

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

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

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

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

DERECHO CIVIL

DERECHO DE LA PERSONA

1. Derechos fundamentales y libertades públicas. Derecho a la propia imagen y derecho a la libertad de expresión. Publicación de un fotomontaje en revista satírica con la finalidad esencial de exponer en forma humorística y burlesca, propia del género de la revista, una opinión o idea crítica sobre una cuestión de interés general. Prevalencia del derecho a la libertad de expresión.–Debe primar el derecho a la libertad de expresión sobre el derecho a la propia imagen, cuya vulneración no se apre-

cia porque el uso de su imagen manipulada, que prácticamente impedía su identificación, fue accesorio de la opinión crítica, irónica y mordaz que se quería expresar sobre un asunto de interés general, tratándose de una utilización proporcionada y adecuada a los usos sociales que en ningún caso tuvo por finalidad la ridiculización del personaje ni su profesión. (STS de 15 de septiembre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El día 11 de octubre de 2008, durante un acto público, un líder político nacional se refirió a su proyectada asistencia a la parada militar del 12 de octubre, con motivo de la Fiesta Nacional, con el siguiente comentario: «Este domingo tengo el coñazo del desfile...; en fin, un plan apasionante». Dicha declaración fue conocida por los medios de comunicación que se hicieron eco del mismo, publicándolo en sus respectivas ediciones. Posteriormente, una revista satírica publicó en su portada bajo el título «Coñazo» la imagen de dos legionarios desfilando por las calles de una ciudad, el soldado de segundo plano sin distorsión alguna y el que ocupaba el centro de la imagen, en primer plano, con la zona de los ojos y la boca maquillada de blanco y perfil negro y los labios perfilados en rojo, al modo de los payasos del circo. A esta imagen en primer plano acompañaba un «bocadillo» con la leyenda «Todo sea por no aburrir a Rajoy». El legionario cuya imagen aparecía manipulada demandó a la editora de la revista en ejercicio de acción de protección civil de su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, solicitando una indemnización por daño moral. En apoyo de sus pretensiones adujo, en resumen, que la revista había publicado sin su consentimiento una fotografía suya que lo ridiculizaba. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestiman la demanda. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (C. O. M.)

2. Reglas sobre la carga de la prueba en litigios sobre vulneración del derecho al honor y protección de datos personales en el ámbito laboral.—Señala el Tribunal Supremo que, en los casos de infracciones al derecho al honor y a la protección de datos personales en el ámbito laboral, es la empresa o la Administración pública demandada la que tiene un mayor acceso a la fuente de la prueba, porque se trata del empleador al que se acusa de haber realizado un despido discriminado, de negar el acceso al empleo por razones que suponen una vulneración de un derecho fundamental, o de haber comunicado a otra empresa datos personales del trabajador. La acusada proximidad y dominio del demandado sobre las fuentes probatorias desnivela profundamente las facilidades de una y de otra parte respecto de la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador, del empleado público o de quien simplemente busca acceder a un empleo. El legislador ha establecido las reglas sobre la carga de la prueba en estos supuestos para lograr un equilibrio de las posiciones de las partes frente al dominio de la prueba de una de ellas. En definitiva, se trata de aplicar los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria del artículo 217.7 LEC, que deben preponderar sobre el criterio tradicional de atribuir al demandante la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión.

Ahora bien, para que se produzca ese desplazamiento de la carga de la prueba no basta simplemente con que el demandante tache la medida de lesiva a sus derechos fundamentales, sino que, además, ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato. Solo cuando esto último sucede, la parte demandada asume la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para considerar que su actuación no ha sido lesiva de los derechos fundamentales del demandante, y destruir así la sospecha o presunción de lesión constitucional generada por los indicios.

La ilegalidad de las listas negras en el entorno laboral.—En relación a las llamadas «listas negras», existen informes de organismos públicos, entre los que destaca el Informe Jurídico núm. 2010/0201 de la Agencia Española de Protección de Datos y el documento de trabajo sobre las listas negras elaborado por el Grupo de Trabajo del artículo 29, órgano consultivo independiente de la UE sobre protección de los datos y la vida privada, que se refieren a esta problemática. Se trata de ficheros de datos personales formados mediante la recogida y difusión de determinada información relativa a un determinado grupo de personas, que generalmente implica efectos adversos y perjudiciales para las personas incluidas en la misma. Dichos efectos pueden consistir en discriminar a un grupo de personas, al excluirlas de la posibilidad del acceso a un determinado servicio, o dañar su reputación, entre las que destacan las que incluyen datos sobre la causa de suspensión o extinción de la relación laboral, existencia de reclamaciones judiciales contra la empresa efectuadas por el trabajador, así como si es susceptible de nueva contratación en función de respuestas a preguntas que no se concretan. Todo esto puede afectar a la futura empleabilidad del trabajador. Al tratarse de ficheros de datos personales formados sin el consentimiento de los afectados, en tanto no les fuera aplicable ninguna de las excepciones del artículo 11.2 LOPD, la cesión de datos que se hiciera para la formación de tales ficheros sería ilícita, vulneraría el derecho fundamental a la protección de los datos personales y, si los datos objeto del tratamiento ilícito pudieran dañar el honor o la intimidad de los afectados, también constituiría una vulneración de estos derechos fundamentales de la personalidad.

La protección de los datos personales y del honor.—El artículo 18.4 de la Constitución garantiza los derechos al honor y la intimidad, y también el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de las personas provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos. Las infracciones de la normativa sobre protección de datos pueden producir, a su vez, vulneraciones del derecho al honor, si la revelación de los datos no cumple el requisito de la veracidad y terminan afectando negativamente a la reputación del afectado. (**STS de 12 de noviembre de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—En noviembre de 2009, H fue despedido por CCS, empresa subcontratista de T, acusado de haber cobrado cien euros a un cliente por una actuación que debía ser gratuita. Formuló demanda contra dicho despido, que fue declarado improcedente por no estar probados los hechos imputados al trabajador, y la empresa optó por indemnizarle y extinguir el vínculo laboral. Tras realizar varias entrevistas de trabajo en el sector de las telecomunicaciones, sin lograr ser contratado, fue entrevistado en la empresa ITT y pasó incluso el reconocimiento médico, pero dicha empresa le manifestó

que no podía contratarlo porque estaba vetado por T, al haber sido incorporado a un fichero personal donde se le calificaba como trabajador conflictivo, por los hechos motivadores del despido, que la sentencia del Juzgado de lo Social consideró que no estaban probados. Seguía manifestando el demandante que, a través del comité de empresa de T, supo que estaba vetado a petición de CCS, lo que imposibilitaba su contratación por cualquier empresa que trabajara para T. CCS se opuso a la demanda. Alegó que, una vez finalizada su relación laboral con el demandante, lo comunicó a T para que cancelaran la tarjeta expedida por ésta a favor del demandante, pero negó que hubiera comunicado otros datos personales a T, en concreto los relacionados con las causas del despido.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Pese a que un miembro del comité de empresa de T mostró su convencimiento, derivado de su experiencia, de que existía ese fichero de trabajadores vetados, la sentencia consideraba que no había prueba de la existencia de ese fichero o de que el demandante estuviera incorporado al mismo. Además, el director de recursos humanos de ITT manifestó no tener conocimiento de que T hubiera vetado al demandante, ni tenía constancia de que T tuviera un fichero de personas conflictivas, si bien no pudo concretar por qué no se contrató al demandante.

El demandante apeló la sentencia. La Audiencia Provincial centró la cuestión en determinar si la comunicación realizada por CCS se limitó a facilitar a T los datos personales del demandante necesarios para cancelar la tarjeta expedida por T a favor del actor para que pudiera desarrollar su trabajo, lo cual estaría amparado por el artículo 11.c LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), o si esa comunicación contenía otra información, sobre el carácter conflictivo del trabajador, lo que habría posibilitado su inclusión en un fichero de trabajadores conflictivos. La Audiencia consideró que no existía prueba adecuada de los hechos alegados por el demandante, en base a los mismos argumentos que el Juez de Primera Instancia.

El demandante interpuso recurso de casación contra dicha sentencia y recurso extraordinario por infracción procesal. Este último basado en la infracción de los apartados 6 y 7 del artículo 217 LEC, por aplicación errónea de las reglas de la carga de la prueba. En relación a este último, entiende el Tribunal Supremo que el demandante había aportado al proceso indicios de que podía haberse producido una conducta lesiva para sus derechos fundamentales. Tales indicios son: a) la declaración del miembro del comité de empresa de T que afirmó su convicción sobre la existencia de un fichero de trabajadores conflictivos formado no solo con los datos de T, sino también con las comunicaciones de empresas subcontratistas; c) el hecho de que el actor, tras ser despedido de CCS, llevara varios meses sin encontrar empleo; c) el hecho de que tras pasar la entrevista de trabajo y ser sometido incluso a reconocimiento médico, no fuera finalmente contratado por ITT, sin que el director de recursos humanos de esa empresa supiera precisar por qué no se le había contratado. Se trata de indicios serios de que pudo haber una cesión de datos personales susceptibles de obstaculizar su acceso al empleo.

Corresponde, por tanto, a la demandada rebatir de modo claro esos indicios. Al no haber aportado la prueba del contenido de la comunicación que reconoce realizó a T cuando terminó la relación laboral con el demandante, sino a la demanda, que tenía la disponibilidad y facilidad de la prueba, conforme al artículo 217.7 LEC.

Una vez constatada la infracción procesal por una incorrecta aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba, el Tribunal Supremo pasa a resolver el recurso de casación. Comienza declarando que la cesión de datos de CCS a T fue ilícita, pues: 1) no contó con el consentimiento del afectado; 2) no resultaba amparada en ninguno de los supuestos en los que el artículo 11.2 LOPD exime de la exigencia de consentimiento del afectado para que la cesión sea lícita; 3) no respetaba el principio de calidad de datos, ya que los datos cedidos no eran veraces y no se concedía al demandante la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (arts. 15 a 17 LOPD). Esta infracción de la normativa sobre protección de datos produjo, a su vez, una vulneración del derecho al honor del demandante, pues los datos comunicados no cumplían con el requisito de la veracidad y afectaban negativamente a su reputación. Además, el demandante tiene derecho a que se cancelen sus datos personales que obran en los archivos de la demandada. En cuanto a la indemnización, el Tribunal Supremo reduce la cuantía solicitada por el actor, al considerarla desproporcionada y que no se corresponde con los datos acreditados. Este parte de la idea de que la cesión ilícita de los datos hecha por CCS supone su muerte laboral, que se vería impedido de encontrar cualquier trabajo. Sin embargo, a juicio del Alto Tribunal, se trata de una conclusión excesiva, a la vista de la edad del trabajador, de su cualificación y del hecho notorio de que existen otros sectores laborales en los que puede encontrar empleo y que, incluso en el sector en el que desempeñaba sus labores, existen otras empresas de telecomunicaciones distintas de T y sus subcontratas.

NOTA.—La doctrina expuesta por el Tribunal Supremo en esta sentencia sobre la carga de la prueba en litigios que tienen que ver con derechos fundamentales, procede de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Vid.*, en este sentido, SSTC 26/1981, de 17 de julio; 38/1981, de 23 de noviembre; 21/1992, de 14 de febrero; 266/1993, de 20 de septiembre; 136/1996, de 23 de julio; 74/1998, de 31 de marzo; 87/1998, de 21 de abril; 29/2000, de 31 de enero; 214/2000, de 29 de octubre; 48/2002, de 25 de junio; 114/2002, de 20 de mayo; 98/2003, de 2 de junio, entre otras. Sobre la relación del derecho al honor y la protección de datos personales, *vid.* SSTS de 22 de enero y de 21 de mayo de 2014. (S. L. M.)

3. Curatela encomendada a entidad pública: Recurso extraordinario por infracción procesal: Motivación de las sentencias.—El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Torrent (Valencia) dictó sentencia el 17 de julio de 2013 por la que, estimando la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal, declaraba la incapacidad total de doña Águeda en el sentido de quedar privada de toda facultad para realizar cualquier acto de gobierno de su perso-

na y de administración y disposición de sus bienes, derechos e intereses patrimoniales que tengan relevancia jurídica y sea socialmente trascendente, y para otorgar testamento, y con sometimiento de la misma a tutela designando tutor a la Comisión Valenciana de Tutelas de la Generalitat Valenciana. Contra la anterior sentencia interpuso sentencia de apelación la representación procesal de doña Ágreda, correspondiendo su conocimiento a la Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia que dictó sentencia de 15 mayo 2014, desestimando el recurso. Contra la citada sentencia doña Águeda interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de recurso de casación, que fue admitido, dándose traslado al Ministerio Fiscal que apoyó el submotivo segundo del recurso de infracción procesal y el de casación en el sentido de que la incapacitación no sea total y se someta la incapacitada a curatela.

Conviene precisar, como recordaba la STS de 29 de abril de 2015 que, con frecuencia se confunde la carga de la prueba con la vulneración de las normas sobre la valoración de la prueba, sin tenerse en cuenta que el artículo 217 LEC es una norma procesal que viene a decir al Tribunal qué debe hacer cuando entiende que un hecho relevante para la decisión no ha quedado probado; por lo que no cabe discutir al amparo de dicha norma la valoración probatoria llevada cabo por el Tribunal aunque se discrepe de ella (SSTS de 18 de julio y 19 de octubre de 2011). También es cierto que la Sala (SSTS de 25 de noviembre de 2014 y 22 de enero de 2015) en relación con la valoración de la prueba ha sentado que, merced a nuestro modelo procesal, el examen pleno del material fáctico objeto del proceso y de la actividad probatoria que ha servido para considerar probados dichos hechos, corresponde a los tribunales de instancia, primera y apelación; por lo que el recurso por infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Solo cabrá su revisión casacional cuando conculque el artículo 24 CE por incurrir en error patente, irracionalidad o arbitrariedad. Sin embargo, en procedimientos como el presente no rigen las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos. El juez goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada. Discrecionalidad que deberá justificar en la motivación de la sentencia. En este contexto se ha de examinar el motivo del recurso, bien entendido que la valoración de la sentencia de la primera instancia no ha sido desautorizada por la de la apelación, sino que viene a completarla con la practicada por el Tribunal conecedor del recurso. De ahí que ambas sentencias merezcan un examen conjunto de la valoración de la prueba.

Con tales antecedentes el submotivo no puede prosperar, con independencia de las consecuencias jurídicas que el Tribunal pueda extraer de los hechos probados, cuestión propia del recurso de casación. El recurso no puede prosperar porque se le pretende incardinar en el error en la valoración de la prueba, cuando el Tribunal de Instancia alcanza unas conclusiones fácticas de las periciales médicas, de la documental, de la audiencia de parientes y de la persona demandada, sin incurrir en error patente o en inferencias irracionales o arbitrarias.

Tampoco puede prosperar el submotivo relativo a la motivación de la sentencia, respecto de la cual hay abundante doctrina jurisprudencial que recuerda la STS de 25 de junio de 2015. No se prescinde de que la demandada sea consumidora de drogas a efectos de su incapacitación e influencia de tal dependencia en su comportamiento, recogiendo el informe pericial que concluye afirmando que la alteración de su comportamiento «es consecuen-

cia de su enfermedad y no está basado en el consumo de drogas», es decir que este es consecuencia del trastorno de la personalidad que padece. Es cierto que la sentencia recurrida puede parecer parca a la hora de pormenorizar la valoración de todas las pruebas practicadas, y al motivarse lo que le conduce a optar por el grado de incapacitación y sobre si, en su caso, la adecuada protección de la incapaz, siempre teniendo en cuenta el interés de ella, debe ser su sometimiento a tutela o curatela. Sin embargo, que el razonamiento sea parco no significa que sea inexistente o insuficiente. Razona que en su actual estado, según se desprende de los informes periciales, sería contraproducente para su adecuado tratamiento, mantener la incapacitación parcial a los solos efectos del control en la ingesta de medicación, por lo que opta por la incapacitación total y por la tutela como institución de guarda más adecuada, a fin del mantenimiento de su tratamiento en la residencia en que se encuentra. Por todo ello no procede la estimación del recurso extraordinario de casación por infracción procesal.

Causas de incapacitación en el Código Civil: Reinterpretación a la luz del Convenio de Nueva York de 2006.—Según SSTs de 29 de abril de 2009, de 11 de octubre de 2012 y de 24 de junio de 2013, las causas de incapacitación del Código Civil están concebidas en nuestro derecho, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, de modo que, a diferencia de lo que ocurría en la antigua redacción del Código Civil en 1889, no existe una lista, sino que el artículo 200 CC establece que *son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma*. Es evidente que el artículo 322 CC establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que solo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 19 de mayo de 1998, de 26 de julio de 1999, de 20 de noviembre de 2002 y de 14 de julio de 2004, entre otras). Para que se incapacite a una persona no es suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, sino que lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del requisito de que el trastorno, ya sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma. En el presente caso, aun partiendo de que la incapacitación debe hacerse con criterios restrictivos, no sería discutible su declaración que ya se llevó a cabo con carácter parcial en resolución judicial precedente, pues ha quedado acreditado: (i) Que doña Águeda padece una enfermedad psíquica consistente en un trastorno límite de la personalidad, siendo grave, de carácter permanente e irreversible; (ii) Tal enfermedad le provoca un deterioro de su capacidad de obrar y el agravamiento, en el curso evolutivo de su trastorno, le impide el correcto gobierno de su persona y bienes.

Lo que se cuestiona es su graduación, pues la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, y debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en su graduación. Como afirma la STS de 1 de julio de 2014, citada por la de 13 de mayo de 2015, *«la incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son, en la realidad, las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la*

vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento exacto de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el Tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda».

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

Siendo reiterada la doctrina de la Sala en el sentido expuesto, la cuestión que plantea la recurrente, con apoyo del Ministerio Fiscal, es si debe acudirse como institución protectora de la incapacitada a la curatela en vez de a la tutela. La tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales (STS de 1 de julio de 2014), si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención, por la curatela (así SSTS de 11 de octubre de 2011, y 13 de mayo, 30 de junio y 20 de octubre de 2014), en el entendimiento de que en el Código Civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que el amparo de lo previsto en el artículo 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad. Si se atiende a los hechos que han quedado probados se observa que, partiendo de una enfermedad grave, persistente e irreversible, se pone el acento más en las necesidades terapéuticas y de supervisión de su enfermedad que en la graduación de su discernimiento si sigue las pautas adecuadas

y necesarias para tratar su enfermedad. El médico forense cuyo informe ha visto y oído la Sala, es claro cuando afirma: (i) la suerte que ha acompañado a la demandada de poder ingresar en el centro en que se encuentra por su idoneidad para el tratamiento de tal enfermedad; (ii) la mejoría que presenta merced al internamiento y tratamiento; (iii) la no finalización del mismo, siendo preciso que se concluya por no estar aun en condiciones de gobernarse por sí misma; y (iv) que recuperada conservaría habilidades anudadas a su capacidad. El informe del psiquiatra que la viene tratando es contundente en el inadecuado comportamiento de la demandada a consecuencia de su enfermedad, pero de él también se infiere que tan graves acciones en detrimento de la convivencia vecinal, familiar e incluso propio, por sus intentos de suicidio, traen causa naturalmente de su enfermedad pero también de la falta de tratamiento de ésta, como reconoce cuando afirma que acude a su consulta con bastante irregularidad. El inadecuado tratamiento de la deficiencia psíquica de la demandada, por su rebeldía a ser controlada, lo reconoce su familia, quien añade su falta de capacidad para administrar el dinero, con gasto superfluo e incontrolado. Asimismo se constata que la protección que requiere no se la puede prestar su familia por la conflictividad existente con ésta y por el empeoramiento que experimenta cuando convive con ella.

Como ya decidió la Sala en supuesto extrapolable al presente, en STS de 25 de junio de 2013, los hechos que en síntesis se han expuesto, fruto de la valoración de la prueba practicada, conducen a estimar la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención de Nueva York de 2006, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de capacidad (SSTS de 29 de abril y 11 de octubre de 2009). En la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará el curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo), adecuada en función de sus adiciones. No quedará afectado el derecho de sufragio, como recoge la sentencia recurrida. Se mantiene a la Comisión valenciana de Tutelas de la Generalitat valenciana como curador, quien deberá ejercer su cargo con sujeción a las disposiciones legales y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, debiendo informar anualmente sobre la situación personal de la incapacidad y el estado de la administración de su patrimonio. No se hace especial declaración en cuanto a las costas de ninguna de las instancias, y tampoco de las causadas por los recursos. (STS de 20 de octubre de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

NOTA.—Es merecedora de alabanza la «interpretación adaptadora» realizada por la Sala 1.ª Tribunal Supremo, de nuestro siste-

ma de protección tutelar vigente al tiempo de ratificar nuestro país el Convenio de Nueva York de 2006, en espera de una reforma legislativa a fondo, que la técnica más bien «parcheadora» empleada por el «tsunami» transversal del 2015, no ha tenido ocasión de completar. Se ha ido abriendo paso una exégesis que pone el énfasis en el resto de la capacidad de obrar que permanece en el discapacitado, lo que, en el caso, implica preferencia por la curatela cuya organización requiere una minuciosa exploración de los sectores jurídicos en los que el ordenamiento da validez a su actuación personal (hasta el punto de sostenerse, incluso, por algunos autores la posible existencia de un «derecho a equivocarse» del discapacitado en su vida social). La presente sentencia ratifica la doctrina básica anteriormente ya extractada aquí; así STS de 24 de junio de 2013 (anotada por G. M. A. en ADC, 2015, pp. 627-629), y STS de 13 de mayo de 2015 (anotada por G. G. C. en ADC, 2016, pp. 1601-1603). Sin olvidar que la STS en pleno de 29 de septiembre de 2009, ha sido reiterada por STS de 11 de octubre de 2012). No cabe excluir que cierto número de Audiencias Provinciales mantengan, con todo, la interpretación tradicional. En la doctrina, con variedad de ópticas, cabe señalar: I. SERRANO GARCÍA, *Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 noviembre*, RJNot. 2004; MARÍN CALERO, *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual* (Madrid 2005); ÁLVAREZ LATA y SEOANE RODRÍGUEZ, *El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad* (en «Derecho Privado y Constitución» 2010). Asimismo, la nueva perspectiva sobre *El sistema público de protección de menores e incapaces*, que propone PÉREZ ÁLVAREZ, en VV.AA., «Curso de Derecho Civil (IV), Derecho de Familia», 4.ª ed. 2013, p. 405-423. (G. G. C.)

DERECHOS DE OBLIGACIONES. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

4. Contratos. Adquisición de productos financieros complejos (participaciones preferentes). Cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato. Doctrina de la *actio nata*.—En el ámbito de los contratos financieros de adquisición o inversión en productos complejos, la acción de anulación, sometida al plazo de caducidad de cuatro años *ex* artículo 1.301 CC, debe ejercerse a partir no de la celebración sino de «la consumación del contrato». Para una cabal delimitación del significado del precepto es necesario que sea interpretado conforme a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado, lo que pone en evidencia las notables y profundas diferencias de complejidad entre las relaciones contractuales habituales al tiempo de la publicación del Código civil y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales. Esto provoca que, para establecer el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción, deba acudirse a la doctrina de la «*actio nata*», según la cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción —salvo expresa disposición legal en contra— no se inicia hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Por ello, en relaciones contractuales complejas,

como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del cómputo será, pues, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error (STS de 12 de enero de 2015).

El error vicio del consentimiento en los contratos de inversión.

