

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

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

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO** (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Jose María MARTÍN FABA** (Profesor Ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Verónica NEVADO CATALÁN** (Profesora Ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (Investigador predoctoral FPU. Universidad Autónoma de Madrid), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Profesor asociado de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)

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

## DERECHO CIVIL

### PARTE GENERAL

**1. Reclamación de alimentos al excónyuge y al progenitor: Retraso desleal.**–Los hechos básicos son los siguientes: Dña. Salomé interpuso demanda con fecha 6 de junio de 2011 contra su exmarido D. Hermenegildo, reclamando los alimentos fijados en sentencia de separación dictada con

fecha 3 de noviembre de 1987 en favor de ella y de su hija, entonces menor, exponiendo que el demandado nunca había abonado cantidad alguna en concepto de alimentos desde el mes de noviembre 2001 hasta el mes de junio de 2011, con un importe de 39.043,46 euros. Por su parte la hija del demandado, doña Sara, interpuso demanda de juicio ordinario, que se acumuló a la anterior, en la que reclamaba a su padre la suma de 25.532,35 euros en concepto de alimentos por la parte que a ella correspondía. El demandado formuló oposición a las reclamaciones formuladas, alegando la falta de legitimación de la hija para reclamar ya que cuando se dictó la sentencia tenía quince años y ahora tiene 41 años y que, además, ha trabajado para varias empresas y entidades, siendo titular de un vehículo y con diversos saldos en cuentas bancarias. La sentencia de primera instancia desestimó las dos demandas ejercitadas por apreciar abuso de derecho ya que ambos reclamantes cuentan con medios de subsistencia propios. Formulado recurso de apelación por las demandantes, la Audiencia Provincial estimó parcialmente la sentencia apelada con reconocimiento de las cantidades solicitadas por ambas demandantes cuya acción de reclamación no se había extinguido. La Audiencia Provincial parte de que el demandado reconoce no haber pagado nunca cantidad alguna en concepto de alimentos impuestos a la parte por la sentencia de separación, dejando en las más absoluta penuria económica a su hija, entonces menor de edad, y a su esposa. Considera que la prueba practicada pone de manifiesto que la hija no ha superado el estado de necesidad que justificó la imposición en un día de una pensión alimenticia, pues tuvo que dejar de estudiar a los 16 años y comenzar a trabajar en trabajos manuales, poco cualificados y esporádicos, porque su padre no cumplía con su obligación de procurarle alimentos, sin que resulte probado que se incorporase al mercado laboral de una forma más o menos estable, ni que tenga autonomía económica, por lo que no puede sostenerse la existencia de abuso o ejercicio anormal del derecho en la reclamación de las cantidades no prescritas. También afirma que por el demandado no se ha solicitado en tiempo y forma la modificación de la medida consistente en la pensión alimenticia por razón de una alteración de las circunstancias existentes al tiempo de su establecimiento, como tampoco su extinción. Contra dicha sentencia recurre en casación D. Hermenegildo.

El recurso de casación se funda en tres motivos: (i) Infracción del artículo 7.2 CC, y la jurisprudencia que lo interpreta, al existir una situación de abuso del derecho, pues la separación tuvo lugar el 3 de noviembre de 1987 sin que el recurrente hubiera abonado la pensión en ningún momento, por lo que al producirse la reclamación en 2011, transcurridos más de veinte años, nos encontraríamos ante un uso anormal del derecho, una extralimitación en su ejercicio, que se convierte en abusivo, pues se reclamaría de forma extemporánea el abono de una cantidad inasumible por el recurrente, máxime cuando en 2003 las demandantes contaban con ingresos suficientes para atender a sus propias necesidades. (ii) El motivo por infracción del artículo 7.1 CC y jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta por entender que tras un larguísimo periodo de pasividad e inactividad se habría creado una confianza legítima de que no iba a ser ejercitado, concurriendo mala fe y retraso desleal. (iii) El tercero por infracción de los artículos 146 y 152.2, 3 y 5 CC, en consonancia con la doctrina del abuso del derecho y del enriquecimiento injusto, pues transcurridos veinte años habría desaparecido la necesidad y también el derecho a reclamar alimentos.

Esta Sala ha planteado a las partes la posible inadecuación del procedimiento puesto que la reclamación del pago de una pensión de alimentos esta-

blecida por sentencia firme -en este caso, dictada en 1987- se ha formulado a través de un proceso declarativo que comportaría, por un lado, la consecuencia de evitar la caducidad de cinco años propia de la acción ejecutiva (artículo 518 LEC), que en este supuesto arrancarían de la fecha de exigibilidad de cada una de dichas pensiones y, por otra, la de abrir la posibilidad la posibilidad de acudir a los recursos extraordinarios -como el presente- a los que no tienen acceso las resoluciones dictadas en los procesos de ejecución. No obstante, concurre en el caso la particularidad de que, previamente, a la interposición de la presente demanda en fecha 6 de junio de 2011, se intentó la ejecución de lo acordado en la sentencia de separación y se obtuvo un pronunciamiento judicial que declaró la caducidad de la acción ejecutiva entablada mediante AAP de Coruña de 23 de abril de 2010. De ahí que la reclamación actual sea a partir del año 2002, pues según se razona en la demanda, iniciada la ejecución anterior en 2007, cabía reclamar las pensiones correspondientes a los cinco años anteriores. En consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte actora exige que ahora se dé un pronunciamiento sobre lo solicitado.

Se ha de partir de que la reclamación se realiza sobre una pensión establecida en 1987 de la que resultaba beneficiaria la esposa y que se había fijado para alimentos propios y de la hija menor, lo que significa que en todo caso la posibilidad de reclamación correspondería a la madre beneficiaria y no a la hija ya que ésta -mayor de edad- únicamente podría reclamar por sí frente al padre los alimentos que necesitara de conformidad con los artículos 142 ss. CC, previa declaración judicial de su procedencia.

La pensión de alimentos se fija en atención a las necesidades existentes en cada momento, siendo revisable cuando varíen las necesidades del alimentista y las posibilidades económicas del alimentante. No cabe considerar que cumple con los requisitos del ejercicio del derecho conforme a la buena fe la reclamación que se hace con tanto retraso respecto del momento en que presumiblemente era necesario percibir la pensión alimenticia, cuando se acumulan cantidades que difícilmente pueden ser asumidas por el obligado al pago. Hay que tener en cuenta que establecida la obligación de pago de la pensión en el año 1987, no se produce la primera reclamación hasta el año 2007. De ahí que la reclamación actual no se produce hasta el año 2007 en el Juzgado de Primera Instancia de Muros, cuando ya habían transcurrido veinte años desde que se había dictado la sentencia de separación matrimonial. El decaimiento del derecho por su no uso no cabe predicarlo exclusivamente de los supuestos específicos en que la ley establece los oportunos plazos de prescripción o de caducidad en su exigencia, sino también en aquellos supuestos como el presente en que el derecho se ejercita de forma tan tardía que supone desconocimiento del mandato establecido en el artículo 7 CC.

Se falta así a la buena fe en el ejercicio de los derechos y se vulnera la doctrina jurisprudencial establecida en STS de 21 de septiembre y 10 de noviembre de 2007, 9 de noviembre y 12 de diciembre de 2011, 9 de enero y 18 de junio de 2012. Como señala la STS de 3 de diciembre de 2010, según la doctrina, la buena fe «impone que un derecho subjetivo o una pretensión no pueda ejercitarse cuando su titular no solo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho no se ejercitará». Es decir, lo que se sanciona en el artículo 7 CC es una conducta contradictoria del titular del derecho, que ha hecho que la otra parte confiara en la apariencia creada por dicha actuación.

Se considera que son características de esta situación de retraso desleal: a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; (ii) la omisión del ejercicio; (iii) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercerá. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión, bien a la doctrina de los actos propios, bien a la doctrina de la buena fe.

En consecuencia procede la estimación del recurso y casar la sentencia recurrida, lo que comporta que se entienda extinguido el derecho de pensión establecido en la sentencia de 3 de noviembre de 1987, tal como solicitaba el recurrente en la formulación de su reconvención.

La estimación del recurso comporta que no se haga especial declaración sobre costas causadas por el mismo y se devuelva el depósito constituido para su interposición (artículos 394 y 398 LEC). Tampoco se hace especial declaración sobre las costas causadas en las instancias ya que se aprecian razones suficientes de derecho para hacer de la facultad que en este sentido se concede a los Tribunales por los indicados artículos, teniendo en cuenta que en realidad se ha producido por el recurrente un incumplimiento de la obligación de pago de la pensión desde que se estableció. **(STS de 14 de noviembre de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

NOTA.—El supuesto de hecho no deja de causar extrañeza dado el considerable retraso con el que se interponen por la madre e hija del matrimonio reclamación de las pensiones alimenticias que les fueron otorgadas judicialmente en su momento. La conducta absolutamente negativa —desafiante, incluso— mantenida por el padre y excónyuge también es un dato a considerar. Acaso la solución hubiera sido otra si se hubiera entendido que el aludido comportamiento llegó a crear un ambiente de prolongado temor en aquéllas que solo lograron superar al cabo del mencionado plazo. (G. G. C.)

## DERECHO DE LA PERSONA

**2. Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información.**—En abstracto, cuando entran en conflicto el derecho al honor y la libertad de información, prevalece esta última siempre que la información transmitida sea veraz y tenga por objeto un asunto de interés general o relevancia pública, bien por la materia, bien por el autor, o bien por ambas. Para que la libertad de información prevalezca sobre el derecho al honor, se exige también que en la exposición no se utilicen expresiones de carácter injurioso o vejatorio.

**Protección del derecho al honor. Difusión íntegra de una sentencia penal condenatoria con la identificación completa del condenado.**—La exigencia constitucional de publicidad de las resoluciones judiciales no es de carácter absoluto, sino que puede verse limitada cuando entra en conflicto con otros derechos fundamentales y garantías constitucionales (SSTS de 16 de octubre y 22 de diciembre de 2008). Corresponde al tribunal efectuar en el caso concreto el correspondiente juicio de ponderación tomando en conside-

ración la necesidad de publicar aspectos pertenecientes a la esfera íntima, como la identidad de las personas. Por su parte, la sentencia de 10 de noviembre de 2016 señala la relevancia pública de la información sobre causas penales y, reiterando lo ya expuesto en la sentencia de 20 de julio de 2011, niega que en el ámbito penal el acusado y la víctima se encuentren en un plano de igualdad, lo que, unido a la trascendencia social de ciertos delitos, justifica que en ocasiones sea admisible la identificación completa de los condenados o acusados. Así, por ejemplo, en atención a la gravedad de los delitos, se ha considerado que la identificación completa del acusado puede resultar proporcional y no constituir una intromisión ilegítima en su derecho al honor (STS de 2 de noviembre de 2017).

De conformidad con la jurisprudencia anterior, el Tribunal Supremo declara que la publicación de una noticia acompañada de un enlace al texto íntegro de la sentencia penal condenatoria puede constituir una comunicación objetiva y neutral que no vulnera el derecho al honor del condenado si éste ya gozaba de notoriedad, siendo de público conocimiento su nombre y apellidos. Aunque la difusión de la sentencia condenatoria por un delito de denuncia falsa puede afectar a su reputación, el TS concluye que la información por parte de los medios no constituye una intromisión ilegítima en el honor del actor cuando ha sido éste quien, con carácter previo y en un caso de gran repercusión mediática, ha tratado de dar la máxima publicidad posible a unas imputaciones que después se han demostrado falsas. (STS de 23 de octubre de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—D. Benjamín había intervenido como abogado en un asunto mediático conocido como «Caso Eivissa Centre» que se siguió en Ibiza contra un exdirigente político. A raíz de su intervención en el caso, D. Benjamín y su cliente se querellaron contra el magistrado instructor y contra una abogada, a quienes acusaron de prevaricación y cohecho. Seguidamente, D. Benjamín y su cliente convocaron una rueda de prensa para informar de la interposición de dicha querrela.

Sin embargo, la causa fue sobreseída y archivada, y se procedió contra los querellantes por existir indicios sobre la falsedad en la imputación. Se siguió causa penal en la que el magistrado acusó a D. Benjamín del delito de denuncia y acusación falsa del artículo 456 CP por el que finalmente resultó condenado.

Al conocerse la sentencia condenatoria, D. Celestino, director del Diario Ibiza SA, publicó en la página web del citado medio la noticia y un *link* a la sentencia íntegra que contenía la identificación completa del condenado. El título de la noticia era: «La juez condena a Benjamín y absuelve a Oscar por la denuncia falsa», y el subtítulo: «Deberá indemnizar con un total de 650.000 euros al juez y a la letrada por haberles acusado de prevaricación y cohecho en el caso Eivissa Centre». La noticia transmitía la información de manera neutral y veraz, facilitándose la sentencia sin alteraciones.

D. Benjamín interpone demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor contra el Diario Ibiza SA y su director, D. Celestino, a los que reclama una indemnización de 30.000 euros por los daños morales y perjuicios. Los demandados se opusieron conjuntamente a la demanda por considerar prevalente la libertad de información debido a la veracidad de la información transmitida, la

proyección pública del actor y la trascendencia social del caso, que afectaba a una cuestión de interés general. Asimismo, los demandados invocaron en el principio de publicidad de las actuaciones judiciales y alegaron que la difusión de la sentencia tenía amparo en la LOPD.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda y el pronunciamiento es confirmado por la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo. (V. N. C.)

**3. Derecho a la propia imagen. Divulgación en varios programas de TV de la fotografía de la reseña policial del demandante. Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. Ausencia de interés público.**—Partiendo de la autonomía del derecho a la propia imagen, el interés de una persona por evitar la difusión de su imagen solo debe ceder ante la existencia de un interés público prevalente o ante la presencia de circunstancias legitimadoras de la intromisión. Centrado el asunto en su inclusión en los programas producidos por las demandadas, procede observar que la imagen fue utilizada para reforzar una noticia cierta, la detención por la policía del demandante, al margen de que, con posterioridad a la emisión del programa, y una vez tramitado el proceso penal correspondiente, fuera absuelto. Ello, sin embargo, en primer lugar, no revela la presencia de interés público alguno, pues la divulgación de la imagen no iba dirigida a tranquilizar a la opinión pública frente a un hecho de grave conmoción social, ni a la emisión de un mensaje de eficacia policial, ni a hacer saber a un huido que su cerco era estrecho (criterios mencionados por la STC 14/2003, de 28 de enero). En segundo lugar, el hecho de que apenas unos días antes de la emisión de los programas el demandante hubiera acaparado la atención de la prensa rosa y los programas de cotilleo como consecuencia de su matrimonio con una cantante perteneciente a una familia célebre, podría justificar la información relativa a su detención, pero no la difusión de la concreta imagen de su ficha policial, difusión que no consintió y que estaba referida a una imagen que, obviamente, no había sido tomada en acto público ni en lugar abierto al público.

**La eficacia del acuerdo extrajudicial alcanzado con uno de los codeemandados solidarios no alcanza al resto de los codeemandados que no intervinieron en el pacto.**—No se discute ahora la procedencia de tal solidaridad entre los demandados para el caso de que exista obligación de indemnizar daños al demandante. Lo que se discute es si debe considerarse extinguida la eventual responsabilidad de las codeemandadas y entender que el procedimiento ha quedado sin objeto como consecuencia del acuerdo entre el actor y la gestora codeemandada, que quedó excluida del procedimiento por desistimiento.

Los efectos que resultan de lo previsto en los artículos 1143 y 1145 CC, en particular la eficacia de un acuerdo y la extinción de la deuda por pago por parte de un deudor solidario, se aplican sin dificultad cuando se trata de una obligación solidaria establecida en un contrato. Pero, en el caso, la obligación de pagar una indemnización no está previamente determinada, ni en su existencia ni en su cuantía, por lo que no procede aplicar los preceptos mencionados de manera automática, y es preciso atender al acuerdo alcanzado. Así, si uno de los eventuales responsables efectúa un pago por el que el acreedor se da por satisfecho y renuncia a dirigirse contra todos ellos, los que no hayan intervenido en el acuerdo podrán oponerse a pagar; pero, en cambio, si el acuerdo no extiende su eficacia a quienes no intervienen en su otor-

gamiento, los eventuales responsables no pueden ampararse en el mencionado acuerdo para poner fin al proceso seguido contra ellos, porque está sin determinar su responsabilidad.

**Daños y perjuicios. Indemnización por daño moral. Acuerdo extrajudicial que cubre todo el daño moral: no procede condenar a los demás codemandados para no incurrir en enriquecimiento del demandante.**—Esta sala considera, con arreglo a los criterios de experiencia referidos, que la suma de trece mil euros no es insuficiente para indemnizar el daño moral que pudo causar la difusión de la ficha policial por el conjunto de los programas producidos por las tres productoras codemandadas, pero referidos todos ellos a la misma imagen. En ocasiones anteriores, también en funciones de instancia, esta sala, al mismo demandante, por hechos que le afectaban más gravemente ha fijado cantidades inferiores (así, en STS 51/2017, de 27 de enero, por intromisión ilegítima por la información relativa a sus problemas con la justicia penal, dada su falta de veracidad, al omitir el dato de la absolución, diez mil euros; en sentencia 1/2018, de 9 de enero, por intromisión ilegítima en su intimidad, por publicación de una entrevista en la que se sugería que había tenido relación con la demandada, con «chicas» de una agencia y con famosas, ocho mil euros). En consecuencia, puesto que lo pagado por Mediaset cubre el daño moral causado, las demandadas no deben pagar nada más, pues lo contrario conduciría a un enriquecimiento del demandante. (STS de 7 de noviembre de 2018; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—El actor demandó solidariamente, por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, a la entidad gestora de un canal de televisión y a tres productoras de los programas de televisión emitidos en el canal de dicha entidad, en los que se difundió la fotografía de su reseña policial realizada por la Policía Nacional con ocasión de la detención de la que fue objeto. Posteriormente, llegó a un acuerdo extrajudicial con la entidad gestora del canal de televisión por el que recibió una cantidad de dinero a cambio de desistir de la demanda contra dicho canal de televisión en el procedimiento judicial iniciado. Tras este acuerdo, el procedimiento continuó contra los demás codemandados. Las sentencias de la Primera Instancia y de la Audiencia Provincial desestimaron la demanda al entender que el pago realizado en virtud del acuerdo extingue la deuda también respecto a los demás codemandados. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto. (C. O. M.)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**4. Representación: revocación de poder. Presupuestos de la falta de continuidad de efectos del poder revocado y de la consecuente nulidad del negocio por falta de consentimiento (art. 1259 CC).**—El artículo 1735 CC contiene un supuesto específico de revocación tácita de la representación consistente en el nombramiento de un nuevo apoderado para el mismo negocio, y para cuya eficacia precisa que el poderdante comunique el

nuevo apoderamiento al antiguo apoderado. No obstante, el efecto característico de toda revocación de la representación, esto es, la falta de vinculación del representado por inexistencia de consentimiento (art. 1259 CC), se alcanza igualmente cuando el representante la conoce o pudo conocerla con la diligencia exigible por las circunstancias concretas. La continuación de los efectos del poder prevista en el artículo 1738 CC para el caso de muerte del representado, precisa de dos requisitos: de la buena fe del tercero con el que contrata el representante, es decir, el desconocimiento de la extinción de la representación, y que el representante igualmente la ignore en el momento de usar el poder (SSTS de 24 de octubre de 2008, 13 de febrero de 2012 y 22 de enero de 2015). No obstante, no concurrirá la buena fe del tercero si no presta la diligencia exigible por las circunstancias del supuesto para comprobar la vigencia de la representación. **(STS de 19 de julio de 2018; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En el año 1991 la demandante otorga un poder a la persona con la que mantenía una relación sentimental que le confiere amplias facultades respecto de una vivienda de la actora, entre ellas, la de venderla o constituir hipoteca en garantía de préstamos. A pesar del referido otorgamiento, la poderdante formaliza en tal año por sí misma un préstamo hipotecario, y al poco la relación sentimental finaliza. Sin haberse revocado formalmente el poder, a los 17 años el apoderado suscribe un préstamo hipotecario sobre la misma vivienda, percibiendo el capital. Ante el impago del préstamo, el prestamista inicia procedimiento hipotecario a partir del que la propietaria de la vivienda toma conocimiento del uso del poder, por lo que interpone demanda frente a aquél y su antigua pareja, en la que solicita la nulidad de la garantía hipotecaria por inexistencia de consentimiento al haberse usado un poder que debía considerarse tácitamente revocado dado el tiempo transcurrido, así como la nulidad del procedimiento hipotecario y la cancelación registral de la hipoteca. La antigua pareja de la demandante fue declarada en rebeldía, y el prestamista se opuso alegando que siempre había actuado de buena fe y la falta de revocación del poder con anterioridad a la escritura de hipoteca suscrita. El Juzgado de Primera declara la nulidad de la garantía hipotecaria por inexistencia de consentimiento al haberse revocado tácitamente el poder, y ordena la cancelación de la inscripción de la hipoteca. Se fundamentó en que el apoderado conocía la revocación del poder al haber cambiado las circunstancias existentes en el momento de su otorgamiento en el que eran pareja, y en que el acreedor hipotecario no poseía buena fe que le hiciera merecedor de protección al no haber actuado con la diligencia exigible para cerciorarse de que la propietaria conocía la operación a realizar. Esto último lo deduce el Juzgado de no haber exigido tasación de la vivienda, no comprobar quién la poseía, limitándose a verla desde fuera, todo ello a pesar de no conocer previamente al apoderado y sabiendo que el poder era muy antiguo. Interpuesto recurso de apelación por el prestamista, la Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia al no apreciar en él buena fe como tampoco en el apoderado. Se interpone recurso de casación articulado en dos motivos. En el primero se alega infracción del artículo 1735 CC porque no hubo revocación tácita y

en cualquier caso nunca se comunicó al apoderado y menos al recurrente. El segundo motivo denuncia infracción del artículo 1738 CC que da validez a lo realizado por el mandatario desconocedor de la muerte del mandante con terceros de buena fe. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—En esta sentencia se plantea la posible protección de terceros que contratan con un presunto apoderado cuando el poder se ha extinguido, problema que referido a la representación, ante la falta de normas específicas, se resuelve de acuerdo con las del contrato de mandato. Estos inconvenientes se hubieran evitado en buena medida de mantenerse vigente el Archivo de Revocación de Poderes, creado por el artículo 164 RN, que debía consultar el Notario, y que resultó suprimido por la STS de 20 de mayo de 2008 (Sala 3.<sup>a</sup>) con motivo de la ausencia de cobertura legal al suponer vía reglamentaria la alteración del efecto legitimador de la escritura pública (art. 1219 CC).

