. de 14 mayo 2009 de la DGRN). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (Res. de 10 de octubre de 2008).*

La aplicación de esta doctrina debe ser amoldada a las circunstancias de cada caso, y así obró la Sala en la Sentencia de 18 de octubre de 2010, Rc. 2305/2006, en un supuesto en el que la vivienda familiar era bien privativo del marido, la hipotecó y su esposa compareció en el acto de la constitución y otorgó el consentimiento para la hipoteca. La Sentencia, partiendo de la doctrina de la Sala mencionada, centra la cuestión en determinar los efectos del consentimiento prestado por la esposa para la hipoteca del bien destinado a domicilio familiar. Como la constitución de la hipoteca es previa a la crisis matrimonial no se residencia el debate en el artículo 96.4 CC, sino en el artículo 1320 CC, afirmando que *la jurisprudencia ha interpretado el art. 1320 CC como una norma de protección de la vivienda familiar (SSTS de 3 enero 1990 y 31 diciembre 1994). La doctrina, a su vez, considera que con dicho artículo se pretende conseguir la protección de la vivienda, y por ello se protege a uno de los cónyuges contra las iniciativas unilaterales del otro; alguna parte de la doctrina señala que en el fondo de la norma se*

encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en un doble sentido: en el consenso para la elección de la vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación. El consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real. El consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como «declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno – es decir, concluido por otro – por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte», siendo requisito la validez del acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión. Siendo el negocio válido, por haber mediado el consentimiento de la esposa, la conclusión que se alcanza es que, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas, sin que sea de aplicación el artículo 669.2 LEC ya que la pretendida carga, es decir, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca, consentida por la esposa.

Si tal doctrina se aplica al supuesto objeto del recurso la conclusión debe ser la no oponibilidad de ese derecho de uso al adjudicatario del bien a consecuencia de su enajenación forzosa en subasta pública. El argumento de la sentencia recurrida para conceder prevalencia al derecho de uso de la vivienda ostentado por las demandadas, en el sentido de que la esposa no consintió la constitución de hipoteca sobre la vivienda familiar, bien privativo del marido, no se sostiene. Difícilmente podía ser de aplicación el artículo 1320 CC y la doctrina de la Sala sobre el mismo, en un momento es que no existe matrimonio, ni siquiera convivencia, y en el que, por tanto, no constituye vivienda familiar. Aquí el consentimiento de la esposa no puede exigirse para la constitución de la hipoteca por tales circunstancias, y tal consentimiento se desplaza al acto de aceptar que ocupen tras el matrimonio, como vivienda familiar, el bien privativo del marido que éste trae al mismo con tal naturaleza pero gravado con hipoteca. El negocio fue válido y la conclusión debe ser que, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda contraída por el marido para su adquisición, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y su hija, sin que sea de aplicación el artículo 669.2 LEC ya que la pretendida carga, esto es, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca cuya existencia era previa a la celebración del matrimonio, aceptando la esposa que dicho bien, que garantizaba con hipoteca el precio de su adquisición por el marido en estado de soltero, constituyese la vivienda familiar cuando contrajeron matrimonio. (STS de 6 de marzo de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.] (G. G. C.)

31. Derecho navarro de sucesiones: Testamento otorgado por viuda sin hijos en favor de sobrina adoptada: Vecindad de la testadora: Designación de herederos a otros seis sobrinos: Cautela socini.—D.^a Nicolasa otorga testamento en 2001 estableciendo varios legados en favor de una sobrina adoptada, y nombrando herederos a ésta y a otros seis sobrinos, hermanos todos ellos entre sí, planteándose como cuestiones principales, la

determinación de la vecindad civil de la causante, a efectos de la legislación aplicable en materia de legítima hereditaria, la delimitación de la acción de impugnación de la partición realizada y, en su caso, su incidencia en la aplicación de la denominada *cautela socini*, ordenada por la testadora.

En la cláusula 1.^a de su disposición, la testadora manifiesta el gran cariño que ha profesado durante toda su vida a sus sobrinos Daniela Socorro, Jacinta Consuelo, Montserrat Vicenta, Sonia Victoria, Eloy Nicolás, Lucas Vicente y Adela Valentina, a quienes ha querido como hijos, expresándoles su deseo de que se entiendan y quieran entre sí y de que sean conscientes de que Adela Valentina vivió con ella y con su esposo prácticamente todos los veranos desde que tenía año y medio y después de morir su abuelo hasta su boda, siendo el motivo de su adopción, así como que era la única que reunía todos los requisitos para ser adoptada. Después de establecer algunos legados, entre ellos a la adoptada, en la cláusula 6.^a dispone que «en el resto de sus bienes instituye herederos universales por séptimas e iguales partes a sus sobrinos». En la cláusula 7.^a sustituye vulgarmente a los herederos y legatarios por sus respectivos descendientes, actuando, en otro caso, el derecho de acrecer cuando conforme a la Ley proceda. En la cláusula 8.^a nombra albaceas, solidariamente, a sus hermanos D. Sixto y D.^a Angélica Brígida, y les proroga el plazo legal por un año más. En la 9.^a también designa contadores partidores solidarios, con igual prórroga. En la 10.^a ordena a los legatarios, herederos, albaceas y contadores partidores que cumplan la voluntad de la testadora que pueda estar manifestada en codicilos o memorias firmados por la misma. En la 11.^a «prohíbe toda intervención judicial en su herencia y expresamente dispone que aquel que impugnase lo establecido en este testamento, por cualquier motivo, quedará privado de cualquier derecho sobre la herencia de la testadora. Revoca todo testamento o disposición de última voluntad anterior. Tras el fallecimiento de la testadora se llevó a cabo la protocolización de las operaciones particionales el 8 julio 2003, según las disposiciones del testamento.