Requisitos.—Existe jurisprudencia sentada respecto del hecho de que, para que el error invalide este tipo de contratos de indudable especialidad y complejidad, es necesario que sea esencial, en el sentido de proyectarse sobre las presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa. Y además, también ha de ser excusable, esto es, de un lado que no sea imputable a quien lo sufre, y de otro que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Esto se traduce, en el ámbito del mercado de valores y los productos y servicios de inversión, en que cuando la empresa de inversión incumple su deber de información, debe presumirse en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados, lo que vicia su conocimiento. Por eso, la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo (SSTS de 20 de enero de 2014 y de 12 de enero de 2015). No es obstáculo a ello el hecho de que la cliente hubiera mantenido con anterioridad otras relaciones de igual o similar naturaleza con la demandada, pues este hecho por sí solo no configura un perfil inversor de cliente experimentado y consciente de los riesgos que asumía. En el caso se trataba de una señora jubilada que al momento de la inversión contaba con 76 años. En este sentido, el hecho de tener un patrimonio considerable, o que la demandante hubiera hecho algunas inversiones, no la convierte tampoco en cliente experta, puesto que no se ha probado que en esos casos se diera a la demandante una información adecuada para contratar el producto conociendo y asumiendo los riesgos de una inversión compleja y sin garantías.

Contratos financieros complejos. El deber de información previo es una obligación esencial del contrato. Naturaleza de esta obligación. Consecuencias de su incumplimiento.—La normativa del mercado de valores, incluso la vigente con anterioridad a la transposición de la Directiva MiFID, aplicable al caso por la fecha en que se concertó el contrato, da una destacada importancia al correcto conocimiento por el cliente de los riesgos que asume al contratar productos y servicios de inversión, y obliga a las empresas que operan en ese mercado a observar unos estándares muy altos en la información que sobre estos extremos han de dar a sus clientes. Este deber no se constituye como una cuestión accesoria, sino que tiene el carácter de esencial pues se proyecta sobre las presuposiciones respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato. No se trata de cuestiones relacionadas con los móviles subjetivos de los inversores (la obtención de un mayor o menor beneficio), que aparecen como irrelevantes. Además, se trata

de una obligación activa y no de mera disponibilidad; de forma que la entidad estaba obligada a facilitar toda la información que le impone la normativa legal, tanto reguladora de este sector de operaciones económicas como las generales derivadas del deber de buena fe contractual, sin que pueda escudarse en que la cliente podía haberla solicitado de las autoridades administrativas, o en que el riesgo de insolvencia del banco islandés era también desconocido para la mediadora demandada, pues lo que califica en este caso la excusabilidad del error padecido por la actora es que, a consecuencia de la falta de información, no pudo conocer cuáles eran los concretos riesgos que llevaba aparejada la inversión y, por ende, no pudo representarse de manera cabal el alcance y las consecuencias de su contratación. El incumplimiento por la demandada del estándar de información sobre las características de la inversión que ofrecía a su cliente, y en concreto sobre las circunstancias determinantes del riesgo, comporta que el error de la demandante sea excusable. Quien ha sufrido el error merece en este caso la protección del ordenamiento jurídico, puesto que confió en la información que le suministraba quien estaba legalmente obligado a un grado muy elevado de exactitud, veracidad y defensa de los intereses de su clientela en el suministro de información sobre los productos de inversión cuya contratación ofertaba y asesoraba. **(STS de 16 de septiembre de 2015; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Doña C. interpuso demanda contra la entidad financiera B., S. A. articulando como pretensión principal la anulación de la orden de compra de valores (participaciones preferentes) de un banco islandés, por error vicio del consentimiento al estimar que no había sido debidamente informada de la complejidad del producto y de las concretas consecuencias de la suscripción sobre la que fue asesorada por el banco que, a la vez, actuó como mediador en tal operación, y solicitó la devolución del importe invertido. Subsidiariamente, de no proceder la petición principal, pidió que se declarara que la demandada había actuado negligentemente en el cumplimiento de sus obligaciones como comisionista prestador del servicio de inversión, y que se le condenara a la indemnización de daños y perjuicios en el montante invertido. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda pero la Audiencia Provincial de Madrid acogió el recurso de apelación y revocó la sentencia de instancia con absolución de la demandada al considerar, en lo esencial, que respecto de la acción de anulación o anulabilidad había transcurrido el plazo de cuatro años de caducidad establecido en el Código; y respecto de la acción indemnizatoria, no se podía apreciar una conducta negligente en la entidad financiera ya que no podía conocer el riesgo de insolvencia de los bancos islandeses, unido ello a que la realización por la demandante de otras inversiones de la misma naturaleza y con la misma entidad evidenciaba la condición de cliente experimentada. El Tribunal Supremo dio lugar a la casación planteada y revocó la sentencia recurrida por considerar que, efectivamente, tal como alegaba la actora, se había producido un error vicio en el consentimiento de la misma que le impidió conocer con exactitud y precisión los términos y consecuencias de la operación emprendida, debido al incumplimiento por el banco de su deber de suministrar la información necesaria, suficiente y adecuada con la antelación precisa para

que la cliente se hiciera un cabal juicio sobre el alcance de su declaración de voluntad contractual; rechazando que el perfil inversor de la demandante (una señora jubilada que en el momento de llevar a cabo la inversión contaba con 76 años) se correspondiera con el de un cliente experimentado pese a haber realizado operaciones similares.

NOTA.—En la sentencia del Alto Tribunal se aborda una serie de problemas que vienen presentándose con frecuencia en los últimos años en relación con un sector de la contratación altamente especializado, como es el de los productos financieros complejos (swapps, preferentes, multdivisas, etc...). Se trata en general de instrumentos utilizados no solo por inversores especulativos que persiguen una alta rentabilidad a corto plazo, concededores tanto del riesgo de fluctuaciones en los valores como también de la aleatoriedad que muchas veces acompaña a algunas de estas operaciones; pero al mismo tiempo son usados a menudo por simples ahorradores que, por encima de una cierta ganancia, pretenden sobre todo la conservación del capital invertido. Por ello, en estos casos, cobra una especial importancia la necesidad de trasladarles una información suficiente y adecuada a través de la cual puedan representarse de manera fidedigna la posibilidad, y aun probabilidad, de pérdida de toda su inversión (v. ZUNZUNEGUI, A. *Comercialización de participaciones preferentes entre clientela minorista*. RDBB, 130 (2013), pp. 239-ss.; SABATER BAYLE, E. *Interpretación de los contratos de inversión en productos financieros estructurados*. RACM, 1 (2015), pp. 103-ss.). De ahí que el legislador, dada la asimetría de la información que poseen operador financiero y cliente, imponga a los primeros un deber especial de información que, de un lado, permite al cliente tomar una decisión consciente y adecuada en función de sus intereses económicos y, de otro, excluye que pueda incidir en error (DE LA MAZA GAZMURI, I. *El mal que no quiero: la información como técnica de protección de los consumidores*. RJUAM, 31 (2015-I), pp. 349-ss.), en concreto cuando se trata de contratos que una vez celebrados pueden llegar a ser particularmente desventajosos para una de las partes (GARCÍA RUBIO, M. P. *La información precontractual: buenas intenciones, cuestionables medios*, en «La Codificación del Derecho Contractual de Consumo en el Derecho Civil Catalán», coord. M. R. Llácer Matacás. Dykinson. Madrid, 2015, p. 150). Esta sentencia, además de confirmar la doctrina jurisprudencial que ya se había establecido en anteriores decisiones (principalmente, SSTs de 20 de enero y de 10 de septiembre de 2014), ratifica el criterio de que el cómputo del plazo de cuatro años de caducidad de la acción de anulabilidad no puede comenzar antes de que el afectado tenga un real conocimiento de la equivocación o error en el que se encontraba cuando contrató. La aplicación de la teoría de la «actio nata» a estos casos parece más conforme con las reglas sobre el *dies a quo* en los instrumentos de unificación del Derecho de los contratos (PECL, 14:301; DCFR, III-7:303; UNIDROIT, 10.2(1); CELS, 180.1; v. MARÍN LÓPEZ, M. J. *El cómputo del tiempo en la prescripción extintiva. En particular, el dies a quo del plazo de prescripción*, en «La prescripción extintiva». XVII Jornadas de la APDC. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014, pp. 58-59; y PEÑA LÓPEZ, F. *El dies a quo y el plazo de pres-*

cripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos de soft law y del Derecho estadounidense que podrían servir para su reforma e interpretación. InDret, 4 (2011), pp. 9-10). Por lo demás, reproduce el criterio sentado en la STS de 12 de enero de 2015 que sostuvo también que el cómputo del plazo cuatrianual de la acción de anulación no podía comenzar sino a partir del momento en que el interesado tuviese cabal conocimiento de la causa motivadora de la acción, lo que se traduce en estos casos en el descubrimiento por el cliente del error en el que incurrió [cfr. VÁZQUEZ GARCÍA, D. *Contratación de productos bancarios complejos: examen de la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.* La Ley, 8536 (2015)]. En otro orden, podría afirmarse que pese a la contundencia de la postura de nuestro Alto Tribunal, no es posible una generalización de la solución adoptada, sino que por el contrario será necesario analizar, en cada caso concreto, el tipo de operación y el perfil del inversor para determinar si, efectivamente, la ausencia o inadecuación de la información suministrada es lo suficientemente relevante como para justificar la esencialidad y excusabilidad del error padecido (así, CASTILLA CUBILLAS, M. *Riesgo, información y error en la distribución de participaciones preferentes emitidas por entidades de crédito.* DN, 265-266 (2012), pp. 49-ss.). Conviene plantearse también si en realidad la solución adoptada respecto del incumplimiento de los deberes de información, a través de la anulación del contrato por error, es la idónea o si, por el contrario, sería preferible reconducir tales incumplimientos hacia el sistema de la indemnización por daños (en este sentido, MORALES MORENO, A. M. *Permuta financiera de interés (swap), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 noviembre 2012,* RDM, 289 (2013), p. 436). Solución esta última que parece coherente con los criterios comúnmente establecidos en los instrumentos de unificación del Derecho contractual y que responde a una inveterada tradición del Derecho europeo continental (así, PECL, 4:117; DCFR, II-7:214; UNIDROIT, 3.2 (16); CELS, 55), de la que también se hace eco la Propuesta de Modernización del Código civil español (MORALES MORENO, A. M. *De nuevo sobre el error.* AAMN, 55 (2015), pp. 713-ss., para quien la imputabilidad del error puede permitir aplicar la responsabilidad por culpa *in contrahendo*, prevista en el artículo 1245 de la Propuesta y ofrecer al *errans* el remedio de la indemnización). Un amplio y profundo análisis de los problemas derivados de la información y del error en los contratos, puede verse en MORALES MORENO, A. M. *El error en los contratos.* CEURA. Madrid, 1988; GÓMEZ CALLE, E. *Los deberes precontractuales de información.* La Ley. Madrid, 1994; DE LA MAZA GAZMURI, I. *Los límites del deber precontractual de información.* Civitas. Navarra, 2010. (L. A. G. D.)

5. Deberes de información de la entidad financiera en un contrato de swap.—En un contrato de *swap* el cliente debe recibir de la entidad financiera una completa información sobre la naturaleza, objeto, coste y riesgos de

la operación, de forma que le resulte comprensible, asegurándose la entidad de que el cliente entiende, sobre todo, los riesgos patrimoniales que puede llegar a asumir en el futuro.

Habida cuenta del elevado componente de aleatoriedad del contrato, la entidad financiera debe informar al cliente de que los beneficios de una parte en el contrato de *swap* constituyen el reflejo inverso de las pérdidas de la otra parte, por lo que la empresa de servicios de inversión se encuentra en conflicto de intereses con su cliente, pues los intereses de la empresa y el cliente son contrapuestos. Para el banco, el contrato de *swap* de tipos de interés solo será beneficioso si su pronóstico acerca de la evolución del tipo de interés utilizado como referencia es acertado y el cliente sufre con ello una pérdida.

Asimismo, debe informar al cliente de cuál es el valor de mercado inicial del *swap*, porque –si bien la entidad financiera no está obligado a compartir con el cliente su previsión sobre la evolución de los tipos de interés– sí está compelida a ponerle al corriente del reflejo que tal previsión tiene en el momento de contratar el *swap*. Esta previsión es determinante del riesgo que asume el cliente.

Otros deberes de información que pesan sobre la entidad financiera se corresponden con la forma de cálculo del coste de cancelación anticipada de los productos, y de los posibles desequilibrios entre las cargas que para el cliente supone que el tipo de interés de referencia baje y las que para el banco supone que este tipo suba, puesto constituyen un factor fundamental para que el cliente pueda comprender y calibrar los riesgos del negocio.

En definitiva, el banco debe informar al cliente, de forma clara y sin trivializar, que su riesgo ilimitado no solo es teórico, sino que, dependiendo del desarrollo de los índices de referencia utilizados, puede ser real y, en su caso, ruinoso, a la vista del importe del notional del *swap*.

Características subjetivas del cliente e incidencia en la apreciación del error vicio.—El hecho de que el cliente sea una sociedad mercantil no supone necesariamente el carácter de experto en el mercado de productos financieros, puesto que la formación necesaria para conocer la naturaleza, características y riesgos de un producto complejo y de riesgo como es el *swap* no es la del simple empresario, sino la del profesional del mercado de valores o, al menos, la del cliente experimentado en este tipo de productos.

En este sentido, cuando el contratante del *swap* es una sociedad, no basta con los conocimientos usuales del mundo de la empresa que puede tener el administrador, ni siquiera con los de quienes trabajan en el departamento de contabilidad; son necesarios conocimientos especializados en este tipo de productos financieros para que pueda excluirse la existencia de error o considerar que el mismo fue inexcusable.

Incumplimiento de los deberes de información y error vicio del consentimiento en un contrato de *swap*.—Cuando, como ocurre en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato –como es el caso de la naturaleza y los riesgos de los productos y servicios de inversión, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada, en tal caso–, la omisión de esa información, o la facilitación de una información inexacta, incompleta, poco clara o sin la antelación suficiente, determina que el error de la contraparte haya de considerarse excusable. La razón descansa en que es la contraparte la que merece la protección del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento por el banco de la obligación de informar

de forma imparcial, veraz, completa, exacta, comprensible y con la necesaria antelación que le impone el ordenamiento jurídico.

Naturaleza de la obligación de información impuesta por la normativa del mercado de valores.—La obligación de información que establece la normativa legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad. La empresa de servicios de inversión debe facilitar la información impuesta por la normativa legal. De este modo, no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión, buscar por su cuenta asesoramiento experto y formular las correspondientes preguntas. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante. Por ello, la parte obligada a informar correctamente no puede objetar que la parte que tenía derecho a recibir la información correcta debió haberse asesorado por un tercero y que al no hacerlo, no observó la necesaria diligencia. (STS de 13 de noviembre de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Fincas Blanco Esplugues, S. L. y Banco Santander celebraron un contrato de *swap* bonificado reversible que suscribieron el 29 de diciembre de 2006 con un nocional de seis millones de euros. Cuando Fincas Blanco, una vez que los tipos de interés comenzaron a descender, tuvo conocimiento de la naturaleza de producto de alto riesgo que tenía el *swap* y del elevado coste que ello le iba a suponer, Banco Santander le solicitó 330.000 euros para cancelarlo, sin que se le hubiera advertido tampoco de la existencia de un coste de cancelación que podía tener esa envergadura.

La sociedad interpuso demanda frente al banco solicitando que se declarara la nulidad del contrato que habría venido causado por la información insuficiente suministrada por Banco Santander.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por considerar que no había acreditado que la demandada supiera o pudiera prever la caída de los tipos de interés que iba a producirse unos años después, ni la falta de información adecuada previa a la conclusión del contrato. Entendió asimismo que el error no era excusable pues la demandante es una empresa inmobiliaria, por lo que no puede aceptarse que su administrador afirme no haber entendido el producto, pues se le presume un trato habitual con productos bancarios.

Fincas Blanco recurrió la sentencia en apelación desestimando la Audiencia Provincial el recurso la naturaleza, porque el objeto y condiciones del *swap* parecían claramente expresados en el contrato; la demandante era una empresa inmobiliaria; su administrador había contado con el asesoramiento del contable de la empresa; los primeros años tuvieron liquidaciones a su favor, y solo cuando los tipos de interés bajan y el saldo comienza a ser negativo para la demandante, esta interesó la nulidad del contrato.

Frente a esta sentencia, Fincas Blanco interpone sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

NOTA.—En contratos de permuta financiera de tipo de interés resulta determinante situar el *dies a quo* a efectos de apreciar la caducidad de la acción de anulación por el transcurso del plazo de cuatro años (art. 1.303 CC). En concreto, la Sala 1.ª del Tribunal

Supremo entiende que dicho plazo comienza a computarse a partir de la primera liquidación negativa de intereses, ya que es en ese momento cuando el cliente conoce la operativa comercial del producto y sus efectos nocivos (STS 3 de marzo de 2017).

A propósito del deber de información del banco y su posible incursión en conflicto de intereses con el cliente dentro de un contrato de *swap*, convendría que la jurisprudencia –si no el legislador– trazase una línea divisoria entre el interés del cliente y el interés propio de la entidad financiera. La defensa del interés del cliente se encomienda hoy por el artículo 208 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores a las entidades financieras, las cuales deben cuidar de los intereses de los clientes como si fueran propios. El Prof. Morales Moreno ha sostenido que, más allá del deber del banco de informar al cliente de todo lo que le impone la LMV para superar el conflicto de interés, comienza su propio ámbito de libertad empresarial. Destaca el esfuerzo de este autor en tratar de esbozar una frontera entre el espacio de ambos intereses. A su juicio, *«en el ámbito en el que opera la aleatoriedad del swap es posible conciliar la obligada defensa del interés del cliente (circunscrita, en ese ámbito, a la información del riesgo que implica para el cliente el contrato) con el mantenimiento del interés del banco. Porque es la suerte la que reparte los beneficios o pérdidas del contrato. Pero fuera de ese ámbito, en la medida en que sea posible establecer predicciones de futuro (más o menos próximo) sobre el curso de los intereses y la suerte, aun sin dejar de existir, deje de operar de modo exclusivo, se acentúa el conflicto de intereses entre el banco y el cliente; prevalece la protección del interés del cliente sobre el del banco, canalizado a través del deber de información»*. Sin embargo, Morales Moreno añade un matiz importante, pues considera que las estrategias de inversión de la entidad financiera, sus apuestas por una evolución u otra del mercado, así como sus operaciones de ordenación y cobertura de riesgos pertenecen al legítimo desarrollo de la actividad empresarial. Las tres anteriores particularidades exceden del deber de información de la entidad y se insertan dentro de su propio interés, toda vez que esta información va más allá de la que un asesor independiente, experto en la materia, sería capaz de proporcionar al cliente. El asesor independiente, experto en la materia, propuesto por Morales Moreno, puede constituir un parámetro de comparación adecuado para hacer más clara la separación entre los intereses del cliente y los de la entidad financiera en el marco del deber de información impuesto por la normativa sectorial (*vide*. MORALES MORENO, A. M., «Permuta financiera de intereses (swap), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21-11-2012», *Revista de Derecho Mercantil*, 289, Julio-Septiembre 2013, pp. 407-442). (A. I. R. A.)

6. Deber de información y error vicio en la contratación de productos financieros complejos.—El consentimiento es viciado por la falta de conocimiento del producto financiero contratado y los concretos riesgos aso-

ciados al mismo, lo cual determina en el cliente inversor no profesional contratante una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato. El incumplimiento por parte de la entidad financiera de los deberes de información que sobre ella recaen no determina *per se* el vicio en el consentimiento, pues puede darse el supuesto de que el cliente concreto ya conociera el contenido de dicha información.

En esos casos, se considera que la falta de acreditación del cumplimiento de los deberes de información permite presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente del producto financiero contratado y sus riesgos. Así, el incumplimiento de los deberes de información por la entidad financiera conlleva una presunción *iuris tantum* de la existencia de error vicio (*vide*. STS de 20 de enero de 2014). (STS de 20 de octubre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—D. Sergio y Dña. Ana celebran con Bankinter un contrato de gestión de riesgos financieros derivado de la suscripción de otro contrato de crédito hipotecario a interés variable. El contrato de gestión de riesgos consistía en una permuta financiera de tipo de interés (*swap*) de dos años y medio de duración y con liquidaciones trimestrales. El *swap* servía a la cobertura del riesgo de fluctuación del interés variable del préstamo hipotecario concertado.

No existió, al momento de contratar, información previa a la contratación del *swap* adecuada sobre las características del producto y los concretos riesgos asumidos por los clientes.

D. Sergio y Dña. Ana interpusieron demanda interesando la nulidad del contrato de *swap* por error vicio en el consentimiento derivado del incumplimiento por parte del banco de los deberes de información y de que el clausulado del contrato no contenía información clara, concreta y sencilla sobre el producto y los riesgos.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda sobre la base de las simulaciones con liquidaciones positivas y negativas que se habrían efectuado a los clientes; y de la experiencia en contratación bancaria que estos atesoraban.

Frente a esta resolución, los clientes interpusieron recurso de apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso por entender que la suficiencia de la información precontractual no se acreditó. Asimismo, la Audiencia consideró que el banco era conocedor de la evolución previsible de los tipos de interés sin que informaran a los clientes sobre este particular.

La sentencia de apelación fue recurrida en casación por Bankinter.

NOTA.—La Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha declarado en sus sentencias núm. 385/2014, de 7 de julio, 110/2015, de 26 de febrero, y 535/2015, de 15 de octubre, entre otras, que no es relevante que la información que la empresa de servicios de inversión facilita al cliente no incluya la previsión de evolución de los tipos de interés. Así, en la sentencias núm. 491/2015, de 15 de septiembre, y 535/2015, de 15 de octubre, la Sala 1.^a ha sostenido que no cabe apreciar error vicio en la contratación del *swap* basado en el desconocimiento que en ese momento tenía el cliente sobre la evolución que iban a tener los tipos de interés, e imputar el error al incumpli-

miento por parte del banco de un supuesto deber de informar acerca de las previsiones del mercado. (A. I. R. A.)

7. Pagaré en blanco en garantía de un crédito y abusividad.—Una condición general que prevé la firma de un pagaré en garantía del crédito por parte del prestatario consumidor, donde el importe por el que se presentará la demanda por juicio cambiario es completado unilateralmente por el prestamista, es abusiva y, por tanto, nula. La razón que fundamenta la abusividad de la cláusula descansa en que el contrato se celebra en documento privado sin intervención de fedatario público —no constitutivo de título ejecutivo según el artículo 517 LEC— pero que faculta al banco prestamista el acceso a un proceso privilegiado para el cobro de su crédito, sin que el consumidor reciba contraprestación a cambio. Asimismo, la abusividad se desprende de que (i) la cláusula priva al consumidor de la información, el asesoramiento previo, el control de legalidad, la fehaciencia y la seguridad jurídica que proporciona el notario; (ii) se impide al tribunal el control de oficio de cláusulas abusivas, al basarse la acción en el pagaré emitido en garantía del cumplimiento; (iii) aunque el pagaré es librado con la mención de un importe, en la práctica opera como un pagaré en garantía librado en blanco que permite al tenedor completarlo con el importe resultante de la liquidación de la operación; (iv) la cláusula invierte la carga de la prueba desplazando sobre el prestatario la obligación de oponer excepción de complementación abusiva del pagaré; y (v) la utilización de esta condición permite al prestamista acudir a un proceso privilegiado que comienza con un embargo cautelar inaudita parte y sin necesidad de prestar caución ni justificar el peligro en la tardanza. (**STS de 11 de noviembre de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Caixabanc celebra con D. Jon, consumidor, contrato de préstamo al consumo formalizado con pagaré. En el contrato de préstamo se convino la formalización de un pagaré a favor de Caixabanc por el mismo importe del préstamo y que operaría como garantía hasta su devolución. El pagaré fue completado por el banco haciendo constar las cantidades pendientes de pago correspondientes al principal, a intereses remuneratorios y a intereses moratorios al tipo del 20,50%.