En la sentencia comentada el Alto Tribunal parte de que el transcurso de largo tiempo tras la ruptura de la convivencia en cuyo contexto se otorgó el poder constituye un supuesto de revocación tácita. A partir de ahí, en la sentencia como en otras que cita se acoge la interpretación literal del artículo 1738 CC conforme a la que la protección del tercero que contrata una vez extinguido el poder, precisa no solo de su buena fe, sino de la ignorancia de tal extinción por el propio apoderado (STS de 24 de octubre de 2008 que anuló la constitución de una hipoteca tras el fallecimiento de la poderdante que era desconocido por el tercero, pero no por el apoderado).

Sin embargo, Lacruz Berdejo (*Elementos de Derecho civil*, Tomo II-Volumen 2, Madrid, 2013, pp. 232 s.), estima que la representación a que se refiere el artículo 1738 CC debe ser protegida si los terceros desconocen la extinción, con independencia del estado de conocimiento del mandatario, con lo que coincidimos en aras de la seguridad del tráfico frente a terceros de buena fe.

En modo coincidente a la sentencia, sobre los efectos de la revocación desconocida por sus destinatarios naturales pero cognoscible mediante el empleo de la diligencia demandada por las circunstancias del caso, *vid.* Díez-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, Tomo II-Volumen 2, Madrid, 2015, p. 204. En relación con ello, apreciamos en la sentencia de modo implícito la llamada concepción objetiva de la buena fe, entendida como estándar de conducta (y que se contrapone a la subjetiva como estado de creencia o ignorancia) aplicada al tercero que contrata con el representante y pretende ser protegido. Lo anterior entendemos que lleva al Alto Tribunal a descartar la buena fe del tercero quien, a pesar de las circunstancias concurrentes apuntadas, no realiza indagaciones acerca del conocimiento de la operación por parte de la propietaria de la vivienda. (*F. S. N.*)

**5. Promesa de venta de piso: Norma aplicable: Arras penitenciales: Pacto expreso de *lex commissoria*: Incumplimiento del comprador.**—El 27 de octubre de 2014 D. Maximiliano, de una parte, y Doña Adela y Marcelino, por otra, perfeccionaron un contrato que denominaron de «arras penitencia-

les». El objeto era una vivienda propiedad de Dña. Adela y D. Marcelino, para su venta a D. Maximiliano por el precio total de 112.000 euros. El comprador entregó una señal de 4.000 euros (en tres partes), comenzando a buscar financiación sin resultado exitoso. El 16 de enero de 2015 los vendedores enviaron un burofax a D. Maximiliano rescindiendo el contrato. El punto 4.º de este establecía que: «Si llegado el 31 diciembre, por causa no imputable al comprador, este no dispusiera de la financiación suficiente, este contrato quedará aplazado hasta el 15 de enero de 2015, momento en el que si el comprador no ha pagado el precio al vendedor dará por resuelto este contrato, haciendo suyas las cantidades de arras recibidas y quedando liberada para vender a quien quiera». El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Badajoz dictó sentencia de 26 de noviembre de 2015 desestimando la demanda presentada por el comprador solicitando la devolución del doble de las arras e indemnización por daños y perjuicios. El recurso de apelación se resolvió por sentencia de 16 de febrero de 2016 dictada por la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz revocando aquella, condenando a D. Marcelino y a Dña. Adela a que abonen al actor la cantidad de 8.000 euros, más los correspondientes intereses legales.

Recurrida la sentencia por los vendedores la Sala entiende que todo el recurso de casación, interpuesto por los demandados, gira alrededor de una única cuestión, a saber, si el artículo 1504 CC, propio del contrato de compraventa de inmuebles, es de aplicación a los precontratos o promesas de venta, previstos en el artículo 1451 CC que es el que concertaron las partes.

Ya en fechas lejanas la Sala se venía pronunciando en el sentido que interesa la parte recurrente, respecto de las promesas de venta (así las STS de 7 de octubre de 1896, 29 de octubre de 1931, 26 de enero de 1942, 11 de noviembre de 1943, 10 de marzo de 1966 y 13 de abril de 1970). En fechas más cercanas, y hasta la actualidad, la doctrina de esta Sala ha sido firme y sólida en el sentido expuesto. Así la sentencia de 22 de septiembre de 2009, tras exponer la existencia entre las partes de un contrato de opción de compra, que jurisprudencialmente se asimila a promesa unilateral de vender, así como que tanto la promesa unilateral como la bilateral se comprenden en el artículo 1451 CC, declara que el artículo 1504 CC «resulta de aplicación a las compraventas de bienes inmuebles ya perfeccionadas, pero no a la promesa unilateral de venta o derecho de opción en que dicha perfección queda pendiente de la decisión del comprador expresada en plazo determinado, por lo que no existe en tal caso compraventa ni obligación alguna del pago del precio pactado hasta que dicha perfección se produzca y, en definitiva, no opera la previsión excepcional de dicha norma en el sentido de permitir al comprador pagar el precio –en las compraventas de bienes inmuebles– aún después de expirado el término fijado para ello mientras no haya sido requerido de resolución por el vendedor».

No siendo objeto de debate en el recurso la naturaleza del contrato de la *litis*, se ha de concluir, conforme a la jurisprudencia citada, que el artículo 1504, que establece ciertos requisitos para la resolución de los contratos de compraventa de inmuebles, solo es aplicable a éstos, pero no a otros contratos, aunque presenten ciertas analogías con aquellos. Por tanto, en contra de lo sostenido por la sentencia recurrida, el artículo 1504 CC no es aplicable al contrato suscrito el 27 de octubre de 2014. Procede estimar el motivo, casar la sentencia y confirmar la de primera instancia.

El punto 4.º del contrato suscrito entre las partes, es un pacto de *lexcomisor*ia, al que hace mención la STS de 8 de junio de 2015: «Una cosa es la

condición resolutoria expresa, propia de las obligaciones condicionales (arts. 1113, 1114, 1123) y otra la condición resolutoria tácita o implícita que confiere al acreedor el artículo 1124 CC pues esta tiene su origen en la ley y aquella en la voluntad de las partes. La tácita, a diferencia de la condición resolutoria propia, no actúa automáticamente sino que únicamente faculta a la otra parte para resolver el contrato. No obstante, ambas actúan con efecto retroactivo. Todo ello hace pensar a la doctrina científica que la facultad resolutoria tácita no tenga relación con las obligaciones condicionales ni por su origen ni por su mecanismo, concluyendo que nada justifica que el Código Civil incluya el artículo 1124 en la sección relativa a las obligaciones condicionales. Consecuencia de lo anterior son las declaraciones que ha hecho nuestro Tribunal Supremo sobre la cuestión. Sin ánimo exhaustivo la STS de 4 de abril de 1990 recoge la doctrina reiterada de esta Sala de que no procede la aplicación del artículo 1124 CC por no entrar en juego su reglamentación, cuando en el contrato existe pacto de *lex commissoria*, es decir, cuando hay cláusula establecida por las partes que regula y condiciona el ejercicio de la resolución; y si se dispone que el incumplimiento de la prestación funcione como condición resolutoria, entonces la resolución se produce automáticamente y no por la ‘facultad’ de resolver que otorga el dicho artículo 1124». De ahí que la resolución acordada sea correcta.

Respecto de las arras, aunque su calificación fuese discutible, por compararse más con las penales que con las penitenciales, el efecto útil a la hora de confirmar la sentencia de primera instancia, por mor de lo pactado, es el mismo.

En todo caso, si por asumir la instancia calificáramos el contrato de compraventa y no de promesa de venta, correspondería también la desestimación de la demanda, por falta de efecto útil pues no se puede pretender, que es lo realmente pretendido, la resolución del contrato por incumplimiento de la vendedora cuando es el propio incumplimiento de la parte compradora quien lo propicia por la falta de pago del precio. (STS de 20 de noviembre de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrera Ruiz.] (G. G. C.)

**6. Ley 57/1968, de 27 de julio sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas. Reclamación a los garantes de las cantidades entregadas a cuenta. Concurso de acreedores. Los efectos del convenio celebrado en el concurso de la promotora de las viviendas no se extienden a los terceros que garantizaron la restitución de las cantidades entregadas en cumplimiento de lo prescrito en la Ley 57/1968.**— La responsabilidad de las entidades que garantizaron la restitución de estas cantidades entregadas a cuenta se rige por la normativa aplicable a la obligación asumida. La incidencia que esta normativa tiene en un caso como este, fue analizada en la STS 434/2015, de 23 de julio, cuyos razonamientos reiteramos: «Esta normativa es la reseñada Ley 57/1968, en cuya virtud fue concedida la garantía. El artículo 3 de esta Ley atribuye al contrato de seguro o aval, unido al documento fehaciente en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda, carácter ejecutivo “para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho, de acuerdo con lo establecido en esta Ley”. Y constituye jurisprudencia de esta Sala que el artículo 1 permite al comprador dirigirse simultáneamente contra el promotor vendedor y su aseguradora o avalista para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas cuando se cumpla el presupuesto legal de “que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido” (SSTS núms. 476/2013, de 3 de

julio; 218/2014, de 7 de mayo y 218/2015, de 22 de abril de 2015). Esta misma jurisprudencia permite también dirigirse únicamente contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento. Por otra parte, el carácter tuitivo de los derechos del comprador que entrega dinero a cuenta de la vivienda pendiente de construir y serle entregada, se manifiesta en el artículo 7, que dota a estos derechos el carácter de irrenunciables (STS 779/2014, de 13 de enero de 2015)». De tal forma que, como ya hicimos en el citado precedente de la STS 434/2015, de 23 de julio, hemos de concluir que «de acuerdo con la normativa que rige la asunción de la obligación de garantía de la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, al amparo del artículo 1 de la Ley 57/1968, la adhesión de los compradores beneficiarios de esta garantía al convenio del concurso de acreedores de la promotora no altera el derecho de dichos compradores a dirigirse contra la aseguradora para la restitución garantizada en caso de incumplimiento de la obligación de la promotora».

**Para hacer efectiva esta reclamación frente a quien avaló o garantizó tal devolución no es precisa la previa resolución de la compraventa.**—El artículo 135 LC regula lo que en su rúbrica denomina «límites subjetivos» del convenio. Esto es, en qué medida y cuándo puede oponerse la novación de los créditos contra el concursado objeto del convenio, frente a los terceros fiadores y a los responsables solidarios del cumplimiento de esas obligaciones del concursado. En cualquier caso, a los acreedores que no hubieran votado a favor del convenio no les será oponible la novación de sus créditos por los terceros responsables solidarios y los fiadores (art. 135.1 LC).

Conforme a la jurisprudencia de esta sala, para hacer efectiva esta reclamación frente a quien avaló o garantizó tal devolución no es precisa la previa resolución de la compraventa. Según esta jurisprudencia, contenida en las SSTs 133/2015 de 23 de marzo, y 434/2015, de 23 de julio: «constatado el incumplimiento, y sin perjuicio de la relación entre el comprador y la promotora, en cualquier caso confiere al comprador la facultad de ejecutar el aval o, en este caso, reclamar de la aseguradora el pago de la suma asegurada, consistente en la restitución de la totalidad de las cantidades entregadas a cuenta, más los intereses». (STS de 4 de julio de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

**HECHOS.**—Diversos compradores de viviendas sobre plano entregaron dinero a cuenta a la sociedad promotora, cuya restitución al amparo de la Ley 57/1968 estaba garantizada por varias entidades bancarias. La promotora, deudora principal de la obligación de restitución de las cantidades entregadas a cuenta, fue declarada en concurso de acreedores. En el concurso se aprobó un convenio que incluía una quita del 35 % del importe de los créditos y una espera de 5 años. Los compradores, en cuanto acreedores de la promotora concursada, intervinieron en la votación del convenio de distinta forma: unos instaron la resolución del contrato de compraventa y no votaron a favor de la propuesta de convenio; otros no votaron a favor de la propuesta, pero no instaron la resolución de su contrato; y finalmente, hubo quienes tampoco instaron la resolución de la compraventa y votaron a favor. Los compradores interpusieron una demanda contra los garantes de la restitución de las cantidades entregadas a cuenta reclamando su devolución. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda solo respecto a los compradores,

cuyos contratos de compraventa fueron resueltos en el concurso, y que no votaron a favor de la aprobación de la propuesta de convenio. La Audiencia confirma la sentencia de instancia en lo que se refiere al pronunciamiento sobre la pretensión de restitución de las cantidades entregadas a cuenta. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo lo estima. (C. O. M.)

**7. Arrendamiento de vivienda sujeto a legislación especial: DT 2.º LAU 1994: Matización de la doctrina jurisprudencial.**—La cuestión jurídica que se plantea es si el arrendador de una vivienda puede oponerse a la subrogación en el contrato cuando, pese a que no se le ha notificado por escrito, tiene conocimiento del fallecimiento de la arrendataria y de la voluntad del viudo de subrogarse.

Son antecedentes los siguientes: 1. El 11 de abril de 2014, la Sra. Manuela interpuso una demanda contra el Sr. Luis Ángel por la que ejerció una acción de desahucio por expiración del término y, subsidiariamente, una acción de desahucio por precario y solicitó la condena a entregar la finca urbana sita en La Cuesta, La Laguna. Alegó en síntesis que en virtud de la aceptación de la herencia de su padre se subrogó como arrendadora en el contrato celebrado el 15 de julio de 1969 entre su padre y la Sra. Genoveva. Alegó que la arrendataria falleció el 15 de julio de 2012 y que, solo cuando tuvo conocimiento del fallecimiento, supo también que el Sr. Luis Ángel estaba ocupando la vivienda. Añadía que no sabía desde cuándo, pero que había realizado intentos para llegar a un acuerdo extrajudicial para que la abandonase. Añadió que en ningún momento el demandado solicitó la subrogación en el contrato de arrendamiento y pidió que se declarase la resolución del contrato de arrendamiento por expiración del plazo legal y, subsidiariamente, por carecer el demandado de título en su ocupación y, en consecuencia, que se decretase el desahucio del demandado. Argumentó que conforme a la DT 2.ª de la LAU 1994, si el demandado consideraba que tenía derecho a ello, debió acreditar en los tres meses siguientes al fallecimiento de la inquilina su legitimación para subrogarse y que, al no hacerlo, el contrato se había extinguido el 15 de octubre de 2012, de acuerdo con el artículo 16.3 LAU 1994. Conforme a lo que se acordó en la vista, el 24 de julio de 2014, la demandante amplió la demanda contra el Sr. Jesús Manuel, viudo de la arrendataria. Razonó en su escrito de ampliación que el Sr. Jesús Manuel no convivía con su esposa y que, en cualquier caso, no solicitó la subrogación en el contrato, por lo que este se había extinguido.

2. Los demandados se opusieron a la demanda alegando que el Sr. Jesús Manuel, marido de la arrendataria fallecida, había continuado residiendo en la vivienda, junto con el Sr. Luis Ángel, al que había acogido por carecer de lugar donde vivir, que el hecho del fallecimiento se comunicó a la arrendadora y que se inició una negociación para que el Sr. Jesús Manuel pudiera subrogarse en calidad de arrendatario, con revisión de la renta.

3. La sentencia de primera instancia de 13 de octubre de 2014 desestimó la demanda al considerar que la demandante conoció y consintió la subrogación del Sr. Jesús Manuel en calidad de arrendatario de la vivienda. Tuvo en cuenta para ello el hecho acreditado de que el Sr. Jesús Manuel, tras el fallecimiento de su esposa, continuó ocupando la vivienda, abonó los recibos de agua y luz e intentó llegar a un acuerdo con la arrendadora para mantener el contrato, si bien con una posible revisión de renta. La sentencia de-

claró que no constaba el pago de la renta por haberlo rehusado la arrendadora. El Juzgado razonó que, si bien no se cumplieron los formalismos exigidos por la DT 2.<sup>a</sup> LAU 1994, el artículo 24.1 y el artículo 58 LAU 1964, ya que no se comunicó por escrito la subrogación, el incumplimiento de un formalismo no podía producir los mismos efectos que si no se hubiera efectuado comunicación alguna, cuando en el presente caso, la arrendadora aceptó la subrogación, pues ello supondría vulnerar la doctrina de los actos propios.

4. La demandante interpuso recurso de apelación sosteniendo que la falta de notificación por escrito de la subrogación determina la resolución del contrato de arrendamiento. La Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en sentencia de 31 de marzo de 2015, estimó el recurso y estimó la demanda, declarando la resolución del contrato de arrendamiento. Con apoyo en SSTs de 30 de mayo de 2012 y 22 de abril de 2013, concluyó que debía estimarse el recurso de apelación, «porque no habiendo acreditada la comunicación en forma y plazo a la arrendadora de la persona que iba a continuar en el arrendamiento como subrogado, determina la extinción del contrato en el presente caso en el que tampoco se ha conseguido un acuerdo para la celebración de un nuevo acuerdo con nuevas condiciones arrendaticias».

**Derecho transitorio de la subrogación arrendaticia urbana: Matización de la doctrina jurisprudencial: Buena fe.**—Esta Sala ha venido entendiendo que para que tenga lugar la subrogación en el arrendamiento de vivienda es imprescindible el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 LAU, que incluyen la comunicación por escrito del fallecimiento y de la identidad de la persona que tiene la voluntad de subrogarse. Ahora reunida en Pleno, la Sala considera que la doctrina anterior resulta excesivamente rígida y que no puede ser mantenida de manera inflexible sin atender en cada caso a las exigencias que imponga la buena fe, principio general del derecho que informa nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1.4 y 7 CC). Por razón de la buena fe, el efecto extintivo del contrato puede ser un resultado injusto cuando, a pesar de no haberse llevado a cabo una notificación formal por escrito, el arrendador tiene un conocimiento efectivo de que se ha producido el fallecimiento del arrendatario y de la voluntad de subrogación de quien tiene derecho a ello. No debe perderse de vista que, de acuerdo con el régimen legal, el consentimiento del arrendador no es un requisito para que se produzca la subrogación y que la exigencia de notificación para extinguir el contrato cuando el arrendador conoce la voluntad del ejercicio del derecho de subrogarse resulta, por tanto, contrario a la buena fe.

Esta matización de la doctrina jurisprudencial justifica la estimación del recurso de casación.

En el presente caso, a la vista de los hechos probados en la instancia, ha quedado acreditado que la arrendadora, a pesar de que el viudo no le remitió una comunicación por escrito para comunicarle la subrogación, tuvo pleno conocimiento de la voluntad subrogatoria, pues tras el fallecimiento de la arrendataria, y antes de interponer la demanda, estuvo negociando con el viudo el importe de la renta que debía abonar para continuar con el arrendamiento.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso de casación, anular la sentencia recurrida, desestimar el recurso de apelación interpuesto por la demandante y, tal como hizo el juzgado, desestimar la demanda, tanto contra el Sr. Jesús Manuel como contra el Sr. Luis Ángel, que reside en la vivienda por acogimiento del primero.

La estimación del recurso de casación determina que, conforme al artículo 398.2 LEC no se impongan las costas de este recurso, y tampoco se imponen las costas de las instancias porque, aunque desestimamos el recurso de apelación y desestimamos la demanda, la jurisprudencia anterior que modificamos expresamente justifica la apreciación de serias dudas de derecho (arts. 394 y 398 LEC). (STS de 20 julio de 2018; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—De acuerdo con la prudencia de la Sala al calificar de «matización» la modificación introducida en la doctrina jurisprudencial vigente en la materia arrendaticia cuya frecuencia parece incrementarse últimamente. (G. G. C.)

**8. Responsabilidad por defectos constructivos: exclusión del subcontratista del régimen de responsabilidad de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y falta de responsabilidad contractual frente a la promotora con la que no mantiene vínculo de tal naturaleza.**—El subcontratista no se encuentra legitimado para soportar el ejercicio de acciones regulas en la LOE aunque su artículo 8 defina a los agentes de la edificación de modo amplio, como aquellos que intervienen en el proceso constructivo. Ello se debe a que son los artículos siguientes los que concretan quiénes son los agentes, y éstos no mencionan al subcontratista. No es óbice a tal exclusión su cita en los artículos 17.6, párrafo segundo, y 11.2, apartado e), porque se realiza especialmente para determinar la responsabilidad del constructor por los defectos ocasionados por el subcontratista. Tampoco resulta necesaria su inclusión desde el punto de vista de protección de los propietarios del edificio, dada la legitimación del promotor, constructor y otros agentes responsables. En cualquier caso, no se le exime de su posible responsabilidad por defectos constructivos con base en incumplimientos contractuales conforme al régimen del Código Civil (STS de 14 de marzo de 2018). Pero en virtud del principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC) el subcontratista no puede estimarse responsable contractualmente frente a la entidad promotora, por no mantener vínculo contractual con ésta, sino con la constructora. (STS de 9 de octubre de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La entidad promotora de una edificación destinada a residencia geriátrica presenta demanda por defectos constructivos frente a todos los agentes que intervinieron en la construcción: arquitectos superior y técnico, constructora y subcontratistas, junto con las entidades aseguradoras de los primeros. La subcontratista, posteriormente recurrente en casación, alegó su falta de legitimación pasiva, al no poder ser considerada como agente de la edificación de acuerdo con la LOE. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia condenando a los demandados, frente a la que recurren en apelación el arquitecto técnico, su aseguradora y la subcontratista referida. La Audiencia Provincial desestima los recursos, y se interpone recurso de casación por la renombrada subcontratista en el que denuncia infracción del artículo 17.6 LOE, de acuerdo con el que defiende que no resulta agente de la edificación, y por ello no puede ser traída al procedimiento judicial cuando es demandada la cons-

tractora principal, que es quien responderá de lo ejecutado por ella, sin perjuicio de la ulterior acción de repetición. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, y absuelve a la subcontratista.