El presente procedimiento tiene su origen en la demanda de juicio ordinario interpuesto por D.^a Adela Valentina en ejercicio de acción de complemento de legítima en relación a la herencia de la causante, sosteniendo la sobrina adoptada que esta testó bajo la vecindad común y que, en consecuencia, le corresponde las dos terceras partes de la herencia conforme al Código Civil. Sus otros seis hermanos, sobrinos de la causante, se oponen alegando la vecindad civil navarra de la testadora y reconvienen solicitando la aplicación de la cautela socini, con pérdida de los derechos hereditarios salvo la legítima foral navarra. El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Madrid desestimó tanto la demanda principal como la reconvenición. La sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente la reconvenición, considerando que la causante ostentaba la vecindad civil navarra, si bien sostiene la validez de la partición pese a la acción de complemento de legítima, y sin aplicar la sanción prevista en la disposición testamentaria.

Prueba de la vecindad navarra de la testadora.—Del extenso desarrollo de la prueba practicada, no se desprende que la valoración de la misma se sustente en un error patente, que no se señala, en la infracción de una concreta regla de valoración, que tampoco se indica, ni que su fundamento sea producto de la mera arbitrariedad del Tribunal o del desarrollo racional del análisis efectuado; de forma que tampoco se produce ninguna vulneración directa del artículo 24 CE. Con lo que, en realidad, la parte recurrente muestra su discre-

pancia con los hechos declarados probados realizando un valoración alternativa de la base fáctica que resulta conveniente a las tesis por ella sustentadas.

La vecindad foral navarra de la testadora queda suficientemente acreditada, a mayor abundamiento por los siguientes hechos: a) Por residencia continuada de diez años probada mediante empadronamiento y residencia real de la causante, con una clara correlación secuencial de las circunstancias vitales que acompañaron su vida. b) Por el DNI de la causante en donde la fecha de expedición y renovación del mismo concuerdan con la residencia en Navarra en los periodos que declara la sentencia. c) Por los testamentos y acta notarial de manifestación, en donde la testadora doce veces a lo largo de su vida expresa ante notario su voluntad de conservar la vecindad foral navarra y también en un acta notarial de año y medio antes de fallecer. d) Por numerosos hechos y documentos de forma complementaria que lo acreditan.

Los dos primeros motivos del recurso de casación interpuesto por la actora resultan condicionados enteramente por lo ya declarado en el recurso por infracción procesal. En efecto, la sentencia recurrida puntualiza acertadamente que en el plano sustantivo la adquisición de vecindad civil navarra del esposo de la causante, mediante expediente ante el Registro Civil en 1989, para nada influye en la vecindad de su esposa ya consolidada a través de diez años de residencia, sin que tampoco fuera alterada por la reforma del artículo 14.4 CC operada por Ley 11/1990, pues la causante, no sólo siguió ostentando dicha vecindad foral, sino que se reafirmó en la misma.

Cautela socini: Evolución de la doctrina jurisprudencial.—El Tribunal Supremo ha ido evolucionando en esta materia, con pronunciamientos que han ido desde la admisión y validez de esta cláusula hasta su inaplicación, como se desprende de las SSTS de 6 de mayo de 1953, 12 de diciembre de 1958, 8 de noviembre de 1967 y 8 de junio de 1999, si bien recientemente la Sala ha ido profundizando en la naturaleza y alcance de la misma, resaltando su validez como disposición testamentaria (así en SSTS de 17 de enero de 2014, núm. 838/2013, y de 3 de septiembre de 2014, núm. 254/2014).

La proyección de la función de la legítima, como límite o freno a la libertad dispositiva y distributiva del testador, queda residenciada o resulta más adecuada al plano valorativo de la posible validez conceptual de esta cautela en el contenido dispositivo del testamento, mientras que la proyección de la función de la legítima, como derecho subjetivo propiamente dicho, entronca directamente con el marco de ejercicio o actuación del legitimario en orden a solicitar la intervención judicial en defensa de su derecho. La delimitación de estos planos y funciones resulta necesaria para la interpretación sistemática de la cuestión practicada.