El pagaré resultó impagado por D. Jon, dando Caixabanc por vencido anticipadamente el préstamo y formulando demanda de juicio cambiario en reclamación del principal pendiente de pago, los intereses remuneratorios y el interés de demora. D. Jon presentó oposición alegando el carácter abusivo del pagaré librado en garantía del préstamo como del propio contrato.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda de oposición cambiaria al considerar que el pagaré en blanco en garantía de préstamo al consumo constituye una práctica habitual y jurídicamente aceptada. D. Jon recurrió en apelación y la sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la validez del fallo de la instancia.

D. Jon formuló recurso de casación frente a la sentencia de segunda instancia.

NOTA.—La presente Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo objeto de extracto viene a confirmar el sentido de la STS de Pleno (Sala 1.^a) de 12 de noviembre de 2014. (A. I. R. A.)

8. Relatividad de los contratos.—El conocimiento, por parte de la entidad financiera prestamista con garantía real a su favor, del contenido del contrato celebrado entre su deudor y otra parte, interviniendo además de manera relevante en la ejecución del contrato y participando en su gestión registral provoca que la entidad financiera se vea vinculada por los pactos del contrato celebrado por su prestataria, aunque no sea parte del mismo. Esta vinculación comporta que el tercero venga obligado a respetar la situación jurídica creada con el contrato celebrado por su prestataria y a indemnizar los daños y perjuicios que se puedan irrogar a la parte contratante cuyo derecho de crédito se ha visto lesionado por el tercero. La relatividad de los efectos de los contratos (art. 1.257 CC), en cuanto que *res inter alios acta*, debe interpretarse, por tanto, no de un modo general y abstracto, sino de manera concreta y muy determinada.

Protección del tercero hipotecario.—La publicidad dimanante de la hoja registral, si bien supone un ámbito de publicidad que no puede ser ignorado por nadie (arts. 34 y 38 LH), no agota el elenco de circunstancias, gravámenes, cargas y derechos que pueden afectar a quien contrate con el titular registral, si se prueba que el contratante las conoce y consiente. (STS de 6 de octubre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—La sociedad A celebra con la sociedad promotora B un contrato de permuta de un piso —propiedad de A— a cambio de obra futura. B se comprometía a la entrega de un piso y plaza de garaje en la nueva construcción libre de cargas o gravámenes. En la misma fecha, la promotora B constituye un derecho real de hipoteca sobre el solar resultante de haber demolido ya la edificación en que radicaba el piso de la permuta, como garantía del préstamo que el concedía la entidad financiera C. Tras la división horizontal del nuevo edificio en construcción, B y C presentan de mutuo acuerdo solicitud en el Registro de la Propiedad interesando la liberación de la carga hipotecaria constituida respecto de varios inmuebles resultantes de la división horizontal. Sin embargo, mantuvieron la carga hipotecaria respecto de los inmuebles que A, como cedente de la permuta, debía de recibir de la cesionaria B en contraprestación.

A interpone demanda contra B y C solicitando la declaración de nulidad del contrato de permuta, así como la cancelación de las inscripciones registrales. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda por entender que concurrió causa ilícita contraria a la moral, ya que B y C no cumplieron el compromiso de entregar los inmuebles libres de cargas, pese a conocer que así debían actuar.

C recurrió la sentencia en apelación. La Audiencia Provincial confirmó la ilicitud de la causa por considerar la actuación de las codemandadas como contraria a la moral jurídica o buena fe exigible en el tráfico. Contra la sentencia, C interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. (A. I. R. A.)

9. Contrato de gestión de cartera y falta de información.—La gestión de la cartera de un cliente sobre la base de especificaciones y limitaciones que no quedan establecidas en el propio contrato de gestión de cartera suscrito por las partes —respecto de las que no hubo aceptación expresa por parte del titular de la cartera— y sin adaptar el contrato a la Circular 1/2000 de la CNMV constituye una actuación incorrecta del banco. Si la actuación incorrecta del banco, que afecta a la relación contractual de gestión de cartera, provoca un perjuicio al cliente, el banco queda obligado a indemnizar las pérdidas irrogadas a aquel. (**STS de 6 de octubre de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—Dña. Guadalupe y D. Raúl concertaron, el 7 de abril de 2000, con BBV un contrato de gestión de carteras en la modalidad «cartera dinámica» con una aportación inicial de 90.151,1 euros. Desde el principio, la cartera sufrió pérdidas respecto de la cantidad inicialmente aportada. Las pérdidas se sucedieron en los meses posteriores. Por este motivo, Dña. Guadalupe acudió para quejarse, en varias ocasiones, a la oficina del banco de la que eran clientes y donde habían suscrito el contrato. El contrato inicial debía adaptarse a las exigencias de la Circular 2/2000 de la CNMV. En julio de 2003, BBVA remite una carta a los clientes en la que les indica que la gestión de cartera se viene realizando de acuerdo a un perfil agresivo, que iban a seguir manteniendo salvo indicación en contrario de aquellos. BBVA no consultó a los clientes sobre el riesgo que deseaban asumir. En 2007, la cartera había quedado reducida a 24.000 euros.

Dña. Guadalupe formuló reclamación ante el Defensor del Cliente de BBVA, quien concluyó que el banco había actuado incorrectamente al no obtener el perfil inversor de los clientes mediante la firma del contrato de adaptación. Dña. Guadalupe formuló también reclamación ante la CNMV que constató que la actuación del banco había sido incorrecta por haber gestionado el patrimonio sobre la base de especificaciones y limitaciones no establecidas en el contrato firmado por las partes; y por no acreditar que los clientes firmasen un nuevo contrato de gestión adaptado a los requisitos de la normativa.

Los clientes terminaron por interponer demanda frente a BBVA interesando la nulidad del contrato por inexistencia de consentimiento por error grave, subsidiariamente por dolo y más subsidiariamente por ilicitud de la causa. También subsidiariamente, los clientes ejercitaron una acción indemnizatoria por daños y perjuicios ocasionados por el banco por negligencia y exceso de gestión de la cartera.

El Juzgado estimó la pretensión indemnizatoria basándose en la defectuosa atención y asesoramiento a los demandantes por medio de los empleados que constituyó un claro incumplimiento de los deberes de información y lealtad para con el cliente. El Juzgado desestimó la acción de nulidad.

BBVA recurrió la sentencia de primera instancia estimando la Audiencia Provincial el recurso de apelación al entender que no se produjo incumplimiento contractual que justificase la condena a indemnizar impuesta por el Juzgado. A juicio de la Audiencia,

en 2003 se comunicó a los clientes que la gestión de cartera se desarrollaba contando con un perfil agresivo.

D. Raúl y Dña. Guadalupe recurrieron la sentencia de la Audiencia Provincial en casación. (A. I. R. A.)

10. Contrato de obra y contratos de compraventa. Incumplimiento contractual: Inexistencia de lucro cesante y posibilidad de diferirse a ejecución de sentencia su determinación.—La obtención de una cantidad por lucro cesante, pretendida en el presente procedimiento, está próxima al concepto de *sueños de ganancia*, por ello, no procede su determinación. Para diferirse a ejecución de sentencia la determinación del lucro cesante han de existir las bases que permitirían mediante una simple operación aritmética concretar la cantidad correspondiente. (STS de 10 de diciembre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Las partes mantuvieron una larga y compleja relación, de contrato de ejecución de obra y contratos de compraventa. La sociedad actora demandó una cantidad como precio por las obras de edificación y urbanización ejecutadas, otra por el precio pendiente de pago derivado de la compra de un garaje, y una tercera cantidad en concepto de intereses; además, solicitó la condena del demandado a otorgar escritura pública por la compra del garaje. La parte demandada se opuso a la demanda y formuló reconvencción solicitando: a) la devolución del precio pagado por el garaje y sus intereses al haber quedado resuelta su compraventa, b) la devolución de la cantidad pagada en exceso por la obra ejecutada, c) los intereses legales de dichas cantidades, y, a grandes rasgos, d) el pago de una indemnización por el retraso en la obra de construcción de un hotel. Quedo probado que la demandada-reconviniente no acreditó el escalonamiento de entrega de las habitaciones del hotel objeto de construcción; su disponibilidad, en el caso de ser necesarias reparaciones; y la ocupación media de un hotel de sus características en las mismas fechas y ciudad. El Juzgado estimó en parte las dos primeras pretensiones de la demanda y condenó a otorgar escritura pública de la compraventa del garaje previo pago del precio, desestimando la reconvencción. La audiencia redujo las dos cantidades objeto de condena en primera instancia, al ser partidas duplicadas. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la parte demandada y reconviniente.

NOTA.—El lucro cesante es la ganancia que el acreedor ha dejado de obtener como consecuencia del incumplimiento del contrato (art. 1106 CC); implica un *provecho* o ventaja que hubiera obtenido en caso de cumplimiento del contrato, y del que se ha visto *privado* como consecuencia del incumplimiento. El provecho supone, normalmente, un incremento de valor de su patrimonio, aunque no sea ésa la idea primaria del lucro. Si consideramos que, en caso de retraso en la entrega de la cosa, el acreedor tiene derecho a ser indemnizado por la privación temporal del uso personal de ella, conforme al valor que dicho uso tenga en el mercado, el beneficio perdido en este caso, equiparable a un lucro cesante, no implica

directamente un incremento del patrimonio. Véase, MORALES MORENO, A.-M., *Incumplimiento del contrato y lucro cesante* (Madrid 2010) p. 31. (I. D.-L.)

11. El fraude de acreedores como fundamento de la acción de nulidad por simulación, de la acción de nulidad por causa ilícita.—El fraude de acreedores puede fundamentar la acción de nulidad por causa ilícita cuando la finalidad del negocio efectivamente celebrado es defraudar a los acreedores de alguno de los contratantes. Asimismo, el fraude de acreedores puede fundar la acción de nulidad por simulación contractual, cuando únicamente se da una apariencia de negocio jurídico destinada a defraudar a los acreedores.

Por un lado, el propósito fraudulento común a los contratantes, que constituye la causa ilícita invalidante del contrato (art. 1.275 CC), puede consistir en defraudar a los acreedores. Esta intención común de las partes en el contrato de defraudar al acreedor o a los acreedores se eleva a la categoría de causa ilícita, por ser contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 CC) y permite ejercitar la acción de nulidad del negocio.

En el caso de simulación absoluta, la causa de la simulación puede consistir en el propósito de defraudar a los acreedores mediante la disminución ficticia del patrimonio, en cuyo caso puede ejercitarse la acción de nulidad junto con la acción rescisoria.

El fraude de acreedores como fundamento de la acción rescisoria.—La acción rescisoria por fraude de acreedores (art. 1.291.3.º CC) tiene hoy su centro de gravedad en el perjuicio del acreedor, como elemento objetivo. El fraude de acreedores que sirve a fundamentar la acción rescisoria no viene determinado por el propósito común de los contratantes, elevado a la categoría de causa (ilícita) del contrato que provoca su nulidad. Más bien al contrario, el contrato resulta válido pero, al tener como consecuencia el fraude de acreedores, puede ser rescindido si dentro del plazo legal se ejercita la acción rescisoria o pauliana.

La defraudación cometida por el deudor al disponer de sus bienes en perjuicio de sus acreedores no tiene por qué ser dolosa o intencional, sino que basta con que se produzca un perjuicio para aquellos. El éxito de la acción rescisoria no depende en sí del propósito defraudatorio (*consilium fraudis*) bastando la mera conciencia del deudor de causar daño o perjuicio.

Compatibilidad entre las acciones de nulidad o de la acción rescisoria no concursal con la acción rescisoria concursal.—El hecho de que el contratante contra el que se dirigen las acciones de nulidad por fraude de acreedores (causa ilícita o simulación) o la acción rescisoria no concursal se encuentre se encuentre declarado en concurso no es obstáculo para el ejercicio de las mismas. En efecto, el artículo 71.1 LC prevé que el ejercicio de las acciones rescisorias (concurso) no impide el de otras acciones de impugnación de actos del deudor procedentes conforme a Derecho. (**STS de 3 de noviembre de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—En el marco del concurso de acreedores de Contratas Marcos S. L. la administración concursal interpone demanda de incidente concursal interesando la nulidad de pleno derecho y, subsidiariamente la rescisión, de un conjunto de operaciones realizadas por la concursada y que, a su entender, carecían de causa lícita o

fueron efectuadas en fraude de acreedores. Estas acciones vinieron a extraer el activo de la sociedad concursada a favor de su socio único y provocaron la insolvencia de la sociedad debido a su incapacidad de atender los créditos existentes a la fecha de aquellos negocios.

El Juzgado de lo Mercantil desestimó las acciones de nulidad por considerar que el ordenamiento jurídico establece una acción específica para que se declare la ineficacia del negocio en caso de fraude de acreedores, la acción rescisoria, y acordó la rescisión de dos de las operaciones cuestionadas por la administración concursal. Ante ello, la administración concursal y los acreedores interpusieron recurso de apelación. Por su parte, el socio único y una de las sociedades beneficiadas por las operaciones.

La Audiencia Provincial estimó los recursos de apelación interpuestos por la administración concursal y los acreedores considerando que las operaciones habían sido realizadas con la intención común de vaciar el patrimonio de Contratas Marcos. Así, declaró la nulidad de pleno derecho de los actos y negocios jurídicos impugnados.

La concursada y el socio único interpusieron sendos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. (A. I. R. A.)

12. Inexistencia de obligaciones recíprocas en contratos de swap y consecuencias a efectos de la calificación concursal del crédito derivado de aquellos.—Cuando el contrato de permuta financiera no está vinculado a ninguna operación, aquel no produce obligaciones recíprocas. De un contrato de *swap* no nacen obligaciones compensables, el intercambio de flujos forma parte del mecanismo de cálculo o determinación, al tiempo de realizar la liquidación, de una única obligación. La circunstancia de que, en un contrato de *swap*, el riesgo sea bilateral no permite afirmar que del mismo se derivan obligaciones recíprocas, es decir, por el simple hecho de que la aleatoriedad propia del contrato provoque que la parte para la que surgen obligaciones no sea la misma en todas las liquidaciones no basta para entender que el *swap* genera obligaciones recíprocas.

La existencia de obligaciones recíprocas depende de que la prestación que realiza una de las partes opere como contraprestación de la que ha de cumplir la otra, y viceversa.

Con ello, si la obligación derivada del vencimiento y liquidación anticipada de un contrato de *swap* producidos con posterioridad a la declaración de concurso resulta a cargo del concursado, el criterio para calificar la obligación es el mismo que el criterio a emplear para calificar el crédito que hubiera surgido a favor de la entidad financiera en cada una de las liquidaciones posteriores a la declaración de concurso de haberse mantenido el plazo. Por tanto, el artículo 61.2 LC, previsto para obligaciones recíprocas, no es aplicable a los contratos con obligaciones recíprocas: debe mantenerse la calificación del crédito resultante de la liquidación anticipada del contrato de *swap* como crédito concursal.

Compensación contractual en contratos marco de operaciones financieras y su relación con el concurso.—La apertura del procedimiento concursal puede ser la causa de la declaración de vencimiento anticipado del acuerdo de compensación contractual existente entre las partes. Ello supone

una excepción legal al régimen del artículo 61.3 LC, que establece que el concurso no es causa de extinción de los contratos en que el concursado sea parte. De esta manera, en la ejecución del vencimiento anticipado del acuerdo de compensación contractual se incluye como deuda de la parte concursada el importe neto de las liquidaciones contractuales a favor y en contra de la concursada (art. 16.2 Real Decreto-ley 5/2005).

No aplicación del régimen de los acuerdos de compensación contractual a simples contratos bancarios.—El régimen de compensación contractual que permite la declaración del vencimiento anticipado del acuerdo de compensación en caso de declaración de concurso no resulta de aplicación cuando el acuerdo de compensación comprende un único derivado (por ejemplo, un *swap*). Si así se permitiese, quedaría desvirtuada la función primordial del acuerdo de compensación: permitir la compensación entre diferentes derivados contratados entre las mismas partes. Con otras palabras, el acuerdo de compensación contractual se vincula a una pluralidad de operaciones financieras cuyas liquidaciones están destinadas a ser compensadas para dar lugar a un saldo neto único. Una única operación financiera no puede identificarse sin más con el acuerdo de compensación, porque ello supondría equiparar la compensación resultante de varias operaciones financieras con la liquidación de un único contrato.

Los créditos derivados de un contrato de *swap* no pueden considerarse créditos contra la masa.—La Sala 1.^a establece como doctrina que los créditos derivados de contratos de *swap* en que el deudor se encuentre en concurso son créditos concursales y no contra la masa, con independencia de que se hayan devengado antes o después de la declaración del concurso. La razón de esta exclusión obedece a que la dinámica de un contrato de *swap* no se subsume en el artículo 84.2 LC interpretado teleológicamente, pues la calificación de un crédito como contra la masa sirve a la tramitación del propio concurso o su contribución a la continuación de la actividad del deudor; y un contrato de *swap* no se inserta en ninguna de las dos funciones anteriores. (STS de 17 de noviembre de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

HECHOS.—BBVA impugnó la lista de acreedores formulada por la administración concursal de la sociedad mercantil M. La impugnación interesaba que se calificase como crédito contra la masa una liquidación trimestral procedente de un contrato de *swap* vencida antes de la declaración de concurso, así como que recibirían el mismo tratamiento las liquidaciones posteriores. La administración concursal había excluido el crédito referente a la liquidación previa al concurso, y calificado como ordinarios los correspondientes a liquidaciones posteriores.

Sustanciado el incidente concursal, el Juzgado de lo Mercantil desestimó las impugnaciones. La relativa al crédito precedente por no haberse comunicado; y las correspondientes a liquidaciones posteriores por no considerar como obligaciones recíprocas las liquidaciones resultantes del *swap*.

BBVA recurrió en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso. Al contrario que el Juzgado, la Audiencia sí consideró que un contrato de *swap* produce obligaciones recíprocas. En consecuencia, a juicio de la Audiencia, las liquidaciones nacidas tras el concurso que sean de saldo negativo para el concursado constitu-

yen una obligación recíproca pendiente de cumplimiento por el mismo, lo cual significa además la consideración de aquellas como crédito contra la masa.

La administración concursal de M interpuso recurso de casación frente a la sentencia de la Audiencia. (A. I. R. A.)

13. Concurso de acreedores. Arrendamiento financiero o *leasing*. Naturaleza del crédito derivado de las cuotas de leasing vencidas tras la declaración del concurso. La naturaleza sinalagmática de las obligaciones derivadas del contrato de leasing.—Para que el crédito contractual contra el concursado pueda ser calificado como crédito contra la masa es necesario, conforme al artículo 61.2 LC, que derive de un contrato con obligaciones recíprocas que estén pendientes de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso. La reciprocidad de las obligaciones exige que cada una de las partes sea simultáneamente acreedora y deudora de la otra y que cada una de las obligaciones sea contrapartida, contravalor o contraprestación por depender la una de la otra. Esto sucede con el arrendamiento financiero, aunque el valor de las prestaciones no sea equivalente. Pero para determinar si la relación nacida de dicho contrato de leasing sigue funcionando como sinalagmática después de declarado el concurso, habrá que atender a las cláusulas válidamente convenidas. Y, en este sentido, en el caso en cuestión el contrato no establecía obligaciones a cargo de la arrendadora que se encontrasen pendientes de cumplimiento en el momento de declaración del concurso, lo que avala además el hecho de que se liberara de toda responsabilidad respecto de la idoneidad, funcionamiento o rendimiento de los bienes, subrogando a la arrendataria en todas las acciones a que hubiera lugar para el saneamiento. De manera que, al declararse el concurso, solo quedaban obligaciones pendientes de cumplimiento para la concursada. No pueden, por ende, calificarse como obligaciones pendientes de cumplimiento por la arrendadora las que forman parte del deber general de conducta implícito en el «*pacta sunt servanda*», como las de permitir el goce pacífico de la cosa o la de no impedir el uso de la cosa por la arrendataria, todas las cuales han sido ya en esencia cumplidas con la entrega del bien objeto del arrendamiento financiero.

Incidencia de las modificaciones introducidas en la Ley Concursal por la reforma de la Ley 38/2011.—La interpretación que ha de darse a la nueva redacción del artículo 61.2 LC, y en especial al último inciso en el que hace mención a los contratos de arrendamiento financiero, es que si del análisis del concreto contrato de leasing concertado por la concursada resultan obligaciones pendientes de cumplimiento también para el arrendador financiero tras la declaración del concurso, será aplicable el régimen previsto en dicho precepto para la resolución en interés del concurso del contrato de leasing pendiente de cumplimiento por ambas partes. Pero no puede entenderse que dicha modificación legal tiene por consecuencia atribuir en todo caso al contrato de leasing la naturaleza de contrato de tracto sucesivo en el que las obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes subsisten a lo largo de la vigencia del contrato, sea cual sea la regulación convencional que resulte de las cláusulas del contrato suscrito por las partes. (STS de 12 de septiembre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—La entidad financiera CLP interpuso una demanda incidental en el concurso de la mercantil TG, S. L. para que se

declarase que el crédito derivado de las cuotas del contrato de leasing suscrito con la concursada, que se devengarán tras la declaración de concurso, fuera considerado crédito contra la masa en aplicación del artículo 61.2 LC, en la redacción dada a este precepto por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. La pretensión fue desestimada en ambas instancias al considerar los tribunales que tales créditos debían ser entendidos como créditos concursales con privilegio especial, pero no créditos contra la masa. La razón primordial era que, para que pudiera aplicarse la previsión contenida en el artículo 61.2 LC era necesario que se tratase de obligaciones recíprocas subsistentes, de manera que al tiempo de generarse el derecho al cobro de cada cuota, las partes estuviesen obligada una frente a la otra a dar o hacer alguna cosa, es decir, que existiesen obligaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes al declararse el concurso; lo que no acontecía en el supuesto de autos, toda vez que con la entrega del bien a la arrendadora no le quedaban más obligaciones que cumplir, más aún cuando en el mismo contrato se había pactado la exclusión de responsabilidad de aquella respecto de la idoneidad, funcionamiento o rendimiento de los bienes, quedando subrogado el arrendatario frente al proveedor o fabricante en orden al saneamiento por evicción y vicios ocultos. El Tribunal Supremo, confirmando la doctrinal jurisprudencial iniciada en decisiones anteriores, confirmó la sentencia apelada y no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—El caso que aborda la sentencia del Alto Tribunal trae a debate un tema que ha sido durante años conflictivo y polémico, cual es la naturaleza, a partir de la declaración del concurso, de la deuda generada por las cuotas de un contrato de leasing suscrito por la concursada: si se trata de un crédito contra la masa, pagadero por la misma a medida que se produzca el vencimiento de cada cuota; o si estamos ante un crédito concursal, sometido a la prelación para el cobro establecida legalmente, si bien con el privilegio especial que le reconoce el artículo 90.1.4.º LC. El asunto fue pacífico inicialmente, estimándose en general que al tratarse de un contrato de tracto sucesivo que generaba obligaciones recíprocas todavía pendientes de cumplimiento tras la declaración del concurso, debía estimarse que las cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de aquel generaban un crédito contra la masa, en tanto que los créditos no satisfechos por cuotas devengadas antes de la declaración del concurso tenían el carácter de créditos concursales. En este sentido era habitual que se pronunciaran las audiencias provinciales (SAP Barcelona (15.ª) de 19 de junio de 2009; SAP Zaragoza (5.ª) de 21 de noviembre de 2008; SAP Tarragona (1.ª) de 13 de marzo de 2013, entre otras). Doctrina que había sido sostenida también por el Tribunal Supremo en su STS de 30 de marzo de 2007. Sin embargo, a partir de 2010 se produjo un cambio de criterio auspiciado por una interpretación según la cual, si en el clausulado del contrato la arrendadora no asumía obligación alguna más allá de la entrega del bien, o excluía cualquier otra obligación distinta a ésta última, debía considerarse que el contrato, pese a ser sinalagmático *ab initio*, había dejado de serlo una vez se producía la entrega de la cosa por la arrendadora y, a partir de tal momento, no podría hablar-