NOTA.—En esta sentencia se vuelve a rechazar la recurrente legitimación pasiva del subcontratista en el ámbito de responsabilidad de la Ley de Ordenación de la Edificación. Esta cuestión ha sido tratada, con igual sentido negativo, por las SSTs de 14 de marzo y 9 de octubre de 2018.

En el ámbito doctrinal, con anterioridad a tales pronunciamientos, se generó un cierto debate. Un nutrido grupo de autores sostuvo una legitimación pasiva amplia de todos los agentes de la edificación, con fundamento en la fórmula general del artículo 17.1 LOE, que habla de «las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de la edificación» (vid. CADARSO PALAU, J., *El sistema de responsabilidad civil en la construcción*, en *Cuestiones prácticas sobre la aplicación del artículo 1.591 Cc y la LOE de 1999. Especial referencia a los artículos 13 y 14 LEC en relación con el artículo 17 de la LOE*, dir. por A. Merino Gutiérrez, Madrid, 2008, pp. 50-51; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., *Derecho de la Construcción y la Vivienda*, Madrid, 2008, p. 433, y ESTRUCH ESTRUCH, J., *Las Responsabilidades en la construcción: Regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Navarra, 2011, pp. 707-708). Esta opinión contrasta con el régimen del artículo 1591 CC, bajo el que la generalidad de autores negaba legitimación al subcontratista, sobre todo por apreciar una responsabilidad contractual y la consecuente relatividad de igual clase [(cfr. CADARSO PALAU, J., *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, pp. 224-226; LUCAS FERNÁNDEZ, F., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo García, XX-2, Madrid, 1986, p. 348; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La responsabilidad civil por vicios en la construcción en la Ley de Ordenación de la Edificación», *ADC* 2 (2000), p. 459, y O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «Contrato de obra. Responsabilidad por ruina», *Act. Civil* 27 (1988), p. 1.668)], y el Alto Tribunal solo la otorgaba cuando no se demandara conjuntamente al contratista quien respondía de aquél conforme al artículo 1596 CC (cfr. SSTs de 21 de marzo de 1988, 29 de diciembre de 1993, 22 de marzo de 1986 y 23 de diciembre de 1999). Sin embargo, otros autores, al igual que la sentencia comentada, sostienen una legitimación pasiva restringida con fundamento en que el subcontratista no figura en los artículos 8 ss. LOE, y en la responsabilidad del constructor por lo ejecutado por aquél (artículo 17.6 LOE) [vid. DEL ARCO TORRES, M. A. y PONS GONZÁLEZ, M., *Derecho de la construcción (Aspectos administrativos y civiles)*, Granada, 2010, p. 528; SALINERO ROMÁN, F., *La incidencia de la LOE en los criterios jurisprudenciales interpretativos del artículo 1591 del Código civil*, en *Aplicación de la Ley de enjuiciamiento civil y de la Ley de ordenación de la edificación*, coord. por A. Viñas, Madrid, 2004, p. 192, y SEIJAS QUINTANA, J. A. y SACRISTÁN REPRESENTA, G., *Responsabilidad civil. Construcción y proceso*, en *Responsabilidad Civil. Aspectos fundamentales*, coord. por J. A. Seijas Quintana, Madrid, 2007, pp. 201 y 203]. No consideramos obstácu-

lo a la legitimación del subcontratista la responsabilidad por hecho ajeno del constructor (artículo 17.6 LOE), porque el primero, causante del daño, puede además ser el único solvente ante la insolvencia de todos los agentes de la edificación situados en primer plano (vid. SANTANA NAVARRO, F., *La responsabilidad en la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid, 2018, pp. 179-182).

La sentencia parece dejar abierta la puerta a una posible responsabilidad extracontractual del subcontratista frente al promotor, al referirse como fundamento de su fallo absolutorio a la falta de ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual. Para más referencias sobre esta interesante cuestión, y nuestra posición favorable a la responsabilidad extracontractual del subcontratista frente a los propietarios de lo edificado, vid. SANTANA NAVARRO, F., «La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado», *ADC*, 2019, II, pp. 382 ss. No obstante, conviene no pasar por alto que el Tribunal Supremo podía haber estimado, en virtud del principio de unidad de culpa civil, la responsabilidad extracontractual del subcontratista, y no lo hizo, lo que quizás, por otra parte, guarde relación con el alcance más limitado que se ha dado a tal principio en algún pronunciamiento reciente, como la STS de 12 de diciembre de 2017 comentada en *ADC*, 2019, I, pp. 213 ss. (F. S. N.)

**9. Contrato de obra. Ley de Ordenación de la Edificación. Régimen de responsabilidad solidaria: la reclamación formulada contra el promotor de la obra no interrumpe el plazo de prescripción de la acción contra los técnicos de la misma, a no constar que hubo una reclamación específica contra ellos.**—Es doctrina de la Sala, respecto del artículo 17 LOE (STS del Pleno de 16 de enero de 2014), que estamos en presencia de una responsabilidad solidaria, y no de una obligación solidaria en los términos del artículo 1137 CC, con la repercusión consiguiente en orden a la interrupción de la prescripción que se mantiene en la forma que ya venía establecida en la STS de 14 de marzo de 2003, con la precisión de que con la LOE esta doctrina se matiza en aquellos supuestos en los que establece una obligación solidaria inicial, como es el caso del promotor frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios o parte de los mismos, puesto que dirigida la acción contra cualquiera de los agentes de la edificación, se interrumpe el plazo de prescripción respecto del mismo, pero no a la inversa, o de aquellos otros en los que la acción se dirige contra el director de la obra o el proyectista contratado conjuntamente, respecto del otro director o proyectista, en los que también se interrumpe, pero no respecto del resto de los agentes, salvo del promotor que responde solidariamente con todos ellos «en todo caso» (artículo 17.3), aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo (SSTS de 24 de mayo y de 29 de noviembre de 2007; 13 marzo de 2008; 19 de julio de 2010; y 11 de abril de 2012). Como se señala en la STS de 20 de mayo de 2014, en los daños comprendidos en la LOE, cuando no se pueda individualizar la causa de los mismos, o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas, sin que se pueda precisar el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la exigencia de la responsabilidad solidaria que se derive, aunque de naturaleza legal, no puede

identificarse, plenamente, con el vínculo obligacional solidario que regula el Código Civil, en los términos del artículo 1137, por tratarse de una responsabilidad que viene determinada por la sentencia judicial que la declara. De forma, que la reclamación al promotor, por ella sola, no interrumpe el plazo de prescripción respecto de los demás intervinientes. (STS de 3 de julio de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios actora demandó a la Promotora V., S. L., al arquitecto y al arquitecto-técnico, que intervinieron en la edificación del inmueble en reclamación de responsabilidad ex artículo 17 LOE, por diversos vicios de la construcción que afectaban tanto a elementos comunes como privativos del edificio. La Promotora no compareció y los técnicos demandados se opusieron alegando, entre otros motivos, la prescripción de la acción entablada contra ellos. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron la acción declarando la responsabilidad solidaria de los demandados y condenándoles a llevar a cabo las reparaciones solicitadas. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación planteado por los técnicos, al estimar que se había infringido la jurisprudencia sobre la denominada solidaridad «impropia», según la cual el ejercicio de la acción contra el promotor de la edificación no interrumpe la prescripción frente a los otros responsables pues no existe una obligación solidaria de los técnicos con el promotor, sino individual de cada uno de ellos que solo será por estirpes cuando la sentencia así lo declare convirtiendo la responsabilidad en solidaria.

NOTA.— La presente sentencia es un reflejo de la doctrina seguida a partir de la STS de 14 de marzo de 2003, en la que ya se dejó sentado que si la solidaridad no nace sino de la sentencia (solidaridad impropia), la interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores no alcanza al otro, ya que no era deudor solidario y solo lo fue desde la sentencia que así lo declaró, y no antes. La jurisprudencia es constante en este sentido (v., entre otras, las SSTS de 6 de junio de 2006; 28 de mayo de 2007; 29 de noviembre de 2010; o 18 de julio de 2011, entre otras muchas). Sin embargo, un sector doctrinal ha considerado erróneo este criterio mantenido por el Tribunal Supremo [cfr. ALBALADEJO, M. *La prescripción extintiva* Madrid, 2004, pp. 266-285; BERCOVITZ, R. *Comentarios al Código Civil*, coordinador por el mismo autor Cizur Menor-Navarra, 2009, p. 2157]. Resulta conveniente advertir que esta nueva sentencia, al igual que otras que cita en la misma, matiza el posible rigor de esta doctrina al aclarar que la interrupción de la prescripción sí se dará en los casos en que la propia LOE establece una verdadera obligación solidaria, como es la del promotor que responde conjuntamente con el resto de los técnicos de la edificación, o la de los técnicos (director o proyectista) contratados conjuntamente con otros profesionales con iguales funciones (sobre el particular, v. SANTANA NAVARRO, F. L. La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado, ADC 2019-II, pp. 355-418). (I. D.-L.)

**10. Depósito bancario indistinto, donación y copropiedad.**—La existencia de un depósito bancario indistinto (cotitularidad) no hace presumir la copropiedad del numerario depositado en ella. La existencia de comunidad o condominio sobre los fondos depositados depende, en última instancia, del ánimo de liberalidad del propietario originario del numerario concretado en una donación; esto es, de la voluntad de constituir el depósito con una cotitularidad de dominio y no de simple disposición (STS núm. 83/2013, de 25 de febrero). Dicho ánimo de liberalidad se dará también en aquellos casos donde el cotitular del depósito disponga de la mitad de este tras el fallecimiento del cotitular donante, sin haberse condicionado expresamente la entrega de lo donado a la muerte de aquel. En tal caso, existe una copropiedad sobre los fondos, fruto de una donación *inter vivos*, la cual tiene que satisfacer los requisitos del artículo 632 CC para las cosas muebles.

**Autorizado en cuenta de ahorro, mandato y rendición de cuentas.**— Cuando el autorizado en una cuenta de ahorro no tiene más encargo que realizar reintegros a fin de cubrir los gastos personales del titular de la cuenta bancaria (mandante), la rendición de cuentas por parte del autorizado mandatario no se puede extender más allá de aquello a lo que alcanza el mandato, esto es, el día a día de la cuenta que, en últimas, administra el titular. Distinto sería si el destino del mandato consistiese en gestionar negocios del titular de la cuenta que este no gestione personalmente. (STS de 28 de septiembre de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La señora P falleció el 27 de octubre de 2012, viuda y sin descendencia. En su patrimonio contaba, entre otros activos, una cuenta de ahorro, en la que figuraba como autorizado don M, para efectuar los reintegros con los que atender a las necesidades de dña. P. También figuraba en su patrimonio otra cuenta a plazo fijo en la que figuraba como cotitular don M. En su testamento, doña P designó como herederas universales a sus sobrinas doña A, B, C y D, así como una serie de legados. En el momento del fallecimiento de doña P la cuenta a plazo fijo disponía de un saldo de 430.000 euros, mientras que la cuenta de ahorro contaba con algo más de 107.000 euros.

El 21 de enero de 2013 don M traspasó todo el montante de la cuenta a plazo fijo a la cuenta de ahorro, cancelándola, y extrajo de esta, acto seguido, la cantidad de 212.173 euros.

Una de las sobrinas de dña. P, dña. A, demandó a don M solicitando (i) que se declarase que la cantidad extraída de la cuenta de ahorro era de exclusiva propiedad de la causante, debiendo por ello reintegrarla a la comunidad hereditaria, y (ii) que se condenase a don M a rendir cuentas de los actos de administración por él efectuados en la cuenta de ahorro.

La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial, por el contrario, estimó el recurso de apelación de don M, revocó la sentencia de instancia y, por ende, desestimó la demanda. Ante ello, dña. A interpuso recurso de casación contra esta última resolución. (A. I. R. A.)

**11. Comunidad postganancial. Validez del contrato de venta de un bien común sin el consentimiento de todos los comuneros.**—La naturaleza ganancial del bien no determina que el contrato de alimentos suscrito a cambio de la cesión de la nuda propiedad de la cosa sea nulo, pues en nuestro sistema jurídico el poder de disposición del transmitente no es un requisito de la validez del contrato, sino de la tradición como modo de adquirir (art. 609 CC). La validez obligacional del contrato de venta de un bien común sin el consentimiento de todos los comuneros fue la doctrina sostenida por la SSTS de 15 de enero de 2012 y de 28 de marzo de 2011. Por tanto, no es correcto declarar, como hizo la sentencia impugnada, la nulidad absoluta del contrato. Ni tampoco calificarlo como contrato gratuito pues la causa del contrato de transmisión de bienes a cambio de prestaciones asistenciales no es la mera liberalidad del transmitente, sino la contraprestación que espera recibir de la otra parte. La asunción de obligaciones por parte de las hijas demandadas comporta que nos encontremos ante un contrato oneroso y no ante un contrato gratuito (SSTS de 25 de mayo de 2009 y 1 de julio de 1982).

**Fe pública registral. Protección del tercero hipotecario de buena fe. Concepción «ética» de la buena fe.**—La jurisprudencia suele identificar la buena fe con la creencia de que el vendedor es dueño de la cosa vendida o, si se quiere, con el desconocimiento de que la misma cosa se ha vendido anteriormente a otros con eficacia traslativa (STS de 7 de septiembre de 2007). Sin embargo, debe considerarse desvirtuada la presunción de buena fe cuando el desconocimiento o ignorancia de la realidad sea consecuencia «de la negligencia del ignorante» (SSTS de 25 de octubre de 1999, 8 de marzo de 2001 y 11 de octubre de 2006). La concepción «ética» de la buena fe, según la cual no basta la simple ignorancia de la realidad, sino que se precisa una actuación diligente, que va más allá de la simple consulta del Registro, ha sido confirmada por la STS de 12 de enero de 2015. En el caso los hechos probados no destruyen la presunción de buena fe, pues era razonable que las hijas creyeran que la vivienda pertenecía en exclusiva a su madre. En este sentido, la escritura otorgada a favor de ésta lo fue por un organismo de la Administración Pública, actuación avalada además por la presunción de legalidad que acompaña a la actividad administrativa, conformando así una apariencia de titularidad exclusiva ya que la escritura se otorgó solo en favor de la madre y muchos años después del fallecimiento de su marido y cuando, obviamente, se había producido ya la disolución de la sociedad de gananciales. (STS de 29 de noviembre de 2018; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

**HECHOS.**—En 1944 los padres del actor contrajeron matrimonio en régimen de gananciales. En 1955 resultaron adjudicatarios de una vivienda pública con acceso diferido a la propiedad. El marido falleció en 1971, y en 1985 la entidad pública de gestión de este tipo de viviendas otorgó escritura pública de transmisión de la propiedad por compraventa, a favor exclusivamente de la viuda y, como tal, se inscribió en el Registro de la Propiedad. En 2007, la propietaria y dos de sus hijas otorgan escritura pública de contrato de alimentos por el cual las hijas se comprometen a prestar a su madre el sustento, habitación, vestido y asistencia médica a cambio de la transmisión de la nuda propiedad del mencionado piso, inscri-

biéndose en el Registro de la Propiedad el título de cesión por mitades indivisas. Tras el fallecimiento de la madre, uno de los hijos demanda a las hermanas a fin de que se declare el carácter ganancial de la vivienda, así como la nulidad de la escritura de cesión de la nuda propiedad a cambio de alimentos y la rectificación de los correspondientes asientos registrales. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Alicante estimaron la demanda al considerar que la vivienda tenía naturaleza ganancial y, por tanto, no podía disponer de ella la madre de los litigantes sin la previa liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que necesitaba el consentimiento del resto de herederos del padre fallecido. Asimismo, consideraron que las demandadas no estaban protegidas por la fe pública registral ya que el negocio jurídico realizado con su madre era gratuito. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de las demandadas y, con estimación parcial de la demanda inicial, declaró el carácter ganancial del piso, pero mantuvo en su adquisición a las hijas al amparo del artículo 34 LH. (*L. A. G. D.*)

**12. Contrato de préstamo. Resolución por incumplimiento.**—El artículo 1124 CC se refiere a la facultad de resolver las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. Este remedio legal frente al incumplimiento solo se reconoce en los contratos con prestaciones recíprocas, contratos de los que surgen vínculos recíprocamente interdependientes, en los que la obligación de una parte pueda considerarse causa de la de la otra. Cuando no es así y del contrato solo nace obligación para una de las partes, no hay posibilidad de resolver conforme al artículo 1124 CC y el ordenamiento establece las condiciones por las que se puede poner fin a la relación. Basta recordar los artículos 1733 y 1736 CC para el mandato, los artículos 1775 y 1776 CC para el depósito o los artículos 1749 y 1750 CC para el comodato. En estos contratos que se acaban de mencionar, salvo en el comodato, que es esencialmente gratuito, puede fijarse retribución y, entonces, nos encontramos ante dos obligaciones recíprocas, para las que podrá valorarse si el incumplimiento de una de las partes es esencial, de modo que ya no resulte exigible a la otra seguir vinculada.

Por lo que se refiere al préstamo (mutuo), si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el artículo 1124 CC. En todo caso, si se produce alguna de las circunstancias previstas en el artículo 1129 CC, el prestatario (mutuario) pierde el derecho a utilizar el plazo, de modo que el crédito será ya exigible. La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados).

En particular, en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el artículo 1124 CC, que abarca las obligaciones realizadas o prometidas. El hecho de que el contrato

de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad. De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al artículo 1124 CC si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses. Pero, aun en los casos en los que, en atención a las circunstancias, pudiera entenderse que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega, de modo que no hubiera podido el prestatario exigirla, la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario.

Por tanto, producida la entrega de dinero a cambio de una restitución fraccionada más el pago de intereses retributivos, el incumplimiento esencial del prestatario permite liberar al prestamista de permanecer vinculado por el contrato, puesto que la subsistencia del préstamo, por lo dicho, depende del pago de una retribución que nace del propio contrato.

**Contrato de préstamo. Carácter consensual. Validez.**—Al amparo de la autonomía privada (art. 1255 CC) es admisible la validez de un contrato de préstamo consensual dirigido a crear la obligación de prestar. Así lo reconoció la STS de 26 de marzo de 2007, aceptando lo que actualmente es opinión doctrinal común. La «promesa» de préstamo es verdadero préstamo si se llega a manifestar el consentimiento con intención de vincularse jurídicamente, lo que dependerá de las circunstancias del caso. Así, en el caso de la STS de 20 de abril de 2001 no llegó a haber consentimiento eficaz, al supeditarse el préstamo de refinanciación al cumplimiento de una condición que no se cumplió y a la aprobación de los órganos superiores del director del banco, que no se produjo. Por lo demás, negar la validez de un contrato consensual de préstamo, conduciría a excluir el ejercicio de una acción de cumplimiento dirigida a hacer efectiva la promesa de préstamo (o a negar la indemnización por incumplimiento de la promesa), pero no permitiría negar los efectos que se producen entre las partes cuando el dinero se ha entregado y se incumple la obligación de restituir intereses y capital en los plazos pactados. A ello hay que añadir que la entrega del dinero es en la mayor parte de los casos cumplimiento de un acuerdo antecedente de las partes que, al entregar, no necesitan reiterar su consentimiento. Si con posterioridad se otorga escritura pública, lo único que hacen las partes es documentar su acuerdo. **(STS de 11 de julio de 2018; no ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

**HECHOS.**—Dos personas físicas y una sociedad mercantil formalizaron un contrato por el que cada una de aquellas presta 50.000 euros a esta. El préstamo se documentó en escritura pública, en la que se hacía constar que el dinero había sido entregado con anterioridad y que su destino era cubrir en parte las necesidades de financiación de la sociedad para la construcción de una residencia de mayores. En la escritura se fijó la obligación de la sociedad de devolución del capital y los intereses (interés remuneratorio fijo del 4,5 %) en cuotas semestrales en un plazo máximo de 10 años. La primera cuota era exclusivamente de intereses y el resto de capital e intereses. En el clausulado del préstamo se estableció que, transcurrido el período de carencia de seis meses, la prestataria podía devolver íntegramente el capital prestado en un solo pago o, si lo solicitan

los prestamistas, proceder a una ampliación del capital social del 2 por ciento para cada uno de los prestamistas. Sin haber realizado ningún pago, la sociedad envió a los prestamistas un burofax en el que les comunicó que no iba a hacer frente al pago y que, transcurrido el período de carencia, estos debían haber comunicado de forma fehaciente que no iban a solicitar la conversión del préstamo en capital social. Los prestamistas contestaron mediante otro burofax, en el que manifestaron que nunca habían solicitado la ampliación del capital social para el pago de la deuda y que se oponían expresamente a ello, por lo que solicitaban la devolución de los 100.000 euros más el importe del interés estipulado.