Esta interpretación sistemática se inicia con el plano prioritario de la posible validez conceptual de esta figura en el marco del contenido del testamento. En este sentido, y atendida la función de la legítima como límite o freno a la libertad dispositiva y distributiva del testador, la respuesta debe ser favorable a la admisión testamentaria de la cautela socini. Pese a su usual redacción bajo una formulación de sanción, no constituye un *fraus legis* dirigido a imponer una condición ilícita o gravamen directo sobre la legítima, pues su alcance en una sucesión abierta se proyecta en el plano del legitimario como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses, ya aceptando la disposición ordenada por el testador, extremo que ya le sirve para calcular la posible lesión patrimonial de su derecho hereditario, o

bien ejercitando la opción de contravenir la prohibición y solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, decisión que le llevará a recibir únicamente lo que resulte de su legítima estricta. En el ámbito particional se alcanza la misma conclusión cuando la partición se realice por el propio testador (arts. 1056 y 1075 CC).

En la línea de la argumentación expuesta y conforme a la relevancia que la reciente jurisprudencia de esta Sala otorga al principio de conservación de los actos y negocios jurídicos, no sólo como mero criterio hermenéutico, sino como auténtico principio general (STS 25 de enero de 2013, núm. 827/2013), debe señalarse que esta Sala también ha resaltado recientemente su proyección en el ámbito del Derecho de sucesiones, particularmente en la aplicación del principio del *favor testamenti* (SSTS 30 de octubre de 2012, núm. 624/2012; 20 de marzo de 2013, núm. 140/2013, y 28 de junio de 2013, núm. 423/2013).

Siguiendo la interpretación sistemática se comprende mejor que el segundo plano del análisis tomado como referencia metodológica, esto es, la aplicación de la legítima como derecho subjetivo del legitimario, particularmente en orden a solicitar la intervención judicial en defensa de la intangibilidad de su legítima, no puede valorarse desde un contexto dialéctico con el plano conceptual anteriormente expuesto. En efecto, desde el desarrollo lógico-jurídico de la figura, se observa que la prohibición impuesta por el testador de recurrir a la intervención judicial en las operaciones de ejecución testamentaria llevadas a cabo por el comisario contador-partidor, no afecta directamente al plano material de ejercicio del derecho subjetivo del legitimado, que conserva, de modo intacto, las acciones legales en defensa de su legítima, pues su incidencia se proyecta exclusivamente en el marco de la disposición testamentaria como elemento condicionante que articula el juego de la correspondiente opción que da sentido a la cautela socini. No hay contradicción o confusión de planos en orden a la eficacia estrictamente testamentaria de dicha cautela. Desde la complementariedad señalada, lo relevante a los efectos de la aplicación testamentaria de la cautela socini es tener en cuenta que el incumplimiento de la prohibición que incorpora no se produce, o se contrasta, con el mero recurso a la intervención judicial, sino que es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso a dicha intervención, pues no todo fundamento o contenido impugnatorio de la ejecución testamentaria llevada a cabo queda comprendido en la prohibición impuesta. Solo aquellos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son los que incurrirán frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria. Por contra, aquellas impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia deferida, entre otras, escapan de la sanción prevista, en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de modo genérico o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y en la correspondiente sanción.

En el presente caso la cautela socini se había incluido en la cláusula 11.^a del testamento, y la acción impugnatoria del testamento y partición, que subyace en la acción ejercitada por la heredera demandante, ya sea calificada de acción de suplemento del artículo 815 CC, ya sea de rescisión de partición del artículo 1074 CC, se dirige a combatir el ámbito dispositivo y

distributivo ordenado por la testadora, de forma que incurre frontalmente en el marco de la prohibición dispuesta y comporta la sanción correspondiente, esto es, el acrecimiento de los derechos hereditarios a favor de los demás herederos, y la atribución de la legítima estricta al beneficiario impugnante, que corresponde a la legítima prevista en la Compilación navarra. (**STS de 21 de abril de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—El tema básico era determinar la vecindad civil de la testadora, de modo que la única forma de que la sobrina adoptada obtuviera una posición jurídica o tratamiento preferente sobre sus hermanos era lograr que se declarara la vecindad común de la testadora. Pero no lo logró la actora por falta de prueba. Sobre el siempre discutido valor de la cláusula socini cfr. las consideraciones generales de LACRUZ et alii, *Elementos*, V, *Sucesiones* (3.^a ed. Dykinson, a cargo de J. Rams), Madrid 2007, p. 378-381; y la monografía de RAGEL SÁNCHEZ, *La cautela galdense o Socini y el art. 820,3 del Código civil* (Madrid 2004). (G. G. C.)