se de obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento. En consecuencia, los créditos nacidos del impago de cuotas del leasing devengadas con posterioridad a la declaración del concurso no podían ya considerarse créditos contra la masa, al faltar precisamente la nota de la pendencia del cumplimiento de obligaciones recíprocas, ya que la reciprocidad, como indicamos, había dejado de existir. Iniciada esta nueva orientación por la SAP Barcelona (15.^a) de 9 de noviembre de 2010, es luego continuada por otras, como la SAP Valencia (9.^a) de 12 de abril de 2012, SAP Valencia (9.^a) de 23 de enero de 2013, SAP Barcelona (15.^a) de 6 de febrero de 2013, convirtiendo lo que hasta entonces había sido un criterio minoritario y residual en la postura más seguida. La reforma del artículo 61 LC por la Ley 38/2011, pese a sus deseos, no aclaró la cuestión; antes bien añadió más confusión al respecto [Cfr. CARRASCO PERERA, A. *Comentario a la STS de 11 de junio de 2013. Naturaleza concursal de las cuotas derivadas de contrato de leasing con posterioridad al concurso*, CCJC, 94 (2014), pp. 429-ss.], hasta el punto de provocar nuevamente el cambio de criterio en muchas audiencias [v. GALICIA AIZPURÚA, G. *Naturaleza de las cuotas de leasing devengadas tras la declaración de concurso*, RACM, 1 (2016), pp.135-ss.]. No obstante, el Tribunal Supremo tuvo ocasión seguidamente de terciar sobre esta materia manteniendo en esencia la interpretación que se había abierto paso con anterioridad a la reforma de 2011. Así, en su STS de 12 febrero 2013, al igual que en otras que le siguieron (v.gr. SSTS 27 de julio de 2013, de 5 de septiembre de 2013, de 11 de febrero de 2014 y de 25 marzo 2014), continuó sosteniendo la inexistencia de obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo de la arrendadora, una vez entregado el objeto del contrato y, especialmente, cuando en el mismo acuerdo se ha liberado de cualquier otra obligación, incluidas las relativas al saneamiento, aunque con críticas desde cierto sector de la doctrina [cfr. BERNÁLDEZ, M. P. *El arrendamiento financiero tras la reforma de la Ley Concursal*, RDCP, 19 (2013), pp. 288 y 289]. Bien es verdad que se trataba de supuestos a los que eran aplicables la legislación anterior a la reforma de 2011. Sin embargo, en la STS de 12 de noviembre de 2014, valorando ya la aplicación de la norma del artículo 61.2 en la redacción dada por la Ley 38/2011, aclara el Alto Tribunal que tal reforma no añade ni cambia nada al criterio ya sentado, pues la incorporación al precepto del supuesto concreto del arrendamiento financiero solo supone que se aplique el régimen previsto en el artículo 61.2 cuando del contrato de leasing concertado por la concursada resultan obligaciones pendientes de cumplimiento también para el arrendador financiero tras la declaración de concurso; pero en ningún caso puede interpretarse la nueva norma en el sentido de que dicha modificación legal tiene por consecuencia atribuir en todo caso al contrato de leasing la naturaleza de contrato de tracto sucesivo en el que las obligaciones a cargo de ambas partes subsisten a lo largo de la vigencia del contrato, sea cual sea la regulación convencional que resulte de las cláusulas del contrato suscrita por las partes. Esta idea es la que ahora se reitera en la STS de 12 de septiembre de 2015, consolidando así un criterio jurisprudencial que se ha puesto a salvo de los cambios legislativos. (L. A. G. D.)

14. Arrendamientos urbanos. Desahucio por falta de pago de la renta y cantidades asimilada. Enervación. Interpretación del artículo 22.4 LEC: requisitos del requerimiento de pago para que el mismo impida la enervación de la acción en el juicio de desahucio.—La STS de 28 de mayo de 2014 declaró, acerca de los requisitos del requerimiento del artículo 22.4 LEC, lo siguiente: 1). La comunicación ha de contener un requerimiento de pago de renta o cantidad asimilada. 2) Ha de ser fehaciente, es decir, por medio que permita acreditar que llegó a conocimiento del arrendatario, con la claridad suficiente. 3). Ha de referirse a rentas impagadas. 4) Debe transcurrir el plazo legalmente previsto, que ha venido fluctuando entre uno y dos meses, en las sucesivas reformas legales. 5) Que el arrendatario no haya puesto a disposición del arrendador la cantidad reclamada.

El requerimiento de pago no exige que se comunique al arrendatario que el contrato va a ser resuelto y que no procederá enervación de la acción de desahucio si no se paga en el plazo preceptivo.—El requerimiento de pago que se hace al amparo del artículo 22.4 LEC no se exige que se comunique al arrendatario. 1) Que el contrato va a ser resuelto. 2) Que no procederá enervación de la acción de desahucio si no se paga en el plazo preceptivo. El legislador no obliga al arrendador a que se constituya en asesor del arrendatario, sino tan solo a que le requiera de pago. (SSTS de 28 de mayo de 2014 y 23 de junio de 2014). (STS de 22 de septiembre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El arrendador de una vivienda presentó demanda de desahucio por falta de pago. Se da la circunstancia de que tres meses antes de la presentación de la demanda, el arrendador remitió burofax al arrendatario en el que le requirió el abono de las cantidades adeudadas. Tras la presentación de la demanda y antes de la celebración de la vista el demandado/arrendatario procedió a abonar el IBI y a consignar el resto de las cantidades reclamadas. La sentencia de la Primera Instancia declaró enervada la acción de desahucio. La Audiencia Provincial revoca la sentencia y estima la acción resolutoria. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—La Sentencia vuelve a pronunciarse sobre cómo ha de interpretarse el artículo 22.4 LEC en relación con los requisitos que ha de tener el requerimiento de pago para que el mismo impida la enervación de la acción en el juicio de desahucio. Las audiencias provinciales han interpretado dicho precepto de dos maneras diferentes: a) para algunas el precepto exige que la comunicación advierta que se da por resuelto el contrato de arrendamiento en el caso de no abonarse la cantidad reclamada debidamente especificada; y b) otras audiencias entienden que basta con el requerimiento de pago, sin advertir de consecuencias resolutorias y sin que sea necesario tampoco el anuncio de que no podrá enervar la acción de desahucio si no paga en el plazo preceptivo. El Tribunal Supremo reitera en esta sentencia que la interpretación correcta es la segunda como ya había manifestado en las SSTS de 28 de mayo y 23 de junio de 2014. Por lo tanto, se trata de una doctrina jurisprudencial consolidada. (C. O. M.)

15. Contrato de arrendamiento. Subarrendo de naves industriales. Extinción anticipada del contrato por voluntad del subarrendatario. Interpretación de las cláusulas del contrato. No es cláusula penal la que establece en los casos de resolución unilateral el pago de todas las cantidades correspondientes a rentas y gastos que se habrían devengado hasta la fecha de finalización del contrato.—No cabe entender que se haya moderado la cláusula penal, pues lo efectuado en la sentencia recurrida es interpretar las cláusulas contractuales, declarando que no es cláusula penal lo relativo al pago de las demás obligaciones económicas hasta el vencimiento definitivo del contrato. Por ello procede desestimar la pretensión principal del recurrente tendente a la estimación íntegra de la demanda, y sí estimar la petición subsidiaria en el sentido de que se condene a la demandada al abono tanto de las rentas que quedaran pendiente hasta la finalización del contrato así como a la cantidad a la que asciendan los consumos y gastos previstos en la cláusula contractual, cuya exacta cuantía podrá determinarse en un proceso posterior de acuerdo con lo establecido en el artículo 219 LEC y la jurisprudencia que lo interpreta (STS, Pleno, de 16 de enero de 2012, SSTS de 11 de julio y de 24 de octubre de 2012, SSTS de 9 de enero y de 28 de noviembre de 2013). (STS de 2 de diciembre de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La actora subarrendó a la demandada una nave industrial de la que la primera era arrendataria. El contrato se pactó en 2006 y debía durar hasta la finalización de 2013. Sin embargo, trascurridos los cuatro primeros años, la subarrendataria comunicó a la subarrendadora que no continuaría en el uso de la nave. Ésta última demandó reclamando como indemnización de daños y perjuicios, conforme a la correspondiente cláusula del contrato, la suma de las treinta y cinco mensualidades que restaban por cumplir así como el pago de veinticinco mil euros mensuales de gastos fijos por cada uno de esos meses. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda pero la Audiencia Provincial de Madrid revocó parcialmente la misma y condenó solo al pago de las rentas por los meses pendientes y desestimó la pretensión en lo relativo a los gastos, al considerar que no podía recaer condena toda vez que no se habían producido y no había manera de conocer exactamente el importe de los mismos hasta la finalización del contrato. El Tribunal Supremo da lugar a la casación y estima la pretensión de la actora en cuanto a la cuantía correspondiente a las rentas pendientes de devengo; y respecto de los gastos estima la pretensión subsidiaria de declarar el derecho de la subarrendadora a percibir los que se produzcan entre la fecha de extinción anticipada y la de terminación según el contrato, remitiendo a las partes a un nuevo procedimiento para su exacta y concreta determinación. (L. A. G. D.)

16. Consideración de los intereses como usuarios en el préstamo al consumo.—El interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor puede ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. En cambio, no cabe el control del carácter abusivo del tipo de interés remuneratorio, en tanto

que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia. Dicho requisito es fundamental, pues permite asegurar: 1) que la prestación del consentimiento se ha realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la concertación de la operación de crédito le supone; 2) que ha podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir, entre ellas, la que le resulta más favorable.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no exige que, para que un préstamo sea considerado usurario, concurren todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura. Por tanto, para que la operación crediticia pueda ser considerada usuraria, basta con que se den los requisitos previstos en el primer inciso del artículo 1 de la Ley, esto es, que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, sin que sea exigible que, acumuladamente, haya sido aceptado por el propietario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

Dado que, conforme al artículo 315.II CCO, se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor, el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados. Este extremo es imprescindible, aunque no suficiente por sí solo, para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente, pues no solo permite conocer de un modo más claro la carga onerosa que para el prestatario o acreditado supone realmente la operación, sino que además permite una comparación fiable con los préstamos ofertados por la competencia.

Por otro lado, el interés con el que ha de realizarse la comparación es el normal del dinero. No se trata, por tanto, de compararlo con el interés legal del dinero, sino con el interés normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia. Para establecer lo que se considera «interés normal» puede acudir a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro o cesiones temporales, entre otros).

Para que el préstamo pueda ser considerado usurario es necesario que, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. Generalmente, las circunstancias excepcionales que pueden justificar un tipo de interés anormalmente alto están relacionadas con el riesgo de la operación. Cuando el prestatario va a utilizar el dinero obtenido en el préstamo en una operación especialmente lucrativa pero de alto riesgo, está justificado que quien le financia, al igual que participa del riesgo, participe también de los altos beneficios esperados mediante la fijación de un interés notablemente superior al normal.

Ahora bien, el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo no puede justificar un tipo de interés desproporcionado en este tipo de operaciones. Muchos créditos son concedidos de

un modo ágil y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario. La concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico. (STS de 25 de noviembre de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—M concertó el 29 de junio de 2001 con BSH un contrato de préstamo personal *revolving* MBS, consistente en un contrato de crédito que le permitía hacer disposiciones mediante llamadas telefónicas o mediante el uso de una tarjeta expedida por BSH, hasta un límite de 3.000€, límite que, según se decía en el contrato, podría ser modificado por BSH. El tipo de interés remuneratorio fijado en el contrato era del 24,6% TAE, y el interés de demora, el resultante de incrementar el interés remuneratorio en 4,5 puntos porcentuales. Tras una disposición inicial de 1.800€, durante varios años, M estuvo realizando disposiciones a cargo de dicho crédito, cuyo saldo deudor superó ampliamente el límite inicialmente fijado. Mensualmente se le realizaba el cargo de una cuota, cuya cuantía se fue incrementando paulatinamente a medida que el importe de lo dispuesto aumentaba. También se le hacían cargos periódicos por intereses y prima de seguro, así como comisiones de disposición de efectivo por cajero y emisión y mantenimiento de tarjeta. En el año 2009 comenzó a devolver impagadas las cuotas mensuales que le fueron giradas, lo que motivó el devengo de comisiones por impago e intereses de demora.

En julio de 2011, BSH presentó una demanda de juicio ordinario contra M en reclamación de casi 13.000€, que comprendía, además del saldo de la cuenta de crédito, los intereses de demora devengados desde el cierre de la cuenta de crédito. Tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia Provincial rechazaron el carácter usurario de la operación de crédito, pues los intereses remuneratorios superaban apenas el doble del interés medio ordinario en las operaciones al consumo cuando se concertó el contrato. También rechazaron declarar abusivo el interés de demora, por considerar que el tipo previsto para el mismo no suponía un incremento excesivo respecto del fijado para los intereses remuneratorios en el contrato.

El demandado interpone recurso de casación, alegando el carácter usurario de la operación crediticia por el tipo de interés remuneratorio fijado y el carácter abusivo del interés de demora. El recurrente invoca como infringido el primer párrafo del artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura. Señala el Tribunal Supremo que, aunque en el caso objeto del recurso no se trataba propiamente de un contrato de préstamo, sino de un crédito al consumidor, le es de aplicación dicha ley, dado el tenor literal de su artículo 9. En el presente caso, entiende que la operación crediticia, por sus características, puede ser encuadrada en el ámbito del crédito al consumo.

Por otro lado, el Tribunal Supremo considera que se ha infringido el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura, por cuanto que la operación de crédito litigiosa debía considerarse usuraria,

pues concurren los dos requisitos legales mencionados en ese precepto. El Alto Tribunal señala que una diferencia de esa envergadura entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado permite considerar el interés estipulado como notablemente superior al normal del dinero. Además, la entidad financiera que concedió el crédito *revolving* no ha justificado la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés tan alto. En consecuencia, declara la nulidad radical y absoluta del crédito concedido por BSH. Por aplicación del artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida. Al haber abonado el demandado una cantidad superior a la recibida de la demandante, no procede el devengo de intereses de demora, motivo por el cual el Tribunal Supremo no entra a resolver el segundo motivo del recurso.

NOTA.—Sobre casos donde el interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato con consumidor es declarado abusivo por implicar una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor que no cumple con sus obligaciones, *vid.* SSTs de 22 de abril y de 8 de septiembre de 2015. Por otro lado, el Tribunal Supremo ha considerado la Ley de Represión de la Usura como un límite a la autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, aplicable a los préstamos. En este sentido, *vid.* SSTs de 18 de junio de 2012, de 22 de febrero de 2013 y de 2 de diciembre de 2014. En relación al ámbito de aplicación de esta norma, *vid.* SSTs de 18 de junio de 2012 y de 2 de diciembre de 2014. (*S. L. M.*)

17. Culpa extracontractual: Choque de vehículos después de reparación semafórica: Evolución de la doctrina del riesgo.—Don Pablo formuló demanda contra la Sociedad Eléctrica de Construcciones Eléctricas, y contra don Secundino, a los que reclamó el pago de 6.679, 28 euros, en ejercicio de la acción de responsabilidad por culpa o negligencia, porque circulando con su vehículo por la Avenida de España de Sevilla se detuvo ante un semáforo en rojo y continuó su marcha una vez se puso en verde, siendo alcanzado por otro vehículo estando también el semáforo en verde para él. En ese momento el Sr. Secundino estaba manipulando el grupo semafórico. La sentencia de 1.ª instancia desestimó la demanda respecto de don Secundino y la estimó respecto del otro codemandado, condenándole a pagar la suma reclamada. La sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial que estimó el recurso de la mercantil condenada porque considera que no es de aplicación la doctrina del riesgo y que la avería no se ha causado por un mantenimiento negligente de la empresa, pues «de hecho consta que la reparó y solo tras la actuación del mismo y tras funcionar unos minutos normalmente se produjo el fallo que dio lugar a este accidente. Si este fallo, como razona la sentencia y no se discute en esta alzada, no es imputable a que la reparación llevada a cabo por el empleado fuera defectuosa o poco diligente, no cabe hablar tampoco de negligencia de la empresa». Concluye diciendo que «tras una avería inicial el grupo semafórico simplemente se apagó, quedando desde ese momento a la responsabilidad del comportamiento adecuado del cruce en mano de los conductores [...] el mal funcionamiento peligroso, consistente en que dos semáforos incompatibles se pusieron al mismo tiempo en verde confundiendo a los

conductores, que tuvo lugar tras la intervención del operario, cuya negligencia descarta la sentencia». Don Pablo formula recurso de casación por interés casacional articulado en dos motivos, el primero por oposición a la jurisprudencia de esta Sala por infracción de los artículos 1089, 1104 y 1902 CC, en concepto de interpretación errónea de la doctrina sobre responsabilidad por riesgo que presupone la presunción de culpa y la inversión de la carga de la prueba; y el segundo por la existencia de jurisprudencia contradictoria en las Audiencias Provinciales sobre la misma cuestión.

La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC, y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La aplicación de la doctrina del riesgo, cuya entidad está en consonancia con la importancia de los daños que pueden ocasionarse, se traduce en una acentuación de la diligencia exigible para adoptar las medidas que eviten los accidentes con consecuencias dañosas para las personas o las cosas, en una posición procesal más gravosa en el ámbito probatorio y una cierta presunción de culpabilidad o reproche culpabilístico, que facilitan las reclamaciones de los perjudicados debilitando la respuesta exculpatoria de la entidad titular del servicio (STS de 28 julio de 2008).

En el caso examinado, la existencia de una responsabilidad nacida del riesgo creado no puede ser acogida fundándose en la evolución de la jurisprudencia de esta Sala dirigida a objetivar la responsabilidad corrigiendo «el excesivo subjetivismo con que venía aplicándose el artículo 1902». La responsabilidad de tipo subjetivo es el sistema común de responsabilidad. Se requiere la concurrencia del elemento subjetivo de culpa, o lo que se ha venido llamando un reproche culpabilístico, que sigue siendo básico en nuestro ordenamiento, a tenor del artículo 1902, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen legalmente previstas en la ley (SSTS de 3 de abril de 2006 y de 23 de mayo de 2008), tras considerar probado el cumplimiento de los requisitos exigidos por el mismo de daño, culpa y relación de causalidad.

Sí puede ser estimada esta responsabilidad como infracción de la doctrina de esta Sala a partir del riesgo creado mediante la manipulación de unas señales semafóricas sin adoptar las precauciones necesarias a dicha actividad, pues riesgo hay en el movimiento de coches y personas sin el adecuado control de las mismas, como hay el consiguiente reproche culpabilístico cuando dos semáforos incompatibles se ponen al mismo tiempo en verde tras la intervención del operario. Se estima el recurso de casación y, asumiendo la instancia, se desestima el recurso de apelación formulado por la Sociedad Ibérica de Construcciones Eléctricas SA, ratificándose la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. (STS de 22 de septiembre de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Sentencia merecedora de aprobación, sobre todo si se repasa el argumento utilizado por la Audiencia Provincial al resolver la apelación. En efecto, afirma como hecho probado en la instancia que «tras una avería inicial el grupo semafórico simplemente se apagó, quedando desde ese momento a la responsabilidad del comportamiento adecuado del cruce en mano el mal funcionamiento peligroso, consistente en que dos semáforos incompatibles se pusieron al mismo tiempo en verde confundiendo a los conductores». Descartada la responsabilidad del empleado que trató de repa-

rar la primera avería (a quien nada se le reprocha por haber dejado, al finalizar la reparación, el sistema en funcionamiento), el problema surge con el segundo apagón del sistema que deja en situación de riesgo inminente y grave a los usuarios. Es evidentemente responsable la empresa que tiene a su cargo el buen funcionamiento del sistema semafórico. (G. G. C.)

18. Culpa extracontractual: Incendio declarado en parking: Hecho de la circulación.—El pleito tiene su origen en el siniestro ocurrido el 22 de junio de 2008, cuando sobre las 18,30 horas se originó un incendio en un parking a la intemperie, situado en el polígono industrial La Redonda de El Egido, propiedad de BG Parking La Redonda SL, que tenía un seguro con la aseguradora Generali, a consecuencia del cual resultaron afectadas nueve cabezas tractoras de camión y sus respectivos remolques que se encontraban estacionados en el mencionado parking, así como un invernadero próximo. Como consecuencia de ello, bien los propietarios de los camiones afectados o bien las compañías de seguros por subrogación, presentaron demandas reclamando el importe de los daños sufridos, y las presentaron frente a D. Gonzalo, propietario del camión con remolque, que se encontraba estacionado y que según se dice fue el origen del incendio, y frente a su aseguradora REALE, y algunas demandas se dirigieron también frente a la titular del parking, GB Parking La Redonda, y su aseguradora, Generali. La sentencia en primera instancia condena en lo sustancial a las demandadas en solidaridad, cada una en el entorno de su responsabilidad, al abono de las cantidades reclamadas, al pago de los intereses y costas. Interpusieron recurso de apelación la titular de Parking y su aseguradora, así como la aseguradora del camión REALE. La Audiencia Provincial estima parcialmente los recursos de apelación interpuestos, manteniendo la responsabilidad de REALE como aseguradora del camión por considerar el siniestro hecho de la circulación. El recurso de casación se formula al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.3 Lec, basado en el motivo único por infracción, inaplicación o errónea interpretación con oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo mantenida en sentencias de 10 de octubre de 2000, de 4 de julio de 2002, de 29 de noviembre de 2007, de 2 de diciembre de 2008 y de 6 de febrero de 2012, que permiten afirmar que cuando el vehículo está estacionado de forma permanente (no parado en ruta), en reposo, sin conexión o puesta en marcha de sus mecanismos, no deben entenderse los daños causados como hecho de la circulación con cobertura del seguro obligatorio. Así se sostiene que el vehículo asegurado por REALE se hallaba definitivamente fuera de la circulación porque su parada era de manera permanente en su lugar de estacionamiento habitual, y pasaron aproximadamente 24 horas entre el estacionamiento y el incendio, lo que hace inviable su calificación como hecho de la circulación con cobertura del seguro obligatorio. Pero el recurrente pretende hacer supuesto de la cuestión, modificando los hechos declarados probados sin impugnarlos, por la vía adecuada que es el recurso extraordinario por infracción procesal.

La sentencia 816/2011, de 6 de febrero de 2012, recurso 977/2008, declaró que la duda que pudiera subsistir tras la lectura de la normativa que permite compatibilizar la situación de aparcamiento o estacionamiento del vehículo con el concepto de hecho de la circulación se resuelve acudiendo a las previsiones del RD-ley 339/1990, de 2 de marzo, que aprueba el Texto

Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial, habida cuenta que la situación de aparcamiento o estacionamiento está expresamente regulada en la sec. 7.^a, Cap. II, Tít. II, arts. 38 ss. En virtud de los razonamientos expuestos resulta razonable concluir que el estacionamiento o aparcamiento de un vehículo merece la consideración de hecho de la circulación por extenderse esta situación a cualquiera que derive del uso del vehículo.

En el mismo sentido y en interpretación flexible de lo que se considera *hecho de la circulación*, debemos citar la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, Sala tercera, de 4 de septiembre de 2014, que declara: *Debe interpretarse en el sentido de que en el concepto de «circulación de vehículos» se incluye la utilización de un vehículo que es conforme con la función habitual de dicho vehículo. Así pues, puede estar comprendida en ese concepto la maniobra de un tractor en una empresa para situar en el patio de una granja el remolque del que está dotado ese tractor, extremo que corresponde al órgano jurisdiccional competente comprobar.*

De esta doctrina, ya iniciada en la sentencia de esta Sala de 2 de diciembre de 2008, y ratificada recientemente en la de 1 de julio de 2015, rec. 484 de 2013, se deduce que la parada o estacionamiento relacionados con los periodos de descanso del conductor están integrados dentro del concepto «hecho de la circulación», por lo que procede desestimar el recurso interpuesto. **(STS de 19 de octubre de 2015;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

NOTA.—Hay un voto particular del Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller, propugnando la estimación del recurso. (G. G. C.)