Los prestamistas interponen una demanda contra la sociedad prestataria, en la que solicitan que se condene a la demandada al pago de 56.121,23 euros a cada uno de ellos, más los intereses legales que se devengarán del importe de 50.000 euros desde la fecha de presentación de la demanda hasta el pago.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Aunque en el suplico de la demanda no se mencionó la resolución del contrato sino solo la condena al pago de las cantidades prestadas con sus intereses, el error se subsanó en la audiencia previa.

Interpuesto recurso de apelación por la mercantil demandada, la Audiencia Provincial lo desestima y confirma la sentencia recurrida en su integridad.

La sentencia de la Audiencia Provincial es recurrida en casación por la sociedad demandada. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—Nótese que la doctrina contenida en la sentencia extractada esta siendo utilizada por numerosas Audiencias Provinciales (véase, por todas, la SAP de Cantabria de 13 de febrero de 2019), fundamentalmente en supuestos en los que, ante el impago del prestatario consumidor de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, el banco prestamista ve desestimada su demanda de ejecución hipotecaria y sobreseído el procedimiento al declararse abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, por lo que aquel acude al proceso declarativo solicitando la resolución del contrato de préstamo por la vía del artículo 1124 CC y la condena del prestatario a la devolución del importe total adeudado, con el objetivo de ejecutar esta sentencia teniéndose en cuenta la hipoteca inscrita. (*J. M.<sup>a</sup> M. F.*)

**13. Contrato de préstamo en divisa extranjera. Control de abusividad: necesidad de garantizar una información clara y adecuada al consumidor de manera que pueda conocer con certeza el tipo y alcance del riesgo al que se expone al suscribir este tipo de operaciones. Doctrina del TJUE.**—Las cláusulas que prevén que la cotización de una divisa extranjera se aplique para calcular las cuotas de devolución de un préstamo cuyo importe se ha convertido a esa moneda según la cotización de compra de la misma divisa extranjera, pueden ser sometidas al control de abusividad si no han sido redactadas de manera clara y comprensible, es decir, si no superan el control de transparencia. La finalidad del control de transparencia en los préstamos en divisas es la de garantizar que las instituciones financieras faci-

liten a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. De lo que se trata es de que el prestatario esté claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. En el caso no consta la existencia de una negociación individual de la reglamentación contractual entre las partes, ni es creíble que pudiera existir, dado el perfil profesional de los demandantes (policía local y administrativa) y sus circunstancias, de suerte que no hay ningún dato que permita pensar que los demandantes estaban en condiciones de decidir y negociar dónde se procuraban los francos suizos, o en qué momento debía hacerse el cambio, o si el precio para la conversión del capital era a precio de comprador mientras que el precio para las cuotas era a precio vendedor, o si finalmente se hacía la entrega o su contravalor.

**Juicio de transparencia: irrelevancia del tipo de contrato.**—Que la hipoteca fuera multidivisa o en divisa extranjera es irrelevante a efectos del juicio de transparencia de las cláusulas de la novación referidas a la moneda de pago y cálculo del capital. Pues la abusividad no deriva necesariamente de que el Banco demandado conociera en el momento de contratar cual iba a ser el futuro de las fluctuaciones sino que depende (STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso *Andriciuc*) de todas las circunstancias que permitan valorar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual, lo que en definitiva se traduce en valorar si, habiendo sido informado leal y completamente, el consumidor hubiera prestado su consentimiento pleno. (**STS de 26 de noviembre de 2018**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Los actores suscribieron un contrato de compraventa de un piso con una promotora, subrogándose en el préstamo con garantía hipotecaria que esta última tenía suscrito con el banco BSCH. Dos años después, los prestatarios suscribieron un contrato privado de novación por el que se modificaron diversas estipulaciones del contrato originario. Entre otras, se cambiaron los tipos de interés aplicables, así como el índice de referencia para su cálculo. También se otorgó a los clientes la opción de cambiar de divisa para el cálculo, que hasta entonces era el euro, siempre que se hiciera dentro de los plazos y con las condiciones establecidas por el Banco. En la misma fecha otorgaron escritura pública por la que ampliaron el préstamo inicial y se alteró la moneda de pago pactada mediante la sustitución del euro por el franco suizo, elevando también el tipo de interés variable aplicable al préstamo. Poco después, y a la vista de la perniciosa fluctuación que la moneda elegida había experimentado en detrimento de los intereses de los prestatarios, que vieron aumentada su deuda de manera desorbitada, interpusieron demanda para que se declarase la nulidad de la novación y la vigencia del préstamo inicial. Los actores alegaban que la novación consistió en la contratación de un préstamo multidivisa que, por tratarse de un producto financiero complejo, exigía una información más detallada sobre los riesgos de su contratación para poder valorar la idoneidad del producto contratado. Se afirmaba que la ausencia de esta infor-

mación provocó un error invalidante en su declaración de voluntad que vició por completo la misma. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid desestimaron la demanda al entender que no se había contratado una hipoteca multdivisa sino un simple préstamo en divisa extranjera con posibilidad de cambiar la misma mediante una novación. Entendieron que no hubo error pues los actores habían sido debidamente informados y tenían perfecto conocimiento de lo que contrataba y de los riesgos a que se exponían. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de los actores y, anulando la novación practicada, declaró la vigencia del préstamo inicial. (*I. D.-L.*)

**14. Contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con un consumidor para la adquisición de la vivienda familiar. Nulidad de la cláusula sobre intereses moratorios. Requisitos.**—El Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión relativa al control de abusividad de la cláusula del interés de demora en los préstamos con garantía hipotecaria concertados con consumidores, en el sentido de considerar que, ante la falta de una previsión legal que fijara de forma imperativa el criterio aplicable para el control de abusividad (STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank), el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si el interés de demora queda fijado por encima de este porcentaje, la cláusula que lo establece es abusiva (SSTS de 23 de diciembre de 2015, de 18 de febrero y de 3 de junio 2016).

**Efectos de la declaración de nulidad de la cláusula sobre intereses de demora: eliminación de la estipulación, sin que sea posible integrar el contrato moderando el tipo de interés remuneratorio o aplicando supletoriamente normas del Derecho nacional.**—De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE (SSTJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto; 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito; y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank), los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Por esta razón, declarada la abusividad de una cláusula, tampoco es posible aplicar de modo supletorio una disposición de carácter dispositivo del Derecho nacional. Posibilidad que se ha admitido por el TJUE excepcionalmente (SSTJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai; y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank), cuando ello sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se vea obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quede expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización. En definitiva, cuando se declara abusiva una cláusula que fija el

interés de demora en un contrato de préstamo con un consumidor, es improcedente la integración del contrato, pues tal declaración de abusividad no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, y sin que pueda integrarse el contrato pues no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor.

**La nulidad de una cláusula abusiva no afecta a la validez y exigibilidad de aquéllas que no lo son. Mantenimiento del deber de pagar los intereses remuneratorio.**—La nulidad de la cláusula sobre intereses moratorios no debe llevar consigo la supresión también del devengo del interés remuneratorio, pues la razón de la abusividad reside en la injustificada e inadmisiblemente desproporcionada indemnización impuesta por el retraso en el cumplimiento de las obligaciones del consumidor, pero no el interés remuneratorio destinado a cumplir la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Si en los primeros (intereses moratorios) la finalidad es sancionar el incumplimiento por el deudor de su obligación de devolver la cantidad prestada en los pagos periódicos convenidos contractualmente, en los segundos (intereses remuneratorios) la función consiste en retribuir al prestamista por poner a disposición del prestatario una cantidad de dinero hasta la devolución de la misma. **(STS de 28 de noviembre de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

**HECHOS.**—El actor suscribió con el banco demandado un contrato de préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de su vivienda familiar, en el que entre otras cosas se pactó un interés remuneratorio variable que, al tiempo de dejar de pagarse, era del 4.75 % anual. También se acordó un interés de demora del 25 % anual. El prestatario demandó a la entidad financiera solicitando, en lo que interesa, la declaración de nulidad de la cláusula de interés remuneratorio por abusiva. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial estimaron la demanda al considerar que tal cláusula era abusiva; asimismo, acordaron que el tipo de interés de demora fuera reducido al triple del interés legal, que es el límite previsto en el artículo 114.3 LH. El actor interpuso recurso de casación al considerar que la sentencia de la Audiencia infringía la Directiva 93/13/CEE, pues consideraba que al declararse abusiva la cláusula, el préstamo no debe devengar interés de ningún tipo —ni de demora, ni remuneratorio— desde que el prestatario incurrió en mora. El Tribunal Supremo, después de plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, estimó en parte el recurso de casación al considerar que la nulidad de cláusula sobre el interés de demora impedía la reclamación de los mismos, pero no hacía desaparecer la obligación de pago de los intereses remuneratorios acordados en el contrato.

**NOTA.**— De acuerdo con la doctrina, tanto del TJUE como ahora del Tribunal Supremo, declarada la nulidad de la cláusula que establece el interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato. Criterio que ha sido ratificado en la STJUE de 7 de agosto de 2018.

Tras la entrada en vigor el 16 de junio de 2019 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles

para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del periodo en el que aquél resulte exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la LEC. Estas reglas sobre el interés de demora contenidas en la nueva Ley no admiten pacto en contrario (v. artículo 25 LCCI.). (I. D.-L.)

**15. Contrato de transporte aéreo de pasajeros. Condiciones generales de la contratación abusivas. Cláusula que permite al transportista modificar las condiciones del transporte concertado «en caso de necesidad».**—

La expresión «en caso de necesidad» contenida en la cláusula es excesivamente genérica e imprecisa y puede interpretarse razonablemente de un modo que incluya supuestos que exceden de las «circunstancias extraordinarias» que excluyen la responsabilidad del transportista aéreo, en la interpretación que de ellas ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 17 de abril de 2018). La excesiva amplitud de la expresión utilizada puede favorecer injustificadamente la posición contractual de la compañía aérea en caso de incumplimiento de las condiciones del contrato de transporte aéreo concertado, en detrimento del consumidor. Así, la desmesurada generalidad o ambigüedad de la expresión utilizada en la condición general permitiría en ocasiones exonerar injustificadamente de responsabilidad a la compañía aérea si modificara las condiciones del contrato y con ello causaría daños y/o perjuicios al viajero. Por otra parte, no es admisible la tesis de que tal imprecisión o excesiva generalidad se salvaría realizando una interpretación «estricta» de la expresión «en caso de necesidad», que la identifique con una auténtica imposibilidad sobrevenida, pues no es posible utilizar la interpretación *contra proferentem* de las condiciones generales de la contratación cuando se enjuicia una acción colectiva de cesación, puesto que lo impiden los artículos 6.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en este sentido, la STJUE de 9 de septiembre de 2004). Por ende, la cláusula no puede salvarse mediante una interpretación «estricta» de tal expresión puesto que, al resolver una acción colectiva, lo que el tribunal debe decidir es si la redacción de la condición general admite significados que harían incurrir a la cláusula en la abusividad proscrita por la Directiva 93/13 y las normas nacionales que la desarrollan, por más que en un asunto en el que se estuviera ejercitando la acción individual tal resultado pudiera evitarse mediante una interpretación «estricta» de la expresión, en perjuicio del predisponente y en beneficio del consumidor. Por ende, esta previsión contractual es abusiva.

**Cláusula que establece la exención de responsabilidad del transportista en caso de pérdida del enlace.**—No es admisible una cláusula como la controvertida, en la que se realiza una exención general de responsabilidad, por las consecuencias perjudiciales que para el consumidor tenga el incumplimiento del transportista por la pérdida de los enlaces con otros vuelos, salvo en los casos en los que el propio transportista haya decidido asumir tal responsabilidad. Sin perjuicio de que el transportista no haya de responder necesariamente y en todo caso cuando el viajero pierde el enlace, la cláusula cuestionada contiene una exención de responsabilidad, redactada en términos

excesivamente genéricos y que dejan la cuestión a la exclusiva voluntad del transportista, y que, por tanto, perjudica, en contra de la buena fe, los derechos del consumidor en orden a exigir responsabilidad al transportista por los daños y perjuicios que le provoquen los incumplimientos contractuales de este. Por tanto, esta previsión contractual es abusiva.

**Cláusula *no show*. Cláusula que establece que si alguno de los trayectos comprados no se usa, automáticamente se cancelarán los trayectos restantes comprendidos en el mismo billete.**—Se rechaza que la cláusula no pueda ser objeto de control de contenido por regular elementos esenciales del contrato. Que la cláusula no regule el objeto principal del contrato hace posible el control de abusividad de la misma, incluso cuando está redactada de manera clara y comprensible. Así, la decisión de abaratar los precios para el caso de la venta conjunta de varios tramos es una opción legítima de la compañía aérea, pero no supone que, una vez que la compañía ha comercializado un billete que incluye varios tramos a un precio inferior al que habría supuesto comercializarlos separadamente, la utilización por el cliente de alguno de esos tramos (por ejemplo, en un billete de ida y vuelta, la no utilización de la ida y sí solamente de la vuelta) cause un perjuicio a la compañía aérea, que ha cobrado el precio íntegro del billete que sacó a la venta, sin que la ausencia de un pasajero en el avión incremente sus costes, pues en todo caso sucedería lo contrario. Los únicos supuestos en que pudiera considerarse que la utilización de solamente uno de los tramos perjudica a la compañía (si es que causa algún perjuicio, puesto que en caso de incomparecencia del viajero podría vender el billete de ese tramo a un viajero en lista de espera, de existir esta) serían aquellos excepcionales en que el billete que comprende varios tramos se comercialice a un precio inferior incluso al precio de un tramo aislado, porque las ofertas de unos y otros vuelos vayan dirigidas a grupos de clientes diferentes, y el viajero ha comprado el billete con varios tramos con la idea deliberada de utilizar solo uno de esos tramos, por resultarle más económico que comprar el billete que contenga exclusivamente ese tramo. Pero las razones por las que un viajero no hace uso de uno de los tramos del viaje pueden ser muy diversas. En muchos casos, pueden responder a imprevistos (pérdida del vuelo de ida, necesidad de adelantar o atrasar la ida por diversas razones, encontrarse el viajero en un punto intermedio del trayecto con varios enlaces el día programado para el viaje, etc.). Así pues, no puede identificarse el viajero que utiliza solo en parte un billete de ida y vuelta o con varios enlaces con el viajero que quiere utilizar un billete más barato que el que corresponde a la tarifa del tramo que quiere utilizar. Una cláusula como la cuestionada supone un desequilibrio de derechos y obligaciones contraria a la buena fe, puesto que a un consumidor que ha cumplido con su obligación, que es únicamente el pago del precio, se le priva en todo caso del disfrute de la prestación contratada, que por razones que pueden ser de naturaleza muy diversa ha decidido o se ha visto impelido a disfrutar solo en parte. La protección de la política de tarifas de la compañía aérea no justifica un perjuicio tan desproporcionado, previsto con carácter general para todo supuesto de utilización parcial de la prestación por parte del consumidor. Por consiguiente, la cláusula es abusiva. **(STS de 13 de noviembre de 2018; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La Organización de Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, OCU) interpone una demanda contra Líneas Aéreas de España, S. A. (en adelante, Iberia) en la que ejercita acciones colectivas declarativas de nulidad y de cesación respecto de varias condi-

ciones generales que la compañía aérea utilizaba en sus contratos de transporte aéreo de pasajeros. También solicita que se publicara el fallo de la sentencia en un periódico de gran circulación.

La primera condición general impugnada reza que: «El transportista se compromete a esforzarse todo lo posible para transportar al pasajero y a su equipaje con diligencia razonable. En caso de necesidad el transportista puede hacerse sustituir por otro transportista, utilizar aviones de terceros o modificar o suprimir escalas previstas en el billete. El transportista, salvo que otra cosa se indique en el billete, no asume la responsabilidad de garantizar los enlaces con otro vuelo en el punto de destino». La segunda condición general impugnada establece que: «Dependiendo del tipo de tarifa, clase de servicio, estancia en destino, oferta, etc., puede realizar su reserva para vuelos de ida o ida o vuelta. Independientemente de la tarifa aplicada, si alguno de los trayectos comprados no se usa, automáticamente se cancelarán los trayectos restantes comprendidos en el mismo billete».

El Juzgado de lo Mercantil estima parcialmente la demanda y declara abusivas ambas condiciones generales.

Iberia interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil. La Audiencia Provincial desestima el recurso y confirma la sentencia del Juzgado de lo Mercantil.

Iberia interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.ª M. F.*)

**16. Responsabilidad por productos defectuosos. Distribución de la carga de la prueba. Imposibilidad de modificar el régimen de responsabilidad con base en normas nacionales.**—De acuerdo con el artículo 4 de la Directiva 85374/CEE en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, del cual es reflejo el vigente artículo 139 TRLGDCU, es el perjudicado el que tiene que probar el daño, el defecto y la relación causal entre aquellos dos. El perjudicado debe probar que el producto es defectuoso, pero no que ese defecto fue originado por el fabricante. Este último puede liberarse de responsabilidad demostrando que hay una causa distinta de defectuosidad o probando, incluso mediante presunciones, que el defecto no era originario, sin necesidad de que individualice otra causa de defectuosidad. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, la regulación nacional de la práctica y la valoración de la prueba no debe menoscabar ni el reparto de la carga de la prueba establecido en el artículo 4 de dicha Directiva, ni, de manera más general, la efectividad del régimen de responsabilidad previsto por ella o los objetivos perseguidos por el legislador de la Unión a través de dicho régimen (STJUE de 20 de noviembre de 2014, *Novo Nordisk Pharma*, C-310/13).

**Necesidad de acreditar la concurrencia de circunstancias, más allá del mero transcurso del tiempo, que puedan sustentar la no defectuosidad del producto.**—La demandada únicamente ha negado que el producto pudiera considerarse defectuoso en atención a que las fisuras aparecieron seis años después de la instalación de las piezas y que ello podría deberse a múltiples causas. No ha concretado las razones que permitirían considerar probable o normal según las máximas de experiencia comunes algún otro origen proba-

ble de la fisura, no ha acreditado indicios sobre la calidad de sus productos ni ningún otro indicio que permitiera valorar que los codos no eran defectuosos. La demandada tan solo ha invocado el transcurso de tiempo entre la puesta en circulación del producto y el siniestro. Si no existe ningún elemento de juicio añadido a la mera circunstancia del tiempo transcurrido no cabe concluir que el producto no es defectuoso. Si hubiera existido alguna circunstancia añadida, como pudiera ser la naturaleza del producto, su vida útil, su agotamiento, la consideración de la Audiencia se hubiera podido considerar adecuada. Por tanto, es correcto valorar que el resultado producido es una manifestación de que los codos no ofrecían la seguridad que cabía esperar, teniendo en cuenta la naturaleza del producto y su destino. Resulta legítimo que el público confíe en que unos codos de cobre destinados a su instalación en un circuito de calefacción van a resistir las altas temperaturas y presiones sin riesgo de fugas durante un lapso de tiempo razonable por lo que, ante la falta de prueba de otra causa probable de la fisuración, no puede admitirse que en seis años ya no quepa esperar que el producto no ofrece seguridad para continuar usándolo conforme a su destino. **(STS de 14 de septiembre de 2018; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

**HECHOS.**—El actor construyó su vivienda en el año 2006 para lo cual utilizó una serie de materiales de fontanería y calefacción fabricados por la demandada, entre ellos unos codos de cobre para la unión de las tuberías por las que pasaba el agua caliente. En 2012 aparecieron humedades en diversas zonas de la casa que, tras arduas averiguaciones, se descubrió procedían de unas fisuras internas existentes en dos de esos codos que provocaba la fuga de agua cuyos daños fueron objeto de reclamación. La fabricante se opuso alegando que este tipo de bienes se fabricaban desde hacía más de 25 años por lo que habría transcurrido el plazo de 10 años desde su puesta en circulación, así como que el defecto no debía existir en el momento de su compra, ya que de ser así las filtraciones se habrían producido entonces o, a lo sumo, poco tiempo después. El Juzgado estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Vizcaya acogió el recurso de apelación del fabricante y desestimó la acción de reclamación planteada porque entendió que, pese a que el origen de las filtraciones estaba en las fisuras padecidas por los codos de cobre, no quedó constatado que las mismas lo fuesen como defecto de fabricación. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación del actor. (*L. A. G. D.*)

**17. Contrato de seguro: Lucro cesante.**—El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en juicio ordinario en el que Transportes y Mudanzas Mediterráneo Exprés SL, interpone demanda contra Mapfre Familiar, Compañía de seguros y Reaseguros SA, solicitando la condena al pago de 14.208,70 euros de principal, más los intereses establecidos en la LCS por los trabajos de rescate y lucro cesante derivados del siniestro que sufrió la cabeza tractora de su propiedad en el que se vio implicado el vehículo asegurado en la entidad demandada. La sentencia de primera instancia estimó la demanda condenando a la demandada a que abone la cantidad de 14.2208,70 euros más los intereses del artículo 20 LCS desde la fecha del siniestro y las costas del procedimiento. Reconocida la realidad del siniestro la prueba practi-

cada acredita que el origen del accidente estuvo en el comportamiento culposo del conductor del vehículo asegurado. Estimó acreditado el costo del rescate de la mercancía por importe de 1440,70 euros, así como los daños y perjuicios sufridos según el informe pericial obrante en las actuaciones. Respecto del lucro cesante por la paralización de la cabeza tractora, consideró probados los días de paralización, así como la cuantía de los perjuicios causados. El recurso de apelación interpuesto por la demandada fue estimado parcialmente por la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca que hoy constituye objeto de la casación. Dicha resolución revoca la sentencia de primera instancia en el sentido de fijar la suma de 1440,70 euros como la cantidad a satisfacer por la demandada, en lugar de la fijada en primera instancia, ya que se rechaza la parte correspondiente al lucro cesante en tanto en cuanto la certificación gremial aportada no puede considerarse prueba suficiente, criticando que no se hubiera practicado prueba alguna tendente a acreditar que como consecuencia del tiempo que el vehículo hubo de permanecer en el taller para la reparación se dejara de afrontar por el actor contrato de transporte alguno, del uso que se venía haciendo del vehículo o de los contratos de transporte que no pudo ejecutar durante el periodo de paralización. Lo contrario sostiene que sería tanto como admitir que la simple existencia de un periodo de depósito industrial previo a la reparación determina objetiva y necesariamente la existencia de un lucro cesante. No le concede relevancia a los documentos 10 y 11 sobre las hojas de ruta de la cabeza tractora durante los cuatro meses anteriores, en los que se indica la facturación del vehículo, por no tener acreditación fiscal ni contable, por ser un documento creado unilateralmente y por existir en él contradicciones que no ha podido aclarar el representante de la entidad.

La parte actora interpuso recurso de casación por interés casacional al amparo del artículo 477.2.3 LEC. que articula en dos motivos: (i) Infracción del artículo 1106 CC, al exigir una demostración absoluta y segura de que el lucro cesante se iba a obtener bastando a tales efectos con entender como razonable que, en el supuesto de no haber mediado el accidente, el recurrente habría dedicado el camión al uso al que estaba siendo destinado, siendo verosímil que en el desarrollo de esa actividad o uso de dicho camión le habría producido un determinado beneficio patrimonial; (ii) Por infracción de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo según la cual la paralización de un vehículo industrial produce un quebranto económico que hay que indemnizar cuando, como sucede en el presente caso, es debido a la acción de un tercero y se le puede reclamar, confundiendo en este caso la sentencia recurrida los conceptos de lucro cesante y su cuantificación, al supeditar la existencia del lucro reclamado a la acreditación objetiva de la cuantificación del mismo por la ponderación del beneficio dejado así de obtener. Invoca las SSTS de 11 febrero y 14 de julio de 2003.

La Sala admitió el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, la parte recurrida formuló recurso de oposición al recurso, tras alegar la inadmisibilidad del mismo con base en el Auto de esta Sala de 2 de septiembre de 2014, en un caso idéntico al que nos ocupa.

**Admisibilidad del recurso de casación.**—Si se examina el citado auto que la parte recurrida lo trae como de contraste, con el caso aquí enjuiciado, se aprecia que no son idénticos ambos supuestos ni en su origen ni en la *causa decidendi*. En el presente se enjuician las consecuencias indemnizatorias de un siniestro de circulación de vehículos a motor. En el Auto de 2014 la acción ejercitada fue de impugnación de un acuerdo por el que al demandante se le expulsaba de la cooperativa a la que pertenecía, solicitando igualmente una in-

demnización por el lucro causante padecido como consecuencia de la paralización del vehículo. Al diferir en ambos casos la acción ejercitada como origen de la indemnización postulada, difiere también la causa *decidendi*, en el buen entendimiento que hay que escindir, en esta materia del lucro cesante, entre lo puramente fáctico y lo que son valoraciones jurídicas. Así la sentencia recurrida sobre la que recae el Auto de 2014 deniega la indemnización por varios motivos: (i) Por existir una absoluta indeterminación cuantitativa de la indemnización solicitada, no siendo viable dejar la fijación de la indemnización para trámites ulteriores, no cabiendo la reserva de liquidación; (ii) Porque siendo la cooperativa la titular de la tarjeta de transportes a la misma le corresponde disponer de dicha tarjeta, no pudiendo el recurrente pedir indemnización por tal hecho; (iii) Porque el recurrente durante el procedimiento de expulsión no se opuso a la medida adoptada ni se invocó la existencia de perjuicio alguno; (iv) Porque solicitada la indemnización con base en el artículo 22 de la Ley de Contrato de Transporte en la misma o se contempla la paralización del vehículo. A la vista de lo expuesto, es claro que no se ha producido una vulneración de la jurisprudencia de esta Sala por la sentencia recurrida, pues dicha resolución a la hora de determinar la procedencia o de la indemnización por lucro cesante realiza apreciaciones prospectivas, examinando y ponderando las circunstancias del presente caso, con lo que ninguna vulneración de la doctrina jurisprudencial alegada como fundamento del interés casacional se ha producido. En realidad, la parte recurrente se limita a discrepar del resultado de ese examen y ponderación. En la medida que esto es así la recurrente configura su recurso al margen de la *ratio decidendi* de la resolución recurrida y mostrando su desconformidad con la valoración de la prueba efectuada por la misma y no sobre la real oposición de la sentencia recurrida a una jurisprudencia, que si se atiende a su *ratio decidendi* y se respeta su base fáctica, no resulta vulnerada, siendo por tanto el interés casacional alegado artificioso e inexistente».

Por el contrario, en el supuesto que enjuiciamos, aunque en el desarrollo de los motivos se discrepe de conclusiones puramente fácticas de la sentencia recurrida, que no tendrían encaje en el ámbito del recurso de casación, sino en el extraordinario de infracción procesal por error en la valoración de la prueba sin embargo existe una discrepancia sobre una conclusión de naturaleza jurídica, *ratio decidendi* de aquella, por la que no se concede relevancia a la simple existencia de la paralización de un vehículo industrial los efectos de existencia de un lucro cesante. Por tanto, procede confirmar la admisibilidad del recurso de casación, que, de forma provisoria, tuvo lugar en el Auto de 2018.

Ambos motivos de casación se examinan conjuntamente.

**Existencia de lucro cesante.**—Respecto a la existencia del lucro cesante se ha consolidado una doctrina jurisprudencial por la que, acreditado el evento perjudicial y la conducta sancionable, el resarcimiento de daños y perjuicios conforme al artículo 1106 CC abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia, pérdida o frustrada pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual (STS de 22 de abril de 1997). La jurisprudencia en esta materia se ha orientado con un prudente criterio restrictivo, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y solo fundadas en esperanzas. En tal sentido dice la STS de 24 de abril de 1997 que la integración del *lucrum cesans* como elemen-

to de indemnización, no permite incluir eventos de futuro no acreditados, rayanos en los «sueños de ganancia», ni referirse solo a acontecimientos reales o de indiscutible dación, sino que en una posición intermedia, se requiere que los eventos determinantes de una aportación de medios o recursos truncados por la realización del ilícito obtengan la prueba indiscutible de que generarán ese monto económico, al cual, ya totalmente predeterminado, solo le falta su real materialización. Así lo reitera la STS de 11 de febrero de 2013, con abundante citas recientes (SSTS 14 de julio de 2003, 31 mayo y 18 de septiembre de 2007, 5 mayo y 16 de diciembre de 2009) y otras más lejanas en el tiempo.

El reconocimiento del lucro cesante se encuentra supeditado a la acreditación de factores y circunstancias reveladoras de que el ilícito ha motivado la no obtención de ganancias relacionadas causalmente con tal hecho, con las consecuencias patrimoniales negativas para el perjudicado. La jurisprudencia se funda en criterios de probabilidad, de verosimilitud, de apreciaciones prospectivas para tener por probada la existencia del perjuicio, no reteniendo datos cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético. Como consecuencia de ello se impone a la parte actora la carga de ofrecer los datos que, a tenor de la situación existente al presentar la demanda o en el momento de practicar la prueba, mediante su proyección sobre el periodo futuro objeto de reclamación, permitan el cálculo prospectivo del lucro cesante (STS 31 de octubre de 2007).

En el presente recurso no se pone en debate que el vehículo dañado se encontraba destinado a una actividad lucrativa o empresarial, así como al tiempo de paralización del vehículo (24 días). Cuando se trata de la paralización de un vehículo que está integrado en una empresa de transporte de mercancías y que venía prestando servicios al actor, es obvio que, en principio, cabe presumir la existencia de perjuicios, pues la paralización de un vehículo destinado al transporte de mercancía que en la práctica se venía utilizando como tal, ha de suponer, dentro de esos criterios de probabilidad objetiva, una disminución de los ingresos de su titular, que se ve privado forzosamente de uno de los medios de los que ordinariamente se sirve en su actividad económica, sin que sea necesario justificar con precisión el beneficio concreto que pudiera haber obtenido con ese vehículo, o los contratos o servicios que no pueda cumplir, entre otras cosas, porque las más de las veces resultaría de muy difícil o prácticamente imposible demostración. Si la actora destina su camión al transporte de mercancías, como se ha demostrado, y permanece un tiempo inmovilizado para la reparación, creemos que de estos hechos se deduce necesariamente el perjuicio por lucro cesante, pues durante el tiempo que el camión permanece inmovilizado no se puede dedicar a la actividad mercantil, perdiéndose los ingresos que se podría haber obtenido, con la necesaria verosimilitud y certeza, en caso contrario, sin que, a nuestro juicio, sea necesario acudir a una complicada prueba para acreditar la realidad del perjuicio por lucro cesante. No empece a ello que la empresa que se dedica al transporte, como es el caso, tenga más vehículos destinados a su objeto social, pues se ha de presumir que obtenga ganancias de todos ellos y que sean necesarios para satisfacer su objeto, sobre todo si el siniestro se produce por la cabeza tractora en cuestión circulaba prestando un servicio.

**Quantum de la indemnización.**—En este tipo de litigios suele ser la prueba del *quantum* el centro sobre el que gira el debate. Unas veces se acude a los certificados gremiales que las partes aportan al juicio, ya que ofrecen una idea genérica de las ganancias perdidas por la paralización del vehículo, con fundamento en estudios propios de las asociaciones o colegios profesionales. Otras

veces la solución pasa porque el perjudicado acredite, mediante la prueba más objetiva posible, las ganancias que ha dejado de obtener. Esta segunda solución es la que la sentencia recurrida rechaza por la falta de pruebas y lo motiva. Pero como afirma la STS de 11 de febrero de 2013, es un caso similar de ausencia de pruebas que permitieran establecer de forma objetiva un perjuicio concreto que justificase el acogimiento de la pretensión «ello no es argumento suficiente para negar una indemnización basada en la evidencia o curso normal de los acontecimientos que refiere constante jurisprudencia y que a la postre suponen no cargar exclusivamente sobre la víctima unos perjuicios difíciles de justificar en una actividad menor de un transporte que se contrata sin una previsión cierta y segura de su desarrollo». En el mismo sentido se pronuncia la STS de 30 de septiembre de 2013. En los litigios sobre los que decidieron las sentencias que ponían fin a ellos, estas no negaron el lucro cesante postulado, sino que lo redujeron en el *quantum*, por entender que el certificado gremial sirve a título meramente indicativo y como simple principio de prueba para cuantificar el perjuicio, pero para su precisa cuantificación en la cantidad solicitada eran precisas unas pruebas más objetivas del caso concreto que la parte no aportó. Se colige de la doctrina de la Sala que los certificados gremiales sobre el lucro cesante por paralización del vehículo por sí mismos no pueden ser considerados pruebas del lucro, sino queden acudirse a otros medios de prueba que acrediten el mismo de forma más concreta.

Por tanto, y sería el caso examinado, una vez probado que la perjudicada tuvo un vehículo paralizado y que lo destinaba a una actividad económica en la que en condiciones normales se habría obtenido un beneficio económico, la ausencia de pruebas concretas sobre ganancias determinadas, que suelen ser dificultosas a veces, no puede impedir la indemnización por lucro cesante, sino que deben ponderarse los datos existentes y fijar una cantidad prudencial. Para ello, como referencia y no con carácter vinculante, sí pueden resultar útiles los certificados gremiales y los baremos que en ellos se aplican.

En atención a lo expuesto, y si se tienen en cuenta los datos obrantes en autos, con respecto a las conclusiones fácticas de la sentencia recurrida no combatidas por el cauce adecuado, se considera prudencial fijar el lucro cesante por los 24 días de paralización en la cantidad de 8.000 euros. (STS de 31 de octubre de 2018; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Razonable y ampliamente razonada resolución de la tradicional doctrina sobre el *lucrum cesans* a un supuesto de seguro de transportes de mercancías por carretera. Partiendo de las intrínsecas dificultades de la prueba, tanto en su existencia como en el *quantum* de la indemnización, se indican pautas moderadas que no excluyen ninguna prueba a utilizar y se formulan criterios prudenciales. (G. G. C.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**18. Doble venta de cosa inmueble. Interpretación de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1473 CC. Necesidad de la tradición y consiguiente adquisición de la propiedad del bien comprado.**—El precepto debe inter-

pretarse en el marco de la vigente Ley Hipotecaria, que presume la exactitud de la titularidad dominical inscrita, pero admite la prueba en contrario. En consecuencia, el comprador no inscrito que hubiera adquirido la propiedad por tradición (art. 609 CC) puede ejercitar la acción declarativa o la reivindicatoria contra quien hubiera inscrito su escritura de compraventa otorgada por el mismo vendedor, solicitando al mismo tiempo la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente (art. 38 LH). Este adquirente solo mantendrá la condición de dueño que resulta de su inscripción si reúne la buena fe que exige el artículo 34 LH, mientras que si le falta la buena fe se mantiene en la propiedad al poseedor que hubiera adquirido antes la finca por tradición. De la misma manera, el comprador no inscrito que posee también puede ejercer una acción declarativa frente al comprador que ha inscrito su escritura pública de compraventa. En el caso, la parte prescinde del hecho de que ella no adquirió la posesión, esto es, no hubo tradición, por lo que falta el primer presupuesto exigible para que se reconozca su derecho de propiedad, ya que cuando compró en documento privado no hubo entrega de la finca a favor de la demandante; y cuando se elevó a público su documento privado de compraventa, los demandados no solo habían celebrado su contrato de compraventa en escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad, sino que además habían adquirido la posesión del inmueble por tradición; sin que el otorgamiento de la escritura posterior a favor de la actora le permita prevalecer frente a la propiedad adquirida por los demandados que se habían convertido en propietarios, no solo por adquirir por escritura pública seguida de inscripción, sino por tradición. **(STS de 14 de septiembre de 2018;** no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—K., S. L. había suscrito un contrato privado de compraventa de un piso en 2002, cuando la edificación estaba solamente proyectada. La declaración de obra nueva y división horizontal tuvo lugar en 2004 y en octubre del año siguiente la promotora otorgó escritura pública de venta del mismo piso a M. y C., quienes gravaron el inmueble con una hipoteca a favor del banco C. A., S. A. para garantizar la devolución del préstamo obtenido para esta adquisición. Además, constituyeron su residencia habitual en dicho piso. En septiembre de 2005 la primera adquirente había interpuesto demanda contra la promotora en solicitud de elevación a público del contrato privado de compraventa. Asimismo, había solicitado y obtenido como medida cautelar una anotación al margen en la inscripción registral de dominio, en la que se hacía constar, sin más especificaciones, la existencia de un litigio entre estas partes. En la nota simple informativa expedida electrónicamente para llevar a cabo la venta por escritura pública a favor de M. y C. no se hizo constar la existencia de dicha nota marginal. K., S. L. obtuvo en 2007 sentencia favorable a su pretensión de elevar a público el contrato suscrito en documento privado, otorgándose la correspondiente escritura pública en 2012. Sin embargo, no pudo inscribirla en el Registro por encontrarse la propiedad a nombre de terceras personas diferentes a la vendedora. En septiembre de 2013, K., S. L. ejercita una acción declarativa del dominio, así como una reivindicatoria del mismo contra M. y C. y contra el banco C. A., S. A. para que se reconozca su condición de verdadera propietaria del piso y se disponga la entrega de su posesión a la demandante, así como la rectificación de cuantas inscripciones

registrales fueran necesarias. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial de Cantabria desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

### 19. Relación entre la acción reivindicatoria y la acción publiciana.–

La jurisprudencia ha venido considerando la acción publiciana como una faceta de la acción reivindicatoria. La doctrina científica y la jurisprudencia han dado carta de naturaleza en nuestro Derecho a la acción publiciana no con la fisonomía original y peculiar que ostentó en el Derecho romano, sino como una de las facetas de la propia acción reivindicatoria, que permite al actor probar su mejor título, reclamando la cosa de quien la posea con menor derecho. (STS de 30 de octubre de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.–En las Escuelas Mayores de la Universidad de Salamanca, la bóveda de la antigua biblioteca estaba decorada con pinturas murales del «Cielo de Salamanca». El Decreto de 3 de junio de 1931 declaró Monumentos Histórico-artísticos pertenecientes al Tesoro Artístico Nacional, entre otros, la Universidad de Salamanca. En la década de 1940, a la vista del mal estado de conservación de la obra pictórica, se encargó a A el proyecto de restauración, arranque y traslado del lienzo de las pinturas «Cielo de Salamanca». Extraída la película pictórica en fragmentos por los encargados del proyecto mediante la técnica de *strappo*, se transportaron a Barcelona, donde se colocaron en un nuevo soporte y se restauraron, y retornaron a Salamanca, donde se montaron en la estructura preparada, radicada en el edificio referido. En el estrato inferior aparecieron unos dibujos preparatorios subyacentes (sinopias), algunos de los cuales fueron arrancados a *strappo*, entre ellos «Leo» y «Centauro». El 1 de julio de 1981, el Registro de la Propiedad núm. 1 de Salamanca inscribió el edificio de la Universidad Antigua a favor de la Universidad de Salamanca, al venir poseyéndolo desde tiempo inmemorial, en virtud de los artículos 206 y 207 LH y 303 RH. A poseyó las sinopias «Leo» y «Centauro» hasta su fallecimiento, el 16 de marzo de 1985. Tras el fallecimiento de A, las sinopias se expusieron en la Galería Subex de Barcelona de C. Ulteriormente, a principios de la década siguiente, éste último las vendió a F, que las compró por importe de 8.000.000 pesetas. En distintas exposiciones celebradas en los primeros años de 2000, al ser cedidas por F, estaban expuestas las sinopias controvertidas, que al parecer no fueron compradas por la Universidad de Salamanca por falta de fondos, pese a estar interesada. Declaradas inexportables las dos sinopias por Orden del Ministerio de Cultura, de 16 de marzo de 2006, y requerida la instrucción de expediente para la declaración de estas obras de Bien Cultural de Interés Nacional por la Comunidad Autónoma competente, la resolución de la Generalitat de Cataluña, de 18 de julio de 2007, las incluyó en el catálogo del Patrimonio Cultural de Cataluña. El 21 de enero de 2007, F y S celebraron el contrato de compraventa de la sinopia Centauro a la segunda que la compró por 270.000 euros, y posteriormente, el 27 de julio de 2009, la recompró el primero.

La Universidad de Salamanca interpuso demanda contra F y S en ejercicio de acción reivindicatoria respecto de las referidas sinopias. F se opuso a la demanda y formuló reconvencción por la que solicitaba que se declarase que es el propietario de las sinopias y, en el caso de que se consideraran cosa fuera de comercio, se condenara a la demandante reconvenida o a quien resultara ser su titular al pago de la indemnización de 540.000 euros más los intereses. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y la reconvencción.

La Universidad de Salamanca interpuso recurso de apelación, que fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial. Ésta entiende que, si no ha quedado debidamente acreditada la titularidad de la Universidad de Salamanca, es por la complejidad de las relaciones de Derecho público, que permiten considerar que la titularidad es estatal, si bien las sinopias, por formar parte de un edificio afecto al servicio público de enseñanza universitaria están adscritas a la Universidad demandante. Atendido, a su vez, al carácter inalienable e imprescriptible de los bienes de titularidad pública, considera, con base en la acción publiciana, que la Universidad tiene mejor derecho que F.

F interpone recurso de casación. Se alega, en primer lugar, la infracción del artículo 348 CC y de la doctrina jurisprudencial sobre el contenido y los presupuestos para el ejercicio de la acción publiciana. El Tribunal Supremo no estima el motivo, al entender que la sentencia impugnada parte de la incorporación de las sinopias al edificio histórico de la Universidad. Como consecuencia, considera, en base a la acción publiciana, que la demandante tiene un derecho de mayor intensidad que el que alega la parte demandada.

En segundo lugar, alega la infracción de los artículos 1271 y 1936 CC, en cuanto a la consideración del objeto contractual como cosa que está fuera del comercio de los hombres. Según el Alto Tribunal, no se discute el carácter de bien público de las edificaciones propias de la Universidad -inscritas como tales en el Registro de la Propiedad- y en ese sentido no cabe prescindir del origen de los bienes de que se trata, que aparecían incorporados por destino a la edificación (art. 333.4.º CC), lo que determina incluso su consideración de bienes inmuebles, que no queda desnaturalizada por el hecho de su separación para su restauración.

Finalmente, se alegan las consecuencias de la nulidad de las compraventas, solicitando la aplicación del artículo 1303 CC y que se le reconozca una indemnización de 540.000 euros, más los intereses, por el precio pagado en su día. Explica el Tribunal Supremo que esto constituye una solicitud de complemento de la sentencia (art. 215 LEC), que tendría que haber sido denunciada en cualquier caso como una incongruencia en un recurso extraordinario por infracción procesal. En consecuencia, el Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso de casación.

NOTA.—Sobre la acción publiciana como una faceta de la acción reivindicatoria, *vid.* también las SSTs de 21 de febrero de 1941, 7 de octubre de 1982, 13 de enero de 1984, 12 de mayo de 1992 y 8 de noviembre de 2006. (S. L. M.)

**20. Servidumbre de paso por destino del padre de familia y propiedad horizontal.**—Es pacífica la posibilidad de adquisición de servidumbres al amparo del artículo 541 CC en fincas integradas en edificios bajo el régimen de propiedad horizontal.