19. Culpa extracontractual: Accidente de circulación: Prescripción: Dies a quo.—Consta acreditado y no contradicho que el recurrente, el Sr. Antonio, nacido en 1945, peón de albañil, circulaba el 15 de mayo de 2007 en el turismo de su propiedad para dirigirse a su lugar de trabajo cuando colisionó con otro vehículo asegurado en MAPFRE. Se incoó juicio de faltas que terminó por sentencia absolutoria, dictándose auto de cuantía máxima el 15 de mayo de 2008. Se tramitó expediente administrativo que terminó con declaración de incapacidad permanente total, derivada de enfermedad común, por resolución del INSS de 21 de febrero de 2008. El Sr. Antonio la impugnó ante la jurisdicción social, siéndole desestimada la demanda en primera instancia y estimándose el de suplicación ante la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, la que dictó la sentencia de 22 de julio de 2010, declarando que la incapacidad permanente total era de carácter profesional, al concurrir tras un accidente *in itinere*, por lo que se calificaba de accidente de trabajo y descartaba que la existencia de padecimientos previos impidiesen esa calificación dada la naturaleza de los mismos. Con fecha 28 de abril de 2011, se presentó la demanda que da lugar al presente procedimiento, reclamando la suma de 98.485, 30 euros. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron, respectivamente, la demanda y el recurso de apelación, al apreciar la excepción de prescripción. La Audiencia Provincial entendió que no era preciso aguardar a la resolución de la jurisdicción civil, pues la calificación o no como accidente no tenía influencia en la baremación de daños y perjuicios, por lo que aprecia la excepción de prescripción. El recurso de casación se

interpone por un motivo único: infracción del artículo 1968.2 CC en relación con el artículo 1969 y la doctrina jurisprudencial que la interpreta. Dicho motivo es estimado.

La sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial dado que la *firmeza* de la declaración administrativa de incapacidad era precisa para la exacta determinación de las consecuencias lesivas en orden a la baremación de las mismas, no habiendo quedado cerrado el tema tras la resolución citada del INSS de 21 de febrero de 2008. Se ratifica la doctrina jurisprudencial emanada, entre otras, de las SSTs de 2 de julio de 2008 y de 20 de septiembre de 2011, en el sentido de que para el inicio del cómputo de la acción destinada a reclamar una indemnización de daños y perjuicios, en su caso, habrá de estarse a la firmeza de la declaración administrativa de incapacidad, momento desde el que el perjudicado conoce con exactitud las consecuencias de sus secuelas.

Devolución de las actuaciones al Tribunal de apelación.—La estimación del recurso comporta, conforme al artículo 487.2 LEC, la casación total de la sentencia impugnada y la devolución de las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por prescrita, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas, solución que también adoptaron las SSTs de 7 de octubre de 2009 y de 24 y 25 de mayo de 2010.

Se ratifica como doctrina jurisprudencial, que para el inicio del cómputo de la acción destinada a reclamar una indemnización de daños y perjuicios, en su caso, se habrá de estar a la firmeza de la declaración administrativa de incapacidad, momento desde el que el perjudicado conoce con exactitud las consecuencias de sus secuelas. (**STS de 30 noviembre 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Arroyo Fiestas.]. (*G. G. C.*)

20. Doctrina del riesgo como criterio de responsabilidad extracontractual aplicado a terceros ajenos a la actividad laboral.—La doctrina del riesgo no se aplica a las actividades laborales con carácter general, únicamente se aplica a las actividades que comportan riesgos de evidente magnitud. La aplicación de la doctrina del riesgo es admisible, por tanto, cuando se hace en favor de terceros que no forman parte de la actividad laboral y no de los propios trabajadores, que son sujetos integrantes de la actividad económica o industrial y que de ella obtienen utilidad o beneficio.

Culpa y doctrina del riesgo.—La aplicación de la doctrina del riesgo trae consigo una acentuación de la diligencia exigible que obliga a adoptar medidas tendentes a evitar accidentes con consecuencias dañosas para las personas o las cosas. Así, la responsabilidad no descansa únicamente en el riesgo creado por la realización de una actividad, sino que se asienta también en la omisión de la diligencia exigible en atención a un riesgo previsible. La doctrina del riesgo encierra, en consecuencia, una cierta presunción de culpabilidad o reproche culpabilísimo, que facilita las reclamaciones de los perjudicados. La concurrencia del elemento subjetivo de culpa continúa siendo relevante en el sistema español de responsabilidad civil extracontractual (art. 1.902 CC). (**STS de 3 de diciembre de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Un grupo de perjudicados interpuso acción de responsabilidad extracontractual derivada de los daños ocasionados a trabajadores y familiares de los mismos producidos por el amianto,

material empleado por las sociedades demandadas, Uralita S. A., y Uralita Sistemas de Tuberías S. A.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron la demanda y condenaron a las sociedades demandadas al pago de distintas cantidades a aquellos demandantes cuyas acciones no se encontraban prescritas.

Las sociedades demandadas interpusieron sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal denunciando infracción del artículo 1.902 CC, en cuanto a la aplicación del principio de responsabilidad por culpa al caso objeto del litigio.

NOTA.—La sentencia objeto de extracto afirma que, desde el punto de vista civil, no se trata de determinar si la empresa demandada cumplió o no con la normativa laboral de prevención de riesgos por manipulación de asbesto o amianto, sino si ésta actuó frente a terceros en atención a la diligencia que le es exigible. No obstante, un análisis del caso, por parte de la Sala 1.^a, desde el punto de vista de la doctrina del fin de protección de la norma como criterio de imputación objetiva —en este caso las normas de prevención de riesgos laborales— habría resultado interesante. (*vide* PANTALEÓN, F., «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación» en VV.AA., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Vol. 2, pp. 1561-1592). Quizás el resultado al que se habría llegado no habría diferido en exceso del alcanzado por la Sala 1.^a Si se admite que hoy las medidas de seguridad inherentes a la normativa de protección de riesgos laborales tratan de proteger también riesgos evitables para quien, por razón de convivencia, está en contacto con materiales peligrosos a los trabajadores se exponen, el resultado dañoso caería dentro del fin de protección de la norma. (A. I. R. A.)

21. Responsabilidad médica: acción ejercitada por mutualista, funcionario del Estado. Prescripción anual.—La representación procesal de D. Lorenzo, invocando los artículos 1101 y 1902 CC, ejercitó acción de responsabilidad contractual, frente a la Compañía aseguradora DKV a fin de ser indemnizado por el fallecimiento de su hijo, el niño Vidal, consecuencia de la negligencia médica del servicio de urgencias del Hospital Modelo de La Coruña. El actor era mutualista o beneficiario de MUFACE y en su condición de tal optó por recibir la prestación de asistencia sanitaria de una de las entidades privadas que se le ofrecían, que en el caso fue DKV Seguros. La aseguradora demandada, sin perjuicio de oponerse al fondo de la cuestión, alegó con carácter previo la excepción de prescripción en atención a que la acción que se ejercitaba tendría como fundamento la responsabilidad extracontractual, y cuando medió reclamación por primera vez había transcurrido más de un año desde el fallecimiento del niño, que tuvo lugar el 21 de abril de 2007.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Zaragoza dictó la sentencia de 3 de diciembre de 2012, estimando la excepción de prescripción con la siguiente motivación: (i) El régimen de Seguridad Social de los funcionarios públicos es un régimen que tiene como uno de los mecanismos de cobertura el Mutualismo Administrativo gestionado por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado regulado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes sobre

Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, previendo el artículo 17.1 las modalidades de asistencia necesaria, entre las que se encuentra el régimen de conciertos con otras entidades o establecimientos públicos o privados. (ii) Estos conciertos, de acuerdo con lo establecido en la DA 23 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, tienen la naturaleza de contratos de gestión de servicio público regulándose por la normativa especial de cada mutualidad y, en todo lo no previsto por la misma, por la legislación de contratos de sector público. (iii) Quiere ello decir que entre el mutualista y la entidad sanitaria no media relación contractual. (iv) La relación contractual de naturaleza administrativa se establece entre la mutualidad y la entidad. (v) Por ello la acción en virtud de la cual un mutualista o beneficiario reclama frente a la entidad tiene naturaleza extracontractual, bien al amparo del artículo 1902, por la responsabilidad por hecho propio, bien al amparo del artículo 1903 CC por el hecho ajeno. (vi) Siendo esa la acción ejercitada, sujeta al plazo de prescripción de un año, y habiendo transcurrido con exceso el mismo al formularse la primera reclamación, es por lo que se estima la excepción alegada de contrario.

Interpuesto recurso de apelación fue desestimado por SAP, de 13 de marzo de 2013, de la Sección 5.ª de Zaragoza, con la siguiente argumentación: (i) No se trata de un contrato de seguro de prestación de asistencia médica entre un particular y una aseguradora, sino de la relación entre un afiliado a una mutualidad de naturaleza pública (MUFACE) y la entidad privada concertada con ésta para la prestación de asistencia sanitaria. (ii) Aunque la actora tenía la facultad de elegir anualmente entidad de prestación de asistencia sanitaria, de entre las concertadas, e incluso de elegir entre los centros y cuadros médicos de la misma, ello no le confiere a la relación naturaleza contractual ni con la entidad ni con el médico. (iii) El título del afiliado a la mutualidad proviene de una relación de derecho público, cual es su afiliación dada su condición de funcionario del Estado; por lo que su relación con el facultativo que le atiende o con la entidad que presta su asistencia a través de este no puede asimilarse a la contractual sino a la extracontractual. El recurso de casación considera infringidos los artículos 25 y 28 de la LGDCU de 1984, los artículos 1101 y 1964 CC, y la DA 23.ª de la Ley 30/2007, solicitando la unificación de la doctrina jurisprudencial en la materia, pues existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

La sentencia en el FD 3.º, bajo el epígrafe *Decisión de la Sala*, no solo transcribe literalmente y actualiza algunos de los textos citados expresamente en las sentencias de instancia (así los arts. 17 del Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 4/2000, 77 y 151 del RD 375/2003, de 28 marzo, y la DA núm. 23, ahora DA núm. 20 después del RD Legislativo 3/2011, de 14 noviembre, del TR de la Ley de Contratos del Sector Público), sino que a lo largo de los once apartados, sistemáticamente estructurados, del FD 3.º efectúa una profunda incursión en el dominio jurídico administrativo, con mención incluso de la jurisprudencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, argumentación que se califica de «hecha en términos contundentes» (núm. 9), sin dejar de reconocer «dificultades conceptuales» singularmente para diferenciar la responsabilidad contractual de la extracontractual (núm. 11).

A la fecha del supuesto de hecho que se enjuicia, el Concierto vigente de MUFACE con entidades de Seguro para la asistencia sanitaria en territorio nacional a mutualistas y beneficiarios de la Mutualidad para el año 2007 era el contenido en la Resolución de 22 de diciembre de 2006 del Ministerio de Administraciones públicas, en la que se hace constar que el acuerdo es en

aplicación de la legislación antes mencionada. En concreto, la naturaleza y régimen del concierto y de las relaciones en él basadas se prevé y recoge en la cláusula 5, distinguiendo: A) Las relaciones entre MUFACE y la Entidad, con motivo del cumplimiento de los derechos y obligaciones que constituyen los respectivos objetos del concierto, y B) Las relaciones entre los beneficiarios y la Entidad con motivo del cumplimiento por la misma de las obligaciones señaladas en el párrafo precedente. La relación contractual administrativa se establece entre MUFACE y la Entidad, pero no con los facultativos o centros de ésta. Se configuran como relaciones autónomas entre las partes las relaciones asistenciales entre los beneficiarios y los facultativos o centros de la Entidad de los que recaben y reciben su asistencia, expresándose que tales relaciones tendrán la naturaleza que, con arreglo a derecho, corresponda a su contenido, y que el conocimiento y decisión de las cuestiones que puedan surgir en las mismas serán competencia de la jurisdicción civil o, en su caso, de la penal.

Que se configuren como autónomas las relaciones de los beneficiarios con los facultativos o centros de la Entidad que ha celebrado el concierto con la Mutualidad, sin suponer relación de ésta con aquellos, no empece a que se haya de convenir que aquellas relaciones traen causa del contrato de servicio público celebrado entre la Mutualidad y la Entidad, previéndose en su normativa, entre las obligaciones del contratista, la de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración (art. 280 letra c del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), pues se trata de un contrato en el que la Administración contratante encomienda a un contratista la gestión de un servicio de su competencia. Corolario es que entre el mutualista y la entidad sanitaria no media relación contractual. La relación contractual, como contrato de gestión de servicio público, se establece entre la Mutualidad y la entidad sanitaria. En consecuencia, se debe concluir que la relación entre los afiliados o beneficiarios de la Mutualidad y la Entidad concertada con esta es de naturaleza extracontractual.

Aunque la Sala 1.^a del Tribunal Supremo no haya abordado la cuestión en unos términos tan contundentes como los aquí planteados, existen precedentes de los que se puede inferir la naturaleza extracontractual de la relación entre el mutualista y la entidad que por concierto presta asistencia sanitaria (así en las SSTS de 24 de octubre de 2011 y 11 de abril de 2013). Pero por tratarse precisamente de la excepción de prescripción de la acción, es la STS de 20 junio de 2006 más esclarecedora en sentido negativo pues en el caso existió un vínculo contractual ya que la operación en cuestión no estaba cubierta por ISFAS y, por tanto, se tuvo que llevar a cabo por una relación contractual entre la paciente y la Policlínica. En la STS de 24 de mayo de 2001 se abordó la naturaleza contractual o no, precisamente a efectos del plazo de prescripción, afirmando que (...) de un lado, la inmensa mayoría de las sentencias de esta Sala que estudian la prescripción en casos semejantes al presente lo hacen dado por supuesto que el plazo a considerar es el de un año del artículo 1968-2.º CC; y de otro, que resulta difícil sostener esa naturaleza contractual o análoga a la contractual desde la configuración constitucional de la SS como un régimen que los poderes públicos tienen que mantener para garantizar a todos los ciudadanos la asistencia y prestaciones sociales suficientes (art. 41 CE), lo que convierte a la Seguridad Social en una función del Estado y a su régimen en un régimen legal y público según

la doctrina del TC (SSTC 65/87 y 37/94, que a su vez citan otras anteriores). Precisamente estas razones justificaron el voto particular discrepante a la citada sentencia de 30 de diciembre de 1999. Con posterioridad esta Sala ha dictado la STS de 12 de febrero de 2000 considerando «incontestable» la prescripción de un año por constituir en el caso la relación del enfermo con el Servicio Andaluz de Salud una «relación jurídico-pública (...) distinta en su conformación técnica de la genuina contractual.» Esta doctrina sería extrapolable al supuesto enjuiciado si el Mutualismo Administrativo asume la prestación sanitaria con el mismo alcance y contenido que el sistema de la Seguridad Social, con las singularidades ya expuestas.

Es cierto que, a efectos de prescripción, tradicionalmente hemos venido distinguiendo en la jurisdicción civil entre acción de naturaleza contractual o extracontractual, sin que tales términos los recoja tal cual el artículo 1964 ni el 1968.2, ambos del Código Civil; lo que a veces, como en el presente supuesto, ofrece dificultades conceptuales a la hora de calificar la relación que une al que ejercita la acción con la parte demandada. Por ello, lo que debe destacarse es que la acción del mutualista contra la Entidad concertada o contra los centros o facultativos del cuadro médico de la misma no nace de una relación personal contractual entre ambos, sino del compromiso contraído por la entidad con la Mutualidad con la que ha celebrado el concierto como contrato de servicio público, con obligación, merced a la Ley que los regula, de no causar daños a terceros como consecuencia del desarrollo del servicio. Por tanto, si el daño tiene lugar y el tercero beneficiario del servicio pero que no ha sido parte en el contrato de naturaleza administrativa, ejercita acción para el resarcimiento de daño sufrido, tal acción tiene su encaje en el artículo 1902 CC y, por ende, el plazo de prescripción será el de un año.

Consecuencia de todo lo expuesto es la desestimación del motivo, fijando la Sala como doctrina que *la acción que ejercite el mutualista funcionario civil del Estado contra la Entidad con la que haya concertado su Mutualidad la prestación de asistencia sanitaria, a fin de reclamar aquel daño sufrido por la prestación del servicio, tiene como plazo de prescripción el de un año.* (STS de 13 de octubre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

NOTA.—Tema extraordinariamente complejo por la indudable presencia determinante, y obvia conmixión del *Ius publicum-Ius privatum*, actualmente originadora de evidentes y cuantiosas consecuencias económicas, que afectan a parte de funcionarios públicos, pero carente, hasta ahora, de una diáfana doctrina jurisprudencial civil. La Sala 1.^a en pleno ha tratado de resolverlo de modo claro, inequívoco y «contundente», según manifiesta la propia resolución y se desprende de los términos en que aparece redactada. (G. G. C.)

DERECHOS REALES

22. Usucapión. Finca afectada por vía pecuaria: aplicación del artículo 2 del Decreto de 23 de diciembre 1944, que deroga expresamente el Real Decreto de 1924, y contiene una regulación completa.—El Decreto de 1944 no establece plazo diferente de posesión para la prescripción de las vías pecuarias, por lo que resultan de aplicación las normas del

Código Civil. En consecuencia, la propia aplicación del artículo 1938 CC determina, en ausencia de normas más específicas, la aplicación de las del Código.

La reclamación no interrumpe la posesión apta para usucapir.—En esta materia no es aplicable el artículo 1973 CC, propio de la prescripción extintiva (STS de 20 de septiembre de 1984). Para que se produzca la interrupción de la prescripción del dominio se ha de producir alguna de las formas previstas en los artículos 1943 a 1948 CC.

La incorporación de posesiones a efectos de usucapión.—No cabe que únicamente se pueda unir al tiempo de posesión propia a efectos de usucapión aquel en que hubiera poseído el causante inmediato y no otros anteriores, interpretación que en forma alguna puede ser aceptada, pues la propia literalidad y finalidad del artículo 1960, regla 1.ª, CC lleva a considerar que cabe sumar el tiempo de posesión de los sucesivos poseedores siempre que hubiera concurrido en ella los requisitos exigidos para generar la prescripción adquisitiva. (STS de 9 de diciembre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La actora fundaba su pretensión, contra la Comunidad de Madrid y los vendedores de la finca litigiosa, en el hecho de que ésta nunca había sido objeto de afectación como vía pecuaria, por no haber sido deslindada ni presentar signos externos de tal afectación, habiendo realizado la propia Administración actos contrarios a la misma, siendo así que en todo caso se habría producido una desafectación tácita. También fue demandado el Ayuntamiento de San Agustín de Guadalix, el cual había vendido a particulares (causantes de la demandante) la expresada finca en pública subasta. Subsidiariamente, solicitaba la demandante que, para el caso de que no se estimara la acción principal, se declarase la nulidad de todos los contratos de compraventa celebrados hasta el de su adquisición con las correspondientes restituciones.

El juzgado estimó la demanda. Su sentencia fue confirmada por la audiencia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

NOTA.—El artículo 1938 CC tiene por objeto convertir la regulación del Código, en el Título XVIII del Libro IV, en regulación del Derecho común de la prescripción. Por consiguiente, son aplicables, con preferencia al mismo, las disposiciones del propio Código en que se contengan normas sobre prescripción y caducidad, tanto en lo referente a los plazos, como en lo relativo al modo de computarlos y al resto de la regulación que pueda ser especial. Véase, Díez-PICAZO, L., en *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia (Madrid 1993) p. 2093. (I. D.—L.)

23. Enriquecimiento injusto y posesión de buena fe.—La interposición de una demanda ejercitando acción declarativa del dominio frente al poseedor (a título de dueño) determina el cese de la posesión de buena fe (art. 435 CC), por cuanto genera una seria incertidumbre en aquel poseedor que le obliga a desplegar una diligencia máxima a efectos de comprobar la licitud de su estado posesorio. La posesión de buena fe desaparece desde el momento en que la cuestión adquiere estado judicial, de tal forma que el

poseedor que resulta vencido en juicio no puede –desde el momento en que se produjo su intimación mediante demanda– alegar su buena fe en perjuicio del demandante con vistas a hacer suyos los frutos contemplados en el artículo 451 CC que se hubieran producido hasta la sentencia (**STS de 18 de septiembre de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.–D. Aureliano interpone demanda contra D. Darío en ejercicio de acción por enriquecimiento injusto. La acción se fundamentaba en que, en un proceso anterior derivado de una acción declarativa del dominio ejercitada por D. Aureliano, había quedado acreditado el dominio de la finca por parte de este. La Sentencia afirmaba también que D. Darío se había enriquecido injustamente con la percepción de las rentas obtenidas por la cesión en arrendamiento del inmueble desde agosto de 2004 hasta la fecha en que se dictó la sentencia que declaró el dominio de D. Aureliano. D. Darío se opuso a la acción de enriquecimiento injusto y alegó que no había existido tal enriquecimiento, ya que hasta la fecha de firmeza de la sentencia anterior estuvo poseyendo la finca de buena fe.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, porque consideró que el demandado habría venido poseyendo de buena fe la finca desde su adquisición hasta el requerimiento notarial efectuado por D. Aureliano para que cesase en la ocupación irregular del inmueble.

D. Darío recurrió este pronunciamiento en apelación. La Audiencia Provincial estimó el recurso por entender que no había existido posesión de mala fe en ningún momento, ni siquiera desde el requerimiento notarial. A juicio de la Audiencia, ante el requerimiento, D. Darío reaccionó automáticamente enviando a D. Aureliano un burofax en donde indicaba que era el legítimo propietario de la parcela en virtud de escritura de compraventa. Consideraba la Audiencia igualmente que el caso no contenía ninguna circunstancia que permitiese confirmar que hubo un «antes y un después» respecto de la posesión de D. Darío que desvirtuase la presunción favorable a la buena fe del artículo 434 CC.

D. Aureliano interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal frente al fallo de la Audiencia. (A. I. R. A.)

DERECHO DE FAMILIA

24. Unión de hecho: Orden de protección por malos tratos: atribución de la guarda y custodia a la madre: Derecho de visitas restringido a favor del padre: Interés del menor.–Consta M.^a Inés y don Jerónimo mantuvieron una relación como pareja de hecho, de la que nacieron Zulima (en 2006) y Brígida (en 2007). El 16 de mayo de 2012 doña M.^a Inés interpuso denuncia por malos tratos contra D. Jerónimo, en base a la que se dictó orden de protección. El Juzgado de Violencia contra la mujer estimó parcialmente la demanda, atribuyendo a la madre la guarda y custodia de las dos hijas menores, estableciendo un régimen de visitas a favor del padre, con carácter restringido hasta el 15 de enero de 2014 y normalizado desde dicha fecha, fijándose las entregas en el punto de encuentro familiar,

mientras persistieran las medidas de alejamiento, fijando una pensión alimenticia de 200 euros para ambas hijas. El Ministerio Fiscal se opuso al recurso de apelación interpuesto por la madre, que fue desestimado por la Audiencia Provincial. El Ministerio Fiscal ante esta Sala, se adhirió parcialmente al primer motivo, e íntegramente al segundo de los motivos de casación.