La adquisición de una servidumbre merced a un signo aparente revelador de la voluntad del transmitente —a fin de originar la servidumbre por destino del padre de familia del artículo 541 CC— requiere (i) la separación de dos fincas pertenecientes al mismo propietario, (ii) signos visibles y evidentes que revelen un estado de hecho por el cual una finca preste servicio a la otra, (iii) una exteriorización de dichos signos impuesta por el dueño común de las fincas que evidencie una efectiva y completa relación de servicio entre las fincas, querida por el dueño común, (iv) la persistencia de tal signo aparente de servidumbre a favor de una de las fincas al tiempo de la separación, y (v) la no realización de voluntad expresa contraria a la existencia de la servidumbre al momento de otorgar la escritura de transmisión. **(STS de 19 de julio de 2018;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

**HECHOS.**—Dña. A era propietaria de un local comercial situado en la planta sótano donde se encontraban las plazas de aparcamiento de un edificio en régimen de propiedad horizontal. El único acceso posible al local era a través de la rampa de aparcamiento existente, por no tener conexión alguna con el otro local comercial, también propiedad de dña. A, sito en la planta superior y comunicado con la vía pública. Desde 1980, dicho local comercial situado en la planta sótano fue utilizado como aparcamiento de vehículos, bien personalmente, bien por medio de arrendamientos a terceros.

Para que los vehículos pudieran acceder al local de dña. A, era necesaria la rodadura a través del interior del local destinado a plazas de aparcamiento y directamente comunicado con la vía pública que era propiedad de la comunidad.

En el título constitutivo se indicó que el acceso exterior al local de dña. A sería a través del local situado en la planta superior, también propiedad de dña. A, especificándose en las normas de régimen de la comunidad que dichos locales podrían comunicarse entre sí por su titular sin necesidad de consentimiento de la comunidad.

La comunidad de propietarios del edificio en cuestión acordó, en acta de 30 de mayo de 2002, negar a dña. A el acceso de vehículos a través del garaje comunitario, bajo la justificación de que dicho local tiene naturaleza comercial y, en consecuencia, no resultaba admisible su utilización para plazas de aparcamiento, que era el uso que se le venía dando; y que, además, para que así fuese posible, sería necesaria la existencia de una servidumbre de paso a favor del local propiedad de dña. A respecto al otro local más cercano a la rampa, lo que la comunidad de propietarios reputó inexistente.

Dña. A ejercitó demanda frente a la comunidad de propietarios, concretada en tres acciones: (i) acción declarativa del derecho a utilizar el referido local como garaje de vehículos, restaurándole en su derecho a emplear la puerta y la rampa de acceso; (ii) acción confesoria de servidumbre al amparo del artículo 541 CC; y (iii) acción indemnizatoria por el lucro cesante de no haber podido arrendar las plazas de aparcamiento de su local.

La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, al entender que no existía servidumbre de paso alguna entre el local destinado a aparcamiento propiedad de la comunidad y el local comercial perteneciente a ñña. A. En este sentido, argumentó que no podía considerarse existente una relación de servicio entre ambas fincas, dado que ñña. A podía comunicar su local comercial del sótano con el de la planta baja, que daba a la calle.

Recurrida en apelación la sentencia, la Audiencia Provincial la confirmó en su totalidad. Ante ello, doña A interpuso recurso de casación. (A. I. R. A.)

**21. Árboles plantados cerca de una heredad ajena e interpretación del artículo 591 CC.**—El derecho de todo propietario de pedir que se arranquen los árboles que «en adelante» se plantaren a menos distancia de dos metros heredad —si se trata de árboles altos— o cincuenta centímetros de su heredad —si se trata de arbustos o árboles bajos— depende de que la plantación del árbol sea posterior al momento de creación de la finca en cuestión (art. 591 II CC). De este modo, la norma en cuestión no resulta aplicable, cuando el árbol existía en el momento en que se delimitó la parcela y se creó el inmueble registral del propietario; ello sin perjuicio de los derechos que, en todo caso, el artículo 592 CC reconoce a todo propietario.

**Acción negatoria y carga de la prueba de la existencia de cargas o gravámenes sobre la propiedad.**—Presumiéndose libre la propiedad (art. 348 CC), no corresponde al propietario de una finca la carga de acreditar la no sujeción de esta a servidumbre alguna. Es el dueño del precio supuestamente dominante quien ha de probar la existencia de gravamen a su favor o, en su caso, mostrar su conformidad con la pretensión de libertad del propietario de la finca colindante. (STS de 16 de octubre de 2018; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—A adquirió una finca el 12 de mayo de 1998. Esta finca colindaba con la de B, que había sido adquirida ocho años atrás. En los linderos entre una y otra finca había una serie de árboles altos y arbustos, los unos a menos de dos metros de la finca propiedad de A y los otros a menos de cincuenta centímetros; y habían sido plantados antes de que A adquiriese su propiedad.

A interpuso demanda contra B solicitando que se declarase que su finca estaba libre de servidumbres respecto de la de B, que era colindante. B se opuso y la sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial confirmó el fallo de la instancia. (A. I. R. A.)

**22. Registro de la propiedad: calificación registral: no extensión a la validez del juicio de suficiencia notarial del poder de representación. Limitación a la comprobación de su realización: carácter especial de la norma contenida en el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.**—De acuerdo con el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (en su redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad) corresponde al notario autorizante de instrumentos públicos

otorgados por representantes o apoderados, emitir un juicio de suficiencia de las facultades de representación. Para ello, conforme a tal precepto, basta con realizar en la escritura autorizada una reseña identificativa del documento auténtico del que resulte la representación, y expresar que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas. La función del registrador se limita a calificar la existencia de esta reseña y del juicio notarial de suficiencia, así como su congruencia con el negocio jurídico otorgado, o sea, que resulte del contenido del juicio de suficiencia, que éste se predica respecto del tipo negocio jurídico concreto otorgado. Por tanto, el registrador no puede revisar el juicio de suficiencia que realiza el notario, sino que se limita a comprobar que el notario lo ha llevado a cabo. El artículo 18 LH aunque extiende la calificación registral a la capacidad de los otorgantes, no permite al registrador valorar el juicio de suficiencia notarial, dado que la contradicción entre aquél y el artículo 98 de la Ley 24/2001, debe resolverse a favor de éste al ser un precepto especial (STS de 23 de septiembre de 2011). De los artículos 51.9.ªc) RH y 165 RN no se deriva que el notario deba indicar qué persona u órgano social otorgó la representación al apoderado ni realizar un juicio de suficiencia de esta representación previa antecedente de la ulterior representación del otorgante de la escritura. **(STS de 20 de noviembre de 2018; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—En virtud de un poder especial conferido por una entidad mercantil, un apoderado otorga escritura pública de préstamo hipotecario en la que aquélla interviene como acreedora. El notario autorizante hace referencia al apoderamiento en la escritura autorizada, reseñando los datos del documento del que deriva y realizando un juicio favorable de su suficiencia para formalizar la hipoteca. Presentada a inscripción la escritura, la registradora la suspende al apreciar el defecto de la falta de previa calificación registral de la representación dado que se trata de un poder especial no inscribible en el Registro Mercantil, por lo que la reseña del documento representativo resulta insuficiente, y además argumenta que no consta la persona que ha conferido tal poder en nombre de la entidad. El notario autorizante impugna judicialmente tal calificación registral esgrimiendo que la reseña realizada fue suficiente y la innecesaria identificación de la persona que en representación de la sociedad había otorgado el poder especial, porque la legitimación de tal representación previa ya fue valorada por el notario que autorizó el poder especial. La registradora contesta a la demanda reiterando los defectos que provocaron su calificación negativa. El Juzgado de Primera instancia desestima la demanda al entender que tratándose de un poder especial exceptuado de inscripción en el Registro Mercantil, se debe reseñar no solo el documento representativo inmediato sino también el precedente del que a su vez deriva el ulterior. Se interpone recurso de apelación por el notario, que es estimado al apreciarse suficiente su reseña realizada en la renombrada escritura de hipoteca. La registradora presenta recurso de casación articulado en tres motivos: en inaplicación del artículo 18 LH que, según la registradora, permitiría comprobar la validez del poder especial; en infracción del artículo 98 de la Ley 24/2001, que para la recurrente no afecta a la valoración de la validez de la repre-

sentación, y en infracción de los artículos 51.9.ªc) RH y 165 RN. El Tribunal Supremo desestima el recurso.

NOTA.—Con anterioridad a la apuntada Ley 24/2011, la suficiencia del poder de representación se sometía a la calificación registral con fundamento en el artículo 18 LH, que genéricamente la extiende a la capacidad de los otorgantes del instrumento público, entre los que se encuentran obviamente los apoderados (cfr. RDGRN de 12 de abril de 1996). En la actualidad la DGRN confiere carácter especial al artículo 98 de la Ley 24/2011. Así, en RDGRN de 10 de abril de 2019 (BOE núm. 103, de 30 de abril) revocó la suspensión de la inscripción de una escritura de compraventa que se fundamentaba en que el notario no acompañó para su calificación testimonio de los autos de aprobación judicial de la venta relacionados en el título. Con gran claridad la DGRN deslinda las funciones de notario y registrador: «El notario tiene a la vista el documento o documentos de los que resultan las facultades representativas, lo reseña (sin necesidad de transcribir ni acompañar) y hace el juicio de suficiencia de forma congruente con el negocio documentado. Por su parte, el registrador verifica si las anteriores actuaciones se han realizado por el notario pero sin que pueda revisar el juicio emitido por el mismo». Y su vez esta resolución pone de manifiesto que tal delimitación de funciones favorece la seguridad jurídica que se dañaría si una vez calificadas favorablemente por el notario las facultades representativas, y perfeccionado el negocio jurídico, incluso ejecutado con entrega de prestaciones en la mayoría de los casos, la calificación registral posterior pudiera revisarlas como insuficientes. (F. S. N.)

**23. Calificación registral. Juicio de suficiencia. La competencia para calificar la suficiencia de las facultades de los apoderados corresponde, en exclusiva, a los notarios, bajo su responsabilidad.**—Como ya se declaró en la sentencia 643/2018, de 20 de noviembre, en aplicación de lo regulado en el artículo 98 de la Ley 24/2001: «La valoración de la suficiencia de las facultades de representación del otorgante de la escritura le corresponde al notario autorizante de la escritura, sin que el registrador pueda revisar dicho juicio de suficiencia, en la medida en que resulte congruente con el contenido del título al que se refiere». Para emitir ese juicio de suficiencia, el notario autorizante ha de examinar la existencia, validez y vigencia del poder del que resulta la legitimación. Y en la escritura o el título otorgado, el notario debe dejar constancia expresa de que ha cumplido esa obligación, es decir, que ha comprobado la validez y vigencia del poder, además de realizar una «reseña identificativa del documento auténtico que se le haya aportado para acreditar la representación alegada».

**La función calificadora del registrador se limita a comprobar que el notario ha cumplido las exigencias legales sin que pueda valorar lo que aquel ya valoró.**—«Conforme al tenor del artículo 98.2 Ley 24/2001, el registrador no puede revisar el juicio de validez y vigencia del poder realizado por el notario autorizante, pues limita la calificación registral «a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registra-

dor pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación».

«Bajo este régimen legal, el registrador debe revisar que el título autorizado permita corroborar que el notario ha ejercido su función de calificación de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa, y que este juicio sea congruente con el contenido del título presentado, es decir, que resulte del contenido del juicio de suficiencia que dicha suficiencia se predica respecto del negocio jurídico otorgado, con la precisión necesaria para que no quepan dudas de que el notario ha calificado correctamente el negocio de que se trata y referido al mismo la suficiencia o insuficiencia de las facultades representativas.»

**Lo previsto en el artículo 98 de la Ley 24/2001 es una excepción a la regla general del artículo 18 LH.**—El artículo 98 de la Ley 24/2001 complementa la previsión general del artículo 18 LH, de tal forma que dicho artículo 98 de la Ley 24/2001 tiene la consideración de ley especial. **(STS de 22 de noviembre de 2018;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Un notario autorizó una escritura pública en la que una sociedad mercantil, por medio de su apoderado, renunciaba al cargo de administrador que esa sociedad ostentaba en otra sociedad. En la escritura de renuncia el notario hace constar, entre otros extremos, los datos del poder y el juicio de suficiencia de las facultades otorgadas al apoderado para efectuar la citada renuncia. Presentada dicha escritura en el Registro Mercantil para su inscripción, el registrador la rechaza debido a que, en su opinión, el poder no facultaba al apoderado para efectuar la renuncia. El notario impugnó directamente la calificación registral negativa ante los tribunales. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. La Audiencia desestima el recurso y confirma la sentencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (C. O. M.)

## DERECHO DE FAMILIA

**24. Validez del convenio regulador no sometido a homologación judicial en el que se pacta la contribución de cada progenitor a los alimentos de los hijos menores.**—Los acuerdos privados de los progenitores sobre medidas relativas a los hijos comunes menores de edad son válidos siempre que no sean contrarios al interés de éstos. En todo caso, debe respetarse el límite impuesto en el artículo 181.4 CC, que impide renunciar o disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, someterlo a condición o compensarlo con una deuda entre los progenitores. El Tribunal Supremo señala que no puede tacharse de ineficaz un convenio regulador por no haber sido aprobado judicialmente. En el mismo sentido, trae a colación el artículo 235-5-3 del CC de Cataluña, que establece que la eficacia de los pactos relacionados con hijos menores y acordados fuera de convenio regulador depende de que los mismos respondan al interés de los hijos menores.

**Obligación alimenticia respecto de hijos menores. Inaplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*.**—El Tribunal Supremo reitera lo expuesto en la sentencia de 26 de diciembre de 2002 al señalar que la especial relevan-

cia del interés del menor en el mantenimiento de la relación paterno-filial impide que dicha relación pueda hacerse depender de otras circunstancias como el puntual pago de la obligación alimenticia por parte del progenitor no custodio.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha destacado, en sentencia de 20 de julio de 2017, por remisión a la sentencia de 17 de febrero de 2015, que el deber de alimentar a los hijos constituye una obligación legal basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional (artículos 39.1 y 3 CE). En la citada sentencia, el Tribunal Supremo señaló que esta obligación es la de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico y, tratándose de hijos menores de edad, constituye un deber insoslayable inherente a la filiación, que resulta incondicional con independencia de la dificultad que se tenga para darle cumplimiento. Corolario de la especial naturaleza del deber de mantenimiento de los hijos es que el pago de la obligación alimenticia no depende del cumplimiento de otras estipulaciones del convenio –como las relativas al régimen de visitas y comunicaciones– por parte del otro progenitor. En consecuencia, debe descartarse en este ámbito la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*. (STS de 15 de octubre de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.–Los cónyuges Dña. Carla y D. Patricio se separaron de hecho en 2013 y suscribieron un documento privado en el que acordaron que correspondería a Dña. Carla la guarda del hijo común y fijaron un régimen de visitas y comunicaciones a favor de D. Patricio. D. Patricio se comprometió a contribuir con 150 euros mensuales al mantenimiento del hijo y mediante el pago de la mitad de los gastos extraordinarios, tanto educativos como sanitarios. Sin embargo, las medidas personales y patrimoniales previstas en el convenio –que no fue sometido por los cónyuges a homologación judicial– no se cumplieron de manera satisfactoria, siendo constantes los incumplimientos por parte de ambos progenitores.

Dña. Carla interpone demanda contra D. Patricio a quien reclama 3.994,50 euros en concepto de alimentos debidos, más los intereses legales desde la presentación de la demanda. El demandado interesa la desestimación de la demanda alegando que, cuando afectan a hijos menores, los acuerdos sobre el régimen de guarda y custodia y la pensión de alimentos requieren de la homologación judicial. Por ello, sostiene que, a falta de un pronunciamiento judicial, el pacto suscrito carecería de fuerza vinculante y las medidas acordadas no serían jurídicamente exigibles. Subsidiariamente, para el caso de que se confiriera eficacia y validez al pacto sobre la contribución económica, el demandado opone la *exceptio non adimpleti contractus*, dado que su incumplimiento de pago venía precedido por el incumplimiento de la actora del régimen de visitas y comunicaciones pactado a favor del padre. También con carácter subsidiario, el demandado opone que el ejercicio conjunto de la patria potestad exige que los gastos extraordinarios sean consentidos por ambos progenitores con anterioridad a su devengo o, a falta de acuerdo, autorizados judicialmente. Se opone, pues, a la reclamación de cantidades por en concepto de gastos extraordinarias, ya que no fueron consentidos, ni se autorizaron judicialmente, ni tampoco considera que se trate de gastos urgentes y necesarios.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, otorga validez al convenio regulador y, excluyendo la contribución a los gastos deportivos por no estar previstos en el convenio, condena a D. Patricio al pago de 3.752 euros. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestiman los recursos de apelación y casación interpuestos por D. Patricio. (V. N. C.)

**25. Responsabilidad civil por ocultación de la paternidad.**—Los antecedentes del caso son los siguientes: D. Marino estaba casado con Dña. Juliana. Durante la vigencia del matrimonio nacieron tres hijos llamados Inocencio, Raúl y Javier, nacidos respectivamente en 1992, 1994 y 1997. Por sentencia de 28 de junio de 2009, dictada en autos de divorcio, se decretó este con las medidas pertinentes, entre otras una prestación de alimentos en favor de los tres hijos de 700 euros mensuales y el pago por mitad del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Con anterioridad a la sentencia de divorcio ambos cónyuges se habían separado por sentencia de 1 de septiembre de 2001, en la que se aprobó un convenio regulador y se puso a cargo del padre, en concepto de alimentos a los hijos, el 45 % de los haberes líquidos que pudiera percibir.

Tras un proceso de filiación, en el que se declaró la no paternidad de D. Mariano respecto del que había venido considerando como hijo suyo, Raúl, formuló una demanda frente a quien había sido su esposa, para reclamarle: a) 35.304,37 euros en concepto de pensiones de alimentos abonados a su hijo, en virtud de sentencias, primero de separación y luego de divorcio; b) la mitad de los gastos abonados para la determinación de la paternidad, y c) 70.000 euros en concepto de daños morales.

La parte demandada se opuso a tales pretensiones y planteó la excepción de prescripción conforme al artículo 1968.2 CC, que fue estimada por el Juzgado con el argumento de que había transcurrido más de un año desde que el actor supo que el menor Raúl no era su hijo biológico, esto es, en el año 2008, fecha en la cual se interpuso la pertinente demanda sobre impugnación de la paternidad, y la presentación de la papeleta de conciliación, el 9 de noviembre de 2011, no siendo hasta el 13 de junio de 2013 cuando se presentó la demanda.

La Audiencia Provincial estimó el recurso y en parte la demanda: (i) En primer lugar, considera que la acción no está prescrita, pues el plazo debe computarse desde que lo supo el agraviado, y ese momento se concreta cuando adquirió firmeza la sentencia en el procedimiento de filiación –9 de noviembre de 2010–, y posterior inscripción registral. Instado acto de conciliación el 9 de noviembre de 2011, la prescripción se interrumpió hasta la celebración de dicho acto –13 de junio de 2012–, por lo que al presentarse la demanda el 13 de junio de 2013, la acción ejercitada no estaba prescrita. (ii) Acreditada la falta de paternidad por parte del actor, se ha producido una ocultación dolosa al marido con el propósito de beneficiarse de las cantidades que tenía obligación de abonar en concepto de alimentos, lo que determina que se deben devolver aquellos que pagó y que se le indemnice en 15.000 euros por los daños morales ocasionados («dada la situación de clara frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hijo, para luego enterarse que se trataba de un hijo ajeno», lo que le habría influido hasta el punto de haber estado de baja por daños psicológicos).

La progenitora del menor ha interpuesto casación fundado en cuatro motivos: (i) Infracción de los artículos 1968.2 y 1969 CC; (ii) Infracción del artículo 1902 CC y la jurisprudencia que exige una conducta dolosa en la de-

mandada para apreciar culpa extracontractual en las relaciones familiares; (iii) Vulneración del artículo 1902 CC y de la jurisprudencia sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y por tanto la restitución de lo indebidamente cobrado en concepto de alimentos; y (iv) vulneración del artículo 1902 y la jurisprudencia sobre la inexistencia de culpa extracontractual que determine la responsabilidad de la demandada y por tanto las acciones indemnizatorias por daño moral y psicológico y jurisprudencias contradictoria de las Audiencias Provinciales.

**Dies a quo de la acción para computar el plazo prescriptivo.**—Es reiterada y pacífica la doctrina de esta Sala sobre la fijación del *dies a quo* para computar el plazo prescriptivo de la acción en el sentido de que ha de determinarlo el juez de la instancia con arreglo a las normas de la sana crítica, siendo doctrina también reiterada que es función que corresponde en principio a la Sala de instancia y que su decisión al respecto, estrechamente ligada a la apreciación de los hechos, es cuestión perteneciente al juicio fáctico, no revisable en casación. Es cierto que también se ha dicho (SSTS de 13 enero, 2 febrero y 3 de marzo de 2015, entre otras, que el hecho de que la apreciación de la prescripción presente, junto al aspecto fáctico, una dimensión jurídica, ha permitido a esta Sala revisar en algún caso la decisión de instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicables. Pero ello no ocurre en el presente caso, porque tratándose de aplicar el artículo 1902 CC en relación con el artículo 1968.2 CC, ello se resuelve en la forma que lo ha hecho la sentencia recurrida, y no como pretende la recurrente remitiendo el *dies a quo* al conocimiento que la parte demandante tuvo de que el segundo de los hijos no era suyo con los resultados del estudio genético al que se sometió privadamente, momento en que, a su juicio, nace la acción, sino al momento en que cesa la presunción de paternidad por sentencia de 9 de noviembre de 2010, y se practica la inscripción, dado que de otra forma la acción ejercitada sería inoperante, plazo luego interrumpido por la conciliación, por lo que la demanda se ha formulado en plazo.

**Improcedente devolución de los alimentos abonados para el sustento de un hijo, que dejó de serlo a partir de la acción de impugnación de la filiación.**—Esta cuestión ya ha sido resuelta en la Sentencia del Pleno 202/2015, de 24 abril, en el sentido de negar la procedencia de la devolución. Es cierto que en esta sentencia se resolvió con base en el artículo 1895 CC, de cobro de lo indebido, y que ahora la devolución se plantea al amparo del artículo 1902 CC, configurando la indebida prestación alimenticia a un hijo, que luego se demostró que no era suyo, como un daño indemnizable, para trasladar, sin más, la reclamación a las reglas propias de la responsabilidad civil extracontractual, con legitimación activa de quien alimentó a ese hijo para que se le restituya lo abonado, y pasiva de quien nunca recibió el dinero para sí, es decir, para integrarlo en su patrimonio, sino para aplicarlo a la alimentación de este hijo.

Pero la solución es la misma, como resulta de la doctrina de esta Sala que, en lo sustancial, es la siguiente:

a) El niño nace constante la relación de matrimonio y como tal se inscribe en el Registro civil, por razón de la presunción de paternidad matrimonial que establecen los artículos 113 y 116, reforzada por la presunción de convivencia del artículo 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 las cuales, los alimentos, se extrae del conjunto de obligaciones que integran la patria potestad para reclamar su devolución. Estos alimentos, como

las demás obligaciones que integran la potestad de los padres, han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida del niño porque la función de protección debía cumplirse y el hijo debía ser alimentado, lo que impide que pueda solicitar su devolución por el hecho de que no coincida la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal. La no devolución tiene su origen en una antigua sentencia 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, según la cual 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. El derecho a los alimentos del hijo existía, por tanto, 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 solo la manutención económica, sino la de velar por él, tenerlo en su compañía, educarlo, formar, representarlo y administrar sus bienes. Los pagos se hicieron, en definitiva, como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica, mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial. La filiación «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» (artículo 112 CC), como aquí sucede dado el carácter consumible de los alimentos.

**Responsabilidad por daños morales en el ámbito familiar.**—El tercer motivo presenta mayor complejidad. En caso de ocultación de la paternidad no es ajeno a esta Sala que ha dictado cuatro sentencias, todas ellas desestimatorias de la pretensión indemnizatoria de daños morales (SSTs de 22 y 30 de julio de 1999, 14 de julio de 2009 y 18 de junio de 2012), aunque sin haber llegado a fijar doctrina jurisprudencial, en algún caso, por no haber sido procedente el examen de la cuestión de fondo. Constituye, sin duda, una de las cuestiones, no solo de mayor complejidad, sino de mayor actualidad del Derecho de familia, tanto en el ámbito de la doctrina científica, como en el de las Audiencias Provinciales y en el Derecho comparado, posiblemente para preservar estas relaciones y porque no era fácil, como ocurre con los alimentos, encajarla en nuestro sistema. El motivo se estima.

El problema ha sido abordado directamente por esta Sala en sentencias de 22 de julio y 30 de julio de 1999 con criterios distintos, mientras que apreciaron prescripción de la acción ejercitada en las otras dos. En la primera se deniega la responsabilidad por no ser dolosa la conducta de la esposa, que no conoció la verdadera paternidad del hijo hasta el tiempo de la interposición de la demanda de impugnación de la filiación. Esta sentencia afirma que «los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1902 CC vienen a originar una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensiva al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos, en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora». En la segunda sentencia se sostiene que «el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual origina la imposibilidad de

atribuir al tribunal *a quo* haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 CC, en relación con el 1101 del mismo», pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial conllevaría indemnización. Al daño moral se ha referido también la STS de 30 de junio de 2009, dictada en un supuesto subsiguiente a la crisis matrimonial en que se condena a la madre a indemnizar el daño moral ocasionado al padre por haberle privado del contacto con su hijo, por incumplimiento de una de las obligaciones impuestas a los progenitores titulares de la patria potestad en el artículo 160 CC, lo que nada tiene que ver con lo resuelto en el presente.

Esta Sala mantiene en lo sustancial la doctrina sentada en la STS de 30 de julio de 1999, descartando la aplicación al caso del artículo 1902 CC, por conducta dolosa del cónyuge que ocultó al otro la paternidad de uno de los hijos que se hace en la STS de 22 de julio de 1999. No se niega que conductas como esta sean susceptibles de causar un daño. Lo que se niega es que este daño sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar. Esta solución no deja sin aplicación el sistema general de responsabilidad civil prevista en el artículo 1902 CC y, por supuesto, deja sin sancionar el daño generado por otra suerte de conductas propias del ámbito penal y de los derechos fundamentales. Simplemente, acota el daño indemnizable a supuestos que, en el marco de la relación de matrimonio rota por el divorcio, supuesto en el que tiene encaje el recurso formulado, no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 CC, sino en su condición de persona afectada por la acción culpable o negligente de quien lo causa. Conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio, mediante la separación o el divorcio, que aquí ya se ha producido, y que no contempla la indemnización de un daño moral generado a uno de los cónyuges en un caso de infidelidad y de ocultación y pérdida de un hijo que consideraba suyo mediante la acción de impugnación de la filiación. Se trata de unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas, como ocurre con la nulidad matrimonial, a través de una indemnización al cónyuge de buena fe (art. 98 CC). Con una regulación, además, tan específica o propia del Derecho de Familia, que permite obtener, modificar o extinguir derechos como el de la pensión compensatoria del artículo 98 CC, o decidir sobre la custodia de los hijos habidos de la relación matrimonial, al margen de esta suerte de conductas, pues nada se dice sobre las consecuencias que en este sentido tiene la desatención de los deberes impuestos en el artículo 68 CC. Es cierto que la sentencia ha relacionado el daño no con la infidelidad matrimonial (normalmente oculta), sino con la ocultación de los efectos de la infidelidad, en este caso de un hijo que se ha tenido como tal, sin serlo (los efectos pueden ser otros). Al margen de que lo que lleva a la ocultación es el incumplimiento del deber de fidelidad, razones análogas a las expuestas en relación con este incumplimiento, resultan de aplicación cuando la conducta generada causante del daño es la ocultación de la filiación.

La estimación del recurso, conlleva lo siguiente: a) estimar en parte el recurso de apelación y dejar sin efecto la sentencia, con desestimación de la demanda formulada, en lo que se refiere a la devolución de los alimentos prestados y daño moral, manteniéndola en lo demás, y b) no hacer especial declaración en cuanto a las costas de ninguna de las instancias, ni de las causadas por el recurso de

casación, en correcta aplicación de los artículos 394 y 398 LEC, y dadas las dudas de derecho sobre las cuestiones planteadas. **(STS de 13 de noviembre de 2018;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Lo más destacable de esta sentencia es sin duda mantener la doctrina de la Sala 1.<sup>a</sup> sobre la negativa a apreciar e indemnizar como daño moral la ocultación por parte de la madre de la paternidad de uno de los hijos nacidos durante la vigencia del matrimonio, en la que se insiste utilizando el mecanismo procesal del Pleno, aun reconociendo que se trata de una de las cuestiones más debatidas en nuestra doctrina. Personalmente creo que esa «aporía» de aceptar solo violación dolosa del artículo 1902 se debe a las sucesivas reformas matrimoniales realizadas sin calcular sus consecuencias. (G. G. C.)

**26. Reclamación de la filiación paterna no matrimonial sin posesión de estado. Aplicación del plazo de caducidad de un año a las demandas interpuestas tras la entrada en vigor de la modificación del artículo 133 CC por la Ley 26/2015.**—Con anterioridad a la Ley 26/2016, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, el artículo 133 CC solo preveía la legitimación activa del hijo para la reclamación de la filiación paterna no matrimonial sin posesión de estado. No obstante, la jurisprudencia había reconocido igualmente la legitimación activa del progenitor para el ejercicio de la acción, sin que se hubiese previsto un plazo para interponer la reclamación (STS de 3 de diciembre de 2012).

A partir de la aprobación y entrada en vigor de la Ley 26/2016, vigente desde el 18 de agosto de 2015, el artículo 133 CC en su párrafo segundo reconoce expresamente la legitimación activa del progenitor y somete la acción a un plazo anual desde el conocimiento de los hechos que sirvan de base a la reclamación. De esta forma, siguiendo lo establecido por el Tribunal Constitucional en sentencias 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero, el legislador respeta el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, al tiempo que guarda la necesaria proporcionalidad con la protección del interés del hijo y la salvaguarda de la seguridad jurídica en el estado civil de las personas mediante la imposición de límites temporales.

Ante la falta de una disposición transitoria específica relativa a la norma contenida en el artículo 133.2 CC, se plantea la cuestión de si el plazo de caducidad de un año también es aplicable cuando la acción se ha entablado tras la entrada en vigor de la norma, pero respecto de la filiación de un menor nacido con anterioridad a dicha fecha. El Tribunal Supremo niega que la aplicación del plazo de un año a las demandas interpuestas tras su entrada constituya una aplicación retroactiva de la ley. Ello es así, argumenta el Tribunal Supremo, porque la imprescriptibilidad de la acción no estaba establecida legalmente, sino que fue el resultado de una interpretación jurisprudencial y dicha interpretación puede ser modificada si existe un motivo que lo justifique, como lo es la introducción en la ley de un límite temporal al ejercicio de la acción de reclamación de la filiación paterna no matrimonial sin posesión de estado. **(STS de 18 de julio de 2018;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En enero de 2016, D. Pedro Jesús interpone demanda de determinación de la filiación no matrimonial de la menor Paulina, nacida en 2012. En el marginal del certificado de nacimiento constaba el reconocimiento paterno de D. Darío, por lo que en su demanda D. Pedro Jesús impugna esta paternidad. Junto con el reconocimiento de su filiación, el demandante solicita el cambio de apellidos de la menor y el establecimiento de la patria potestad compartida, con guarda de la madre y un sistema de visitas a su favor.

A la demanda se oponen la madre, Dña. Gregoria, y D. Darío. Alegan que la niña siempre ha vivido con ellos, por lo que la posesión de estado coincide con lo que publica el Registro civil, y que el demandante reconoce haber tenido conocimiento del embarazo desde un primer momento, pero presenta la demanda de filiación cuatro años después, cuando ha transcurrido el plazo de un año que establece el artículo 133 CC. Además, señalan que el nacimiento no se ocultó y que el actor podría haber accedido con anterioridad al Registro civil, como ha hecho ahora, para interponer la demanda y, si creía ser el padre, podría haber hecho un reconocimiento de la filiación. Los demandados argumentan también que el demandante carece de interés legítimo (arts. 133 y 131 CC) y de legitimación para impugnar una paternidad que se corresponde con la posesión de estado (arts. 134 y 140 CC). Entienden que con su demanda D. Pedro Jesús pretende alterar la estabilidad de la menor, en contra de su interés. Finalmente, se oponen a la solicitud del cambio de apellidos y consideran indeseable la fijación de un régimen de visitas debido a los antecedentes penales del demandante.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, declara la paternidad del demandante y deja sin efecto la filiación paterna que hasta entonces figuraba inscrita en el Registro civil.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de casación interpuesto por Dña. Gregoria y D. Darío y confirma la sentencia de la instancia. Argumenta la Audiencia que lo contrario comportaría vetar sorprendentemente la realización del derecho del padre biológico que no había ejercitado previamente la acción por no estar ésta sometida a un plazo acuciante.

El Tribunal Supremo, sin embargo, estima el recurso de casación porque en el momento de interponerse la demanda estaba vigente el artículo 133 CC en su redacción dada por la Ley 26/2015 y, puesto que había transcurrido más de un año desde que el demandante pudo conocer el nacimiento de la niña, la acción había caducado. En consecuencia —y pese a no haber transcurrido un año desde la entrada en vigor de la norma hasta la interposición de la demanda— el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia y, estimando el recurso de apelación, desestima la demanda interpuesta por D. Pedro Jesús. (V. N. C.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**27. Testamento abierto: Incapacidad del testador.**—Son hechos relevantes que Dña. Adelaida interpuso demanda de juicio ordinario contra

D. Francisco y Dña. Yolanda, ejercitando la acción de nulidad del testamento abierto otorgado por Dña. Elena por incapacidad para testar. Alegaba que su fallecida hermana había otorgado el testamento a favor de los demandados en fecha 7 de septiembre de 2005, posteriormente a haber sido declarada parcialmente incapaz por la sentencia dictada el 6 de julio de 2005, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ribeira, confirmada por la sec. 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Coruña de 31 de julio de 2006. Los demandados se opusieron.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Entiende que no existía impedimento alguno para que la causante Dña. Elena pudiera testar de manera eficaz a favor los demandados, ya que en el testamento se había hecho constar por el Notario autorizante que, a su juicio, la testadora se hallaba con capacidad legal para otorgar testamento, y la sentencia de primera instancia declaraba a Dña. Elena parcialmente incapaz y le sometía a un régimen de curatela, y el curador debería asistir a la incapacitada en los actos en que la ley exige al tutor autorización judicial.

La sentencia fue recurrida en apelación por la parte demandante. La Audiencia Provincial, por sentencia de 27 de enero de 2016, estimó el recurso y, estimando la demanda, declaró la nulidad del testamento otorgado por Dña. Elena al no cumplirse los requisitos legales para su otorgamiento. La Audiencia Provincial razona, en síntesis, que el Tribunal Supremo, para un caso de incapacidad parcial, ha venido entendiendo que es posible otorgar testamento en intervalo lúcido, pero con los requisitos del artículo 665 CC: precepto que prescribe que «siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad». Y que el artículo 687 CC establece que será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas. Y en el supuesto enjuiciado, la sentencia de 6 de julio de 2005 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ribeira declaró la incapacidad parcial de Dña. Elena con sujeción al régimen de curatela con el contenido previsto en el artículo 290 CC, y aunque frente a esta sentencia se formuló apelación, no por ello debía de dejarse de aplicar dicho precepto cuando existía un pronunciamiento que declaraba la incapacidad parcial, siendo el caso que había sido recurrida por la demandante para solicitar la agravación de la limitación de la capacidad, y su nombramiento como tutora, y que la sentencia dictada en apelación no considerando justificado el sometimiento a un régimen de incapacitación total, mantuvo el mismo ámbito de intervención que la resolución de primera instancia. Por ello, entiende que debe declararse la nulidad del testamento otorgado por Dña. Elena, al no cumplirse los requisitos legales para su otorgamiento, al resultar intrascendente el examen de si la testadora contaba con capacidad en el momento de otorgar testamento.

La demandada apelada ha interpuesto recurso de casación en la modalidad de interés casacional. Alega que la cuestión litigiosa se centra en determinar la validez del testamento abierto otorgado por Dña. Elena antes de que hubiera ganado firmeza la sentencia de incapacitación parcial, sin la observancia de lo prevenido en el artículo 665 CC, sin haberse designado dos facultativos que respondiesen de la capacidad de la testadora. El recurso se funda en la infracción de los artículos 662, 663, 664, 666, 696, 1261.1, y 1263. 3 CC, y contiene un único motivo en el que se alega oposición a la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo. dado que atribuye a la testa-

dora el estado de incapacitada judicial cuando todavía no había ganado firmeza la sentencia de incapacidad, exigiendo la observancia del requisito previsto en el artículo 665 CC para otorgar testamento, aplicable únicamente al incapacitado judicial, esto es, al incapacitado en virtud de sentencia firme.

**Inaplicabilidad del artículo 665 CC.**—La sentencia recurrida aborda, de inicio, la aplicabilidad del artículo 665 CC en el presente supuesto, en el que la sentencia de incapacitación parcial de la testadora al otorgar testamento no era firme. Razona que no por ello debía dejarse de aplicar dicho precepto, y como no se designaron dos facultativos que reconocieran y respondieran de la capacidad de la testadora al otorgar testamento, procede declarar su nulidad.

La parte recurrente discrepa de tal decisión y, con cita de sentencias de la Sala y de Audiencias Provinciales, sostiene que mientras no gane firmeza la sentencia que declare la incapacitación de una persona, cuyo estado civil pasa a ser el de incapaz, se presume siempre que, al celebrar un negocio jurídico, tiene capacidad mental, no pudiendo destruirse la presunción que mediante una prueba concluyente en contrario, a través de una acreditación directa de que, en el momento preciso en el que celebra el negocio jurídico, se hallaba en una situación psíquica en la que no le era posible entender y querer el acto jurídico que realiza.

Conforme a la anterior doctrina, concluye la parte que la sentencia de incapacidad tiene carácter constitutivo y la declaración produce efectos *ex nunc*, y no *ex tunc*, esto es, se produce a partir del momento de la firmeza de la sentencia de incapacidad y no con efectos retroactivos, entendiéndose válidos todos los actos del incapaz realizados antes de la declaración de incapacidad, sin perjuicio de la posible anulabilidad de los mismos a instancia de parte.

**Estimación del recurso: Carácter constitutivo de la sentencia firme de incapacitación.**—La doctrina viene manteniendo que los efectos de la incapacitación se inician al devenir firme la sentencia que la declara, que es constitutiva, pues decide sobre el cambio de estado civil de la persona. Tan es así que la primera nota a destacar en la ejecución de las sentencias de incapacitación es la imposibilidad de que sean ejecutadas provisionalmente, según establece el artículo 525.1.1.º LEC. Por tanto será necesario que la resolución de incapacitación sea firme para poder ser llevada a cabo. De ahí que la sentencia declarando la incapacitación es eficaz desde el momento en que sea firme, aunque no despliegue sus efectos *erga omnes* sino desde el momento de su inscripción o anotación en el Registro Civil. Así lo ha venido a sostener la Sala en la STS de 8 de abril de 2016, al considerar acertada la motivación de la sentencia revisada, en el sentido de que para determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador hay que probar, de modo concluyente, la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento objeto de impugnación, sin que la declaración judicial de incapacidad del testador, posterior al otorgamiento del testamento, sea prueba determinante, por sí sola, de la falta de capacidad para testar cuando fue otorgado el testamento, dado el carácter constitutivo y sin efectos *ex tunc* de la sentencia de incapacitación. Por ello, afirma, que ante la ausencia de una prueba concluyente de la incapacidad del testador, al tiempo de otorgar el testamento, la sentencia de la Audiencia Provincial aplica correctamente el principio del *favor testamenti* y su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado (SSTS, entre otras, de 26 de abril de 2008, 30 de octubre de 2012 y 19 de mayo de 2015).

En la nueva configuración, tendente a flexibilizar el ámbito de la ineficacia contractual, también participa el principio de *favor testamenti*, como una pro-

tección particularizada a la peculiar estructura y naturaleza de los negocios jurídicos *mortis causa*, de forma que, constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, solo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada. De ahí, que en contra de lo alegado por la parte recurrida, cobra más sentido, hoy en día, el criterio de flexibilidad que ya aplicó la antigua sentencia de 24 de abril de 1896, descartando la necesidad de que el cumplimiento del plano formal del juicio de capacidad, se tenga que materializar, a su vez, de un modo expreso y ritualista, bastando con que de cualquier otro modo, o con locución distinta, se exprese con claridad dicho juicio de capacidad.

En suma, como afirma la STS de 20 de marzo de 2012 «la declaración de nulidad de un testamento no puede ser exageradamente formalista, para no dañar el principio de la suprema soberanía de la voluntad del causante».

Aunque a la Sala no se le plantean dudas interpretativas, se ha querido puntualizar que, si así fuese, nos habríamos de inclinar por la menos restrictiva, en atención al favor *testamenti* como respeto a la voluntad de la testadora. Bien entendido que, rechazada la ausencia de requisitos formales sobre el juicio de capacidad, siempre cabría la impugnación del testamento por falta de capacidad para testar de la causante. (STS de 28 de septiembre de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Sentencia plenamente susceptible de aprobación, pese a las insuficiencias normativas en espera de clarificar. El supuesto fáctico muestra las diferentes personas ligadas por vínculo consanguíneo de fraternidad que litigan cuando se ha otorgado testamento por una de ellas estando en tramitación su declaración de incapacidad, y ha fallecido. (G. G. C.)

**28. Aplicación de la cautela socini.**—La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido declarando la validez de la *cautela socini* en el marco de las disposiciones testamentarias. En estos casos, el incumplimiento de la prohibición no se produce con el mero recurso a la intervención judicial, sino que es preciso valorar las razones por las cuales se acude a dicha intervención. No toda impugnación de la ejecución testamentaria queda comprendida en la prohibición impuesta en la *cautela socini*. Solo aquellas impugnaciones que se dirijan a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador son las que incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria. Por el contrario, aquellas impugnaciones que se dirijan a denunciar irregularidades del proceso de ejecución testamentaria (ejemplo: la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales o la inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida) escapan de la sanción prevista en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela. En el caso particular, la petición de legado queda fuera de la prohibición adscrita a la cautela, pues constituye una facultad inherente a la posición jurídica del legatario que el testador no puede limitar, ya que, en su caso, articula el derecho del legatario a obtener, conforme a la disposición testamentaria, el pago de su legado. Por extensión, también lo estaría la anotación preventiva del legado de cantidad en el Registro de la

Propiedad (art. 48 LH). (STS de 19 de julio de 2018; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—L incluye en su testamento: 1) una prohibición de intervención judicial en su herencia; 2) el nombramiento de un albacea contador-partidor; 3) la ordenación de diversos legados y el nombramiento de herederos universales en el remanente de sus bienes, por mitad, al Convento de Madres Clarisas de Lerma y a J. Los herederos de L promovieron diferentes pleitos, además del presente, en que ejercitaban la acción de petición de legado. Interpusieron demanda contra J, solicitando la entrega del legado correspondiente a la participación accionarial en la Sociedad Comercial Vascongada Recalde, S. A.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. Consideró que los demandantes pretendían la entrega de un legado sustancialmente diferente al dispuesto por el testador. Además, los demandantes, en una herencia sin concurrencia de herederos forzosos, habían vulnerado la prohibición del testador de acudir a la intervención judicial de la herencia.