Según Informes del Punto de Encuentro Familiar, consta el progreso de las relaciones paterno-filiales en las visitas. Así como la conveniencia del contacto con el padre, si bien, en principio, con carácter más restringido, según informe de psicóloga y trabajadora social. En la sentencia recurrida se efectúa una pormenorizada valoración de las pruebas, teniendo como norte el interés de los menores, contando con apoyo técnico suficiente de profesionales especializados que hacen el seguimiento de los menores, las que con una prudente actitud propusieron y se aprobó judicialmente un sistema de visitas restringido, para luego ampliarlo en beneficio de los menores. Contrariamente tanto la recurrente como el Ministerio Fiscal, en sede de casación, proponen que se mantenga el sistema restrictivo, sin que este último determine el tiempo de duración del mismo. Sin embargo de los informes del Punto de Encuentro se aprecia una normalización de las relaciones de las hijas con el padre. Por otro lado, habiendo terminado el sistema restrictivo el 15 de enero de 2014, no consta que a partir de dicha fecha hayan surgido conflictos o incidencias que aconsejen retomar o mantener el sistema de visitas restringido. Es de resaltar que ni el Juzgado de Violencia de Género suspendió el sistema de visitas del padre, en fechas inmediatas al hecho delictivo, de lo que se deduce que, en este caso concreto, no constan datos suficientes para entender que un sistema normalizado de visitas pueda generar un situación de riesgo o perjuicio a las menores, por lo que el interés de éstas queda amparada por lo acordado en la resolución recurrida. En base a ello, carece de interés casacional la cuestión planteada al no infringirse lo acordado en la doctrina jurisprudencial pertinente.

Desproporción a la hora de fijar la pensión alimenticia a favor de las hijas.—Plantea la recurrente y el Ministerio Fiscal que se adhiere, desproporción a la hora de fijar la pensión alimenticia a favor de las hijas, pues la esposa debe hacer frente al 71,43% del préstamo hipotecario. Pero analizando la resolución recurrida se observa: (i) El salario del demandado es de 1038,47 euros mensuales como Vigilante jurado; (ii) Gasta en alquiler 500 euros mensuales; (iii) Abona 200 euros mensuales de pensión de alimentos a las dos hijas; y (iv) Afronta el pago de la parte correspondiente de hipoteca. En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, asumida por la Audiencia Provincial, se tiene en cuenta que la esposa es propietaria del 71,43 de la vivienda familiar, por lo que su repercusión en el pago del préstamo hipotecario se ha tenido en cuenta, como también que continúa residiendo en la vivienda familiar mientras que el padre de las menores vive en régimen de alquiler. A la vista de ello no es posible incrementar la pensión alimenticia de las hijas menores, al no apreciarse desproporción alguna, dados los escasos e insuficientes ingresos que restan al demandado tras afrontar la pensión alimenticia, la parte proporcional de hipoteca y gastos de arrendamiento, por todo ello debe rechazarse la infracción de los artículos 142, 145 y 146 CC (interpretados por esta Sala en sentencia de 10 de julio de 2015). (**STS de 27 de octubre de 2015**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]. (*G. G. C.*)

25. Equiparación de la comunidad postganancial a la comunidad hereditaria.—El Tribunal Supremo declara en esta sentencia que, a efectos de determinar el goce y disfrute de una cosa común integrada en una comunidad postganancial, se deben aplicar las normas de la comunidad hereditaria. Estas reglas, en defecto de la voluntad del testador, acuerdo de los coherederos o reglas especiales, serán las normas de la comunidad de bienes (arts. 394 y ss. CC). Según este primer artículo del régimen de la comunidad, cada coheredero tiene la facultad de servirse de las cosas comunes. Se contempla, pues, un uso solidario de la cosa común por todos ellos. Ahora bien, si se plantean problemas, habrá que atender a la proporción de la cuota de cada uno.

Uso de la vivienda habitual por parte de los comuneros.—No obstante lo anterior, cabe la posibilidad de que se planteen situaciones peculiares, como el uso y disfrute de una vivienda indivisible. En este caso, es imposible aplicar la regla del uso y disfrute solidario del bien por todos los copartícipes, pues podría derivar en un conflicto permanente. En estos supuestos, cabe, más bien, recurrir a un uso exclusivo sucesivo y cronológico de la vivienda por cada uno de los comuneros. Así, la regla de la solidaridad y la simultaneidad puede atemperarse conforme a las circunstancias personales y materiales que concurren. (STS de 9 de diciembre de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—H, C y J ejercitaron acción sobre la regulación del uso de una vivienda común entre comuneros contra S. Dicho bien perteneció a N y V por mitades iguales. En cuanto a la mitad que perteneció en su momento a N, ya fallecido, quedaron como herederos sus sobrinos C, J, y S, con una cuota de 16.67%. En cuanto a la mitad de V, también fallecido, la herencia sigue sin dividirse, instituyéndose una comunidad de bienes entre los hijos del fallecido (J, S y C) y su mujer (N), quien no solo tendría el usufructo sobre la herencia de V, sino también sería propietaria de parte de la vivienda, al aplicarse el Fuero de Baylio y ser gananciales todos los bienes que traigan al matrimonio. Se solicitaba el reparto del uso de la casa familiar, por turnos alternos y sucesivos, fijados por un sorteo único con efectos recurrentes, en igualdad de condiciones para los hermanos, a partir del que escoja la madre, por su mejor derecho y obligación moral del resto, según los días imputables al coeficiente de titularidad de cada comunero. Se establecía igualmente una indemnización disuasoria por día de incumplimiento en la desocupación que evitara o desalentara la litigiosidad indeseable. Igualmente, se señala que los gastos y consumos anuales del inmueble deben ser asumidos según el coeficiente de uso. Según la parte actora, H tendría sobre esa mitad indivisa el 25% por su participación en la comunidad postganancial, más la que le corresponde en la comunidad hereditaria por testamento. La demandada se opuso y formuló reconvencción, postulando la división de la casa litigiosa. Según la demandada, su cuota solo sería del 25% en caso de aplicar el Fuero de Baylio o del 33,33% en caso de aplicar el Código Civil.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, si bien modulando y variando alguna de las pretensiones. Se acuerda el reparto del uso de la casa familiar por turnos alternos y sucesivos, en la medida en que se trata de una vivienda indivisible, siendo imposi-

ble la convivencia de todos los comuneros. En cuanto a los gastos, indicó el Juez que deben hacerse cargo cada uno de los partícipes, atendiendo al uso de la vivienda fijado y, en su defecto, por partes iguales. Igualmente, no entendió procedente fijar la indemnización solicitada para el caso de no desalojo de la vivienda en los períodos correspondientes. A la hora de establecer la fijación de los turnos, mantuvo el Juez que no se puede establecer las cuotas que tendría cada partícipe en la vivienda, en cuanto no nos encontramos ante un procedimiento de división de herencia. No obstante, ello no impediría que se pudiera matizar que todas las partes son comuneros y que, por ello, tienen derecho a usar la vivienda, hasta que se divida la herencia y se produzca la adjudicación de los bienes de la herencia, se divida la casa o se venda en su caso.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. La Audiencia Provincial discrepó del régimen de uso y disfrute de la vivienda postulado por los actores y admitido por el Juez de Primera Instancia, por ser contraria al artículo 394 CC. Ningún copartícipe puede impedir a los demás utilizar la cosa según su derecho, sino que todos ellos tienen derecho a utilizarla en todo momento, sin perjuicio del derecho de los demás.

La parte actora interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, alegando: a) la infracción del artículo 394 CC, al rechazarse el uso por turnos, lo que perjudica a los demandantes recurrentes, que representan el 80% de la titularidad de las cuotas y se ven privados del uso pacífico y tranquilo; b) la infracción del artículo 398.1 CC, pues queda probado que las acciones planteadas cuentan con el acuerdo de los comuneros que representan la mayoría; c) la infracción de los artículos 393 y 395 CC, por cuanto en el concurso de los partícipes los beneficios y las cargas serán proporcionales a sus respectivas cuotas; d) la infracción de la doctrina jurisprudencial que reconoce la opción de los condueños por mayoría de cuotas para establecer y regular un uso exclusivo sucesivo y cronológico de la totalidad del inmueble por cada uno de los condueños hasta que se produzca la disolución de la comunidad.

El Tribunal Supremo llega a las siguientes conclusiones: 1) dentro de la tesis de la parte demandada, y hasta que exista un procedimiento definitivo, entiende el Alto Tribunal como la más favorable para H la opción de que su cuota sea 33,33%, siendo ésta sobre la que habrá de calcularse los días anuales de uso y disfrute de la vivienda; 2) el reparto del uso de la casa será por turnos alternos, sucesivos y cronológicos fijados por un sorteo único con efectos recurrentes, en igualdad de condiciones para los hermanos, a partir del que escoja la madre; 3) en junta de comuneros se practicará el sorteo, que se atenderá en tiempo y forma del disfrute de la vivienda a lo aquí resuelto; 4) el resultado vinculará a quien convocado no asistiese, siempre que existiese fehaciencia del resultado; 5) los gastos y consumos anuales del inmueble serán asumidos por cada partícipe según el coeficiente de uso.

NOTA.—Sobre la equiparación de la comunidad postganancial a la comunidad hereditaria, *vid.* SSTS de 7 de noviembre de 1997, de 10 de julio de 2010 y de 12 de noviembre de 2015. Sobre la apli-

cación de las normas sobre comunidad de bienes (arts. 394 y ss. CC) a la comunidad hereditaria, en defecto de voluntad del testador, acuerdo de los coherederos o reglas especiales, *vid.* SSTS de 10 de julio de 2005, de 8 de mayo de 2008 y de 4 de marzo de 2013. En relación al uso exclusivo sucesivo y cronológico de la vivienda por cada uno de los comuneros, *vid.* SSTS de 23 de marzo de 1991 y de 31 de julio de 1998. El Alto Tribunal ha declarado que el uso de la finca por uno solo de los comuneros en la comunidad hereditaria, excluyendo el goce de los demás, es ilegítimo. En este sentido *vid.* SSTS de 18 de febrero de 1987 y de 7 de mayo de 2000. Ahora bien, en caso de problemas, el Tribunal ha señalado que habrá que atender a la proporción de la cuota de cada uno de ellos. Así, *vid.* SSTS de 20 de mayo de 1996, de 2 de octubre de 1996, de 30 de abril de 1999 y de 7 de mayo de 2007. (*S. L. M.*)

26. Diferencias en el pago de alimentos a hijos menores de edad y a hijos mayores de edad.—Se ha de partir de la obligación legal que pesa sobre los progenitores, que está basada en un principio de solidaridad familiar y que tiene un fundamento constitucional en el artículo 39 CE. En relación a los alimentos, existe un tratamiento jurídico diferente según sean los hijos menores de edad o no. Cuando son menores, más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención. Lo normal será fijar siempre un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir solo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de un gran sacrificio del progenitor alimentante. El interés superior del menor se sustenta, entre otras cosas, en el derecho a ser alimentado y en la obligación de los titulares de la patria potestad de hacerlo en todo caso, conforme a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento, como señala el artículo 93 CC, y en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, de conformidad con el artículo 146 CC.

En los supuestos previstos en los artículos 142 y siguientes CC, siendo los hijos mayores de edad, su concreción puede hacerse en el juicio matrimonial, siempre que se den los presupuestos previstos en el párrafo segundo del artículo 93 CC (vivir en casa y carecer de recursos). Cuando los hijos son mayores de edad, los alimentos son proporcionales al caudal de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (art. 146 CC), y se reducen a los alimentos que sean indispensables para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, conforme al artículo 142 CC).

Por otro lado, es doctrina del Tribunal Supremo que será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación. Las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente.

(STS de 2 de diciembre de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—En juicio verbal sobre modificación de medidas de divorcio establecidas por sentencia de 5 de mayo de 2006, seguido a instancia del esposo frente a la esposa, se interesó, entre otras cosas, la extinción de la obligación del padre de pasar alimentos a uno de sus hijos, M, de 22 años de edad, que convive con su madre y continúa sus estudios de FP.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia considera acreditada una variación muy sustancial en la situación ponderada a fecha del convenio regulador en el año 2006 y la actual situación económica y patrimonial del actor, y estima la demanda de modificación de medidas, reduciendo su cuantía de 150 a 80 € mensuales como un mínimo vital irreductible mientras subsista la actual situación laboral y financiera del actor.

La Audiencia Provincial sostuvo que dicha cuantía resultaba insuficiente para atender las necesidades del hijo, que en buena parte deberán ser sufragadas por la madre, cuya situación económica y laboral, igualmente precaria, no permite un desplazamiento en exclusiva a ella de la obligación alimenticia. Además, la cuantía señalada es incluso inferior al mínimo vital que para fijar las pensiones alimenticias se viene considerando por las distintas Audiencias Provinciales en situaciones de probada situación de desempleo.

El actor interpone recurso de casación, en el que se cuestiona la existencia y alcance del mínimo vital de la pensión de alimentos al hijo mayor de edad con independencia de la situación económica del progenitor no conviviente y solicita la extinción o suspensión de la obligación de pago. El Tribunal Supremo estima el recurso. Señala que, en este caso, no estamos ante los alimentos de un hijo menor de edad, en el que la necesidad de valorar la capacidad económica del alimentante constituye una exigencia especial, sino ante los alimentos que se prestan a un hijo mayor de edad. Se trata de un hijo de veintidós años, cuyo mínimo vital se enfrenta al de su padre prácticamente insolvente (ingresa menos de 400 € al mes, frente a los 1.100 € al mes que recibía en el momento del divorcio), que no puede prestarlos. En este supuesto, los alimentos únicamente podrían hacerse efectivos aplicando las normas contenidas en los artículos 142 y siguientes CC, siempre teniendo en cuenta que, conforme al artículo 152.2 CC, esta obligación cesa cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia, que es lo que ocurre en este caso respecto al padre. En consecuencia, el Tribunal Supremo suprime los alimentos de M, desde la sentencia.

NOTA.—Sobre el distinto tratamiento de la obligación de alimentos, según estemos ante hijos menores o mayores de edad, *vid.* SSTS de 5 de octubre de 1993, de 8 de noviembre de 2013, de 16 de diciembre de 2014 y de 12 de febrero de 2015). En relación a la eficacia de las resoluciones donde se fijen los alimentos, *vid.* SSTS de 3 de octubre de 2008 y de 26 de marzo de 2014. (S. L. M.)

27. Régimen pactado de separación matrimonial de bienes: divorcio: indemnización del artículo 1438 CC.—Doña Modesta formula recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial que le niega la compensación del artículo 1438 CC por un importe de 733.056 euros que había demandado de D. Matías con el que había contraído matrimonio el 22 de julio de 1998, bajo el régimen de separación de bienes, matrimonio del que tuvieron dos hijos y que se disolvió por sentencia de 5 mayo 2010. La Audiencia Provincial declara acreditado que la decisión de no desempeñar un trabajo fuera del domicilio conyugal es anterior al matrimonio, que ha vivido en un chalet de lujo, en una zona exclusiva con servicio doméstico y que la esposa contaba con un gran patrimonio personal, igual que su esposo.

La sentencia apelada ignora, en efecto, el contenido del artículo 1438 CC, así como la jurisprudencia reiterada de esta Sala en interpretación del mismo (SSTS del Pleno de 26 marzo 2015), y la doctrina jurisprudencial establecida en anterior jurisprudencia de la Sala del siguiente tenor literal: «El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado por la esposa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge». Y ante las posibles dudas interpretativas que esta doctrina podía haber suscitado en la decisión de algunas Audiencias Provinciales, ha señalado en las sentencias de Pleno lo siguiente: «Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del deudor que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y de la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se dedica al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen (STS de 14 julio 2011).

Añadiendo lo siguiente: «Es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1438 CC ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente de conciliar la vida familiar y laboral. Pero también lo es que no todos los ordenamientos jurídicos españoles admiten la compensación para el cónyuge que contribuye a las cargas del matrimonio con su trabajo y en casa cuando la relación termina (Navarra, Aragón, Baleares) y que aquellos que establecen como régimen matrimonial primario el de la sociedad de gananciales que permite hacer comunes las ganancias, no impiden a marido y mujer convenir otro distinto, como el de separación de bienes, en el que existe absoluta separación patrimonial pero en el que es posible pactar con igualdad el reparto de funciones en el matrimonio y fijar, a su vista, los parámetros a utilizar para

determinar la concreta cantidad debida como compensación y la forma de pagarla por la dedicación a la casa y a los hijos de uno de ellos, lo que no ocurre en otros sistemas en los que se impone como régimen primario el de separación de bienes y en el que, salvo pacto, no es posible regular convencionalmente aspectos de este régimen, como el de la compensación, que se establece en función de una serie de circunstancias distintas de las que resultan del artículo 1438 CC, como es el caso del artículo 231.5 del Cccat en el que se tiene en cuenta el mayor trabajo de uno de los cónyuges para el caso, así como el incremento patrimonial del artículo 12 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia en el que también se compensa el trabajo para la casa considerado como tal, no solo lo que constituye este trabajo específico, sino «la colaboración no retributiva o insuficientemente retribuida» que uno de los cónyuges presta al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional».

En el presente caso la falta de acreditación no viene referida al trabajo y a la dedicación de la esposa al matrimonio, sino a las circunstancias económicas en las que convivió el matrimonio hasta la ruptura, que se describe como «matrimonio adinerado», que vivía en un chalet de lujo, en una zona exclusiva, con chófer y servicio doméstico, pero sin negar que la esposa con un «innumerable patrimonio», se dedicara al cuidado de la casa y de los dos hijos, aun estando en condiciones de desarrollar su faceta laboral o profesional, contando con ayuda externa, con exención de estas labores al esposo. La norma no discrimina entre el mayor o menor patrimonio de los cónyuges y es evidente que, aplicando la doctrina de esta Sala al caso controvertido, resulta que la esposa que solicita la compensación se ha dedicado de forma exclusiva a las tareas del hogar durante la vigencia del matrimonio, haciéndolo el marido fuera de la casa, bien es cierto que con la ayuda inestimable del servicio doméstico e incluso de un chófer pues la postre sobre ella recaía la «dirección del trabajo doméstico, el interés de la familia y el amor por la prole, que difícilmente forman parte de las tareas domésticas realizadas por el servicio doméstico». Esta Sala ha recordado que la dedicación debe ser exclusiva, lo que aquí se acredita, pero no excluyente, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento.

Criterios para determinar la cuantía de la indemnización.—La forma de determinar la cuantía ofrece algunos problemas. En la sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2011 se dijo que el artículo 1438 se remite al convenio, o sea a lo que los cónyuges, al pactar el régimen, pueden establecer respecto a los parámetros a utilizar para fijarla y la forma de pagarla. Ahora bien, en la práctica esta opción no se utiliza como sería deseable, ni se ha utilizado en el caso, por lo que será el juez quien deba establecerla, para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación. Una de las opciones posibles es el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar este servicio ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar. Sin duda es un criterio que ofrece unas razonables y objetivas pautas de valoración, aunque en la práctica pueda resultar insuficiente en cuanto se niega a la acreedora alguno de los beneficios propios de los asalariados que revierten en el beneficio económico para cónyuge deudor y se ignora la cualificación profesional de quien resulta beneficiado.

Pero nada obsta a que el juez utilice otras opciones para fijar finalmente la cuantía de la compensación, teniendo en cuenta que uno de los cónyuges sacrifica su capacidad laboral o profesional a favor del otro, sin generar ingresos propios ni participar en los del otro.

Vinculado al trabajo para la casa de la esposa, se utiliza por la recurrente un segundo criterio proporcional consistente en el beneficio obtenido por el marido por la realización de su trabajo o actividades empresariales, reclamando en su vista una compensación del 5% del valor del patrimonio adquirido por el marido, por medio de sus empresas, constante matrimonio, o lo que es igual a total de 3984 días de convivencia a razón de 184 euros por día, cuyo producto es la suma inicialmente reclamada en la demanda. A esta pretensión opuso el demandado su «absoluta insolvencia» como consecuencia de la situación concursal o preconsensual en que se encuentran todas las sociedades a que se refiere la demanda y el hecho de que no existe desigualdad matrimonial que resulte de la falta o insuficiencia de retribución de quien trabaja en el hogar pues ni la demandada ha realizado trabajo doméstico, dado que contaba con personal al efecto pagado por él, que se ocupaba de atender las tareas domésticas y el cuidado y atención de los hijos, lo que permitía a la esposa cuidarse de su patrimonio, ni tampoco el devenir del matrimonio, respecto del régimen económico matrimonial de separación de bienes, ha supuesto para la actora una desigualdad matrimonial.

En resumen el Juez debe valorar todas estas circunstancias y procurar hacerlo de una forma ponderada y equitativa a la extinción del régimen económico matrimonial teniendo en cuenta dos cosas: primera, que no es necesario para obtenerla que se haya producido un incremento patrimonial de uno de los cónyuges, del que puede ser partícipe el otro; y, segunda, que lo que se retribuye es la dedicación de forma exclusiva al hogar y a los hijos, dentro de la discrecionalidad que autoriza la norma; circunstancias todas ellas que permiten concretar la compensación en la cifra de 250.000 euros, atendiendo a los años de convivencia y al apoyo que la esposa ha tenido de terceras personas en la realización de tales menesteres, sin que la situación patrimonial que pretende hacer valer el esposo sea óbice para ello. El esposo se refiere a una situación concursal o preconcursal en que se encuentran sus sociedades, pero lo cierto es que no consta que esta situación de insolvencia, que ha afectado a sus sociedades, haya también afectado de forma sustancial a su importante patrimonio personal, ni a la capacidad para generar nuevos negocios en la actualidad.

Se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente: «El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge». (**STS de 25 de noviembre de 2015**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—La conocida, y en cierto modo singular, exégesis que la Sala 1.^a ha patrocinado del artículo 1438 CC, enfrentándose a buena parte de la doctrina familiarista, se mantiene firme en la extractada, si se observa que se limita esencialmente a reproducir y ratificar la doctrina jurisprudencial anteriormente establecida. Cabe también

mencionar últimamente la STS de 17 de febrero de 2014, desestimatoria del recurso y de la pensión solicitada. Añádase la STS en pleno de 26 de marzo de 2015, estimatoria, que cita expresamente las SSTS de 14 de julio de 2011 y 31 de enero de 2014 (ADC, 2016, pp. 1183 s.), y la de 14 de abril de 2015 (con anotación, en ADC, pp. 1184 s.). Es indudable la finalidad «pedagógica» de todas ellas, dada la resistencia a aplicar la pensión por algunos tribunales inferiores, si bien en la de 25 noviembre 2015 resulta problemático vislumbrar en ella una finalidad «disuasoria» dada la suma que otorga después de un cálculo «razonable» (250.000 euros que viene a representar un tercio de lo solicitado). Más bien se muestra que un matrimonio, cuya situación patrimonial resulta ser ampliamente desahogada, puede ser igualmente susceptible de recibir la aplicación de la pensión. (G. G. C.)

28. Apellidos del menor reconocido, primero por la madre y luego por el padre: el principio del interés del menor.—Son hechos relevantes para la decisión del recurso: la representación procesal de Don Urbano formuló demanda de paternidad no matrimonial el 20 de septiembre de 2011 contra doña Erica solicitando se declare que el menor Amadeo es hijo no matrimonial de él. La demandada reconoció que el actor era padre biológico del menor y, en esencia, la discrepancia entre las partes tuvo por objeto el orden de los apellidos de aquel. La sentencia de Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de las Palmas de 24 de octubre de 2012 estimó la demanda resolviendo que el primer apellido del menor fuera el primero del padre y el segundo apellido, el primero de la madre. En idéntico sentido resolvió el recurso de apelación la sentencia de la Audiencia Provincial de la sección 5.^a de 19 de febrero de 2014. La actora interpuso recurso de casación por interés casacional, apoyado por el Ministerio Fiscal con base en la STS de 17 de febrero de 2015 y en la STC 167/2013 de 7 de octubre. El presente recurso se resuelve siguiendo el discurso lógico y ordenado de la citada STS de 2015.

En términos de estricta legalidad vigente al tiempo de dictarse la sentencia recurrida no existe duda sobre su decisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 CC, artículos 53 y ss. LRC 1957, y artículo 194 RRC 1958. El primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo apellido, el primero de los personales de la madre.

La respuesta no puede ser la interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor, por lo que la Sala cuando ha tenido que acudir a negar o posibilitar la interpretación correctora de una norma que afectaba a alguna medida en la que se encontraba interesado un menor, se ha cuidado de tener en cuenta el interés superior de este (SSTS de 29 de marzo, 1 de abril y 10 de octubre de 2011, y 5 de noviembre de 2012). Así se hacía ver en la STS de 27 octubre 2014, con cita de la normativa que se ha ido promulgando, tanto estatal como internacional y autonómica, subrayando que el interés superior del menor late como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte. El mayor exponente ha sido la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento civil que ha sufrido una modificación por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, pues como afirma su Preámbulo, «transcurridos casi veinte años desde la aprobación de la citada norma, se han producido

importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución».

Resulta de sumo interés la Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio, en cuya Exposición de Motivos se afirma que «en relación con los aspectos sustantivos de la Ley, merece una mención especial el artículo VI relativo a hechos y actos inscribibles, que afirma: «El nombre y apellidos se configuran como un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos». Al acudir a la norma que la exposición motiva se aprecia que el artículo 49 dispone lo que sigue: «1. En la inscripción de nacimiento constarán los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación [...]. 2. La filiación determina los apellidos. Si la filiación está determinada por ambas líneas los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden los apellidos atendiendo al interés superior del menor. En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, ésta determina los apellidos. El progenitor podría determinar el orden de los apellidos [...]».

Es, pues, el interés superior del menor el que inspira al legislador de esta Ley para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores, confiando que sea el Encargado del Registro Civil el que valore tal interés y asuma la decisión.

Evidentemente meritada LRC de 2011 no estaba en vigor al dictarse la sentencia pero autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor. La propia DF 10.^a de la misma ley motiva su largo periodo de *vacatio legis* cuando recoge que, «hasta la entrada en vigor de la presente Ley, el Ministerio de Justicia adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles dentro del proceso de modernización de la Justicia». Se trata de una dilación exigida por razones estructurales y organizativas del nuevo RC, que no por inexigibilidad de los principios que informan sus novedades sustantivas. Así ha venido a confirmarlo el propio legislador que, ante las dilaciones de la entrada en vigor de la Ley, ha decidido que algunos preceptos entren en vigor el 15 de octubre de 2015 y no el 30 de junio de 2017, en virtud de la redacción dada a la DF 10.^a por la Ley 19/2015, de 13 julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del RC, en concreto por el apartado 10 del artículo 2.^o de ésta.

Así lo interpretó el TC en sentencia de su Sala 2.^a 167/2013 de 7 octubre, por entender comprometido el derecho fundamental a la propia imagen del menor, del artículo 18.1 CE, al alcanzar a este el cambio de apellidos a una edad en que tanto en la vida social como en la escolar es conocido por el primer apellido en su día determinado. Se hacía ver que en el caso de deter-

minación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona.

En atención a la doctrina de esta Sala procede la estimación del recurso y, asumiendo la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por la madre contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de las Palmas de Gran Canaria, ordenando que en el orden de los apellidos del menor el primero sea el de la línea materna y el segundo el de la paterna.

Así lo impone el interés del menor si se tiene en consideración que: (i) el menor nació en 2009; (ii) que el padre inició el procedimiento de reclamación de paternidad con fecha 20 de septiembre de 2011, esto es, cuando casi tenía dos años de edad; (iii) que desde su nacimiento el menor ha utilizado como primer apellido el de la madre; (iv) que a la finalización del procedimiento judicial y sus recursos tendrá cerca de seis años; y (v) que por ende durante este largo periodo es conocido con el *nomen* primigenio tanto en el ámbito familiar como en el escolar y social. (STS de 12 de noviembre de 2015; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—La sentencia extractada maneja conceptos (tales como *the best interest of child*, el fundamental derecho a la identificación de todo ser humano, la inconclusa reforma de la LRC 2011 con sucesivos aplazamientos, la sin duda excepcional interpretación correctora de las normas vigentes, dudosamente invocable en casos como el aquí resuelto) que contribuyen, en buena medida, a mantener en la indefinición e incertidumbre a no pocas normas básicas del vigente Derecho español de Familia, tanto de normas directamente aplicables o ya solo de modo transversal. Si hasta ahora las legislaciones española y portuguesa se diferenciaban profundamente de las restantes europeas en cuanto a la identificación de los nacidos (régimen de apellidos), y de repente alteramos el sistema, acercándonos en cierto modo al antes vigente parcialmente en los demás países europeos ¿no hubiera sido prudente seguir la evolución legislativa que están efectuando estos precisamente para aplicar y desarrollar similares principios fundamentales que nosotros? Pero si la Sociología muestra que la identificación tradicional de la filiación no matrimonial permanece todavía muy arraigada en nuestras costumbres ¿no debiéramos preocuparnos por el posible efecto social de los cambios que se propugnan, —incluso para la filiación matrimonial—, por ej. en el futuro cuando se trate de suceder a los progenitores? La STC 167/2013, de 7 de octubre, que se invoca como argumento decisivo del recurso, acude para fundamentarlo, —un tanto sorprendentemente—, al derecho a la propia imagen que, indudablemente, difiere, por su naturaleza y ámbito de actuación, del derecho a la identificación de cualquier nacido, tema íntimo y estrictamente relacionado con el de su personalidad. Por último, el superior interés del menor se encuentra actualmente en la interesante fase de lograr una clara y precisa delimitación, tanto a nivel internacional como nacional. Argumentar —finalmente— sobre el propio retraso institucional de los tribunales en la resolución de los

litigios, no parece muy adecuado. Con todo ha de recordarse que hay ya dos sentencias recientes del Tribunal Supremo que patrocinan la descrita *interpretatio contra legem* extractada, y que la precedente STS de 17 febrero 2015, ha sido publicada en *ADC*, 2016, pp. 1176-1178. (G. G. C.)

29. Patria potestad: Privación por incumplimiento grave de los deberes.—Con fecha 27 diciembre 2011 doña Leticia demanda a don Iván solicitando la privación de la patria potestad y régimen de visitas sobre la hija común, Sonia, menor de edad. El Juzgado de Primera Instancia en sentencia de 19 de septiembre de 2012, estima la demanda, atribuyendo a doña Leticia el ejercicio en exclusiva de la patria potestad sobre Sonia, con base en los siguientes hechos: (i) La menor nació el 13 de junio de 2006 y en julio de 2007 se dictó sentencia por la que se condenaba a don Iván como autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar, sin que en fase de cumplimiento acudiese al punto de encuentro a relacionarse con su hija, sin causa justificada; (ii) En la sentencia de divorcio de 23 de julio de 2010 se recoge haber admitido el demandado que hace al menos un año que no ve a su hija y que tuvo problemas de toxicomanía, manifestando que consumía cocaína y porros; (iii) Esta falta de contacto fue la que aconsejó un régimen de visitas progresivo a desarrollar en el punto de encuentro, sin que tampoco lo haya cumplido, manifestando la madre en juicio que hacía cuatro años que el padre no veía a la menor; (iv) No ha existido conducta obstruccionista de la madre para evitar los encuentros; (v) Lo que se ha constatado es un reiterado incumplimiento por el demandado de las obligaciones que venían impuestas en las sentencias y una absoluta dejación de los deberes más elementales para con su hija, que comenzó ya cuando la menor contaba muy temprana edad, afectando directamente a la relación paterno-filial, hasta el punto de provocar que la menor no tenga relación con su padre; y (vi) Corolario de los anteriores hechos es la estimación de la demanda, en cuanto a la privación al demandado de la patria potestad de la menor, de conformidad con el artículo 170 CC. El recurso de apelación del padre fue desestimado por SAP de 25 de marzo de 2014, de Palma de Mallorca, que se apoya en sentencias de esta Sala de 5 de marzo de 1998 y 11 de octubre de 2004, para decidir sobre la privación de la patria potestad del progenitor que durante años ha hecho absoluta dejación de los deberes propios de la institución (art. 154 CC), negando que tal dejación obedezca a habérselo obstaculizado el desempeño de sus funciones, que ha tenido lugar tanto en lo afectivo como en lo económico una prolongación desmesurada en el tiempo, hasta convertirse en incumplimiento grave y reiterado de los deberes. El Tribunal hace suya la extensa ponderación de la sentencia de primera instancia. Añade que ello no impide (STS de 5 de marzo de 1998) que en el futuro, y en beneficio de la hija, puedan los Tribunales acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubieran cesado las causas que motivaron la privación (art. 170, párr. 2.º CC). Tampoco imposibilita la decisión que se acuerda el que el demandado pueda relacionarse con su hija en los términos del artículo 160 CC, si así se solicita y se considerase, en su caso, procedente en el futuro. El demandado interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, admitido por la Sala, y al que se opuso el Fiscal.

La patria potestad como función en beneficio del interés del menor.—El artículo 170 CC prevé la privación total o parcial de la patria potestad al

que incumple los deberes inherentes a ella. Requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma. La STS de 6 de junio de 2014 declara que «la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 CC, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (SSTS de 18 de octubre de 1996 y de 10 de noviembre de 2005)».

A la hora de valorarse el alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes, tiene sentado la Sala (STS de 6 febrero de 2012) que se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, «sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho» (STS de 24 mayo de 2000). La patria potestad constituye un *officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor, formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el artículo 170, requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. Por ello la STS de 5 marzo de 1998 dijo que la amplitud del contenido del artículo 170 y la variabilidad de las circunstancias «exigen conceder al Juez una amplia facultad discrecional de apreciación[...], pero en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor». Interés que se ha visto potenciado y desarrollado por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Aplicando tales criterios, presentes en nuestro ordenamiento, la STS de 1 de octubre de 2004, confirmaba una sentencia de privación de la patria potestad porque el padre solo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó a su hija a la Administración por no poder atenderla (STS de 23 de mayo de 2005).

La sentencia recurrida, partiendo de la doctrina que se ha expuesto, ha valorado los hechos que ha declarado probados con los criterios discrecionales, pero de racionalidad, que exige el ordenamiento jurídico. Así califica de graves y reiterados los incumplimientos del progenitor prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hija, sin acudir al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que la menor contaba muy poca edad por lo que ha quedado afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente, sin perjuicio de las previsiones legales que fuesen posibles, de futuro, conforme a derecho y que recoge el Tribunal de instancia. El motivo no puede estimarse, al no vulnerar la doctrina de la Sala.

(STS de 9 de noviembre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

NOTA.—Se trata de un supuesto de hecho adecuadamente probado en la instancia y de la reiteración de una doctrina jurisprudencial que puede considerarse correcta e impecable. Ignoramos la fecha de la boda pero, nacida la hija —que parece ser la primogénita— en 13 de junio de 2006, hay una clara sentencia penal condenatoria al año siguiente, y cuatro años más tarde se declara el divorcio a instancia de la madre, reconociendo el padre en el proceso el incumplimiento de sus deberes parentales, atribuyendo a su drogadicción la causa del mismo. Persistiendo tales incumplimientos en 2011, la madre solicita la privación de la patria potestad, logrando sentencias favorables en ambas instancias (2012 y 2014), y que se desestime el recurso de casación interpuesto por el padre, con base en la ya mencionada clara y reiterada doctrina jurisprudencial. Los Tribunales penal y civil han dado a la madre plenamente la razón, y quizá ella pueda suponer que el pleito con el otro progenitor se ha resuelto ya de modo irrefutable y absoluto. Pero la hija común ha cumplido 9 años al dictarse la aquí extractada sentencia de la Sala 1.^a El ejercicio de la función parental, por razón de la mayoría, llegará, en este caso, como mínimo hasta el 13 de junio de 2024. Al llegar a la adolescencia aconsejan los especialistas que las hijas se relacionen más intensamente con el padre. Cabe preguntarse si lo facilitaría eventualmente la madre en este caso, a la vista de las advertencias contenidas en las sentencias de instancia. Pero si no diera facilidades, el posible recurso paterno tardaría cinco o seis años en resolverse. Y al poco la hija alcanzaría la mayoría. Acaso proceda invocar el Derecho comparado, ya que en el Tribunal Supremo japonés —cuya organización civil sigue tratando de inspirarse en el Derecho europeo continental, desde finales del siglo XIX—, hay una Sala especial para los temas familiares que en la práctica agiliza la tramitación. (*G. G. C.*)

30. Derecho de visita de hijos habidos antes y después del divorcio, reconciliación y ruptura definitiva: Condena del padre por malos tratos a la esposa y a la primera hija.—Don Alexander interpuso demanda de juicio verbal contra doña Rafaela, solicitando medidas materno-filiales respecto de la menor Sofía. El demandante había contraído matrimonio con la demandada el 15 de septiembre de 2001, del que nació en 2003 la hija Elisabeth, la cual contaba con ocho años de edad al interponerse esta demanda. Por sentencia de 16 de enero de 2007 se decreta el divorcio entre los cónyuges, aprobándose el convenio regulador firmado de mutuo acuerdo el 12 de septiembre de 2006, en el que establecen las medidas respecto de la hija común y liquidan los bienes conyugales, convenio que sigue en vigor. Posteriormente al mencionado divorcio y tras una reconciliación, previa a la ruptura definitiva de la pareja, nace una segunda hija, Sofía, en 2008, la cual cuenta con tres años al interponerse la demanda. El Juzgado de lo Penal núm. 4 de Algeciras en sentencia de 2 de diciembre de 2011 condenó al padre demandante por un delito de malos tratos habituales contra la demandada, dos delitos de malos tratos respecto de su hija mayor, Elisabeth, y un delito de amenazas a las

penas de dos años y ocho meses, seis meses y otros seis de prisión y accesorias. Al tiempo de interponerse la demanda existe una orden de alejamiento provisional respecto de la demandada y la hija mayor. Pero no existe ninguna limitación de comunicación o visitas impuestas judicialmente respecto de la hija menor, Sofía. A través de la demanda se solicita que Sofía quede bajo la guarda y custodia de la madre, manteniendo ambos progenitores la patria potestad, así como la fijación de un régimen de visitas respecto de dicha menor. La parte demandada se opuso solicitando la desestimación de cualquier medida que pudiera suponer un régimen de visitas del progenitor con su hija. Apoya tal petición en que debido a la situación de maltrato que ella y su hija Elisabeth han sufrido, el demandante no es una persona apta para atender y cuidar a su hija menor, existiendo el riesgo de que el actor pueda ocasionarle algún daño a una niña de tan solo tres años de edad, añadiendo que serían nefastas las consecuencias para Elisabeth, al ver como su padre puede tener una relación con su hermana y no con ella, y asimismo que Sofía no conoce a su padre ya que dejó de tener contacto con él cuando tenía un año de edad, por lo cual resulta para ella un completo desconocido. La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda del padre, atribuyendo la guarda y custodia de la menor a la madre con un régimen restrictivo de visitas en favor del padre. Siendo cierto que existe una desvinculación total entre padre e hija, también lo es que no existe ninguna condena entre padre e hija menor, no siendo razonable prolongar de forma indefinida esa falta de contacto, estableciendo un día de visita a la semana de 17 a 19 horas, a desarrollar en el Punto de Encuentro Familiar de Algeciras de forma tutelada. Se considera adecuado tal régimen de visitas para ir fomentando la relación paterno-filial a medida que la menor vaya retomando el contacto de forma progresiva no traumática con su padre. Este régimen no se iniciará hasta que se produzca la excarcelación del actor y tenga posibilidad de acudir al Punto de Encuentro Familiar. También se condicionará a la justificación documental de haberse sometido a un programa terapéutico en el que se le trate de su violento carácter que le habría llegado a cometer hechos por los que ha resultado condenado. La sentencia de 18 de septiembre de 2014, de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz la confirmó íntegramente.

No se respeta el interés del menor: Suspensión del derecho de visita.— En la sentencia recurrida se declaró que el régimen de visitas era sumamente restrictivo y expresamente condicionado a la salida de prisión del padre y a que se acreditase cumplidamente que se había sometido a terapia, visitas que se desarrollarían dos horas en semana y en un Punto de Encuentro Familiar.

Sobre el particular, el artículo 94 CC permite al Juez limitar o suspender el derecho de visita, igualmente el artículo 65 de la LO 1/2004 autoriza la suspensión o restricción del derecho de visita. Por su parte el artículo 2 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del menor establece como primordial la consideración del interés del menor, y en igual sentido la Carta Europea de Derechos del Niño.

El concepto de interés del menor ha sido desarrollado en la LO 8/2015 de 22 de julio, de Modificación del sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero si extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas», se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a

que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara». Igualmente el artículo 2 de la mencionada LO 8/2015 exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno «libre de violencia» y que «en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir».

Este Tribunal en sentencia invocada de 11 febrero 2011 mantuvo la suspensión del régimen de visitas dada la situación de violencia concurrente deducible de una orden de sucesión. Igualmente en sentencia de 13 de febrero de 2015, en supuesto de muerte del padre a manos de la madre, se fijó por esta Sala la custodia a favor de la tía paterna en lugar de los abuelos maternos, en interés del menor, evitando cualquier factor de riesgo.

A la vista de las normativas y doctrina jurisprudencial expuesta debemos declarar que los contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otra de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos, pues el factor de riesgo es más que evidente, en relación con un menor con escasas posibilidades de defensa.

En el presente caso la madre recurrente solicita la suspensión del régimen de visitas. El Ministerio Fiscal apoyó dicha tesis, sin perjuicio de que el padre, una vez fuera de prisión, pueda plantear procedimiento contradictorio en el que acreditase fehacientemente que las visitas no generaban riesgo a la menor.

Esta Sala ha de declarar que en la sentencia recurrida no se respeta el interés de la menor, al no concretarse los aspectos que debe contener el programa terapéutico que establece, ni ante quien lo debe desarrollar, ni quien homologará los resultados obtenidos, por lo que, de acuerdo con el artículo 94 CC y artículo 65 de la LO 1/2004, no ha lugar a fijar régimen de visitas del demandante con su hija Sofía, sin perjuicio de que cuando cumpla la pena impuesta pueda instar el establecimiento de medidas, en procedimiento contradictorio, con las garantías y cautelas propias que preserven el interés de la menor para que pueda descartarse absolutamente el riesgo para Sofía, dados los antecedentes existentes de agresión para con su madre y su hermana Elisabeth.

Se establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes. (STS de 26 de noviembre de 2015; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]. (G. G. C.)

31. El derecho de los menores a relacionarse con sus parientes y allegados. Doctrina jurisprudencial sobre el artículo 160.2 CC.—Solo cabe denegar el contacto entre los parientes y allegados con el menor cuando concurre justa causa. El artículo 160.2 CC, a *contrario sensu*, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deban enjuiciar. Esta norma y la interpretación jurisprudencial derivan de lo establecido en el artículo 8.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, que establece que «los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos (...) las relaciones familiares de conformidad con la ley (...)». Esta es la línea que preside la resolución de los casos planteados en las SSTS de 27 julio de 2009, 11 de noviembre de 2005, 28 de junio de 2004, y 20 de septiembre de 2002.

Constituye justa causa para denegar las relaciones familiares de la menor con sus parientes el enfrentamiento y las malas relaciones existentes entre los progenitores y la tía paterna unido a la ausencia de toda relación anterior con la menor.—La sentencia recurrida deniega el contacto no solo por el enfrentamiento entre los hermanos, sino por la negativa influencia que tendría sobre la menor el contacto con una tía que no conoce y que puede desestabilizar a la menor. Por tanto, no se infringe el artículo 160 del CC al constar justa causa para impedir el inicio «ex novo» de la relación con la tía paterna, tampoco se encuentra afectado el interés de la menor pues su tutela hace aconsejable no introducir una relación que cuando menos se advierte como arriesgada. (STS de 16 de septiembre de 2015; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La actora solicita que no se le impida, sin justa causa, relacionarse con su sobrina. Se da la circunstancia de que habiendo fallecido los abuelos paternos la solicitante es la única tía paterna de la menor. Por otro lado, también es notorio el enfrentamiento con su hermano (padre de la menor), desde que este se casó, pues no fue aceptada su esposa en el núcleo familiar, unido ello a disputas posteriores por cuestiones hereditarias. También es un hecho relevante la total ausencia de relación de la tía con la sobrina. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestiman la demanda. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación.

NOTA.—El derecho del menor a relacionarse con sus parientes y allegados, en particular, los familiares más cercanos, abuelos y hermanos, o personas vinculadas al menor por una relación personal, afectiva o de confianza, está reconocido cada vez más en los ordenamientos de raíz europea (Vid. DÍAZ ALABART, «El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados (art. 160.2 CC)». RDP núm. 2003-03, mayo 2003, pp. 345-371 y DE LA IGLESIA MONJE, «Concepto de allegados y el interés superior del menor». RCDI, núm. 751, septiembre 2015, pp. 2871-2892). En el Código civil se introdujo con la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, que dio una nueva redacción al artículo 160.2. En las legislaciones autonómicas lo regulan el Código de Derecho Foral de Aragón (art. 60.1), el Libro II del Código Civil de Cataluña (art. 236-4.º) y Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, de Cataluña (art. 38.1) y la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, de Navarra (art. 44.1). La limitación a este derecho no tiene más restricción que el que resulta del interés del menor, por lo que solo será posible cuando medie causa justificada apreciada por el juez tras el examen de cada uno de los casos que se deban enjuiciar. La dificultad estriba en saber cuáles son las circunstancias que constituyen justa causa que permitan denegar la comunicación entre el menor y los parientes próximos. Para la resolución habrá que estar a las particularidades del supuesto debiendo alegarse, por el que se opone a la relación, una justa causa concreta que permita al juzgador averiguar si la misma responde a una realidad que pueda servir de argu-

mento para eliminar este derecho que no tiene más restricción que el que resulta del interés del menor (STS 24 de mayo de 2013). En el caso de la sentencia se ha analizado si la causa de oposición de los progenitores estaba justificada. (C. O. M.)

32. La protección del interés superior del menor.—La protección del interés superior del menor se configura en las normas internacionales, nacionales y autonómicas como un principio fundamental. Se trata de un criterio determinante para la adopción de cualquier medida que le afecte. Sin embargo, estamos ante un concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando con varias realidades: 1) el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; 2) su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; 3) la protección de sus derechos fundamentales. Se aprecia, pues, que el interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en juego.

Conforme a la observación general número 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en el ámbito de las Naciones Unidas, el interés superior del menor tiene tres dimensiones: 1) un derecho sustantivo, en el sentido de que el interés superior del niño sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión determinada —además, debe ser de aplicabilidad inmediata—; 2) un principio jurídico interpretativo fundamental, en el sentido de que si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de una manera más efectiva el interés superior del niño; 3) una norma de procedimiento, en el sentido de que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño.

El interés del menor y la vuelta a la familia biológica en los supuestos de acogimiento preadoptivo.—En relación con este tema, el Tribunal Supremo destaca el artículo 11.2 LO 1/1996, que establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: a) la supremacía del interés del menor; b) el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente para su interés; c) su integración familiar y social. El Tribunal Supremo ha concluido que el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto, sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas. Además, el derecho de los padres biológicos no es un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante. El posible retorno a la familia natural se contemplará siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor.