Los herederos interpusieron recurso de apelación, que fue estimado en parte por la Audiencia Provincial. Ambas partes interpusieron sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo comienza analizando el de los demandados, por entender que es un presupuesto lógico que condiciona la resolución del otro recurso. Los recurrentes aquí denuncian la infracción por no aplicación del artículo 675.II CC. Argumentan que los demandantes han vulnerado la expresa prohibición impuesta por el testador de solicitar la intervención judicial de la herencia dispuesta en su testamento. En consecuencia, quedarían privados de cualquier derecho contemplado en el testamento, incluidos los legados de cantidad que se reclaman. El Alto Tribunal estima el recurso, señalando que la vulneración de la prohibición impuesta por el testador no se ha producido por el ejercicio de la acción de petición de los legados con base en el artículo 885 CC, sino por los numerosos procedimientos judiciales promovidos por los demandantes en los órdenes civil, mercantil y penal, dirigidos a alterar la ordenación y distribución hereditaria querida por el testador por medio del cuestionamiento del contenido de los legados y de la actuación del albacea contador-partidor. Dicha vulneración comporta, necesariamente, la sanción prevista por el testador: la privación de cualquier derecho que el testador le haya legado.

NOTA.—Sobre la validez de la *cautela socini* como disposición testamentaria, *vid.* las SSTS de 17 de enero de 2014, 3 de septiembre de 2014 y 21 de abril de 2015. (S. L. M.)

**29. Albaceazgo. Prórroga tácita. Actuación mancomunada.**—La Sala ha admitido, en aplicación del artículo 906 CC, la prórroga tácita del cargo del albacea, lo que en el caso estaría acreditado por el hecho de que buena parte de las actuaciones de los albaceas en relación con la herencia se realizaron transcurrido el plazo inicial de tres años (así, la elevación a escritura pública de las operaciones de testamentaría, liquidaciones de impuestos

en 1985 o los estatutos de la Fundación en 1991). En efecto, la Sala reconoce la eficacia de una prórroga tácita derivada de la realización por los sucesores de actos que expresen de forma inequívoca la voluntad de prorrogar el plazo. Además, respecto a la obligación de actuación mancomunada de los tres albaceas, es indiferente que el albacea que no suscribió el documento privado de venta autorizara su otorgamiento o que no lo hiciera por estar disconforme con la operación, pues la actuación de los otros dos albaceas estaría cubierta por el artículo 895 CC, precepto que no solo admite la autorización para lo que denomina actuación «de consumo» sino que para el caso de disidencia de los albaceas se remite al acuerdo de la mayoría de estos.

**Testamento. Compraventa. Interpretación.**—Para modificar la interpretación que la sentencia recurrida realiza tanto del testamento como del contrato recogido en el documento privado es necesario realizar la impugnación por la vía adecuada: la primera, mediante la denuncia de infracción del artículo 675 CC, la segunda, mediante la denuncia de infracción de alguna de las reglas contenidas en los artículos 1281 a 1287 CC, con el resultado de una interpretación absurda e ilógica. Respecto del testamento, la sentencia recurrida explica cuidadosamente las razones por las que considera que fue voluntad de la testadora que integraran la fundación que debía constituirse los bienes que no se llegaron a vender y el precio de los que vendieran los albaceas, a cuyo fin les autorizó a vender toda clase de bienes de la herencia y entregar el importe al patronato de la fundación, con el fin de dotarla económicamente. Por lo que se refiere a la interpretación del contrato privado, la sentencia recurrida explica de manera muy razonable que se trata de un contrato de venta a pesar de la denominación como «promesa de venta». En efecto, las partes fijan el precio e identifican la cosa vendida y resulta la intención de las mismas de comprar y vender, supeditando tan solo la formalización notarial, y no la venta, a la constitución de la Fundación, a efectos de que esta recibiera el precio como dotación. La sentencia tiene en cuenta para ello el tenor literal del contrato (que habla de comprador, de pago del resto del precio, de adquisición por el comprador para su sociedad de gananciales, del cobro de una cantidad en concepto de parte del precio), los actos posteriores de la propia Fundación (que al solicitar autorización se refiere al negocio celebrado como «compraventa») y la intención que perseguía la venta de bienes de la herencia para obtener fondos económicos para dotar a la Fundación, de acuerdo con lo previsto por la testadora. En definitiva, la interpretación y calificación realizada por la sentencia recurrida como compra debe ser mantenida por resultar correcta y no quedar desvirtuada por la denominación utilizada en el documento privado como «contrato de promesa de venta».

**Incongruencia omisiva. Recurso de casación.**—No se puede reprochar mediante el recurso de casación que la sentencia que se recurre haya omitido todo razonamiento acerca de la concurrencia o no de la caducidad y terminación del cargo de los albaceas, o que el inmueble esté en el Registro de la Propiedad a nombre de la Fundación. Estos reproches tendría que haber sido planteados en un recurso extraordinario por infracción procesal por incongruencia omisiva, previa petición de la subsanación de la omisión de pronunciamiento por el cauce del artículo 215.2 LEC.

**Acción contradictoria con el dominio inscrito.**—El segundo párrafo del artículo 38 LH debe interpretarse en el sentido de que, al ejercitarse una acción contradictoria con el dominio inscrito, aunque no se solicite expresamente la rectificación, se ha de entender implícitamente formulada esa petición (STS de 6 de julio de 2009, entre otras). De este modo, es claro que la declaración de validez del contrato de compraventa privado y la condena a otorgar escritura

pública contenidas en la sentencia recurrida permitirán la adaptación de los libros registrales a la realidad. (STS de 7 de noviembre de 2018; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—La Fundación Fernández Peña interpone demanda contra Vicenta y Alfredo por la que ejercita acción reivindicatoria y solicita la condena a restituir la vivienda sita en Madrid, así como la declaración de inexistencia o nulidad absoluta del contrato de fecha 20 de septiembre de 1983. Los demandados se oponen a la demanda. Además, Alfredo formaliza reconvencción por la que solicita, fundamentalmente, que se declare la plena validez y eficacia del contrato privado de compraventa de la vivienda que había celebrado con los albaceas contadores partidores de la herencia de Teresa y que, previo abono por su parte del resto del precio pendiente y ascendente a 40.568,32 euros, se condene al otorgamiento de la escritura o a la elevación a público del contrato.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción, declarando la nulidad de la promesa de contrato de fecha 20 de septiembre de 1983 y condenando a las partes a la restitución de lo recibido.

Los demandantes recurren en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Provincial estima los recursos de apelación interpuestos por separado por los demandados, desestima la demanda y estima la reconvencción interpuesta por Alfredo, en el sentido de declarar la validez y eficacia del contrato de compraventa privado celebrado el 20 de septiembre de 1983 entre Ramón Cañas Represa y Urbano G. Santos, albaceas testamentarios de Teresa, como vendedores, y Alfredo, casado con Vicenta, como comprador, sobre la vivienda litigiosa, y condena a la Fundación a que, por medio de sus patronos, procediera a otorgar la correspondiente escritura pública de la compraventa referida, y a pagar los gastos de ese otorgamiento, con sincrónico abono por parte de Alfredo del resto del precio pendiente, que asciende a la cantidad de 40.568,32 euros, que debía integrarse en los bienes que conforman la dotación fundacional.

Contra la sentencia de la Audiencia Provincial interpone recurso de casación la Fundación demandante. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.<sup>a</sup> M. F.*)

**30. Extinción del mandato del contador-partidor. Imposibilidad de realizar una nueva partición.**—El Tribunal Supremo, siguiendo la reiterada jurisprudencia contenida en las sentencias de 5 de enero de 2012, 14 de diciembre de 2005, 16 de marzo de 2001 y 25 de abril de 1991, declara que las facultades del contador-partidor quedan agotadas una vez que ha realizado las operaciones particionales y éstas han sido aceptadas por los herederos interesados. Si bien es posible que, dentro del plazo otorgado por el testador, el contador efectúe un complemento de la partición cuando aparecen nuevos bienes o realice meras rectificaciones de errores, ello no equivale a realizar una nueva partición alterando de manera unilateral las atribuciones ya realizadas. Una vez extinguido el cargo de contador-partidor, y aun hallándose en

el plazo establecido por el testador, su función no puede renacer por haberse reservado unilateralmente la facultad de volver a actuar.

**Carácter colacionable de la donación remuneratoria.**—La colación no tiene por finalidad proteger la legítima, sino procurar una cierta igualdad en lo que han recibido los legitimarios llamados a una cuota. Por eso, la regulación es netamente dispositiva y para concretar en cada caso el alcance de la colación debe estarse a la voluntad del causante. Señala el Tribunal Supremo que, aunque el Código civil no alude específicamente a la colación de las donaciones remuneratorias, sí se prevé la colación de las donaciones, sin distinción. En consecuencia, declara que las donaciones son en todo caso colacionables si así se desprende de la voluntad del causante, y ello con independencia de su carácter remuneratorio. La particularidad de las donaciones remuneratorias es que, en atención a las circunstancias, podría llegar entenderse que la voluntad del causante era contraria a la colación de la donación. Aunque el artículo 1936 CC exige que la dispensa sea expresa, dado que no son necesarias fórmulas sacramentales, el Tribunal Supremo entiende que puede ser suficiente una voluntad no ambigua del causante.

**Donación remuneratoria. Imposibilidad de colacionar parcialmente la donación en atención al importe que exceda del valor del servicio que se remunera.**—El Tribunal Supremo reitera la jurisprudencia establecida en la sentencia del Pleno de 11 de enero de 2007, en la que declaró que el artículo 622 CC se aplica a las donaciones con carga, pero no a las remuneratorias. Así, a pesar de su tenor literal, el artículo 622 CC no se aplica a las donaciones remuneratorias, en cuanto que éstas tienen por objeto remunerar un servicio, pero no constituyen deudas exigibles al donante. En sentido similar, se ha descartado que la donación remuneratoria tenga un régimen especial, pues, si bien el móvil remuneratorio es el que guía el *animus donandi*, ese ánimo subjetivo no puede identificarse con la causa del negocio jurídico, por lo que resulta indiferente para el derecho (STS de 16 de enero de 2013).

El Tribunal Supremo reitera que la causa de la donación remuneratoria es indivisible y responde a un ánimo liberal, de modo que en materia sucesoria es aplicable el régimen de las donaciones tanto a efectos del cómputo para el cálculo de la legítima, como a efectos de su colación. Se rechaza la aplicación de la tesis de naturaleza mixta de las donaciones remuneratorias en sede de colación, pues el agradecimiento no se puede fragmentar ni cabe pensar que el donante solo quiso donar, en su caso, por el exceso.

**Carácter revocable de la dispensa de colación hecha por el donante en el momento de donar.**—La dispensa de colación, como declaración de voluntad que afecta a la formación de las cuotas sucesorias, constituye un acto de naturaleza y eficacia *mortis causa* regido por el principio de revocabilidad (art. 1036 CC).

El Tribunal Supremo señala que la dispensa de colación hecha en la misma donación no constituye la causa del negocio, ni resulta determinante para la aceptación por parte del donatario. La dispensa incluida en la donación tampoco adquiere un carácter irrevocable por la naturaleza contractual del acto en que se realiza. En su caso, esta circunstancia podría determinar la existencia de un error en la donación o bien permitir la renuncia a la donación. El Tribunal Supremo concluye que la dispensa de colación no pierde su naturaleza de declaración unilateral y revocable por haber sido efectuada al realizarse la donación. Por ello, debe estarse en todo caso a la última voluntad del causante, que puede revocar la dispensa sin que ello resulte contrario

a los actos propios. (STS de 20 de julio de 2018; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—En el año 2000, D. Isidoro había donado a su hijo D. José Ignacio 135.252 participaciones sociales de la empresa familiar Mazacruz S. L. por valor de 74.388.600 euros. La donación tenía carácter remuneratorio y el donante dispuso expresamente de la obligación de colacionar. Con posterioridad a la donación, D. Isidoro revoca en su testamento la dispensa de colación de las participaciones donadas a su hijo D. José Ignacio. Además, en el año 2003 se inicia un proceso judicial sobre la validez de la donación, produciéndose el fallecimiento de D. Isidoro antes de la conclusión del mismo.

En su testamento D. Isidoro había dejado a su viuda, Dña. Raimunda, el tercio de libre disposición, a las dos hijas habidas con Dña. Raimunda, Dña. Camila y Dña. Adriana, el tercio de mejora y, por último, tanto a estas dos hijas como a los dos hijos habidos de un matrimonio anterior, D. Román y D. José Ignacio, por partes iguales, el tercio de legítima estricta.

De conformidad con el testamento otorgado, la contadora-partidora realiza en 2005 la partición de la herencia. Años después, en 2012, recae la sentencia definitiva que declara válida la donación remuneratoria y la contadora-partidora otorga escritura de «rectificación de operaciones particionales» mediante la que colaciona la donación de las participaciones y modifica sustancialmente las atribuciones previamente realizadas.

D. Román y D. José Ignacio interponen sendas demandas de juicio ordinario por las que solicitan que se declare la nulidad de la escritura pública de rectificación de operaciones particionales de la herencia de D. Isidoro otorgada en 2012. Por su parte, D. José Ignacio solicita también que se declare no colacionable la donación de las participaciones sociales y que se reconozca su derecho a un complemento en metálico de la legítima junto con los correspondientes intereses legales.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta por D. Román y declara la nulidad de las operaciones particionales realizadas mediante la escritura de rectificación. Se considera que en el otorgamiento de la escritura no se respetó la voluntad del causante, sino que la contadora-partidora se arrogó facultades propias del testador. Por lo que respecta a la demanda de D. José Ignacio, el Juzgado la estima parcialmente y declara la nulidad de la escritura de rectificación de operaciones particionales, con la salvedad de la colación que en la misma se efectuó de la donación de las participaciones de la empresa Mazacruz S. L.

Contra a la sentencia de primera instancia, que condena a modificar distintos extremos de la escritura, pero desestima la pretensión de D. José Ignacio de declarar no colacionable la donación, se interponen tres recursos de apelación. La Audiencia desestima el recurso de D. Román por no estar legitimado para solicitar la revocación la sentencia de primera instancia en lo que desestima las pretensiones de su hermano. Asimismo, la Audiencia desestima el recurso planteado por Dña. Camila, Dña. Adriana y Dña. Raimunda

en el que defendían la validez de la escritura de rectificación. Se estima, sin embargo, el recurso de D. José Ignacio. La Audiencia declara la nulidad de la escritura de rectificación efectuada por la contadora-partidora cuyo mandato había concluido años antes, al protocolizar la partición de 2005. Además, niega el carácter revocable de la dispensa de colación establecida en el documento de donación. Para ello, apela a la necesaria seguridad jurídica, la doctrina de los propios actos, la teoría de la consumación de los contratos y al artículo 1956 CC. Al no considerar colacionable la donación y, por tanto, no imputable a la legítima de D. José Ignacio, la Audiencia declara que ésta debe complementarse y condena también al pago de los intereses legales.

Dña. Camila, Dña. Adriana y Dña. Raimunda interponen recurso de casación por el solicitan que se declare el carácter colacionable de la donación remuneratoria y, subsidiariamente, de la parte de la donación que excede del valor del servicio prestado. Se estima íntegramente el recurso interpuesto por Dña. Camila y parcialmente los recursos de Dña. Adriana y Dña. Raimunda. El Tribunal Supremo confirma la ineficacia de la partición realizada por la contadora-partidora tras la extinción de su mandato, pero casa en parte la sentencia de la Audiencia para declarar colacionable la donación y, en consecuencia, revocar el reconocimiento del derecho a cobrar un complemento de la legítima y los intereses legales. (V. N. C.)

## DERECHO PROCESAL

**31. Motivos del recurso de casación. Condena en costas.**—Es doctrina consolidada que los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida (por todas, STS de 27 de junio de 2017). Esto implica que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración de la prueba y que los motivos del recurso de casación no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión). Asimismo, tiene declarado la Sala, al decidir sobre la admisión de los recursos de casación, que debe combatirse en ellos únicamente los argumentos empleados para resolver las cuestiones objeto de debate que constituyan *ratio decidendi* (por todos, AATS de 30 de octubre y de 4 de diciembre de 2007). Quedan así excluidos los argumentos *obiter*, a «mayor abundamiento» o «de refuerzo» (SSTS de 7 de junio de 2001 y 22 de junio de 2010, entre otras). La impugnación, pues, debe dirigirse contra la fundamentación de la resolución que tenga carácter decisivo o determinante del fallo, es decir, que constituya *ratio decidendi* (SSTS de 27 de noviembre de 2008, 12 de diciembre de 2007 y 25 de enero de 2008, entre otras). Así fue recogido en el Acuerdo de esta Sala, de 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Al tratar de los motivos del recurso, y en concreto del recurso de casación, se acuerda que «la infracción invocada de norma, jurisprudencia o principio general del Derecho aplicable al caso debe ser relevante para el fallo, atendida la *ratio decidendi* de la

sentencia recurrida. Así se vuelve a recoger en el Acuerdo de esta Sala de fecha 27 de enero de 2017.

Por otra parte, constituye doctrina reiterada que, por versar exclusivamente sobre cuestiones jurídico sustantivas, el recurso de casación no puede fundarse en la infracción de normas procesales como las que regulan la condena en costas (AATS de 10 de enero de 2012 y 10 de abril de 2012, entre otros). **(STS de 9 de octubre de 2018;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Raúl y su entonces esposa compraron a Sergio y su esposa, en el año 1987, dos inmuebles: por un lado, la vivienda núm. 1 y por otro, el 50 % de la vivienda núm. 2 del mismo edificio. En la escritura pública de compraventa del segundo de estos inmuebles se pactó lo siguiente: «caso de que se disuelva la copropiedad existente entre vendedores y compradores, la división del piso se efectuará de acuerdo con el plano que se incorpora a esta matriz y que representa la parte que se adjudicaran los vendedores; siendo el resto para los compradores; la línea remarcada con bolígrafo, significa el lugar por donde se dividirá el piso». La parte que correspondió al demandado Sergio era de 56,02 metros cuadrados. Con todo, la división del inmueble en realidad ya estaba hecha pues desde que la compraventa tuvo lugar las dos partes en que se dividió la vivienda núm. 2 estuvieron completamente independizadas y han sido utilizadas de forma autónoma. De este modo, el actor anexionó su parte de la vivienda núm. 2 a la vivienda núm. 1 de su propiedad, que también había adquirido, de forma que Raúl tiene un único contador de agua y luz que registran los consumos de la vivienda núm. 1, incluidos la parte anexionada del piso núm. 2. Sergio y sus hijos, Juan María, Evangelina y Lorena, tienen en su parte del piso núm. 2 contadores de agua y luz y no plantearon dotar de salida de humos a la parte del piso que se reservaban, ni impusieron condición alguna a tal efecto en la compraventa, y durante más de 20 años esa mitad del piso núm. 2, que era propiedad de Sergio, se utilizó como consulta de pediatría. El Registro de la Propiedad informó que la segregación o la extinción del pro indiviso no podía inscribirse en el Registro de la Propiedad sin el otorgamiento de la escritura pública correspondiente o en su caso por autorización judicial suplidora de la voluntad de las partes.

Así pues, Raúl formula demanda contra Sergio y contra sus hijos, Juan María, Evangelina y Lorena en la que solicita que se dictase sentencia por la que se declare: 1.º Que la vivienda o piso núm. 2 es materialmente divisible; 2.º Que se apruebe la división y adjudicación realizada en su día por Sergio y Graciela, madre –hoy fallecida– de los codemandados de quien traen causa, y Raúl, en la escritura de compraventa de fecha 10 de julio de 1987, conforme al plano unido a la misma, y en consecuencia, que Sergio y sus hijos son titulares dominicales de la parte del inmueble que se corresponde con la superficie de 56,06 metros cuadrados que aparece reflejada el plano unido a la escritura y que Raúl es titular dominical de los 49,94 metros cuadrados del resto del inmueble que linda y está anexionado al piso núm. 1 de la misma planta; 3.º Se condene a los demandados a estar y pasar por la citada declaración y a suscribir la

correspondiente escritura pública que recoja dicha división, y en caso de negarse a ello, se disponga que sea otorgada judicialmente a su costa; 4.º Se condene en costas a la parte demandada.

La parte demandada se opone a la demanda y formula reconvencción. En esta solicita que el Juzgado de Primera Instancia declare la indivisibilidad jurídica de la vivienda núm. 2, y que para la extinción del condominio se procediera a la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, con el tipo que se tase pericialmente, en el periodo probatorio. Alternativamente solicita que, de entender el Juzgado de Primera Instancia que la vivienda núm. 2 es divisible en dos viviendas, se haga la división solicitada por Raúl en el escrito de demanda, pero que se acordase como requisito previo a la segregación de las dos viviendas, que para la parte o espacio que se iba a adjudicar a los demandados reconvinentes, se realizasen las obras necesarias para la instalación de salida de humos y gases y su conexión hasta el *shunt* general del edificio, así como demás conexiones necesarias (ventilación agua, electricidad, telecomunicación, vertido, etc.), atravesando en caso necesario la vivienda de Raúl.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción, si bien no impuso las costas a la parte demandada reconviniente.

Frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia los demandados reconvinentes interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial desestima el recurso. La sentencia de Primera Instancia es impugnada por la parte actora en cuanto al pronunciamiento sobre las costas y la sentencia de la Audiencia Provincial estima la impugnación.

La representación procesal de los demandados reconvinentes interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*J. M.ª M. F.*)