El artículo 19 bis de la LO 1/1996, introducido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, y que incluye las disposiciones comunes a la guarda y tutela, sirve de guía a la hora de interpretar el interés del menor a situaciones anteriores. Su apartado tercero dispone que para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se

haya comprobado una evolución positiva de la misma. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma. A la hora de llevar a cabo tal ponderación, resulta de vital importancia el informe de seguimiento del acogimiento de los menores. Los criterios a tener en cuenta, según el Tribunal Supremo, para el mantener al menor en la familia de destino son: a) que los menores se encuentren seguros, creen vínculos con la familia acogedora y tengan sentido de pertenencia a ésta; b) que el cambio a la familia de origen suponga a los menores un notable desajuste psicológico compatible con problemas emocionales, conductuales y educativos; c) que la relación de los acogedores con el centro educativo de los menores sea normalizada y continua; d) que los menores acudan con regularidad a sus controles periódicos y sus citas programadas; e) que los menores estén deseosos de que llegue el momento de su adopción plena. (**STS de 2 de diciembre de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—El servicio de Protección de Menores presentó ante el Juez de Primera Instancia una propuesta de constitución judicial de acogimiento familiar preadoptivo de los menores P y JF. Se acordó la incoación de expediente de jurisdicción voluntaria sobre acogimiento del menor, así como oír a la madre biológica (A) y a los acogedores. La madre señaló que no prestaba su consentimiento y formuló contestación a la demanda. El Juzgado aprobó la propuesta de acogimiento familiar preadoptivo respecto de los menores citados, en base a los siguientes motivos: a) el interés superior del menor; b) los menores fueron entregados a la administración en enero de 2009; c) en diciembre de 2008 uno de los menores no estaba inscrito en el Registro Civil ni recibía asistencia sanitaria, y ya en enero de 2009, se acudió a los servicios sociales y se declaró que la madre estaba en paradero desconocido; d) servicios sociales contacta con la madre y ésta indica que los recogerá en una semana, pero finalmente esto no ocurrió; e) se denunció el abandono de los menores en enero de 2009; f) la madre no se opuso en forma al desamparo; g) el informe social de diciembre de 2009 reseña los factores de riesgo para los menores y el desinterés y desatención de la madre que resulta del expediente, sin que conste que la madre visitara a los menores; h) el tiempo transcurrido desde que los menores fueron abandonados.

Contra el auto se interpuso recurso de apelación por A. La Audiencia decidió estimarlo y dejar sin efecto el acogimiento familiar preadoptivo. Razona que, durante la tramitación del expediente, retrasado por razones burocráticas, la única nota en contra de la madre es la situación económica lamentable y su interés en buscarse la vida. La madre se ocupó de que los menores quedaran en manos de personas responsables a las que aquellos tenían cariño.

La Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía interpuso recurso de casación contra la anterior resolución. Se alega la infracción del artículo 172.4 CC y la vulneración del interés superior de los menores, desamparados hace más de cinco años. El Tribunal Supremo estima el recurso. Al ponderar

el interés de los menores, considera de vital importancia el informe de seguimiento del acogimiento de los menores, de enero de 2014, del que se infiere que el interés de los mismos es mantenerse en la situación existente. Según el Alto Tribunal, el interés de la madre biológica debe ceder ante el de los menores, no por motivos de pobreza, sino en atención a los vínculos existentes entre los menores y sus acogedores.

NOTA.—Sobre la protección del interés superior del menor, *vid.* SSTs de 20 de julio de 2015, 21 de febrero de 2011 y de 31 de julio de 2009. Respecto al mantenimiento del menor en el ámbito de la familia de acogida, prevaleciendo sobre la vuelta a su familia de origen, *vid.* SSTs de 13 de junio de 2011, de 17 de febrero de 2012 y de 31 de julio de 2009. (S. L. M.)

DERECHO DE SUCESIONES

33. Testamento abierto: Nulidad por falta de capacidad de la testadora: Testamento otorgado mientras se tramita su incapacitación: Incidente de nulidad de sentencia del Tribunal Supremo.—Doña Natalia otorga testamento notarial el 25 de octubre de 2005 y a su fallecimiento varios herederos solicitan su nulidad contra don Belarmino, demanda desestimada por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Vitoria de 4 diciembre 2008. Pero la sentencia de la Audiencia Provincial, sección 1.^a, de Vitoria de 31 de marzo de 2010, estima el recurso de apelación decretando la nulidad de aquel. Interpuesto recurso de casación, por STS de 20 de marzo de 2013, se estima, confirmando en todos los pronunciamientos la sentencia del Juzgado salvo en lo relativo a la imposición de costas. La parte actora promovió incidente de nulidad de dicha sentencia, resuelto favorablemente por Auto de 18 de febrero de 2015 en el que se acordó declarar la nulidad de la sentencia del Tribunal Supremo por incongruencia omisiva, rechazando otros dos motivos, «no habiéndose dictado sentencia dentro del plazo establecido debido a la excesiva carga de trabajo que pesa sobre el ponente y la complejidad del asunto». Conforme al mencionado Auto procede dictar nueva sentencia con arreglo a las siguientes consideraciones.

La doctrina jurisprudencial contenida en los fundamentos de derecho de la sentencia anulada de esta Sala, no resulta afectada por la nulidad decretada en dicho Auto, que expresamente reconoce la motivación y justificación del cambio de criterio doctrinal operado. Pero de acuerdo con el FD 4.^o del citado Auto, relativo a la incongruencia omisiva, procede entrar en la infracción alegada de las normas procesales de valoración conjunta de la prueba, a los efectos de dar una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho a la cuestión que oportunamente quedó planteada.

Cumplimiento de las formalidades del testamento abierto: Doctrina jurisprudencial.—Con relación a la cuestión jurídica que la parte recurrente plantea en el recurso de casación, como motivo único, esto es, la infracción del artículo 687 CC en relación con los artículos 686 y 696 del mismo cuerpo legal, procede su estimación en atención a la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 20 de marzo de 2013. La cuestión planteada atiende a la inter-

pretación normativa que debe realizarse acerca del cumplimiento de las solemnidades testamentarias referido al plano formal en el que debe materializarse, en el documento testamentario, el juicio de capacidad realizado por el notario. Para la sentencia recurrida, conforme a la naturaleza formal del negocio testamentario, el cumplimiento de dicha solemnidad requiere de una constatación, expresa y ritualista, en el documento autorizado por el Notario por el que declare que «a su juicio el testador se halla con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento». Por el contrario, en la interpretación que sustenta la parte recurrente, el cumplimiento de dicha solemnidad no requiere de una constatación expresa del juicio de capacidad, desarrollada mediante una fórmula literal exacta o sacralizada, sino que puede inferirse de locuciones o expresiones distintas que igualmente refieran idéntico juicio de capacidad.

A juicio de esta Sala, y reconociendo la complejidad doctrinal –que encierra el presente caso–, debe señalarse que la interpretación rigorista que desarrolla la Audiencia no es la más ajustada a la finalidad del precepto, ni a su interpretación sistemática, particularmente en relación con el principio de *favor testamenti*. Este criterio de flexibilización de las solemnidades testamentarias, sin detrimento de la autenticidad y capacidad de la voluntad expresada, tampoco debe ponerse en tela de juicio por la modificación del artículo 685 operada tras la Ley 30/1991, de 20 diciembre, por la que la formulación «también procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar», se cambia por la actual «también deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar», pues, como dijo la STS de 19 de septiembre de 1998, «la reforma operada llevó a un cambio semántico, que no es ninguna innovación, ya que se volvió a lo dispuesto en la primera solución del Código Civil, que, a su vez, traía causa del juicio de capacidad exigida en el artículo 6.º de la Instrucción para la redacción de instrumentos públicos, de 9 de noviembre de 1874. Por tanto, nada cambia tampoco respecto del plano formal de materialización documental de dicho juicio de capacidad, resultando igualmente aplicable la doctrina jurisprudencial anterior a la reforma.

A mayor abundamiento, en la STS de Pleno de 15 enero 2013, esta Sala ha profundizado en la revitalización del principio de *favor contractus* no solo en su concepción tradicional de canon interpretativo sino también en su propia configuración como principio general de Derecho declarando: «Siguiendo esta línea, la cuestión se vislumbra de un modo más nítido si nos preguntamos por el alcance sistemático que posibilita el ámbito conceptual de la figura, particularmente del principio de conservación de los contratos, que no solo se ha consolidado como un canon hermenéutico que informa nuestro ordenamiento jurídico, con múltiples manifestaciones al respecto, sino también como un elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado Derecho Contractual Europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como la Convención de Viena, los PECL y, particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. Conforme declaran las SSTs de 28 de junio y de 10 de septiembre de 2012, precisamente en el marco del contrato de compraventa, la conservación de los contratos se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico que, comporta entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural

del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica.

En el presente caso, el meritado juicio de capacidad se infiere claramente de las declaraciones fedatarias que el Notario realiza en el pertinente protocolo y autorización del testamento con locuciones, suficientemente expresivas, que refieren «el consentimiento libremente prestado por la testadora» y que «el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de la persona que testa», expresiones que, si bien no dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad, lo refieren «de otro modo» al situar como eje de la validez testamentaria la voluntad espontánea y libre de la testadora pues, como bien señala la parte recurrente, no cabe entender que se presta libremente un consentimiento por parte de quien no es capaz de otorgarlo, ni tampoco que pueda informar debidamente la voluntad de quien resulte incapaz para ello. Por último, también conviene resaltar que el testamento autorizado cumple con el resto de formalidades legalmente exigidas.

Juicio del Notario sobre la capacidad de la testadora: Prueba de dicha capacidad.—De acuerdo con el FD 4.º del Auto de nulidad, procede que esta Sala, asumiendo la instancia, entre en la valoración de la prueba practicada a los efectos de que la parte solicitante de la nulidad, aquí recurrida, obtenga una cumplida respuesta a la denuncia planteada acerca del error en la valoración de la prueba practicada donde cuestiona la falta de capacidad de la prestadora al tiempo del otorgamiento del testamento.

La demanda que cuestiona la validez del testamento mediante la prueba pericial aportada realizada por un médico especialista en neurología que concluye que en la fecha de otorgamiento del testamento la testadora no estaba capacitada para obrar y tomar decisiones sobre su patrimonio, en este caso, otorgamiento de testamento. Pero conviene precisar que el citado informe no obtiene una conclusión de la exploración directa de la testadora, sino que se basa en informes médicos anteriores (antecedentes o fuentes) sobre los que aplica unas tablas de análisis de la capacidad para la toma de decisiones durante la evolución de una demencia («Documento Sitges»). Dichos informes antecedentes son tomados: del Hospital Txagorritxu, con ocasión del ingreso de la testadora por causa de una infección medicamentosa, en atención a los informes de la doctora Raquel, de 5 de mayo y 19 de julio de 2005, los informes del Dr. Felicísimo, de 6 de junio y 26 de agosto de 2005. Y, de otra parte, del informe forense de 23 de noviembre de 2005.

La parte demandada, y aquí recurrente, defiende la validez del testamento que se otorga, precisamente, con plena consciencia y voluntad ante el curso de incapacidad interpuesta. Cuestiona la falta de capacidad alegada, con las siguientes pruebas: (i) certificado médico emitido por su médico de cabecera el doctor Lucio, el 20 de octubre de 2005, cinco días antes del otorgamiento del testamento, que recoge que hay «un deterioro cognitivo y funcional en grado leve que no le impide controlar los actos más elementales de su vida cotidiana y mantener su autonomía; (ii) certificado médico del doctor Teófilo, especialista en Psiquiatría, de 26 de octubre de 2005, un día después del otorgamiento, que contempla «un discreto cuadro de deterioro senil con desorganización a nivel de las praxis constructivas (buena conversación de las praxis ideatorias e ideomotoras) sin desorganización amnésica, ni de pensamiento formal operativo, ni del lenguaje, siendo aconsejable que siga viviendo en su hogar familiar con el apoyo logístico después de recibir de los Servicios Sociales habituales; (iii) informe pericial emitido por el Dr. Pedro Antonio, médico especialista en neurología, de 3 de junio de 2008, que tras el

análisis de los antecedentes anteriormente señalados, concluye que tras el ingreso hospitalario la testadora tuvo una evolución a la recuperación y no al empeoramiento, paralelo al tratamiento y mejoría de la misma. El Servicio de Neurología del Hospital no estableció el diagnóstico de demencia, ni de demencia degenerativa, más allá de la posibilidad o impresión en un momento determinado. Sin realizar el tiempo de seguimiento necesario, ni nuevas exploraciones complementarias. No hubo, por tanto, confirmación diagnóstica al respecto. En el tiempo transcurrido desde el ingreso hasta la fecha de incapacitación, el empeoramiento no es lineal y progresivo, quedando constancia de mejorías tras las altas hospitalarias: Por lo que es clínicamente razonable y probable pensar que la testadora a lo largo de este tiempo tuviera episodios de afectación del estado cognitivo, manteniendo basalmente su buen juicio y la autonomía en la toma de decisiones. El informe forense, en la exploración de la testadora, constata que presenta funciones superiores aceptablemente conservadas en el momento actual, aunque impresiona el deterioro cognitivo subyacente.

Para esta Sala, del examen de todas estas fuentes clínicas, certificados médicos e informes periciales, y de acuerdo con la valoración de la prueba que realizó el Juzgado de Primera Instancia, se desprende que no existe una prueba concluyente sobre la falta de capacidad de la testadora en el momento del otorgamiento del testamento impugnado. Conclusión que resulta reforzada en la valoración conjunta de la prueba, en donde hay que tener en cuenta que tanto los testimonios de las personas que compartieron las fechas cercanas a dicho testamento, como el propio juicio de capacidad que realizó el notario, refieren que la testadora tenía consciencia y voluntad de sus actos. Por lo que procede desestimar la pretensión planteada al respecto por la parte demandante y aquí recurrida. (**STS de 10 de septiembre de 2015**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—La singularidad de la sentencia extractada ofrece variedad de aspectos multiformes. En primer término la existencia de un poco frecuente procedimiento de nulidad de anterior sentencia de la misma Sala 1.^a que permite a ésta el reexamen de los hechos ya valorados (art. 228 LEC 2000, Incidente excepcional de nulidad de actuaciones). Se encuentra en ella, sobre todo, una nueva expresión del formalismo testamentario que tiende a atenuarse. Finalmente, en la nueva valoración se destaca una minuciosa y prolija prueba de la discutida capacidad de la testadora. Personalmente creo que, en abstracto, habría más razones para mantener el principio de conservación de los actos de última voluntad que la de los contratos. Normalmente, cuando surge el proceso judicial el testador ha dejado de existir, y no cabe intentar una «segunda oportunidad», a diferencia de lo que puede suceder con los contratos. Con todo el cambio de interpretación jurisprudencial sobre el inciso final del artículo 696 CC («[El Notario]... hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento») suscitará probablemente animado debate doctrinal pues parece claro que la interpretación «rigorista» aparece muy arraigada entre nosotros (¿acaso, en último término, para mayor comodidad del exegeta...?). El desmenuzamiento de la diversa prueba practicada en el proceso, muestra además la difícil tarea que en esta clase de procesos asumen los órganos judiciales. En el caso había serias

dudas sobre la prueba de la falta de capacidad en la testadora al tiempo de otorgar testamento por lo que parece razonable el fallo definitivo. (G. G. C.)

34. Testamento mancomunado conforme al Derecho aragonés: Su validez conforme a Ley 1/1999, de 24 febrero.—El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la posible nulidad de un testamento y, por tanto, la apertura de la sucesión intestada, en el marco de aplicación del Derecho de sucesiones por causa de muerte de Aragón. Plantea, a su vez, la valoración de cuestiones jurídicas que se sustentan con relación a la interpretación de la normativa aplicable en relación al testamento objeto del presente caso. Entre otras, y de modo principal, el alcance de la institución recíproca de heredero con relación a la aplicación foral del «pacto al más viviente». La compatibilidad de la legítima aragonesa con el testamento mancomunado con institución recíproca. Y, en suma, como opera la figura de la «exclusión de los legitimarios».

Los cónyuges don Bernardino y doña Josefa, de vecindad civil aragonesa, otorgaron el 10 de octubre de 2006, ante Notario, testamento abierto mancomunado en cuya cláusula primera se instituyen recíprocamente herederos universales en todos sus bienes y derechos. En la cláusula segunda, y solo para el caso de fallecer ambos sin haber modificado este testamento el último sobreviviente, legan a su hijo Victorino el usufructo vitalicio de un inmueble de Madrid e instituyen heredero universal a su otro hijo vivo Isaac. El Sr. Bernardino había otorgado con anterioridad tres testamentos abiertos (en 1979, 1997 y 2003), y falleció el 13 de noviembre de 2006. Al tiempo de su fallecimiento ostentaban la calidad de legitimarios, además de los dos hijos antes citados (Victorino e Isaac), el nieto del testador, Millán (hijo de Piedad fallecida en estado de divorciada con anterioridad), que es mencionada en el testamento sin que se establezca disposición alguna respecto al mismo. También se hace constar que la hija doña Josefa había fallecido en estado de soltera y sin descendientes.

Don Victorino, hijo de los testadores, promueve juicio ordinario sobre la nulidad de la institución contemplada en la cláusula primera (en la que ambos testadores se instituyen herederos universales recíprocos) y se declare su invalidez, de forma que se proceda a abrir la sucesión intestada con la posibilidad de recibir su legítima entera. Por su parte doña Josefa, madre del demandante y heredera sobreviviente se opone a dichas pretensiones sustentando la plena validez de la cláusula y del testamento otorgado.

La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda, y declara tanto la validez de la citada cláusula, como el derecho del demandante a reclamar la legítima que le pueda corresponder. La parte demandante apela con la petición de que se declare nula o ineficaz la cláusula primera del testamento, ordenándose la apertura de la sucesión intestada de todo el caudal relicto y puntualizando que la conservación de su legítima lo es frente a «cualquier extraño». La parte demandada impugna la apelación puntualizando que no se declare el derecho del actor a percibir su legítima entera, sino que se declare el derecho del mismo a reclamar la legítima que pudiera corresponderle, en su caso, de quien correspondiere o pudiera corresponder. La sentencia de segunda instancia desestima el recurso de apelación y la impugnación del mismo, confirmando la de primera instancia.

Con relación a las cuestiones sustantivas la Audiencia Provincial excluye la apertura de la sucesión intestada por no existir preterición (porque se le nombra), ni desheredación (al existir legado), ni exclusión absoluta (que exige expresión positiva). Tampoco por vía del artículo 81 de la Ley 1/1999 cuya solución se consigue con respeto a la legítima. Delimita el «pacto al más viviente» en el marco de la institución de heredero recíproca, Y atiende al principio de conservación del testamento, conforme a la interpretación del testamento y a la finalidad del testamento mancomunado de robustecer la posición recíproca de los otorgantes.

De la interpretación sistemática del testamento otorgado la sentencia recurrida no infiere, que de la cláusula primera del testamento se desprenda la exclusión de los legitimarios alegada y se produzca un error, de hecho o de derecho, acerca del alcance de dicha cláusula en el testamento otorgado. Conforme al artículo 198 de la Ley de sucesiones, la exclusión absoluta requiere de una declaración de voluntad expresa en el acto dispositivo realizado, distinta de la mera omisión de asignación de bienes del caudal relicto. En este caso los cuatro hijos del matrimonio son mencionados expresamente en el expositivo primero del testamento. Disponiéndose para el caso de fallecimiento de ambos cónyuges sin haber modificado unilateralmente el testamento otorgado, de un legado en favor de un legitimario. Valoración plenamente concordante con la doctrina jurisprudencial de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 22 de septiembre de 2011.

La validez de la cláusula primera del testamento resulta incuestionable, pues en ella los testadores aragoneses se acogen al testamento mancomunado instituyéndose recíprocamente como herederos universales, sin que ello comporte la vulneración de la intangibilidad cualitativa de la legítima colectiva aragonesa, pues en tal caso se daría la reducción del haber de la institución de heredero, pero no su nulidad o supresión.

La parte recurrente infiere, directamente y de un modo automático la existencia del error de la mera literalidad de la cláusula primera, sin precisar los presupuestos en los que basa la existencia del mismo y el alcance de su gravedad. Todo ello sin recurrir a la interpretación sistemática del testamento e imputando el error tan solo a uno de los testadores y no a ambos, como resulta del todo necesario en un testamento mancomunado.

Descartado el error en la voluntad testamentaria, tanto de la interpretación del testamento realizado, como de la inexistencia de prueba o acreditación del mismo, la compatibilidad, en el presente caso, de la legítima aragonesa con la figura del testamento mancomunado resulta plenamente aplicable.

Si se atiende a la regulación actual de la figura y su concordancia con la armonización efectuada por el vigente R. D. Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, se observa como, a diferencia de la Compilación de 1967, el testamento mancomunado con institución recíproca de heredero, conocido foralmente como «pacto al más viviente», ha sido objeto de un tratamiento normativo más flexible en orden a su posible aplicación testamentaria. En efecto, la figura ya no solo resulta de aplicación respecto de los testadores que en el momento del otorgamiento estén casados, sino para cualesquiera dos otorgantes con independencia de la existencia del vínculo matrimonial entre ellos. Pero también, y esto es lo relevante a los efectos que aquí interesan, resulta de aplicación o es compatible aun existiendo descendientes comunes de ambos otorgantes, caso que nos ocupa. De forma que en estos supuestos el «pacto al más viviente» equivale a la concesión, al heredero sobreviviente, del usufructo universal y vitalicio de los bienes del heredero premuerto, así

como la facultad de distribuir la herencia (art. 81.2 Ley 1/1999). Por lo que la existencia de descendientes comunes tampoco comporta la invalidez o ineficacia de la institución propiamente dicha, sino su adaptación o modificación con relación al límite dispositivo que representan las legítimas de los descendientes. Conclusión que la sentencia recurrida refuerza con el principio de conservación del testamento. Principio que esta Sala tiene declarado, precisamente con relación al régimen de ineficacia testamentaria prevista en el artículo 814 CC, por la preterición no intencional del heredero legitimario (STS de 10 diciembre 2014). **(STS de 15 de septiembre de 2015; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

NOTA.—Se nos dice en el más autorizado comentario al *Código de Derecho Foral de Aragón*, dirigido por Delgado Echeverría (*Concordancias, Doctrina y Jurisprudencia*, edit. por el Gobierno de Aragón, s.f. pero 2015), y a cargo de la prof.^a Elena Bellod Fernández de Palencia, especialista en la materia (pp. 587 ss.) que la institución hereditaria recíproca entre cónyuges, conocida con las denominaciones de pacto al más viviente, agermanamiento y casamiento al más viviente, es una institución familiar consuetudinaria aragonesa que el pueblo practicó con bastante asiduidad, pero que los legisladores nunca han trasladado a los Fueros, apareciendo la primera referencia legislativa en el Apéndice Foral de 1925, que se limitó a establecer en su artículo 60 a hacer referencia explícita a instituciones consuetudinarias tales como hermandad llana, agermanamiento o casamiento al más viviente, heredamiento, casamiento en casa, consorcio sobre bienes, consorcio universal. La Compilación procedió a regular la institución en el artículo 108.

Dado que el supuesto aquí contemplado es el clásico del «casamiento al más viviente» se puede prescindir aquí de la apertura realizado por la Ley 1/1999, plenamente acogida en el CDFA, que se justifica en la Exposición de Motivos de ésta (33: La sucesión testamentaria) al decir: «Los artículos específicamente dedicados al testamento mancomunado no son muchos, pero todos ellos contienen alguna novedad. La más aparente es la que admite el otorgamiento de estos testamentos por cualesquiera dos personas, «sean o no cónyuges o parientes», mientras la Compilación exigía la condición de cónyuges». «Por otro lado... a diferencia de lo dispuesto en la Compilación, no producirá los efectos del «pacto al más viviente» salvo que así lo hayan establecido los testadores, según parece más conforme para respetar su verdadera voluntad».

Me parece que la sentencia extractada, enfrentándose a una institución que parece haber dejado de ser consuetudinaria —¿plena-mente?— ha acertado a dar una interpretación que no disuena de la que ofrece la doctrina aragonesa más actual. (G. G. C.)